

CUADERNO DE ESTUDIOS JUDICIALES
“RAFAEL ALVARADO MANZANO”

El manejo del juicio oral

Jesús Fernández Entralgo

TITULOS PUBLICADOS

- LA CONCILIACION EN EL PROCESO PENAL
- LOS NUEVOS ROLES DEL JUEZ Y DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL CODIGO PROCESAL PENAL
- EL MANEJO DEL JUICIO ORAL
- LOS MEDIOS DE PRUEBA
- VALORACION DE LA PRUEBA PRESUNCION DE INOCENCIA. INDUBIO PRO REO
- LA SENTENCIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL
- LOS RECURSOS
- LAS MEDIDAS CAUTELARES
- EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL Y EL SISTEMA DE GARANTIAS JUDICIALES EN EL PACTO DE SAN JOSE
- EL JUICIO DE FALTAS

EL MANEJO DE JUICIO ORAL

Jesús Fernández Entralgo
Magistrado Audiencia Provincia de
Madrid, España

Ejemplar gratuito

Reservados todos los derechos. Se prohíbe su reproducción total o parcial.- Los autores

son responsables de las opiniones manifestadas, las que no comprometen a las entidades auspiciadoras

Proyecto de Fortalecimiento, del Poder Judicial de Honduras
Corte Suprema de Justicia de Honduras
Agencia española de Cooperación Internacional
Consejo General del poder judicial de España

ISBN: 99926-635-1-0

Tegucigalpa, Honduras, Abril de 2001
Impreso en LITOCOM, S. de R. L. de CV.

PRESENTACION

Dentro de la labor de divulgación del nuevo Código Procesal Penal y con el propósito, además, de que ese instrumento jurídico sea conocido no solamente en cuanto a la mera normativa, sino que en estudios doctrinarios que ayuden a la interpretación de la misma, la Corte Suprema de Justicia con la ayuda generosa de la agencia Española de Cooperación Internacional y del Consejo General del Poder Judicial de España, esta publicado una serie de cuadernos Judiciales en las que se desarrollan temas específicos de la ciencia procesal penal, las que serán puestas en manos de operadores de la justicia con el fin de que, estudiándolas, pueden desempeñarse de manera mas eficiente.

Se ha dispuesto que esta serie de cuadernos judiciales lleve el nombre de don Rafael Alvarado Manzano, insigne jurisconsulto Hondureño que vivió entre los siglo XIX y XX, “De origen bien modesto, creció compartiendo con los libros las estrecheces de su hogar”. Recorrió toda la jerarquía del Poder Judicial, desde Juez de Paz hasta Magistrado de la Corte Suprema de Justicia; fue Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Rector de la Universidad Nacional, en varias ocasiones; llego a Diputado al Congreso Nacional, del cual fue Presidente; desempeño varias Secretarías de Estado; cuando ejerció la profesión de abogado “gozo de merecida fama por su competencia, moralidad y rectitud”; y en el ejercicio de la cátedra, a nivel secundario y en la Universidad, hizo gala de la Profundidad de sus conocimientos y de su capacidad para transmitirlos. En su bellísimo artículo “Abogacía” publicado en “Honduras Literaria”, nos dejo estas sabias enseñanzas:

“Empero, si todo esto es cierto, si la Abogacía es apoyo del débil contra el fuerte, si por ella se deslindan debidamente los derechos de cada uno, se imparte la justicia, guardándose todo la igualdad que ella implica, y por su medio se conserva la armonía entre los individuos, la paz entre la familia y el orden en la

sociedad y hasta entre las naciones; también es cierto que para que proporcione los eminentes beneficios anotados, y para que brille con todos los esplendores de sus virtuales excelencias, debe reunir en su ejercicio dos condiciones absolutamente indispensables: la probidad y la ciencia”. “Los abogados que ejercen su profesión sin honradez, sin la integridad y rectitud que demanda su delicada misión, y que exige la confianza que en ello se deposita; en vez de ser amigos y protectores de la humanidad, se convierten en encarnizados enemigos”.

“Mas, aunque supongamos en los Letrados las mas rectas intenciones y las mas acrisolada virtud profesional, poco o nada adelantaría la sociedad, si la toga no fuese realmente el signo representativo de la verdadera ciencia; sin esta, los extravíos y aberraciones, serian de otra índole, pero siempre aberraciones, y por lo mismo, los intereses sociales estarían siempre expuestos a las consecuencias de la oscuridad, de la confusión y del desconcierto, consecuencias que no deben aceptarse, aunque vengan presididas por la mejor buena fe”.

Tegucigalpa, abril de 2001.

Miguel Ángel Rivera Portillo

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

INDICE

EL MANEJO DEL JUICIO ORAL

1. - EL << JUICIO VERDAERO>> -----	1
1.1.- Proceso jurisdiccional y juicio oral -----	4
1.2.- La función instrumental de las etapas preparatoria e Intermedia del procedimiento penal -----	5
2.- EL JUCIO ORAL Y PUBLICO PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO -----	8
2.1.- La pauta de la oralidad -----	8
2.2.- La pauta de la publicidad -----	12
2.3.- Las pautas de la inmediación, concentración Y continuidad -----	15
2.3.1.- La pauta de la inmediación judicial -----	15
2.3.2.- Las pautas de concentración y de continuidad. Preclusión y eventualidad -----	15
3.- LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL JUICIO ORAL EN EL CODIGO PROCESAL PENAL-----	19
3.1.- El principio de inmediación -----	19
3.2.- El tiempo del juicio oral. Concentración y continuidad: Posibilidades y límites de suspensión del juicio oral-----	23
3.3.- El lugar del juicio oral: la sala de justicia -----	26
3.3.1.- El principio general de celebración del juicio oral en la sede del órgano jurisdiccional -----	28
3.3.2.- Excepciones a la regla general -----	28
3.4.- La forma expresiva de los actos del juicio oral: La pauta de oralidad -----	29
3.4.1.- La regla general: el Artículo 310 CPP -----	29
3.4.2.- La diversa función de los casos de autorización de lectura de actuaciones: el artículo 311 CPP -----	30
3.4.2.1.- La escritura como medio comunicativo por imposibilidad de utilización del lenguaje verbal -----	31

6.1.3.- La conformidad del acusado -----	71
6.1.3.1.- Concepto y efectos de la conformidad del acusado -----	71
6.1.3.2.- El momento de la conformidad del acusado: la supuesta antinomía entre los artículos 319 y 322 CPP -----	87
6.1.4.- La disposición del debate. Calendario de sesiones -----	95
6.1.5.- La presentación del caso -----	95
6.1.6.- La fase preliminar saneadora -----	98
6.2.- El hecho justiciable como objeto del juicio: El principio de de inmodificabilidad del hecho justiciable y la ampliación de la acusación -----	99
6.3.- La declaración del acusado -----	100
6.3.1.- Su doble función, defensiva y probatoria -----	101
6.3.2.- Desarrollo de la declaración del acusado -----	104
6.3.2.1.- Garantías de la declaración del acusado -----	104
6.3.2.2.- Dinámica de la declaración del acusado -----	104
6.3.2.3.- Declaración de una pluralidad de acusados. El acusado testigo -----	105
6.4.- La practica de las pruebas en sentido estricto: intervención de las partes y el rol del Tribunal -----	105
6.5.- La prueba pericial -----	106
6.5.1.- La especialidad de la prueba pericial. La función colaboradora del perito y su falsa especialidad -----	109
6.5.1.1.- La función informativa de la prueba pericial -----	110
6.5.1.2.- La función probatoria estricta de la prueba Pericial: traslación y conversión dentro de la actividad probatoria -----	113
6.5.2.- Dinámica de la prueba pericial -----	119
6.5.2.1.- Citación de los peritos -----	119

6.5.2.2.- Incompetencia del perito -----	120
6.5.2.3.- El informante o dictamen pericial ---	120
6.5.2.4.- Protección de peritos -----	122
6.5.2.5.- Honorarios e los peritos -----	122
6.5.2.6.- Utilización de la pericia dispuesta en la Investigación preliminar -----	122
6.5.3.- El manejo de la prueba pericial por el Tribunal y las partes-----	123
6.5.4.- Unos peritos especiales: la colaboración En la Comunicación. Los traductores e interpretes -----	125
6.6. - La prueba testifical -----	126
6.6.1.- El testigo -----	127
6.6.1.1.- El testigo en sentido estricto -----	127
6.6.1.2.- El testimonio de <<personas interesadas >> el Testimonio de la persona imputada y de la victima -----	127
6.6.1.3.- El testigo experto -----	131
6.6.1.4.- Deber de testificar -----	132
6.6.1.5.- Personas exentas de declarar, pero no de comparecer -----	132
6.6.1.6.- Personas exentas de comparecer, pero no de testificar -----	133
6.6.1.7.- Prohibición de testificar -----	134
6.6.2.- Dinámica de la prueba testifical -----	135
6.6.2.1.- Citación de los testigos -----	135
6.6.2.2.- Lugar y tiempo de la práctica de la prueba testifical -----	137
6.6.2.3.- Forma de practicar la prueba testifical -----	139
6.6.3.- El manejo de la prueba testifical por el tribunal y las partes -----	142
6.7.- La prueba documental en sentido estricto -----	152
6.8.- Objetos, elementos o piezas de convicción -----	153
6.9.- Careos, reconstrucciones e inspecciones judiciales -----	153
6.9.1.- Careos entre imputados, testigos, y peritos -----	153
6.9.2.- La reconstrucción de hechos -----	154

6.9.3.- La inspección personal del Tribunal -----	155
6.10.- La iniciativa del Tribunal en la aportación de la prueba: las diligencias para mejor proveer -----	157
7.- LA CONCLUSION DEL DEBATE -----	159
7.1.- Las conclusiones de las partes -----	159
7.2.- La intervención de la victima -----	163
7.3.- El derecho del acusado a la <<ultima palabra>> -----	164
8.- LA DOCUMENTACION DEL JUICIO ORA EL ACTA DEL JUICIO -----	166
9.- EL CIERRE DEL DEBATE -----	169
10.- BIBLIOGRAFIA-----	170

EL MANEJO DEL JUICIO ORAL

Jesús Fernandez Entralgo

1.-EL<<JUICIO VERDADERO>>

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española va presidida de una interesantísima <<*Expresión de Motivos*>>.

Se escribió en un momento histórico que tiene gran parecido con el que vivió Honduras en vísperas de la aprobación del Código Procesal Penal e inmediatamente después de ella.

También entonces -año de 1882- se paso, en España, del modelo del proceso <<inquisitivo>>, propio del <<*Antiguo Régimen*>> (el de las Monarquías feudal y central absoluta), a un modelo <<acusatorio>>, (o, si prefiere, <<mixto>>), a imitación del implantado en Francia por el <<*Code d' Instrucción Crimiinelle*>> napoleónico, de 1808.

En aquel preámbulo legal se escribieron cosas que hoy pueden parecer de gran actualidad en el momento histórico presente de Honduras.

El redactor se quejaba amargamente de la exagerada duración de la instrucción¹, que se desarrollaba de espaldas a (y en contra de) la persona imputada, y que consideraba de tal modo el desarrollo del juicio oral que este no era sino una parodia de tal, porque la sentencia se dictaba con base en el material obtenido en el curso de la investigación instructora²

1

<<... (No) es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados...>>

2

Véase, como nuestra, los siguientes párrafos:

<<...Lo peor de todo es que en el (en el sumario) no se da intervención alguna al inculpado; que el juez instruye este es el mismo que pronuncia la sentencia, con todas las preocupaciones y perjuicios que ha hecho nacer en su animo la instrucción.... (y que delega) la practica de muchas diligencias en el escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta bien el pensamiento ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno, por

El resultado no podía ser más desolador. <<... (Al) compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que mas tarde se convierte (al ser *reproducida* mecánicamente en el juicio oral)

en verdad legal pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado...>>, quien <<...cuando..., llegando al plenario, quiere defenderse, no hace mas que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desamorado...>>

La instrucción se había convertido en el eje del procedimiento penal, dada <<...la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal y casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado...>>. El redactor de la *Exposición de Motivos* se revela contra este estado de cosas, y escribe: <<...No, de hoy mas las investigaciones del Juez Instructor no serán sino una simple preparación. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que extraño a la institución va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte...>>

El juicio oral –organizado de acurdo con <<...los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad...>>- había de ser, en el futuro, el <<juicio verdadero>>.

El Artículo 94 de la Constitución de Honduras dispone: <<...A nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio, y sin que le haya sido impuesta por resolución ejecutoriada de juez o autoridad competente...>>

El <<juicio>> condiciona la legitimidad de la imposición de la pena; y el párrafo primero del Artículo 90 de la misma Ley Fundamental establece: <<...Nadie puede ser juzgado sino por juez

grande que sea su celo y recta su voluntad; que, por naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el habito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que puedan favorecerle...>>

o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece...>>

El eje del proceso penal es, así, el <<juicio>>, hasta el punto que, si el proceso jurisdiccional penal se identifica con la institución que tiene por objeto decidir, con arreglo al Derecho aplicable al caso, sobre una petición punitiva resistida, esto es, sobre la pretensión –del Ministerio Público (en los casos perseguibles por acción pública) o de una persona, física o jurídica, legitimada (copulativa o alternativamente con aquel) para acusar- de que se imponga una pena a otra, que se opone a ella, el <<juicio>> resulta ser el <<proceso penal verdadero>>.

Sin embargo, no vale un modelo cualquiera de juicio. Ha de tratarse de un juicio <<con garantías >>; ese que, por generalización de la terminología angloamericana, ha terminado por sintetizarse en la fórmula <<proceso debido>> (<<*due process of Law*>>³).

El Artículo 90 de la Constitución hondureña aparece redactado como una <<ley en blanco>> (salvo, si acaso, por lo que toca a la exigencia de <<juez o tribunal competente>>), que reenvía a lo que <<...la Ley establece...>> para integrar el contenido de las <<formalidades, derechos y garantías...>> procesales.

Sin embargo, no se puede olvidar que, de acuerdo con el párrafo segundo de su Artículo 16, <<... (los) tratados internacionales celebrados en Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno...>>

En la medida en que, entre esos Tratados se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1968 y el Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, el modelo de proceso que se desprende de los respectivos preceptos de esos textos internacionales pasan a ingresar, en virtud de aquel reenvío constitucional, Derecho interno hondureño.

3

La expresión, utilizada por la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, proviene de las <<Instituciones >> de Coke, en 1669, y, antes aun, del Artículo 29 de la <<*Magna Charta*>>, que prohibía el castigo de cualquier <<liber homo>>, sino en virtud de <<legal juicio de sus iguales>> o de <<la ley del país>> (<<...*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*...>>)

1. 1.- Proceso jurisdiccional y juicio oral

Como queda expuesto, el proceso jurisdiccional penal constituye la institución jurídica mediante la cual se decide irrevocablemente, con arreglo a Derecho, un conflicto al enfrentarse una parte, que pretende la imposición de una pena a una persona, a quien se acusa de ser responsable penalmente de un delito o falta, y la oposición de la persona acusada⁴

El juicio oral, identificado con el debate contradictorio entre la acusación y la defensa de la persona acusada, se identifica, pues, con el proceso jurisdiccional penal.

El Artículo 254 del Código Procesal Penal (en adelante, y abreviadamente, CPP) parece compartir esta perspectiva al disponer: <<... El proceso de investigación y juzgamiento de los delitos constara de las siguientes fases:

- a) Etapa preparatoria;
- b) Etapa intermedia; y
- c) Debate o juicio oral y publico... >>

1.2.- La función instrumental de las etapas Preparatoria e intermedia del procedimiento penal

Las etapas antecedentes al debate o juicio oral no son, ni constituyen propiamente, <<proceso>>, aunque lo preparen, procurando que las futuras partes procesales puedan adquirir la información necesaria (de ahí la denominación clásica de <<instrucción>>) para decidir, las legitimadas como acusadoras, si es oportuno plantear la pretensión punitiva y, consecuentemente, interesar la apertura del juicio oral, extremo que habría de resolverse judicialmente, valorado si concurren <<buenas razones>> para ello⁵.

4

En el mismo procedimiento se puede acumular la pretensión de imposición (cumulativa o sustitutiva) de una medida de seguridad, y la pretensión resarcitoria, que demanda la indemnización de los daños y perjuicios causados por el hecho constitutivo de la infracción penal

5

Serra Domínguez, M., <<La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario>>, en <<Nueva Enciclopedia Jurídica>>, XIII, seix, Barcelona, 1967, págs. 115 y ss.; recogido en sus >> Estudios de Derecho Procesal>>, Ariel, Barcelona, 1969, pags. 716 y ss

En esas etapas previas, en efecto, se desarrolla una actividad que no es propiamente jurisdiccional, aunque haya de ajustarse a un procedimiento legalmente establecido, Durante ella, no se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, sino que, se insiste, se trata de conseguir información sobre lo ocurrido, y discernir si es razonable la incoación del proceso propiamente dicho. Toda esa actividad anterior al juicio o debate solo puede calificarse de procesal⁶ por referencia a una acepción de proceso penal que lo identifica con el *fenómeno procesal penal*, compromiso del proceso penal en el sentido estricto y de sus etapas preparatorias⁷.

La actividad procesal de instrucción, existe en todos los procesos, pero en el penal adquiere una singularidad que la diferencia de todos los demás⁸

En la *Exposición de Motivos* del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica explican muy bien esa singularidad sintetizando una opinión compartida por un buen número de autorizados especialistas (el profesor Serra Domínguez puede servir de ejemplo):

<<... La instrucción preparatoria es... un problema propio del enjuiciamiento penal y uno e los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación. El Estado, a quien le esta confiada la persecución penal por regla, es un extraño al conflicto social en el que reside el caso penal. Desde que se atribuyo para si no solo la tarea de decidir los conflictos jurídicos, sino que también asumió, en materia penal, la labor de perseguir los delitos llamados de acción publica, tuvo necesidad, como extraño al

6 Identificando <<procesal>> y <<jurisdiccional>>, en cuanto al proceso en <<*processus iudicii*>>, proceso jurisdiccional.

7 En el artículo 254 CPP se utiliza esa acepción mas comprensiva, al aludir al <<...proceso de investigación y juzgamiento...>>. Al proceso de juzgamiento precedería el <<proceso de investigación>> (<<de persecución>>, en la terminología de pastor López el hecho constitutivo de la infracción penal, M., <<El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y especificas funciones de la institución criminal >>, Universidad de Valencia, Secretaria de Publicaciones, Valencia, 1979). Esta ecepcion amplia –que enlaza con un entendimiento del proceso como institución jurídica que tiene por objeto la resolución sobre pretnciones de parte (como ejemplo significativo en la bibliografía en lengua española, Guasp, J., <<Derecho Procesal Civil>>. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1968)- configuraría estas fases o etapas previas como <<procesos de facilitación>> del declarativo, centrado en el debate o juicio oral.

8 Serra Domínguez, M., <<La instrucción... >> cit. Pags. 717-718.

conflicto por definición, de informase acerca de el, para preparar su propia demanda de justicia, esto es, su decisión acerca de la promoción del juicio. Tal característica distancia al procedimiento penal de los procedimientos utilizados para resolver conflictos jurídicos privados, pues en ellos, de ordinario, quien persigue jurídicamente es uno de los protagonistas del conflicto, por tanto lo conoce y ha tenido ocasión de precaverse de los elementos de convicción para fundar su demanda... >>.

Pero hay mas: <<... (La) utilización del poder público en la investigación de los hechos provoca el temor fundado de su uso arbitrario, consistente en el. Avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la preparación de una demanda fundada en un conflicto jurídico privado, no genera ese temor, pues la persona privada carece de la posibilidad de utilizar directamente la fuerza del aparato estatal. Esta es, precisamente, la razón por la cual, en el procedimiento penal, se incluye, como periodo procesal y objeto de la regulación, la preparación de la acción pública, pues tal regulación contiene, a la vez, el poder acordado y sus límites... >>.

El período intermedio, de discutida autonomía conceptual, desempeña sustancialmente una función crítica del resultado de la investigación preliminar, y la valoración de la *razonabilidad* de la apertura del juicio oral, comprobando la formalización de la acusación por parte legitimada para ello y la existencia de buenas razones para darle curso y abrir el juicio o debate.

2.- EL JUICIO ORAL Y PÚBLICO. PRINCIPIOS GENERALES DE PROCEDIMIENTO

Los principios del proceso contienen las directrices del comportamiento de las partes dentro de él, sus posibilidades y sus cargas, y la formación y apreciación del objeto procesal.

Los del procedimiento, aluden a la forma de los actos procesales, a la comunicación de los sujetos procesales, entre sí y con la sociedad, a los diferentes tipos de relación del órgano jurisdiccional con el material fáctico y a la sucesión temporal de los actos procesales⁹.

En el juicio oral rigen en toda la plenitud los principios estructurales del proceso, construido sobre el modelo acusatorio, a saber: de dualidad de posiciones de parte, en el pie de igualdad de armas, con efectiva oportunidad de contradicción¹⁰.

Los principios del procedimiento, explica el profesor Gimeno Sendra, <<... atañen a la forma de la actuación procesal, a la índole de la comunicación entre las partes y el órgano jurisdiccional, de aquellas entre sí y todos ellos con la sociedad, así como a la sucesión temporal de los actos procesales ...>>, y, sin perder de vista su inserción en indeterminado contexto político y social, y sus implicaciones constitucionales, se formulan con <<... criterios eminentemente técnicos o prácticos, como lo son la efectividad, la seguridad o la rapidez ...>>¹¹.

Se ha sostenido que <<...las normas procesales tienen su carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas... Las normas procesales

9

Montero Aroca, J., <<Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso>>, Tecnos Madrid, 1976, pags. 210 y ss; Gimeno Sendra, v., <<Fundamentos de Derecho Procesal>>, Civitas, Madrid, 1981, pags. 180-181.

10

Sobre ello, Fernández Entralgo, J., <<Principios del Proceso y Principios del Procedimiento>>, en Palacios Mejía, J. M^a y Fernández Entralgo, J., (Coordinadores), <<Código Procesal Penal Comentado>> (Honduras), Corte Suprema de Justicia / Congreso Nacional Cooperación /Española/ Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, Págs.1 y ss.; y <<Los principios de legalidad (u obligatoriedad) en el proceso Penal>> ibidem, pags. 142 y ss.; y Llorente Fernández de la Reguera, A., <<Del juicio y público>>, ibidem, pags.490 y ss.

11

Gimeno, loc. Cit., pag. 271

deben únicamente garantizar que el derecho material se concrete de modo n irrevocable a través de la declaración judicial en la forma mas idónea posible...>>¹². No obstante, la mayoría de los especialistas admiten el impacto de las ideas políticas vigentes en cada momento en una comunidad, sobre las

instituciones procesales¹³. Singularmente, la opción por un concreto modelo de proceso penal, y en la medida que este pueda ser contemplado como instrumento de control social, no es ajena a la concepción que se profese sobre la orientación que debe presidir las relaciones de los ciudadanos entre si, y respecto del Estado. Hace medio siglo, y en un momento histórico especialmente turbulento, el profesor James Goldschmidt escribió unas palabras que se han convertido en cita tópica: <<...los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoridades de su Constitución...>>¹⁴.

2.1.- La pauta de la autoridad

El proceso puede ser concebido como el marco escénico para la presentación y comprensión del caso¹⁵; y los protagonistas del drama procesal se comunican entre si, y pueden comunicar a los cada vez mas amplios <<auditorios>>¹⁶ (desde las personas presentes en la sala de justicia a los mas recónditos lugares de la *aldea global*, a través de los medios de comunicación) por medio del

12

Serra Domínguez, M., <<Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legalización y en la realidad procesal)>>, en <<Revista de Derecho Procesal Iberoamericano>>, 1972, 2-3, pag. 513

13

Una muestra de posiciones a propósito del debate sobre la pretendida neutralidad de las instituciones y normas procesales: Montero, loc. Cit., pags. 212 y 215; Gimeno, loc.Cit. pags. 177-179; Prieto -Castro, L., <<Informe general sobre los principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones>>, en <<Trabajo y orientaciones de Derecho Procesal>>, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1964, pags.689-700; Fairen Guillen, V., <<Los principios procesales de la oralidad y publicidad y su carácter técnico o político>>, en <<Revista de Derecho Procesal Iberoamericana>>, 1975, pags. 316-317.

14

Goldschmidt, J., <<Principios generales del proceso: Problemas jurídicos y políticos del proceso penal >>, Buenos Aires 1961 (cito por Montero, loc. Cit., pags. 210-211); una cita más extensa -por la edición española 1935- puede verse en Fairen Guillen, V., <<La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español>>, en <<Temas del Ordenamiento procesal >>, II, Tecnos Madrid, 1969, pag. 1201.

15

Hassmer, W., <<Fundamentos del derecho penal>>, Bosch, Barcelona, 1984.

16

Se utiliza la expresión en el sentido de Pereleman, Ch., <<La lógica jurídica y la nueva retórica >>, Civitas, Madrid, 1979.

lenguaje oral, entendido en un sentido amplio que incluye el denominado <<lenguaje no verbal >>, esto es, la <<expresión corporal>>, el conjunto de gestos y aptitudes corporales que acompañan a la emisión de las palabras por el sujeto, y que tanta importancia tiene como parte del mensaje comunicativo¹⁷.

La elección entre las formas oral y escrita del lenguaje tiene una importancia decisiva para la construcción del modelo *formal* el juicio <<...En nuestra opinión –escribe Montero Aroca- todo el problema del procedimiento puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de el, es decir, intermediación, concentración y publicidad...>>¹⁸. James Goldschmidt explica: <<Donde el principio de la oralidad tiene vigor,...el principio del “*audiatur et altera pars*” (o de audiencia bilateral), cuya observancia es el mínimum de una configuración acusatoria del proceso conduce al principio de la contradicción, es decir, a la audiencia de las alegaciones mutuas de las partes en forma de un “juicio oral”. La dificultad de retener lo hablado en la memoria conduce además al principio de concentración, o <<unidad del acto>>, que requiere condensar el juicio oral en una o varias sesiones consecutivas...>>¹⁹.

Desde luego, la expresión oral demanda la intermediación y también la concentración y la continuidad de la actividad procesal. El mensaje comunicativo oral solo puede ser adecuadamente percibido por su

17

La idea no es nueva. Ferrajoli, L., (<<Derecho y razón. Teoría del dramatismo penal>>, Trotta, Madrid, 1995, pag. 689) transcribe estas palabras de Pagano, F.M. <<Considerazioni sul processo criminale>>, Nápoles, 1799 pags. 105-106), realmente ilustrativas: <<...La escritura, como muy bien dice Sócrates ante Platón, esta muerta; no nos habla más que por una parte, es decir por medio de aquellos ideas que con sus signos nos comunica con el espíritu.. En la viva voz habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz el modo de decir y tantas otras distintas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en estas. La lengua muda, la elocuencia del cuerpo, por usar la frase de Tulio, como mas interesante es también mas verídica que las palabras y la verdad se puede esconder menos. Todos los signos enunciados se pierden la muda escritura faltando al juez los mas claros y ciertos argumentos....>>.

18

Montero Aroca, J., <<El principio de oralidad y su practica en la vigente ley de Enjuiciamiento Criminal>>, en <<Justicia 83>>, 1983, pag. 267.

19

Goldschmidt, J., <<Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935>>, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935, pags 84-85.

destinatario si esta presente al tiempo de su emisión; y, si ha de conservarse íntegra y fielmente el recuerdo de la sucesión de actos que integran el juicio oral, será impredecible su concentración en una audiencia o una pluralidad de ellas separadas entre sí por el menor tiempo posible, lo que pone de relieve la

conexión que media entre oralidad, la concentración, la intermediación y la celeridad.

Los procesalistas han destacado, desde siempre, la última relación que existe entre la oralidad y la intermediación. De estas forzosas <<compañeras de viaje>> (en afortunada calificación de Klein-Engel²⁰), ha podido escribir el profesor Fairen que son <<...dos aspectos de la misma "cosa", o se hallan en interdependencia como dos cuerpos de igual raíz, de tal modo que, si uno de ellos se marchita, el otro también lo hace...>>²¹.

La relación entre publicidad y oralidad resulta menos clara, pese a contar con el precedente de Montesquieu²². La posibilidad de celebrar el juicio oral a puerta cerrada constituye la mejor demostración de la endeblez de la afirmada rigidez de ese recíproco condicionamiento. Cuestión distinta es que históricamente hayan ido de la mano las pautas de publicidad y oralidad.

Es frecuente invocar la configuración que, de la pareja conceptual oralidad/escritura, hace Goldschmidt: <<... se entiende por oralidad del procedimiento el principio de que la resolución judicial puede basarse solo en el material procesal proferido oralmente...>>; <<...el contrario del principio de oralidad se presenta por el de la escritura, con arreglo al cual la resolución judicial ha de basarse solo en el material procesal depuesto por escrito en los autos....>>²³.

Actualmente parece existir cierto consenso, entre la doctrina especializada, acerca de los extremos.

En su relación general, presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en Pescara, del 29 de Agosto al 15 de Septiembre de 1970), el profesor Cappelletti,

20

Klein-Ángel, <<Der Zivilprozess Österreichs>>, Berlin- Leipzig-Manheim, 1927, pag 220

21

<<Principios....>> cit., pag. 559, con cita de Klein-Engel.

22

En el capítulo XXXIV (<<De cómo el procedimiento llegó a ser secreto>>) del Libro XXVIII de <<Del espíritu de las Leyes>>, Porrua México, 1973pags. 339-340.

23

Goldschmidt, J., <<Problemas jurídicos y políticos....>> cit., pags. 84-85; también Prieto-Castro

aseguraba: <<...Unánime es, por parte de los relatores, la exclusión, en la fase actual de la civilización humana, de un sistema procesal en el cual la forma oral domine en su absoluta pureza. Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales: y de ahí

que el problema de la oralidad y de la escritura se indica con frecuencia como un problema de predominio, o de coordinación, no de total exclusión...>>²⁴.

Por otra parte, para calificar un modelo procedimental como oral o escrito, se atiende a su contemplación como estructura total, mas que a una de sus facetas concretas (las alegaciones, la prueba...), y se insiste en la íntima relación que guardan oralidad, inmediación y concentración, como principios interdependientes.

La oralidad intuye como una de las pautas organizativas del procedimiento penal²⁵ ya en el primer Artículo del Código Procesal Penal. Llorente Fernández de la Reguera la conecta ingeniosamente con el Artículo 94 de la Constitución²⁶, pues en el se prohíbe imponer pena alguna a alguien <<...sin haber sido oído y vencido en juicio...>>, y la <<audiencia>> preceptiva demanda la oralidad. Orales serán las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate (Artículo 302 CPP), sin perjuicio de su conservación por escrito o por cualquier otro medio. Las actuaciones investigadoras consistentes en declaraciones del imputado o de testigos –salvo excepciones por imposibilidad del declarante –serán igualmente orales (artículo 125 y 130 CPP), igualmente sin perjuicio de su documentación para su constancia futura (Artículo 131). La oralidad se ha extendido, al menos parcialmente, al periodo intermedio- tradicionalmente dominado por la pauta de escritura- como consecuencia de la introducción de la audiencia inicial que regulan los artículos 300y 301 CPP; y a la fase de sentencia. En efecto, al margen la lectura de la absolutoria, si el fallo fuese condenatorio, una conclusa la deliberación y votación, <<...el Tribunal de Sentencia regresara al salón de debates y el Presidente explicara en voz alta y con palabras

24 <<Proceso oral y proceso escrito>>, en Cappelletti, M., <<La oralidad y las pruebas en el proceso civil>>, EJE, Buenos Aires, 1972, Págs. 11-12.

25 Llorente Fernández de la Reguera, A., <<Del juicio oral y público>>, en <<Código Procesal Penal comentado <<Honduras>>, Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional /Cooperación Española /Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs. 494; Fortín Aguilar, M.A., Comentario al Artículo 310, Ibidem, pág. 507.

26 Loc. Cit., pag. 494.

sencillas y claras, que se ha tomado la decisión de condenar al imputado...>> (Artículo 342.2 CPP²⁷), abriéndose una audiencia, también oral para la determinación de la pena (Artículo 343 CPP), extremo que resolverá el Tribunal en su sentencia.

2.2.- La pauta de publicidad

Publicidad y oralidad representan –escribe Maier²⁸- <<...banderas que presiden la transformación del procedimiento inquisitivo durante el siglo XIX en Europa continental. Esas banderas resumían el proyecto político del Iluminismo en materia procesal penal y presidían, junto a otras –supresión de los métodos crueles para la investigación de la verdad, convicción íntima para valorar las pruebas, libertad de defensa, colaboración popular en la administración de justicia-, emanadas de la afirmación del respeto a la dignidad humana, la reacción contra la Inquisición...>>.

La publicidad constituye una exigencia del proceso penal propio de una sociedad democrática abierta²⁹ y transparente³⁰, en la que se puede conocer cuanto .como es la actividad jurisdiccional penal- es *res publica*, objeto de interés colectiva.

Sabido es como Michel Foucault³¹ puso de manifiesto la inversión de sentido que se aprecia en el moderno sistema penal

27

El valor pedagógico de este acto no ha sido suficientemente advertido en los comentarios de alcance: vease Cubas Urbina, L.D. Y Banegas Zeron, j., Comentario al artículo 342, en <<codigo Proceal Penal Comentado (Honduras)>> cit., pag 574.

28

Maier, J.B.J., <<Derecho Procesal Penal >>, I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l, Buenos Aires, 1996, pag. 652.

29

En cuanto sociedad <<...que pone en libertad las facultades de crítica del hombre...>>, Popper, K.R., <<La sociedad abierta y sus enemigos>>, Orbis, 1984, I, pag. 15.

30

Vattimo, G., <<La sociedad transparente>>, Paidós/ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona- Buenos Aires –México, 1989.

31

Hace dos siglos se inició la desaparición de lo que Foucault llama muy expresivamente <<la fiesta punitiva >>. <<...El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro...>>. <<... El castigo tendrá... a convertirse en la parte más oculta del proceso penal...>>. La eficacia disuasoria de la pena ya no deriva tanto de <<... la percepción casi cotidiana...>> de su ejecución; <<...es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen... >>. Así cobra una creciente impotencia la publicidad de los Debates y de la sentencia (Foucault, M., <<Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión>> siglo veintiuno editores, Madrid, 1978, pags. 16- 17).

(sustantivo y procesal) en relación con el propio del *Ancien Regime*. El proceso inquisitivo era secreto, mientras se prueba que la ejecución de la pena fuese visible para todos. Hoy, la pena se ejecuta fuera de la vista del público, mientras que los procedimientos penales se ajustan a la pauta de la publicidad.

La publicidad constituye, no en vano, una eficaz garantía frente a la arbitrariedad y el abuso de poder³². En <<*Dei delitti e delle pene*>>, Beccaria escribió lapidariamente: <<...Sean públicos los juicios y publicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino que estamos defendidos.... >>³³. Es tópica la cita de Mirabeau, en discurso ante la Asamblea Nacional francesa, y que recoge Bentham³⁴: <<...Dadme el juez que querías, parcial, corrompido, mi enemigo mismo, si queréis; poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público...>>.

Desde otro punto de vista, conseviendo el proceso, como un marco escénico para la presentación y resolución del caso conflictivo, el drama procesal ha de desarrollarse públicamente.

De este modo, el público (en sus diversos niveles de <<auditorio>>) sirve de control del correcto funcionamiento del sistema, y el proceso puede cumplir satisfactoriamente su función sociopedagógica, en cuanto instrumento de consecución del efecto de prevención general positiva, que se consigue por la percepción general de la vigencia efectiva de la ley penal a través de la investigación, persecución y enjuiciamiento cierto, rápido y eficaz de los hechos delictivos.

El juicio oral y público tiene también algo de exorcismo: de ceremonia de purificación colectiva; y desempeña, en fin, generalmente, una función satisfactiva individual mediante la reivindicación de la víctima ante la colectividad.

32

Ferrajoli, loc. Cit., pags., 616 y ss., explica -con abundante apoyo bibliográfico- la función garantista que desempeña la pauta de publicidad.

33

Beccaria, C., <<De los delitos y de las penas>>, capítulo XIV en la edición Harlem (Bruguera, Barcelona, 1983, pags. 77-78), y VII en la Morellet (Temis, Bogotá, 1990, pag. 14).

34

En su >>Tratado sobre la organización judicial>>, XVI, cit. Por Ferrajoli, loc. Cit., pag. 686

Los procesalistas vienen distinguiendo entre publicidad general y publicidad para las partes³⁵. La segunda desborda el contexto de los principios del procedimiento, y comprende la efectividad del principio procesal de audiencia bilateral o de contradicción³⁶.

La publicidad absoluta inmediata (esto es, la posibilidad de asistencia personal o física del público a las actuaciones judiciales) rige plenamente, en el juicio oral (Artículo 308 CPP).

No obstante, se reconocen excepciones (artículos 308 y 309 CPP). Todas ellas están fundadas o en la necesidad material o en el equilibrio de intereses contrapuestos, pero no afecta a la dimensión interna o relativa de la publicidad, esto es, la que se refiere al derecho de las partes a conocer la marcha del proceso, y, consecuentemente, del juicio³⁷.

Unas, afectan al acceso del público a la sala de justicia, limitado ya inevitablemente por el aforo de esta, en evitación de posibles disturbios provocados por la niñez, la ebriedad o la enfermedad mental de cualquier aspirante a asistente. Se imponen, además, limitaciones a la presencia del público en la sala de audiencia, referidas al porte de armas o de distintivos partidistas o gremiales, para crear un clima de serenidad durante los debates.

La publicidad como posibilidad de comunicación general de lo ocurrido durante el debate puede restringirse-total o parcialmente- en aras de intereses superiores públicos o privados, como se desprende de la lectura del Artículo 308 CPP.

35

Chiovenda, <<Instituciones...>> cit., pags. 201-203; Gimeno, >>Fundamentos...>> cit, pag 236; Fairen Guillen, V., <<Comentarios a la Ley Organica del Poder Judicial>> EDERSA, Madrid, 1986, pags. 280 y ss. La contraposición entre publicidad <<extr em a>> e <<interna>> es coincidente (Llorente, loc. Cit., pag. 493).

36

Fairen, <<Comentarios...>>, pags. 281 y 285; Montero, loc. Cit., pags. 272-273 considera la publicidad para las partes como un principio no del procedimiento, sino del proceso

37

Llorente Fernández de la Reguera, loc. Cit., pags. 493-494. Advierte que <<... (lo) esencial no es tanto la presencia efectiva de asistentes, como la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda acudir a las audiencias sin más restricciones que las previstas en el art. 309 del Código, mientras se disponga de espacio para ello... Es suficiente, por tanto, que la posibilidad de acceso del ciudadano sea real y efectiva para que se respete el principio de publicidad extrema, haya o no público presente dentro de la sala de vistas>> (loc. Cit., pag. 493); véanse, asimismo, Fortín, M., loc. Cit., pag.507.

2.3.- Las pautas de intermediación, concentración y continuidad

2.3.1.- La pauta de intermediación judicial

El Artículo 306 CPP prevé claramente que el juicio se celebre en presencia del Tribunal de Sentencia, ante el que, por tanto se practicaran todos los actos que lo integren, incluidos, por supuesto, las pruebas propuestas y admitidas.

Pero hay más. La exigencia de intermediación no se agota con la necesidad de la presencia continuada del tribunal que ha de resolver el caso. La regla – advierte Maier- <<... obliga a que el debate se lleve a cabo con la presencia ininterrumpida de quienes participan en el procedimiento: el imputado y su defensor, el acusador (Ministerio Público o querellante, según el caso) y los jueces que dictaran la sentencia... >>³⁸. Esta presencia obligada tiene, para las partes, el significado de una garantía de control del correcto desarrollo del juicio. Ello no impedirá que el imputado pueda ser expulsado de la sala de justicia, por su comportamiento persistentemente inconveniente (Artículo 307.2 CPP), o autorizado a abandonarla, aun quedando a disposición del Tribunal (Artículo 306.2 CPP); del mismo modo que el representante del acusador puede no comparecer a la audiencia o alejarse de ella sin permiso del tribunal, pero se interpretará esta actitud como tasito abandono de su posición de parte (Artículo 306.5 CPP). Bien distinta es la trascendencia de la ausencia deliberada del Defensor. Se tendrá por abandonada la defensa, pero el juicio se suspenderá para dotar al acusado de un Defensor nuevo (Artículo 306.3CPP).

2.3.2.- Las pautas de concentración y de continuidad. Preclusión y eventualidad

La efectividad del derecho al acceso a la Justicia, o, si se prefiere, el derecho a una tutela judicial efectiva puedan verse burlados como consecuencia de la duración desmesurada del procedimiento.

38

Maier, J.B.J., <<Derecho procesal penal >>, I, Fundamentos, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1996, pag. 657; Fairen Guillen, V., <<Comentarios a la Ley organica del Poder Judicial>>, EDERSA, Madrid, 1986, pags. 657.

Esta demora puede ser el resultado de uno de estos factores (o de ambos a la vez), a saber: la complejidad del modelo prosidemental (multiplicación de actuaciones innecesarias, interferencia de incidentes y recursos) y la lentitud del desarrollo de los actos que lo componen.

La pauta de concentración trata de poner remedio a la dilación injustificada del curso del procedimiento (especialmente indeseable en el proceso penal), concentrado <<...sus actividades- explica Fairen Guillen- en un espacio de tiempo lo mas corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso. Así aparece el principio de concentración, principio de Política legislativa, casi categoría del pensamiento reformador de los últimos años....>>³⁹.

James Goldschmidt, el gran teórico del principio de concentración lo identifica con el ideal de <<unidad de acto>>⁴⁰. Concentración de la actividad del procedimiento significa, en palabras de Chiovenda, <<... sustanciación de las causas en un periodo único, que se desenvuelve en una audiencia única o en el menor numero de audiencias próximas.... >>⁴¹.

Su relación con la oralidad y con el denominado principio de aceleración han sido destacados por los estudios, sin que falte quien le atribuya una cierta primacía sistemática y práctica sobre los demás principios procidementales⁴².

39

Fairen Guillen, V. <<Notas sobre el principio de concentración>>, en sus <<Estudios...>> cits., pag. 282; Gimeno, <<Fundamentos...>> cit., pag. 233. Llorente advierte que la concentración <<...contribuye a la celeridad del procedimiento y esta se configura como un derecho de los justiciables a un proceso sin dilaciones indebidas, sin merma de la tutela judicial efectiva, como se colige del Artículo 8^a del Código.... >> (loc. Cit., pag. 497).

40

Goldschmidt, J., <<problemas Jurídicos y políticos... >> cit., pag. 88. Llorente, loc. Cit., pag.497. Goldschmidt se refirió a este principio de concentración (como contrapuesto al de <<eventualidad>>) el comentar la reforma de 13 de mayo de 1924: Gimeno, <<Fundamentos...>> cit., pag. 233. Sobre la diferencia entre <<concentración de las actividades procesales>> y la <<concentración del contenido del proceso>>, elaborada por Franz Kelyn, vease Fairen, <<Notas...>> cits., pags. 283 y ss.; y <<Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales>>, Librería Bosch, Barcelona, 1990, pags. 400 y ss.

41

Loc. Cit., pag. 163. En términos condicionales se manifiesta Montero, loc. Cit., pag. 271.

42

Alcalá-Zamora y Castillo, N., <<Proceso oral abogacía>>, en <<Estudios de teoría general e Historia del Proceso>>, II, México, 1974, pags. 17 y 19 (por Montero, loc. Cit., pag. 217).

<<... (Donde) se manifiesta con mayor claridad el principio de concentración es en el juicio oral... >>⁴³, dominado por el arquetipo. de la <<... unidad entre el debate y la sentencia...>>⁴⁴.

Fairen Guillen trae a colación unas expresivas palabras de Adolf Wach: <<... El ideal del proceso oral es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de todas las afirmaciones, proposiciones de prueba, excepciones de las partes y, si fuera posible, la practica de la prueba... >>⁴⁵. Importa especialmente la concentración y continuidad de esta ultima <<... Sin solución de continuidad, de manera que cuando se celebra una prueba, no se haya desvanecido en el Juez o tribunal la impresión que la anterior caso (BERNHARDT, RAMIRO PODETTI, FAIREN GUILLEN)...>>⁴⁶.

A imprimir una mayor rapidez y facilitar la concentración de la actividad del proceso contribuye la introducción de un cierto grado de preclusión⁴⁷, establecido un tracto desglosado en fases y tiempo para que se produzcan las alegaciones y la proposición y práctica de las pruebas, transcurridos los cuales se pierde ya la oportunidad de hacerlo

43 Montero, loc. Cit., pags. 271-272; Gimeno, loc cit., pag. 236.

44 Maier, loc. Cit., pag. 657.

45 Fairen Guillen, <<Doctrina General.....>> cit., pag.400

46 Fairen Guillen, <<Doctrina General.....>> cit., pag.402

47 Gimeno Sendra, <<fundamentos... >> cits. Pag. 234 El principio *preclusividad rigida* – escribri Prieto- castro- <<... lleva consigo el de *eventualidad*, con el que se quiere significar que al no ser recuperable la ocacion que se pierde de realizar un acto dentro de la etapa preclusiva a la que pertenezca, en cada una de las fases o etapas se ha de realizar todas las alegaciones y usar todos los medios de ataque y de defensa de que se disponga por el metodo *acumulación eventual (ad omnium eventum)*, es decir, para estar prevenido. Por sí uno o varios de tales alegaciones o medios no surten efectos>>: Prieto-Castro, <<Tratado... >> cit. pag. 544. En el juicio oral, se establecen una sucesión de fases preclusivas (a modo de <<actos>> del <<drama>> procesal) que tratan de establecer un cierto <<ritmo>> en el desarrollo de aquel (Fairen, <<Doctrina General ... >> cit. pag. 407). En el Código Procesal Penal, iniciada la audiencia, y tras un preámbulo, destinado a dejar clara la conformidad del acusado con la acusación o su oposición a ella, y, en este segundo caso, el establecimiento del calendario de desarrollo del juicio, se abre al debate (Artículo 319 CPP. I-4). Siguen, a continuación, las siguientes fases o etapas, todas ellas dominadas por la preclusión: (a) presentación del caso (Artículo 319.4 CPP); (b) periodo de saneamiento procesal, resolviendo posibles incidentes (Artículo 320); (c) posible ampliación de la acusación (Artículo 321 CPP); (d) eventual conformidad unilateral o pactada (Artículo 322 CPP); (e) declaración del imputado (Artículo 323 - 324 CPP); (f) practica de la prueba pericial, testifical y documental (artículos 325- 332 CPP); (g) practica de diligencias para mejor proveer (lo que constituye una cierta quiebra de la preclusividad: véase, en relación con el proceso penal español. Fairen, loc. Cit. mas arriba); (h) Difuncion final); (i) intervención de la Víctima; (j) *ultima palabra* del acusado; acusado; y (h) cierre del debate.

La regulación del juicio oral esta marcada por el doble principio de concentración de la actividad y del objeto del proceso, y de continuidad de los actos del juicio en caso de fragmentación de su celebración.

Lo segundo, porque una audiencia preliminar (prevista y regulada por los artículos 300 y 301 CPP) contribuye a calificar cuestiones previas e incidentales, saneando, cuando sea posible, vicios que podrán hacer fracasar la eficacia del proceso.

Lo primero, porque ese debate, el incidente de conformidad, la proposición de nueva prueba, y la practica de la totalidad propuesta, la eventual ampliación de la acusación, las calificaciones definitivas y los informes se llevan a cabo de forma concentrada o continua (Artículo 306 CPPP), en una o varas sesiones –diarias y consecutivas- que, para todos los efectos, se tendrán como una sola audiencia (Artículo 312CPP). Las sesiones solo podrán interrumpirse por alguna catástrofe o hecho extraordinario que imposibilite o haga difícil su continuación, o por disposición del Tribunal de Sentencia, que podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince días, por alguna de las razonables causas establecidas en el Artículo 312 CPP.

Las pautas de concentración y continuidad rigen también en el tracto del juicio a la sentencia, como puede comprobarse por la lectura de los primeros párrafos del Artículo 335 CPP. La deliberación se iniciara una vez cerrado el debate, y no podrá suspenderse –salvo fuereza mayor o caso fortuito- hasta la tomar decisión razonada que se reflejara en la sentencia⁴

48

Maier (loc. cit., pag. 659) explica que <<... (la) posibilidad que otorgan las leyes de enjuiciamiento para que, en esas excepcionales, el tribunal solo lea el dispositivo inmediatamente después de deliberar y votar, y exteriorice los fundamentos, consignados ya por escrito en la audiencia posterior a breve plazo, no constituye una excepción a la regla, pues la deliberación contiene los fundamentos del fallo y la autorización solo obedece a la dificultad de consignarlos por escrito en casos complejos cuando, por lo avanzado de la hora resulte imposible esa tarea ...>>; y, coincidiendo con Velez Mariconde, A. (<<Derecho Procesal Penal >>, Lemer, Buenos Aires, 1969, I, pag. 432), disipa los recelos que llevan a Alcalá –Zamora y Castillo, N. (<<La reforma del enjuiciamiento penal argentino>>, en <<Revista de Derecho Procesal>>, Buenos Aires, 1945, parr.61), Pomata, T. (<<Sistema de comunicación. Sistema de conservación>>, en <<La Ley>>, 1957, 119, pag. 1251) y Lopez –Rey y Arrojo, M. (<<Proyecto de Código de Bolivia>>, Córdoba –Argentina, 1946, pag. 40) a escandalizarse de la posibilidad de una fundamentación construida con posterioridad al fallo, advirtiendo que su error <<... consiste en no apreciar que los verdaderos fundamentos del fallo son fruto de la deliberación y votación de los Jueces y que ellos, naturalmente, se llavan a cabo en forma oral. Redactar por escrito los fundamentos de la sentencia –vertir por escrito la deliberación y la votación oral- es tarea que requiere algún tiempo, más aun en casos: complejos: la autorizaron solo atiende a esta necesidad...>

3.- LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL JUICIO ORAL EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

3.1.- El principio de intermediación

El primer párrafo del Artículo 306 CPP (Concentración) establece: <<... El juicio se realizara en forma continua, con la presencia del Tribunal de Sentencia, de las partes y las demás personas que hayan sido autorizadas para intervenir en el mismo.... >>.

Ello no impedirá que el imputado pueda ser expulsado de la sala de justicia, por su comportamiento persistentemente inconveniente (Artículo 307.2 CPP), o autorizado a abandonarla, aun quedando a disposición del Tribunal (Artículo 306.2 CPP); del mismo modo que el representante del acusado privado puede no comparecer a la audiencia o alejarse de ella sin permiso del Tribunal, pero se interpretara esta actitud como tasito abandono de su posición de parte (Artículo 306.5 CPP). Bien distinta es la trascendencia de la ausencia deliberada del Defensor. Se tendrá por abandonada la defensa, pero el juicio se suspenderá para dotar al acusado de un Defensor nuevo (Artículo 306.3 CPP).

Así, el retiro momentáneo de los miembros del Tribunal o de cualquiera de las partes, dará lugar a la suspensión del procedimiento, salvo si se trata del imputado quien podrá retirarse con permiso del Tribunal, a cuya disposición deberá quedar hasta que se adopte otro acuerdo (Artículo 306.2 CPP).

- a) Presencia del Tribunal sentenciador en el acto del juicio oral

Constituye requisito indispensable de la celebración del juicio oral. Su ausencia implica la suspensión del debate, con los efectos previstos por los artículos 312 y 313 CPP.

- b) Presencia de las partes acusadoras en el acto del juicio oral.

La presencia del Ministerio Publico, constituido en parte acusadora, resulta inexcusable.

Si no compareciese o se ausente, el juicio no podría comenzar o, si ya se ha iniciado, habrá de suspenderse, señalando fecha y hora para el cominso o la reanulación del debate. Será de aplicación lo establecido en los artículos 312 y 313 CPP.

Si el representante del Acusador Privado no concurre a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del Tribunal, dejara de tenersele como parte, sin perjuicio de que la persona del Acusador Privado, podrá ser obligado a comparecer cuando deba declarar Como testigo (Artículo 306, párrafo último, CPP).

Si el Acusador Privado es la única parte acusadora se producirá la excitación de la acción por abandono, de conformidad con el Artículo 42.4 CPP.

El tratamiento legal es extraordinariamente riguroso, y hubiera resultado mas razonable requerir a la persona física o jurídica legitimada para acusar a fin de que, dentro de un plazo de cinco días, designase nuevo profesional que sustituyese al incomparecido.

c) Presencia del acusado en el acto del juicio oral

El imputado, en efecto, con arreglo al Artículo 307 CPP, asistirá a la audiencia, y lo hará, en principio, sin ninguna limitación para sus movimientos, siempre y cuando, claro esta, no se encuentre sometido a alguna medida cautelar privativa o restrictiva de su libertad.

El Presidente del Tribunal, sin embargo, deberá disponer la vigilancia y cautela necesaria para impedir su fuga o que cometa o sea victima de agresiones verbales físicas o cualquier otro acto de violencia. Este ultimo inciso del párrafo primero del Artículo 307 CPP pone derelive la doble dimensión del trato que recibe el imputado, asegurando su persona en cuanto a su presencia es necesaria para la celebración del juicio, pero asegurándola igualmente en cuanto sea precisa su protección de posibles agresiones de terceros.

Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ellas a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el Tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando estas con la presencia de su Abogado Defensor

(Artículo 307.2 CPPP). Si el comportamiento del acusado fuese constitutivo delito, se procederá, además, en forma prevista por el Artículo 315 CPP.

La expulsión del acusado habría de ir precedida siempre de advertencia del Presidente sobre la consecuencia de la insistencia en su actitud.

Si el imputado se halla en libertad y no se presenta a la audiencia, el Tribunal de Sentencia ordenara su conducción por la fuerza pública o su detención. Si no es posible la conducción oportuna del imputado, se suspenderá el debate hasta que sea habido o se presente voluntariamente (Artículo 307.3 CPP).

En el mismo caso, dicho Tribunal podrá variar las condiciones a que este sujeta la libertad del imputado o imponerle medidas cautelares adicionales a las que se halla sujeto. Lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 307 CPP es comprensible porque la audiencia no justificada del acusado y el desconocimiento de su paradero evidencian su <<peligrosidad procesal>> (la fuga temida se ha hecho realidad), presupuesto de la adopción de una medida cautelar privativa de libertad encaminada a garantizar su presencia en juicio.

d) Presencia del Defensor del acusado en el acto del juicio oral.

A tenor del Artículo 306 (2 y 3) CPP, si el Defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del Tribunal, se tendrá por abandonada la defensa.

Fortín Aguilar escribe: <<... El Abogado que asuma la defensa de un imputado debe actuar con responsabilidad, no se concibe que un profesional que se precie de serlo abandone la defensa de una persona que ha confiado en él. La labor del defensor es muy importante, implica realizar todos los esfuerzos posibles en defensa del imputado, actuar con diligencia, debe preparar sus juicios con honestidad, debe presentar los mejores argumentos a favor de su defendido, no debe desaprovechar las pruebas negligentemente, la mala labor profesional del defensor da sin lugar a dudas como resultado una condena injusta. >>⁴⁹.

Se hace preciso entonces, combinar las exigencias de defensa del acusado – defensa imperativa, a la que el mismo acusado no puede renunciar (como recuerda Fortín Aguilar⁵⁰)- y de eficacia del proceso. Para ello, si el imputado no designa de inmediato otro Defensor de su confianza, el Tribunal de Sentencia le nombrará un Defensor Público.

Cuando el abandono ocurra dentro de los tres días anteriores al debate o durante el desarrollo de este, el Tribunal podrá apelar su inicio o suspender por una sola vez el que ya haya comenzado, por un término máximo de cinco días calendario. Si el abandono de la defensa no tiene causa justificada, el Defensor será sancionado con la pena prevista en el Código Penal.

Estos dos preceptos, interpretados conjuntamente, suscitan confusión

Parece razonable entender que la audiencia del Defensor podrá reintegrarse a su función dentro del aludido de cinco días, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir si no justifica su incomparecencia. Transcurrido ese plazo sin reasumir su cometido, será sustituido por otro, Público o de confianza del acusado.

En realidad, cuando un Defensor actúa tan irresponsablemente, el Tribunal, en interés de la eficaz defensa del acusado, obrará prudentemente (en uso de la facultad que le confiere el Artículo CPP) requiriendo a este (aunque la reintegración se haya producido dentro de los cinco días legales) para que manifieste si se siente suficientemente defendido o si interesa la sustitución por otro profesional.

e) Presencia de peritos y testigos en el acto del juicio oral.

El Artículo 314 CPP establece que los testigos o peritos que no puedan concurrir al debate por cualquier causa, serán examinados por el Tribunal en pleno, en el lugar en que ellos se encuentren, con citación de las partes, para que puedan intervenir en la práctica de la prueba.

50

Mismo lugar citado en la nota anterior.

3.2.- El tiempo del juicio oral. Concentración y continuidad: Posibilidades y límites de suspensión del juicio oral

Conseguir el ideal de continuidad de las actuaciones se hace fácil porque una audiencia preliminar (prevista y regulada por los artículos 300 y 301 CPP) contribuye a clarificar cuestiones previas e incidentales, saneando, cuando sea posible, vicios que podrían hacer fracasar la eficacia del proceso.

El principio de concentración se consigue en cuanto ese debate inicial, el incidente de conformidad, la proposición de nueva prueba, y la practica de la totalidad propuesta, la eventual ampliación de la acusación, las calificaciones definitivas y los informes se llevan a cabo de forma concentrada o continuada (Artículo 306), en una o varias sesiones –diarias y consecutivas- que, para todos los efectos, se tendrán como una sola audiencia (Artículo 312 CPP). Las sesiones solo podrán interrumpirse por alguna catástrofe o hecho extraordinario que imposibilite o haga difícil su continuación, o por disposición del Tribunal de Sentencia, que podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince días, por alguna de las razonables causas establecidas en el Artículo 312 CPP.

A este respecto, resulta fundamental el Artículo 312 CPP, epigrafiado <<Forma de celebrar el debate>>.

A su tenor, el debate podrá realizarse en una o varis sesiones que, para todos los efectos, se tendrá como una sola audiencia.

Las sesiones serán diarias y consecutivas y solo podrán interrumpirse por alguna catástrofe o hecho extraordinario que imposibilite o haga difícil su continuación o por disposición del Tribunal de Sentencia.

El Tribunal de Sentencia podrá suspender el debate por un plazo máximo de quince días, cuando concurra alguna de las causas que se enumeran, con carácter taxativo, aunque enunciadas en términos flexibles, en el propio Artículo, a saber:

- 1.- Cuando deba resolverse alguna cuestión que por su naturaleza, no pueda decidirse inmediatamente.

Ello facilita que el Tribunal pueda decidir cuestiones complejas o especialmente difíciles, evitando el riesgo de error que entrañaría una resolución precipitada sin suspender el curso del debate. La duración de la suspensión dependerá obviamente del grado de complejidad o dificultad de la cuestión planteada.

- 2.- Cuando deba practicarse alguna diligencia en lugar distinto de aquel en que se celebre la audiencia.
- 3.- Cuando no comparezcan los testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable y no haya pruebas que puedan evacuarse, ya que, de otro modo, se proseguirá el debate practicándose estas, y suspendiéndose solo cuando se llegase a un punto en que no quedase otra actividad pendiente.
- 4.- Si un perito no puede ser localizado por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiendo de esta prueba, salvo el caso de que la prueba pueda ser evacuada por otro perito.
- 5.- Cuando alguna de las partes o un miembro del Tribunal de Sentencia no pueda continuar interviniendo en el juicio, salvo que pueda ser sustituido inmediatamente, conforme lo dispuesto en el presente Código;
- 6.- Cuando alguna revelación o retractación inesperada produzca alteraciones sustanciales en la causa. En este caso, puede ser necesaria una suspensión para ponderar cuál ha de ser el curso posterior del procedimiento.

La novedad podrá, unas veces, resolver mediante una actividad probatoria complementaria, que puede encausarse como diligencias para mejor proveer, a tenor de los Artículos 333 CPP. Otras veces la modificación puede ser de tal entidad, que precederá la paralización definitiva del debate, retrocediendo el procedimiento a su fase preparatoria.

- 7.- Cuando el Defensor lo solicite después de ampliada la acusación, siempre que por las características del caso, el debate no pueda continuarse de inmediato.
- 8.- Cuando el imputado incurra en una rebeldía durante el debate.
- 9.- Cuando al le sobrevenga una enfermedad o trastorno físico, que le impida la asistencia al acto del juicio hasta su restablecimiento, o un trastorno mental que limite gravemente

Su capacidad de comprensión de los actos del proceso y la posibilidad de obrar conforme a ese entendimiento. En tal caso, el Artículo 312 CPP establece que se estará a lo dispuesto en los Artículos 105 y 106 CPP, a propósito de la incapacidad sobrevenida del imputado.

10.- Cuando se ponga de manifiesto que la defensa del imputado resulta ineficiente, a juicio del Tribunal.

El Tribunal cuenta, sin duda, con un poder que puede resultar muy útil para conseguir la mejor defensa del acusado, pero del que el órgano sentenciador habrá de hacer un uso muy prudente y excepcional, motivado adecuadamente, cuidando que, en la fundamentación de su decisión no ponga de manifiesto que se ha formado ya un juicio anticipado del resultado de la causa, lo que podría perjudicar la imagen de su imparcialidad objetiva e incluso justificar la proposición de una reacusación por causa sobrevenida.

En caso de suspensión por esta causa, se procederá del mismo modo que en el de abandono de la Defensa (Artículo 306 (3 y 4) CPP).

En los casos previstos en este Artículo, el Presidente del Tribunal anunciara el día y la hora en que se continuara la audiencia y, si esto no es posible hará saber a las partes que oportunamente las convocara para la siguiente sesión. El anuncio del día y hora en que continuara la audiencia, tendrá el valor de una citación.

Cuando sean varios los imputados y la causa de la suspensión tenga relación solo con uno o algunos de ellos, el juicio continuara con los demás.

También habrá de ponderar el Tribunal si es posible esta fractura en el conocimiento de la causa. En caso de duda, obra con prudencia suspendiendo totalmente el curso del debate.

Mientras dure la suspensión, los jueces y los fiscales podrán intervenir en juicios distintos, salvo en el Tribunal decida otra cosa, teniendo en cuenta la complejidad de los asuntos objeto del debate.

A tenor del Artículo 313 CPP (Reanudación. Nueva sustanciación del debate), reanudadas las sesiones, el debate continuara a partir de la última actuación realizada antes de la suspensión.

Si la audiencia no se reanuda el día y la hora señalada por el Tribunal o, en su caso, dentro del plazo establecido en el Artículo

anterior, la sustanciación del juicio deberá iniciarse de nuevo, de conformidad a lo que se dispone en el Capítulo siguiente.

3.3.- EL lugar del juicio oral: la Sala de justicia

La Sala de Justicia es el escenario del proceso; es la <<arquitectura de la verdad>>⁵¹.

En la Iliada (XVIII, 497-508), Homero describe la escena grabada por Hefectos sobre el escudo destinado a Aquiles. Dos hombres litigan por la indemnización supuestamente debida por uno de ellos al otro, en resarsimiernto de la muerte de un tercero. En la plaza la gente se agolpa en torno, y toma partido por alguno de los litigantes. Dos alguaciles contienen al público. Los ancianos se sienten formando un círculo sagrado. Por tanto, se levantan y dan su opinión. Dos talentos de oro esperan a aquel cuya decisión parezca más adecuada.

He aquí, para Denis Salas⁵¹, un ejemplo arquetípico del espacio procesal <<circular>>, propio del desarrollo de un proceso entre iguales. Porque iguales eran entre si, se sentaban a una mesa circular los caballeros del Rey Arturo. Y no es casual que los varones que, a las orillas del Runnymede, en 1215, obligan al Rey Juan a otorgar lo que se denominaría <<Magna Charta >> (forma abreviada de lo que, en realidad, se titulaba <<capitula quae barones petunt et Dominus Rex concedit>>), exijan no ser juzgados <<... nisi per legale iudicium parium suorum...>>. Solo sus iguales –entendiéndose los de los barones, si no se quiere tergiversar la realidad de la época –podrían juzgarlos legalmente.

El modelo tradicional, a partir de la generalización del modelo inquisitivo, organiza el espacio escénico procesal de modo bien distinto. Los estrados constituyen el escenario y su disposición adopta una estructura triangular, que sitúa al juez en un vértice.

51

Sobral, J., <<El abogado como psicólogo intuitivo >>, <<Anuario de psicología Jurídica>>, I, 1991; Picot Canaleta, I., <<Análisis del espacio de un Tribunal de Justicia>>, en <<El juicio oral>>, Studia Iridica, Consejo General del Poder Judicial/Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada, 1994, pags. 97 y ss.

52

Salas, D., <<Du proces penal. Elements pou une thorie interdisciplinaire du proces>>, presses Universitaires de France, Paris 1992. Para Picot i Canaleta (loc. cit.en la nota anterior) ese espacio circular es el más adecuado al modelo democrático de proceso.

Las partes quedan enfrentadas entre sí, en tanto que el acusado queda colocado frente a frente con su juzgador, completando aparentemente un cierre cuadrangular, pero en realidad, su ubicación sugiere que el debate se configura triangularmente.

La posición del acusado mejora cuando se sienta junto a su Defensor (como ocurre en el modelo angloamericano, y en el juicio español ante el Tribunal del Jurado), ya que sugiere una incorporación al espacio escénico correspondiente a una de las partes, y facilita su comunicación en el curso del juicio.

Cuantas personas intervengan en el juicio oral (el acusado, durante su interrogatorio; los peritos y los testigos) deben situarse dando cara al Tribunal para facilitar su audición y la percepción de su lenguaje no verbal, tan importante para valorar la persuasividad de sus manifestaciones. Su lateralización respecto de las partes reduce los riesgos de confrontación directa, de acuerdo con los resultados de las investigaciones de psicología aplicada. Es preferible que declaren sentados, para contribuir a su mayor distensión.

No es difícil ver el espacio procesal triangular como la traducción escénica de la relación jurídica también triangular construida por von Bulow⁵³, y Wach⁵⁴, para explicar la naturaleza jurídica del proceso.

El público, espectador, queda excluido del desarrollo de la acción escénica, ocupando un espacio diferente dentro del conjunto de la Sala de Justicia. La separación del público se ha considerado sintomática. La actividad jurisdiccional es cuestión que atañe únicamente a los juristas. Ellos conocen el habla y saben las reglas de juego.

Entre los estrados y el público no ha de haber tanto espacio que dificulte la audición de las personas que se encuentran en estrado, ni tampoco que impida el acceso de una persona que pretenda alterar el orden del debate.

Testigos y peritos deberán acceder por una puerta lateral, sin tener que atravesar el espacio reservado al público, en prevención del riesgo de amenazas o intentos de agresión.

53

Bulow, O. Von., <<Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessevr- aussetzungen>>, Giesen, 1868.

54

Wach, A., <<handbuch des deutschen Zivilprozessrechts>>, Leipzig, 1885

3.3.1.- El principio general de celebración del juicio oral en la sede del órgano jurisdiccional

El juicio oral se celebrara, como regla general en la sede del Tribunal de Sentencia, aunque podrá tener lugar en otro lugar en otro punto, siempre que se encuentre en el espacio geográfico de su competencia territorial, como se desprende de lo dispuesto por el Artículo 127 CCPP.

En este precepto se excepciona, a la regla general de celebración en la Sede del Tribunal de Sentencia, el caso de que exista posibilidad de que se provoque una agrave alteración del orden publico o no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presenten obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

Ha de tratarse de un lugar jurisdiccional o habilitado al efecto, Fortín Pavon⁵⁵, entiende que, a diferencia de lo que se permite en algunos sistemas procesales penales centroamericanos (como el de Costa Rica), no es posible legalmente celebrar el juicio dentro de un recinto penitenciario, sin perjuicio de las medidas de seguridad que puedan adoptarse para evitar la fuga de la persona acusada o la producción de alteraciones del orden dentro o fuera de la Sala de Justicia.

3.3.2.- Excepciones a la regla general

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el tribunal lo estime prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometio el delito, En estos casos el Tribunal acondicionara una sola sala reunido a las autoridades del lugar, a efecto que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.

Fortín Pavon⁵⁶ defiende la posibilidad de aplicar métodos de declaración de testigos o peritos mediante sistema de transmisión simultanea de imagen y sonido (<<videoconferencia>>), recabando el

55

Fortín Pavón, H.E., Comentarios a los artículos 125 a 171, en Palacios Mejía, J. M., y Fernández Entralgo, J., <<Código Procesal Penal Comentado, Honduras>>. Corte Suprema Justicia; Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.

56

Fortín Pavón, lugar citado

auxilio jurisdiccional interno o internacional, de modo que se garantice la identidad del declarante (perito o testigo), y la libertad y la espontaneidad de la declaración. En tal caso, sus manifestaciones podrían quedar registradas mediante cualquiera de los medios técnicos actualmente disponibles, La utilización de esa forma de declaración no esta prohibida legalmente, pero habrá que justificarse suficientemente su proporcionalidad y la imposibilidad o extraordinaria dificultad que representarían la citación y la comparecencia personal del testigo o del perito en la sede del Tribunal de Sentencia.

3.4.- La forma expresiva de los actos del juicio oral: la pauta de oralidad

3.4.1.- La regla general: el Artículo 310 CPP

El Artículo 310 CPP (Oralidad del juicio) proclama tajantemente: <<.... Las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos y las demás intervenciones que se produzcan durante el debate, así como, las resoluciones o sentencias que dicte el respectivo Tribunal, serán orales. De todo lo actuado, sin embargo, se dejara constancia en acta, en los términos que se regulan en el Artículo 346⁵⁷, y sin

57

Artículo 346.- Registro de lo ocurrido durante el juicio y contenido del acta. El Secretario dejara constancia en acta de todo lo ocurrido durante el juicio oral y público, la cual contendra

- 1) Lugar y fecha de la audiencia, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y de las reanudaciones;
- 2) El nombre y apellidos de los jueces del Fiscal y del acusador Privado en su caso, del Defensor y de los demás intervinientes, con indicación de la función que estos cumplieron
- 3) El nombre, y apellidos y demás generales del imputado;
- 4) Un resumen del desarrollo del debate, con mención del nombre y apellidos de los testigos, perito e interpretes, indicación de lo manifestado por cada uno de ellos y señalamiento de los medios de prueba ejecutados durante la audiencia, incluidos los documentos que hubiesen sido incorporados al debate, por lectura
- 5) Las solicitudes o pretensiones formuladas por las partes durante el juicio, las resoluciones recaídas, un resumen de las conclusiones de las partes y de la intervención de la victima y del imputado, en su caso y de la sentencia definitiva proferida;
- 6) Los demás sucesos acaecidos durante el debate, por instrucciones del Presidente del Tribunal o por iniciativa de cualquiera de los jueces, del Fiscal, del acusador

perjuicio de lo dispuesto en los artículos 133 y 134⁵⁸, de este Código. Lo resuelto por el Tribunal se tendrá por notificado, por el solo hecho de su pronunciamiento. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y quienes no puedan expresarse en el idioma nacional, lo harán por medio de interprete... >>.

3.4.2.- La diversa función de los casos de autorización de lecturas actuaciones: el Artículo 311 CPP

La pauta de la oralidad consagrada, como principio general rector del desarrollo del juicio oral por el Artículo 310 CPP no es tan rígida que no permite excepciones. Están enumeradas en el Artículo 311 CPP, en el que se permite que el Tribunal sentenciador tenga

Privado, en su caso, y del Defensor y en particular, de las objeciones hechos por alguna de las partes, a efecto de preparar el recurso de casación por quebrantamiento de forma; y

7) La firma del Presidente y del Secretario.

El Tribunal podrá acordar que el acta sea complementada, total o parcialmente por la grabación magnetofónica o audiovisual, o por otra forma de registro.

Cualquiera de las partes podrá solicitar autorización para gravar o filmar total o parcialmente lo que suceda durante el debate, y el Presidente, en caso de acceder a la petición, ordenará las medidas necesarias, para evitar obstaculización al desarrollo del juicio.

El secretario entregará de oficio a cada una de las partes, con la copia de la sentencia, un ejemplar del acta.

58

Artículo 133.- Sustitución o complementación de las actas. El acta podrá ser Sustituída o

complementada total o parcialmente, por otra forma de registro, salvo disposición legal en contrario. En tal caso, quien presida la actuación, adoptará las medidas necesarias para garantizar la inalterabilidad e individualización futura del medio empleado.

Ninguna disposición del presente Código se entenderá que obstaculiza el empleo de sistemas de informática u otros medios modernos para registrar los hechos que deban figurar en actas o documentos análogos.

Artículo 134.- Características de las actas y formas de corrección de las mismas

En las actas o registros, no podrán hacerse raspaduras ni borrones. Tampoco podrán suspender letras o palabras. Los errores y las palabras que se sustituyan, se tacharán pasando sobre ellas una línea que no impida la fácil lectura de lo enmendado.

Las palabras o letras omitidas se entrelínearan, dejándose en la parte final del acta o documento que la sustituya, las aclaraciones correspondientes.

conocimiento del contenido de determinados materiales escritos que podrá tener en cuenta para formar su convicción.

Estas excepciones se justifican por razones muy diversas.

- a) En unos casos, se trata de documentación de actos de investigación llevados a cabo durante la etapa preparatoria o instructora del proceso. Su introducción como material probatorio puede desempeñar...
 - a.1) una formación integradora de la prueba practicada en el juicio oral o anticipadamente a él, por imposibilidad (o extraordinaria dificultad) de su reproducción; o
 - a.2) una función de contraste, cuando el resultado de la prueba practicada en juicio sea contradictorio con el que arrojaran esas mismas fuentes de prueba en la etapa preparatoria o instructora
- b) La utilizabilidad de la documentación de la prueba anticipada (practicada en los Casos prevenidos por los artículos 256 y 277 CPP y con las garantías que en estos preceptos se establecen) esta supeditada a la imposibilidad de su reproducción en el acto del juicio.
- c) La lectura de la manifestación que haga por escrito la persona que no pueda comunicarse oralmente como consecuencia de un defecto físico o se justifica por la imposibilidad de servirse de un modo alternativo de expresión.
- d) La lectura de las pruebas documentales en sentido estricto (libros, documentos y piezas de convicción similares) se legitima porque solo sí puede el Tribunal conocer su contenido y tenerlo en cuenta para formar su convicción.

3.4.2.1.- La escritura como medio comunicativo Por imposibilidad de utilización del lenguaje verbal

A tenor del Artículo 331.1.3), el Tribunal podrá instruirse mediante lectura por el Secretario, en el curso del juicio oral, del contenido de las manifestaciones hechas por personas sordomudas que solo puedan darse a entender por escrito, y que hayan sido documentadas de esta forma.

El Artículo 117.2 CPP (epigrafiado <<Idioma y forma en que deben hacerse los actos procesales>>) ya que establece que <<... (Los) sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y las personas que por cualquier causa estén inhabilitadas para hablar, también serán interrogadas por medio de interprete que también prestara juramento que se indica en el párrafo anterior... >>. Por tanto, la escritura esta prevista como el modo ordinario de comunicarse con esas personas.

Insiste en esa misma idea el Artículo 310.2 (<<Oralidad del juicio>>): <<... Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y quienes no puedan expresarse en el idioma nacional, lo harán por medio de interprete... >>.

En puridad, esta previsión no constituye sino una excepción relativa o impropia, pues lo verdaderamente excepcional es que se de lectura a la documentación de un material producido fuera de la presencia del Tribunal sentenciador. Lo que importa en los demás casos del Artículo 311 no es –o no es tanto- la quiebra de la oralidad como la intermediación, lo que pone de relieve la íntima conexión entre estas dos pautas procedimentales, ya destacadas con anterioridad.

3.4.2.2.- La introducción de material procedente de la instrucción del proceso

El profesor Gómez Orbaneja, siguiendo a Goldschmidt, caracterizo plásticamente el proceso y procedimiento penales, un proceso y procedimiento <<escalonados>>⁵⁹. Cada uno de sus diversos escalones, fases o etapas tienen una función muy precisa, que no debe ser usurpada por ninguno de los otros.

La instrucción es solo –dentro de este tracto procedimental una actividad preparatoria del juicio, del proceso en sentido estricto. Se generaliza la opinión que le niega carácter propiamente jurisdiccional. Por eso son cada vez mas los Ordenamientos (entre ellos, el hondureño) que la encomienda no a un órgano judicial, sino al Ministerio Fiscal, como acusador publico, auxiliado por el aparato policial, aunque se reserve al Juez la decisión sobre la adopción u homologación de cualesquiera medidas que restrinjan derechos o libertades fundamentales.

59

Gómez Orbaneja, E., <<Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal>>, Bosch, Barcelona, I, 1947, 1950, pags. 198-202; Goldschmidt, <<Principios... >> cits. Pag. 75.

Cuando vio la luz la vigente Ley española de Enjuiciamiento Criminal, la pervivencia secular del modelo inquisitivo había marcado profundamente la mentalidad de los procesalistas (o, si se quiere, de los procedimentalistas prácticos) de la época. No existía una clara conciencia de la diferencia cualitativa que existe entre la instrucción y el juicio oral. Una y otra aparecían unidas por un hilo de continuidad, que convierte al segundo en mera homologación o falsación de los resultados del primero.

No faltaron, sin embargo, ejemplos refrescantes, como la Instrucción número 52, recogida en la <<memoria>> de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1883; y el discurso pronunciado por el Ministro de Gracia y Justicia, Romero Girón, en el solemne acto de apertura de los Tribunales, el mismo año de 1883.

En el fondo, entonces, y todavía ahora, existe una gran fe en la fiabilidad de unas diligencias cronológicamente más próximas al acaecimiento investigado. Una vez más, la lentitud del funcionamiento de la maquinaria judicial termina por corromper las exigencias de los principios del proceso penal de un Estado Democrático de Derecho. Pero tampoco sería ocioso analizar si la tendencia recurrente a utilizar el material sumarial, en sustitución e incluso contra el resultado del <<juicio verdadero>> no está motivada por otra, aun más profunda, y muy difícil de admitir (en cuanto tiene de incómoda introspección colectiva, y por consiguiente autocrítica de los criterios organizativos del cañamazo social), que se resiste a la idea de que un posible culpable (y todavía hay que luchar tenazmente contra la realidad de la presunción de culpabilidad del imputado, digan lo que digan los bien intencionados textos constitucionales) pueda resultar absuelto.

Vaya, pues, por delante, una advertencia: en principio, la prueba, en sentido procesal estricto, y salvo las excepciones previstas respecto de la prueba anticipada, e introducción de material sumarial irreproducible como elemento probatorio, es la que se practica en el acto del juicio oral. Los procesalistas han sido siempre consientes de la diferencia que separa las actuaciones sumariales, de la prueba en el juicio oral: y de cómo esta, y no aquellas, la que ha de servir de fundamento a la sentencia del Tribunal.

<<...Existe, desde el punto de vista estructural -escribe el profesor Ortells Ramos⁶⁰, haciéndose eco de un generalizado estado de

60

Ortells Ramos, M., <<Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los Artículos 730 y 714 de la Lecrim>>, <<revista General de Derecho>>, 1979.

opinión especializada- una radical diferencia entre el acto de investigación y el acto de prueba, consistente en aquel no parte de un conjunto de afirmaciones de hecho con la finalidad de producir convicción acerca de aquellas, sino que, inversamente, ante una realidad desconocida o conocida imperfecta o fragmentariamente, la actividad investigadora se plantea como objetivo la posibilidad de hacer o no, y de que modo, determinadas afirmaciones sobre hechos y el hallazgo de los elementos que permitan después convencer a otros de la corrección de aquellas ... >>.

Los especialistas llaman la atención sobre el riesgo, nada remoto, de que el conocimiento, por el Tribunal, del material procedente de la instrucción, inficcion, consciente o inconscientemente, el juicio jurisdiccional a la hora de reconstruir el caso. Monografistas como los profesores Gimeno Sendra y Asencio Mellado⁶¹, proponen limitar el acceso del órgano sentenciador al material instructorio, especialmente con anterioridad al comienzo de la sesión del juicio. Cuando se insiste tanto en la granita de imparcialidad objetiva del juzgador, proscribiendo la acumulación de funciones instructora y decisora, profundizar en esta línea no es un vano ejercicio de psicologismo judicial. La lectura previa de la instrucción genera un peligro claro de que el órgano que ha de juzgar inicie las sesiones del plenario con el lastre de un perjuicio consistente o (y esto es quizá más temible) inconsistente.

Se ha llegado, así, a proponer –por el profesor Montero Aroca⁶²– que, al igual que ocurre en el proceso penal italiano el Tribunal sentenciador no disponga del sumario, cuyos destinatarios serían las partes acusadoras y acusadas. Con base en el material instructorio, formularían ellas sus alegaciones, propondrían las pruebas en defensa de las mismas, y dispondrían su estrategia procesal, partiendo del hecho de que lo no realizado en el acto de la vista, no existiría. Esto sería especialmente importante para el acusador, habida cuenta de la presunción de inocencia y del principio <<*in dubio, pro reo*>>; pero también afectaría a la defensa, sobre todo, en relación con la acreditación de las circunstancias eximentes y atenuantes.

⁶¹ Gimeno Sendra, J.V., <<Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial>>, en <<Revista de Derecho Procesal Iberoamericana>>, 1978, 2- 3, pag. 329;
Asencio Mellado, J.M., <<Prueba prohibida y prueba preconstituida>>, Trivium, Madrid, pag. 181.

⁶² <<El principio de oralidad.... >> cit.

La propuesta no tiene por que sorprender. Así ocurre en el juicio con jurado (también en el español, a partir de 1995); y en esa línea se oriento la reforma procesal, operada en Italia, en 1988.

En efecto, al disponer la apertura del juicio oral, el Juez encargado de las diligencias preliminares, controlador de la instrucción, remite al Tribunal sentenciador un cuaderno (el <<*fascicolo per il dibattimento*>>) contenido solo parte del material instructorio. A los efectos que ahora interesan, se incluye en el la documentación de los actos de investigación no reproducibles practicados por el Ministerio Fiscal y por la Policía judicial, así como la de la prueba anticipada (Artículo 431); mientras que la totalidad de aquel material procedente de la instrucción se incorpora a otro cuaderno (el <<*fascicolo del pubblico ministero*>>), que queda a disposición de las partes acusadoras y de la defensa (Artículo 433)⁶³.

Por eso, la lectura de antecedentes sumariales tiene una función específica, a saber, la sustitución o complemento de pruebas que cabía esperar se practicasen en juicio oral, adornadas de la inmediación, contradicción y publicidad que le son propias. Por eso, también, su introducción excepcional ha de hacerse en términos tales que estas garantías se vean aseguradas en la mayor medida posible. Solo en esas condiciones –advierte Goldschmidt⁶⁴ –no sería, en puridad, contradictoria de cuanto requiere la plena vigencia del principio de inmediación.

Seguidamente exigencia viene, por otra parte, reclamada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su Sentencia de 24 de noviembre de 1986 (caso <<*Unterpentinger*>>), se estima la demanda del reclamante, y, en el punto 31 de su texto, se argumente que la lectura de antecedentes instructorios <<.... En sí no puede considerarse opuestas al Artículo 6.1 y 3.d) reconoce el derecho e <<interrogar o hacer interrogar>> a los testigos propuestos por la acusación, no ha podido en ningún momento del procedimiento anterior preguntar a las personas cuyas declaraciones se leen en la audiencia pública.... >>. Y sus Sentencia de 6

63

Asencio, loc. cit., pag. 181; Díaz Cabiale, J.A., <<La admisión y practica de la prueba en el proceso penal>>, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pag. 195.

64

<<Problemas...>> cit., pags. 92-93.

De diciembre de 1988 (caso <<Barbera, Mesegue y Jabardo>>) previene contra el abuso de la forma de tener, sin más, <<por reproducidos>> los documentos sumariales, sin siquiera su lectura en el acto del juicio⁶⁵, en la medida en que pueda hurtar a la publicidad la práctica de una gran parte de las pruebas.

La incorporación, como prueba, del material informativo procedente de la preparación o instrucción, permitiendo la lectura de su registro documental en juicio, cuando no se pueda reproducir en el, constituye una solución que trata de armonizar el ideal de formación de la convicción judicial sobre la base de la prueba practicada ante el y el de garantizar la eficacia del proceso, que podría verse comprometida en caso de prohibir radicalmente el acceso de ese material como acervo probatorio utilizable por las partes y, en último término, por el órgano sentenciador⁶⁶.

Diversas legislaciones del entorno cultural europeo occidental admite la lectura de actuaciones sumariales, en el curso del proceso, para contribuir a la formación de la convicción judicial.

Así, el Artículo 251 de la Ley Procesal Penal de la República Federal Alemana dispone: <<... (1) El interrogatorio de un testigo, perito o coimputado podrá ser sustituido por la lectura del acta sobre su anterior interrogatorio judicial cuando: 1. El testigo, perito o coimputado hubiera fallecido o caído en estado de enfermedad mental, o no se averiguara su residencia; 2. Se opusiera la comparecencia del testigo, perito o coimputado, en la vista principal, por largo o incierto tiempo, la enfermedad, la debilidad u otro impedimento removible (<<... nicht zu beeitigende... >>); 3. No pudiera exigirse al testigo o perito la comparecencia en la vista principal, a causa de la gran distancia, teniendo en cuenta la importancia de su declaración; 4. Estuvieran de acuerdo con la

65

Práctica viciosa que fue muy frecuente en España, hasta que el Tribunal Constitucional empezó a poner orden en el proceso penal, a partir de su trascendental Sentencia 31/1981, de 28 de julio. Lo perturbador no era tanto que se pudiese prescindir de la lectura material, en el acto del juicio, de las actuaciones sumariales verdaderamente irreproducibles en el, si no, que prescindiendo de la exigencia legal de su irrepitibilidad en el curso de la instrucción, podía ser asumida como prueba si cualquiera de las partes interesaba que se tuviera <<pro reproducida>>.

66

Acencio, loc. pag. 178, Ferrua, p., <<Orality del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali>>, Milán, 1988, pags. 339y ss.

lectura el Fiscal, el defensor y el acusado. (2) Si hubiera fallecido un testigo, perito o coimputado, o no pudiera ser interrogado judicialmente por otra causa prontamente, podran leerse también actas sobre otro interrogatorio, así como documentos que contengan una declaración escrita proveniente de el ...>>.

El Artículo 512 del nuevo Código Procesal Italiano permite que el Juez, a instancia de parte, acuerde la lectura de los documentos en que consten las actuaciones practicadas por el Ministerio Publico y por el Juez, en el transcurso de la audiencia preliminar, cuando por hechos o circunstancias sobrevenidas sea imposible su reproducción en el juicio.

EL 513.I, por su parte, establece que <<si el imputado se hallare en situación de rebeldía o estuviera ausente, o se negase a someterse al interrogatorio, se autorizara, a instancia de parte, a que se de lectura de las actas en que consten las declaraciones realizadas por el imputado ante el Ministerio Publico o ante el Juez en el transcurso de las investigaciones preliminares, o en audiencia preliminar... >>. Una regla similar rige, en ultima instancia (tras haber agotado todos los medios para lograr el interrogatorio en forma), respecto de las declaraciones presentada por imputados en procedimientos conexos (Artículo 513.2).

Y el 356.4 del no menos nuevo Código portugués de Procedimiento Penal, permite igualmente la lectura de declaraciones presentadas ante el Juez o ante el Ministerio Publico si los declarantes no hubieran podido comparecer por fallecimiento, anomalía psíquica sobrevenida o imposibilidad duradera.

De igual modo, en el Artículo 730 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal se dispone que podran <<... leerse instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral...>>.

La lectura de los antecedentes escritos documentadores de actos de obtención de material probatorio practicados fuera de la presencia del Tribunal tiene una finalidad múltiple, y en modo alguno puede ser banalizada como una formalidad prescindible⁶⁷.

67

Paolozzi, G., <<Dei testimoni>>, CEDAM, Padova, 1984 pag. 13; Asencio, loc. cit., pag. 178; Díaz Cabiale, loc. cit. pag. 194.

Permite, ante todo, integrar el conseguido en el mismo acto del juicio, evitando que se pierdan datos que puedan resultar fundamentales para la reconstrucción de lo sucedido (permitiendo aproximarse en mayor medida al ideal de conocimiento de la <<verdad material>>) o el tratamiento jurídico del caso, y haciendo realidad los principios de igualdad de armas y de contradicción, ya que, mediante la lectura de este material documentado, ambas partes tienen conocimiento de su contenido, y pueden consecuentemente, criticarlo y utilizarlo o rechazarlo según convenga a sus intereses.

El profesor Asencio Mellado⁶⁸ elaboro el siguiente cuadro comparado (en el ámbito europeo occidental) de causas justificativas de la lectura de antecedentes instructorios:

- <<... 1ª. Muerte del testigo o perito. Residencia desconocida. Anomalía psíquica o física que se opone a la declaración (§251.1.1 StPO alemana; §252.1.1 StPO austriaca; Artículo 356.4 CPP portugués).
- 2ª Enfermedad. Debilidad. Mayor edad. Incapacidad duradera. Otros impedimentos irremovibles o razones importantes que se oponen a la presencia de testigos, peritos o coimputados en tiempo razonable o incierto (§251.1.2 StPO alemana; §252.1.2 StPO austriaca, Artículo 356.4 CPP portugués).
- 3ª Residencia alejada de la sede del Tribunal (§ 251.1.3 StPO alemana; § 251.1.1 StPO austriaca).
- 4ª Conformidad de las partes (§251.1.4 y 251.2 StPO alemana; §251.4 StPO austriaca; Artículo 356.2.b CPP portugués)...>>.

Extendiendo el análisis al espacio centroamericano, cabe sintetizar el siguiente esquema:

- 1ª. Muerte del testigo o perito (Artículo 364.2 CPP Guatemala). Residencia desconocida (Artículo 364.2 CPP Guatemala). Rebeldía del coimputado ya juzgado anteriormente (Artículo 364.4 CPP Guatemala; Artículo 330.3 CPP El Salvador; Artículo 334.c CPP Costa Rica).
- 2ª. Impedimentos irremovibles o razones impotentes que se oponen a la presencia de testigos, peritos o coimputados en

68

Loc. cit., pags. 183-184.

tiempo razonable o incierto (Artículo 364.2 CPP Guatemala; Artículo 330 CPP, El Salvador).

3ª. Residencia alejada de la sede del Tribunal (Artículo 364.2 CPP Guatemala)

4ª. Conformidad de las partes (Artículo 363.2 CPP Guatemala).

En todos los códigos estudiados se admite la incorporación, por lectura, de la documentación del resultado de determinadas actuaciones investigadoras irreproducibles en juicio, así como de las practicadas por auxilio interjudicial.

Partiendo de la bibliografía más citada⁶⁹, se podría construir una teoría y práctica de las causas de admisibilidad de la lectura de antecedentes instructorios, para formar la convicción judicial.

Para empezar, se distingue entre imposibilidad y dificultad (más o menos grave) de reproducción de la prueba.

No representa escollo la imposibilidad absoluta –irremediable (<<*unvermeidbar*>>), en la terminología de Roxin⁷⁰ -de reproducción. La muerte, ignorado paradero o anomalía física o psíquica definitivamente inhabilitante para prestar declaración, o la destrucción del objeto sobre el que habría de practicarse la pericia, entrarían en este capítulo⁷¹.

En otras ocasiones, en cambio es posible practicar la prueba, pero se oponen obstáculos que o hacen especialmente difícil su práctica, o esta representaría una notable dilación. Se hace, entonces preciso – como observa la profesora Barona Villar⁷² -ponderar los intereses en juego y optar entre la lectura sustantiva, o la suspensión del juicio para la práctica de la prueba.

Una vez más, pueden suscribirse las sensatas palabras del profesor Asencio Mellado: <<... En estos supuestos cabría... atender a diversos factores de manera singularizada y no sujetos a normas

⁶⁹ Ortells Loc. cit.; Asencio, loc. cit., pags. 184 y ss Barona Villar, S., <<La incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista en el proceso penal>>, en <<Justicia 84>>. 1984, IV, PAG.907 y ss.

⁷⁰ Roxin, C., <<Strafverfahrensrecht>>, Verlag C.H. Beck, Munchen, 1995.

⁷¹ Ortells. Loc. Cit., pags. 396-397; Díaz Cabiale, loc. cit., pag. 242.

⁷² Loc. cit. pags. 910 y ss

generales, tales como la duración previsible de la incomparecencia, la importancia de la declaración o su innecesariedad, el hecho penal enjuiciado, la situación personal del imputado, el interés económico de las víctimas, y los perjuicios derivados de la espera en resumen, etc., que podían bien aconsejar el prescindir de la prueba, o bien la lecturas en función del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a los... intereses de las víctimas del delito... >>⁷³.

De acuerdo con el Artículo 730 de Ley española de Enjuiciamiento Criminal, las causas de la imposibilidad o dificultad de la práctica de la prueba han de ser independientes de la voluntad de las partes. Este requisito es interpretado por el profesor Asencio Mellado⁷⁴, como impeditivo de la sustitución de la prueba por la lectura o de antecedentes similares, en virtud del acuerdo de las partes, hipótesis permitida, en cambio, por las Leyes federal alemana, austriaca y portuguesa, así como en la guatemalteca, todas ellas de procedimiento penal. Para Díaz Cabiale, la utilizabilidad del material obtenido en la fase preparatoria o instructora, mediante su lectura en el acto del juicio oral, ha de ponerse en relación con las exigencias del principio acusatorio y la carga de la prueba que pesa sobre cada una de las partes procesales, de modo que solo cabría <<... en los supuestos de irrepitibilidad sobrevenida con carácter imprevisible, existiendo como regla general la carga de las partes, especialmente de la acusación, de determinar cuando podría imposibilitarse la repetición de una diligencia dentro de los límites de lo razonable...>>. La parte, en caso de riesgo de pérdida de la fuente de prueba en el plazo que mide entre el periodo de proposición y el juicio oral, habrá de interesar su práctica anticipada y, de no haberlo hecho así, no podrá, luego, pretender la lectura del resultado de lo actuado durante la fase investigadora⁷⁵.

La introducción, por vía de la lectura en juicio, material procedente de la fase instructora, a efectos de formación de la convicción judicial deberá hacer reflexionar sobre la imperiosa necesidad de una documentación fiel y exacta de las manifestaciones emitidas e informes rendidos, sirviéndose de todas las posibilidades que proporciona la moderna tecnología de reproducción audiovisual.

73

Loc. cit., pag. 184.

74

Loc. cit., pag. 184.

75

Loc. cit., pag. 241.

Es preciso no confundir, a estos efectos, <<... lo que no es mas que el aseguramiento de pruebas, obtención de piezas de convicción o registros de voz, con lo que es la prueba por imperativo de la oralidad: la declaración de quien practico el registro, la audición de las grabaciones, o la lectura de la transcripción de las mismas, en el juicio oral, ya que.... solo esos supuestos constituyen verdaderas pruebas en cuanto que aseguran la contradicción y la inmediación. No se trata... de que estas ultimas actuaciones descritas se practiquen, porque es irrepetible el registro domiciliario o la interceptación de las comunicaciones, pruebas en sentido *lato*, sino porque son ellas las verdaderas pruebas en el sentido procesal del termino, y que responden al concepto de prueba en un sentido procesal del termino, y que responden al concepto de prueba en un sentido acusatorio... >>⁷⁶. La comparación entre el numeral 4) y el 2) del Artículo 311 CPP resulta sumamente ilustrativa de lo expuesto. En el primer caso, la lectura sustituye la práctica material del testimonio o de la pericia en el acto del juicio; en el segundo, la lectura de las actas documentadoras de inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos no exime de la necesidad de que sean ratificados su contenido por las personas que respectivamente los realizaron.

Ese material procedente de la instrucción, es valorado según las reglas de la sana crítica junto con el resultado del resto de la prueba, de acuerdo con la regla de valoración establecida en el Artículo 202 CPP. Con << ... la misma virtualidad probatoria que (se atribuye) a las demás pruebas practicadas en el acto del juicio oral...>>, en palabras e un comentarista tan clásico como Aguilera de Paz⁷⁷.

Cuestión controvertida es la eficacia probatoria que ha de atribuirse e ese material. No hay dificultad en admitir su poder de verificación o contraste de la practicada en el juicio oral. La lectura de una declaración prestada por el acusado o por un testigo en el curso de la instrucción y contradicha por sus manifestaciones durante el debate, puede ser utilizada para desacreditar estas ultimas, si aquellas parecen mas creíbles (por objetivamente verosímiles y coherentes internamente), y así se reconoce en numerosos

⁷⁶

Díaz Cabiale. Cit., pag. 242.

⁷⁷

Aguilera de Paz, E., << Ley de Enjuiciamiento Criminal>>, V.III. Madrid, 1924. (sobre este problema: pag. 505 y ss).

sistemas procesales tanto de Derecho europeo continental, como del ámbito anglosajón.

El problema surge cuando se pretende asignarles un valor no meramente verificador o de contraste, sino también de prueba directa de cargo, sobre la que pueda sustentarse el fallo condenatorio, por suficiente para enervar la afirmación interina de inocencia.

Algunos sistemas niegan tal posibilidad. El ejemplo más rotundo de esta opción acaso sea el vigente Código italiano de Procedimiento Penal⁷⁸.

En España, existe un estado de opinión (respaldado por las doctrinas jurisprudencial y constitucional) favorable a la viabilidad de que, en el modelo de proceso penal ante órganos jurisdiccionales profesionales (no así ante el Tribunal del Jurado), el fallo condenatorio puede fundarse en este material sumarial, siempre que se de lectura de el en el acto del juicio, se interrogue al acusado, testigo o perito sobre la contradicción apreciada, para que pueda dar explicación de sus causas y tengan, las partes oportunidad de criticarla contradictoriamente⁷⁹.

78

Ennio Amodio, parafraseando el mandamiento del Decálogo, construye este contundente precepto que el juicio oral dirige al Juez: <<no buscaras prueba alguna fuera de mí>> (<<non avrai altra prova all'infuri di me>>) (Amodio, E., <<Fascicolo processuale>>, en la obra colectiva <<Lezioni sul nuovo processo penale>>, Giuffrè, Milano 1990, pag. 172). En España, se produce un chocante contraste entre el modelo de juicio ante el Tribunal del Jurado (configurado como el jurado *puro*, a langlosajona), en el que la lectura de antecedentes sumariales esta prohibido siempre que sea posible su reproduccion en juicio, y, en caso de contradicción entre manifestaciones sucesivas Del acusado o de un perito o testigo, puede utilizarse para desacreditar la prestada en juicio oral, pero no puede utilizarse para fundar el veredicto de culpabilidad, a diferencia de lo que ocurre en los procesos ante tribunales profesionales.

79

Ortells, loc. cit., pag. 426; y Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. I., Ortells Ramos, M. y Monton Redondo, A., <<Derecho Jurisdiccional>>, III, Proceso Penal, Librería Bosch, Barcelona, 1991, pag. 327; Devis Echandía, H., <<Principios fundamentales del derecho procesal penal>>, en <<Revista de Derecho Procesal Iberoamericana>>, 1982, pag.549, insistiendo mucho en la necesidad de garantizar la exigencia de contradicción; Acencio, loc. cit., pag. 194, solo para testigos y peritos no así para el acusado; Díaz Cabiale, loc. cit., pag. 260 y ss., con alguna reticencia, y siempre que el material sumarial haya sido obtenido legítimamente. Gimeno Sendra parece partidario de permitir este efecto solo cuando el material haya Sido obtenido en condiciones que permitan equipararlo a una prueba anticipada o preconstituida: e n Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., Almagro Nosete, J. y

La lectura del artículo 311 CPP permite designar dos casos y finalidades diferentes de autorización de la lectura de material procedente de la etapa preparatoria⁸⁰.

a) Lectura con finalidad integradora.

a.1) Lectura de material que ha de servir de base a un testimonio o pericia propuestos para ser practicadas durante el debate en juicio oral.

Tal es el caso del Artículo 311.1.4), alusivo a las <<... actas que documenten Inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos que se hayan obtenido o realizado en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Código, pero habrán de ser ratificadas en juicio siempre que sea posible...>>; y del Artículo 311.1.5), referente a los <<... informes periciales realizados durante la etapa Preparatoria, a efectos de ratificación en el acto del juicio... >>.

Una necropsia, una comprobación alcohólica, un registro domiciliario o una interceptación y registro de una comunicación telefónica son, en sí mismos, actos irreproducibles. Sin embargo, si pueden ser citados a fin que comparezcan en juicio los expertos que llevaron a cabo esas investigaciones o los funcionarios policiales que efectuaron el registro, a fin de que manifiesten como se practicaron y cuáles fueron sus resultados, y puedan ser sometidos a examen contradictorio (la <<cross examination>> del Derecho procesal penal

Cortes Domínguez, V., <<Derecho Procesal>>, II, proceso Penal, tirant lo blanc, Valencia, 1988, pag. 406. Claramente a favor de aprovechar al máximo las posibilidades de *importación* de material probatorio conseguido en la fase preparatoria o instructora, se muestra Burgos Ladrón de Guevara, J., <<El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español>>. Civitas, Madrid, 1992. En contra de esta opinión mayoritaria, Gómez Orbaneja, en Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, v., <<Derecho Procesal Penal>>, Madrid 1968, PAG. 238. Ramos Méndez es tajante en este sentido: <<... No constituye prueba documental la simple lectura de folios sumariales o de los que documenten otras diligencias de instrucción. La lectura constitucional del Artículo 730 de la LECr (que la permite) conduce a ignorarlo sin más ...>> 3: Ramos Méndez, F., <<El proceso penal Lectura constitucional>>, Librería Bosch, Barcelona, 1988, pag.339.

80

Fortín Aguilar, M.A., Comentario al Artículo 311, en Palacios Mejía, J.Mª y Fernández Entrago, J., <<Código Procesal Penal Comentado. Honduras>>. Cit. pag. 509.

angloamericano⁸¹) por todas las partes procesales, de modo que el órgano sentenciador pueda valorar su credibilidad y fiabilidad bases el juicio de persuasibilidad.

- a.2) Lectura de material que ha de servir para formar la convicción del órgano sentenciador.

El Artículo 311.1.2) CPPP permite la lectura de los <<... testimonios o pericias practicadas durante la etapa preparatoria, cuando sea imposible o extraordinariamente difícil su reproducción en el acto del juicio oral... >>

Las consideraciones expuestas con anterioridad sobre el juicio de imposibilidad extraordinaria dificultad de reproducción de la prueba testifical o pericial en el Acto del juicio oral.

En todo caso, únicamente debería abrirse esta vía al material obtenido en fase o etapa preparatorias observando la garantía de oportunidad de asistencia contradictoria por ambas partes.

El valor probatorio potencial de este materia es, en principio, el mismo que el del conseguido en el acto del juicio oral. Puede servir de fundamento para contrarrestar otras pruebas y, además, para fundar positivamente un fallo condenatorio, enervando la afirmación interina de inocencia.

Las partes podrían criticar, al defender sus respectivas conclusiones definitivas En la difusión final, la fuerza persuasiva de los testimonios o pericias incorporadas por esta vía como material probatorio utilizable para formar el convencimiento del Tribunal sentenciador. Obviamente, no será el mismo si su documentación comprende la transcripción literal e íntegra de las preguntas y respuestas, que si se han resumido por quien redacta el acta documentadora. En todo caso, siempre se habrá perdido (salvo registro audiovisual) la parte del mensaje comunicativo propio del lenguaje oral y del lenguaje no verbal o gestual. Por todo ello, la utilización de este material ha de hacerse con suma cautela y razonarse cumplidamente en la sentencia de su admisión o descarte a efectos Probatorios.

81

Párese preferible esta terminología (<<interrogatorio o examen contradictorio>>) que la utilizada en alguna ocasión aislada por el Tribunal Constitucional español: <<interrogatorio en cruz>>, discutible desde el punto de vista literario y desde la traducción semántica.

b) Lectura con finalidad contrastadota.

Aluden a ella los numerales 5 (inciso segundo) y 6 del primer párrafo del Artículo 311 CPP.

Así, cuando los informes periciales realizados durante la etapa preparatoria contraigan el contenido de los rendidos en juicio, <<... las partes podrán interrogar al perito sobre la contradicción apreciada entre ambas manifestaciones sucesivas... >>; y lo mismo podrán hacer en caso de contradicción del acusado o de algún testigo cuando lo declarado en juicio no concuerde con lo dicho anteriormente, en la fase o etapa preparatorias.

Ni en este Artículo ni en el numeral 2 de la regla cuarta del Artículo 338 CPP, a propósito de la sentencia en primera instancia, queda explicada la eficiencia de esta lectura de contraste y del posterior interrogatorio del perito y del acusado o del testigo sobre la contradicción apreciada entre sus sucesivos informes o declaraciones.

No será polémica la admisión de su valor desacreditativo. Si el acusado, testigo o perito no dan explicación satisfactoria sobre su retractación en juicio, el tribunal podrá negar persuasividad a lo manifestado en el.

El problema se suscita a propósito de su eficiencia directa o positiva como prueba de cargo. La ambigüedad del tenor legal –en que no parece haberse caído al redactar las normas transcritas⁸² –podría resolverse a favor de la admisión de esta eficiencia, en la medida en que el reconocimiento de la realización de las anteriores manifestaciones o informes, sin alegar razón alguna que las desacrediten, constituye una situación equivalente a la que produciría una cuestión de manifestaciones contradictorias entre sí durante su interrogatorio por las partes en el acto del juicio.

En definitiva, pues, cuando el acusado, un testigo o un perito manifiestan, en juicio, cosa contradictoria a la relatada o informada en la fase o etapa preparatorias, se podrá dar lectura de sus

82

Son los riesgos de las elipsis en la redacción de las normas, provocadas a menudo por la elusión de determinado presupuesto que su redactor o redactores dan como implícitos, cuando solo para ellos lo son, y por eso la fórmula lingüística utilizada resulta, finalmente, desgraciadamente equivoca.

manifestaciones anteriores⁸³, a instancia de cualquiera de las partes procesales que pretenda utilizarlas a efectos probatorios.

El declarante será interrogado contradictoriamente sobre esta alegada contradicción, a fin de que de explicaciones sobre ella.

Si su descargo no párese satisfactorio al Tribunal, podrá, este, en todo caso, no tomar en consideración la declaración o informe pericial presentado en juicio. En cambio, es dudoso que pueda fundar un fallo condenatorio sobre la base de las manifestaciones o pericia precedentes en caso de considerarlos creíbles y fiables, aunque hay buenas razones para admitir esta posibilidad.

3.4.2.3.- La lectura de la prueba practicada anticipadamente

El numeral 1) del párrafo primero del Artículo 311 CPP permite dar lectura –e implícitamente utilizar como prueba- a los <<... testimonio o pericias que se hayan recibido antes del debate conforme a las reglas de la prueba anticipada y que resulte imposible reproducir en el acto del juicio...>>.

También, en este caso la verdadera dificultad de esta excepción no radica tanto en lo que tiene de tal al principio de oralidad, sino al de inmediación, ya que la práctica de esa prueba no tiene lugar ante el Tribunal de Sentencia.

Si, aun practicada anticipadamente, puede reproducirse sin dificultad ante el órgano sentenciador en el juicio oral, deberá proponerse y practicarse, sin que puedan ser sustituidas por la lectura permitida - bajo el presupuesto de irreproductibilidad- por el Artículo 311.1.1) CPP- independientemente de que, en caso de contradicción, se este a lo explicado con anterioridad a propósito de lo establecido por el Artículo 311.1 [5 Y 6] CPP.

83

Previamente, se exhibirá el documento al declarante, para que manifieste si conoce que esta firmado (o escrito, si es total o parcialmente autógrafa) por el. En caso de manifestar que la firma o el cuerpo de escritura a el atribuidos son falsos, podrá abrirse una investigación complementaria sobre este extremo, con suspensión del procedimiento, a tenor del Artículo 312.6 CPP. Será prudente no apresurarse a suspenderlo, aguardando a la conclusión del juicio para dilucidar si este extremo tiene verdadera relevancia para la decisión del caso.

3.5.- La pauta de publicidad

3.5.1- La función garantista de la publicidad

La publicidad del desarrollo del juicio oral produce un innegable efecto garantista. El conocimiento de lo que en él se realiza por un número indeterminado de personas tampoco predeterminadas permite, por una parte, que los espectadores directos (mediatos o inmediatos) y todas las personas a las que llega la noticia reciben el pedagógico mensaje de que se está haciendo Justicia. Ello reconstituye la confianza en la vigencia del sistema jurídico penal (efecto de prevención general positiva), aplaca la alarma social producida por el supuesto delito y, a la vez, disuade de posibles tentaciones de delinquir, al comprobar que quien lo hace termina por recibir el castigo correspondiente (efecto <<deterrance>> o de intimidación general).

La publicidad facilita, además, el control público de la corrección del procedimiento y de la observancia de las reglas del *juego limpio* procesal (lo que se expresa en el mundo anglosajón, mediante el paradigma del <<fair trial>>).

Las partes procesales y el propio órgano jurisdiccional se sienten controlados por la publicidad de sus actos en el juicio oral, y ese sentimiento opera como freno inhibitorio de posibles irregularidades.

La pauta de publicidad externa del debate contradictorio se desglosa en dos niveles:

Por un lado, el juicio tiene lugar directamente a la vista del público que accede a la Sala de Justicia.

Por otra parte, la posibilidad de que los medios de comunicación den cuenta de lo que ocurre en ella, amplía el auditorio potencial del juicio ilimitadamente, hasta los últimos rincones de la *aldea global*.

3.5.1.1.- El auditorio inmediato: el público en la Sala de Justicia.

3.5.1.2.- El auditorio mediato: juicio oral y medio de comunicación social.

3.5.2.- Las excepciones al principio de publicidad

3.5.2.1.- La exclusión absoluta del público: El juicio oral a puerta cerrada.

3.5.2.2.- La restricción del acceso del público a la Sala de Justicia.

3.5.2.3.- El desarrollo protagónico del juicio oral: delito cometido durante la audiencia.

Si durante la audiencia se comete un delito de acción pública, el Tribunal de Sentencia –en cumplimiento de lo establecido por el Artículo 315 CPP –ordenara la inmediata detención del presunto culpable y lo entregara a la Policía Nacional, junto con los antecedentes necesarios, para que proceda como corresponda. De todo lo ocurrido se dejara constancia en el acta correspondiente.

El acta podrá tener un valor probatorio impotente si el Secretario deja constancia fehaciente de lo que ocurre en su presencia.

Si el autor del hecho fuere la persona acusada, podrá ser expulsada de la Sala de Justicia.

3.6.- El principio de contradicción en el juicio oral

El artículo 4 CPP (Principio de contradicción) programa: <<... Salvo que el presente Código señale otro procedimiento, el juicio será oral y público y en él regirá el principio de contradicción.

<<Tanto el imputado como su Defensor, tendrán derecho a presentar sus elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso... >>, pero, sin duda, ante todo, en el juicio oral.

La exigencia de contradicción implica la necesidad de audiencia bilateral en las fases de alegaciones (presentación del caso, incidentes, informes) y de intervención en la práctica de la prueba propuesta por las demás partes procesales.

3.7.- La prueba en el juicio oral

La actividad probatoria se desglosa en una pluralidad de fases o etapas.

1.- La proposición de la prueba.

1.1.- La regla general: la proposición de prueba incumbe a las partes procesales.

Las partes procesales, ente todo, habrán de proponer la prueba mediante la cual se disponen a probar sus alegaciones y desacreditar las de su contraria.

De Diego Diez⁸⁴ escribe: <<...*Iudex iudicare debet secunquam allegata et probata partium* Como consecuencia de la vigencia del principio de *aportación*, consustancial al sistema acusatorio, a las partes les corresponde determinar el objeto del proceso, tanto en su aspecto factico (hechos que han de ser enjuiciados) como subjetivo (persona a quien se va a enjuiciar).

<< Pero el principio de aportación va más allá: no solo consiste en aportar los hechos en los escritos formalizando la acusación (arts. 292 y 313 del CPP), sino también en proponer las pruebas de que las partes intenten valerse para acreditar sus afirmaciones (arts. 309 y 325 CPP) e intervenir en su práctica, interrogando contrainterrogando al acusado (art. 315 CPP), peritos (art. 318 CPP) y testigos (art. 322 CPP). Por contra, el Tribunal de Sentencia no puede, de oficio practicar prueba alguna en el juicio oral: <<Durante el juicio solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes>> (art. 325); aunque sí podrá el Tribunal intervenir activamente en las propuestas por las partes... >>.

1.1.1.- Proposición ordinaria de prueba.

A efectos del debate en el juicio oral, la proposición se hará inmediatamente después de la audiencia saneadora prevista por el Artículo 316 CPP, o trascurrido el plazo establecido para su celebración sin que parte procesal alguna haya interesado la celebración de dicha audiencia.

84

Diego Diez, L. A., <<Medios de Prueba en el Proceso Penal>> y <<Prueba Prohibida o Ilicita>>, en Palacios Mejía, J.M., y Fernández Entrago, J., <<Código Procesal Penal Comentado. Honduras>>, Corte Suprema de Justicia, Congreso Nacional, Cooperación Española, Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000, págs. 341y ss., y 367 y ss.

La proposición de prueba se hará de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 317 CPP.

1.1.2.- Proposición extraordinaria de prueba.

Todavía cabe proponer prueba suplementaria, aprovechando la fase de resolución de incidentes, una vez iniciada la audiencia para debate, tal como prevé el Artículo 320.2 CPP.

1.1.3. Proposición excepcional de prueba.

Incluso después de este momento procesal, cabe, excepcionalmente, proposiciones de prueba en dos hipótesis:

1.1.3.1.- En caso de ampliación de la acusación de acuerdo con el Artículo 321 CPP.

Se requiere para ello, explica De Diego Diez, <<... a) que estén Arelacionados con el hecho objeto del juicio>> (por ejemplo, una circunstancia agravante) y b) que tales revelaciones produzcan una alteración sustancial en cuanto al Objeto del juicio o, en términos del ya citado Artículo 313, <<que puedan modificar la calificación legal o la pena el delito>>. En estos supuestos, las partes podrán pedir la suspensión del juicio y el imputado tendrá derecho a solicitar que se amplié su declaración. ... >>.

Este mismo precepto -aclara- exige también que las circunstancias o hechos de los que ha tenido noticia durante el juicio <<no hayan sido mencionados en la acusación>>. <<... Tal requisito es una obviedad y, por tanto, resulta superfluo. Si estamos hablando de hechos novedosos, conocidos durante el juicio, mal podían haberse tenido en cuenta en los escritos acusatorios cronológicamente anteriores aquel. Y, si fueron ya mencionados en la acusación, difícilmente podríamos afirmar que ha sido <<durante>> el juicio cuando se ha tenido noticia de tales circunstancias o hechos. ...>>.

1.1.3.2.- Cabe, además, que, durante el debate, se tenga noticia de algún medio de prueba hasta entonces desconocido. En tal caso, podrá cualquiera de las partes interesar, en ese momento, su practica como diligencia para mejor proveer, con arreglo al Artículo 333 CPP.

1.2.- Aportación de prueba a iniciativa del órgano sentenciador.

Este precepto permite que el Tribunal de Sentencia disponga la práctica de esa prueba por propia iniciativa. Pueden entrar, así, en conflicto los principios de búsqueda de la verdad material y de neutralidad del órgano jurisdiccional, puesto que, al ordenar unilateralmente la práctica de esa prueba para mejor proveer, esta desempeñando una función que, en buenos principios procesales corresponde a las partes. Solo debería, por ello, hacer uso de este poder, siempre motivarte, cuando la inactividad de ambas partes procesales pueda hacer sospechar de connivencia fraudulenta entre ellas o cuando quepa predecir que la práctica de esta prueba puede redundar en beneficio de la persona acusada.

2.- El juicio sobre la admisibilidad e la prueba.

2.1.- Los parámetros del juicio de admisibilidad de la prueba.

A estos resulta fundamental el Artículo 199 CPP (Medios de prueba permitidos.)

2.1.1.- Principio de irrestrictividad de los medios de prueba utilizables.

Frente al principio de taxatividad de los medios utilizables para probar las Alegaciones de las partes, el primer párrafo del Artículo 199 CPP establece que los hechos y circunstancias con el delito objeto del proceso, <<... podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no este expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables

Frente al principio de taxatividad de los medios utilizables para probar las alegaciones de las partes, el primer párrafo del Artículo con el 199 CCP establece que los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso, <<... podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no este expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables.

<<En lo no previsto en este Código se estará a lo dispuesto en las normas que regulan al medio de prueba que más se asemeje.... >>

Por tanto, cabra proponer un medio de prueba no específicamente mencionado y regulado en el Código Procesal Penal, siempre que ese medio sea objetivamente confiable, o lo que es lo mismo que reúna condiciones para lograr una certidumbre científica sobre la realidad o irrealidad del hecho litigioso o sobre alguno de sus extremos

En el Código Procesal Penal se regula la prueba pericial, la testifical (con posibilidad de la practica de careos), la documental (por su examen y lectura directos, o por la reproducción del contenido de soportes de imagen, o sonido o mixtos: grabaciones y otros medios audiovisuales), el de percepción (o inspección) judicial directa de las piezas de convicción o otros objetos o lugares y la reconstrucción de hechos. Realmente resulta difícil imaginar otros medios de prueba diferentes que no reduzca a modalidades de los anteriores. En su caso, la laguna legal (falta de regulación específica) se colmara mediante la aplicación de las normas referidas al medio de prueba con el que guarde mayor analogía.

2.1.2.- Funcionalidad del concreto medio de prueba.

<<... Los medios de pruebas serán admitidos solo si son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación, resultan útiles para la averiguación de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir,... >>. Así se dispone en el párrafo tercero del Artículo 199 CPP.

Coincide con el lo establecido en el inciso segundo del Artículo 317.4 CPP: <<... Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente Impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. ... >>.

Se prevé además, especialmente, que, <<... (existiendo) testigos presencial y Siendo posible su citación a juicio, su testimonio no podrá ser discutido por testigos de referencia. ... >> (Artículo 317.5 CPP). Esta regla se corresponde con la explicable aprensión con que se mira el testimonio de referencia, en realidad testimonio de la información proporcionada por un testigo presencial.

El juicio de pertenencia –explica Fenech⁸⁵ –tiene una doble dimensión. En primer lugar, se ha de valorar la relación

85

<<Derecho Procesal Penal >> cit.

Que guardada la prueba con el tema que es objeto del juicio; pero también habrá que tener en cuenta su capacidad o habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo.

Desde un primer punto de vista reclama lo que se denominaría pertinencia en sentido estricto, esto es, la relación del medio de prueba y de su objeto con el del debate en curso. Esta pertinencia en sentido estricto deriva pues, de venir la prueba a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio.

La relevancia o utilidad, esto es su capacidad para contribuir a averiguar hechos investigados y las personas que hayan podido participar en ellos es tratada como una dimensión de la pertinencia en sentido amplio. Las explica De Diego Diez⁸⁶ – <<... tienen la carga de indicar, los hechos o circunstancias que con ellos pretende probar (art. 309 [más exactamente, 31] CPP). Es decir, tienen la carga de argumentar ante el Tribunal de Sentencia la pertinencia de la prueba...>>.

2.2.- Momento procesal del juicio de admisibilidad de la Prueba.

Como regla, tiene lugar, como dispone el párrafo final del Artículo 317.2 CPP, después de la proposición de las pruebas y oír las alegaciones que al respecto hagan las partes.

En caso de proposición extraordinaria a tenor del Artículo 320.2 CPP, el Tribunal resolverá en el acto lo precedente, obviamente sin poner reservar su decisión para la sentencia.

En caso de ampliación de la acusación, el Tribunal de Sentencia resolverá (aunque se establezca expresamente en el Artículo 321 CPP) una vez planteado el incidente, y previa audiencia de las partes.

3.- La práctica o recepción de la prueba.

Tiene lugar en el curso del debate, a continuación de la declaración del imputado (Artículo 325 CPP), sujetándose a

86

Lugar antes citado

lo dispuesto por los artículos 326 a 332 CPP y a aquellos otros que hayan que integrarlos, por remisión expresa o por necesidad de completar posibles lagunas.

La prueba anticipada se habrá practicado con anterioridad, y se incorpora por lectura, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 311. (I y 4) CPP. Nótese, con todo, que la utilizabilidad procesal de este material probatorio esta Condicionada a que resulte imposible reproducir la prueba en acto del juicio.

4.- Valoración de la prueba practicada

La harán ante todo, las mismas partes procesales en el curso de la discusión final (Artículo 334 CPP), pudiendo hacerlo igualmente la víctima no constituida en partes y la persona acusada, en uso de su derecho <<a la última palabra>>.

Y valorara la prueba, por su puesto, el Tribunal en su sentencia, tal como lo dispone el apartado 2) de la regla cuarta del Artículo 338 CPP.

4.- LOS PROTAGONISTAS DEL JUICIO ORAL

4.1.- El órgano jurisdiccional: el Tribunal de Sentencia

Los Tribunales de Sentencia conocerán, con competencia exclusiva y excluyente, el juicio oral y publico en el modelo de proceso ordinario por delito (Artículo 57 CPP).

Se trata de una novedad orgánica introducida por el Código Procesal Penal, ya que estos Tribunales no existían con anterioridad⁸⁷.

4.1.1.- Composición

Dispone el Artículo 57 CPP que los Tribunales de Sentencia estarán integrados por cuatro jueces. En cada juicio, sin embargo, intervendrán solamente tres de ellos; el cuarto deberá estar siempre presente en el debate para sustituir alguno de aquellos en caso de impedimento grave.

De este modo se trata de evitar la ineficiencia del juicio por imposibilidad sobrevenida de alguno de los miembros del Tribunal y, a la vez, se garantiza la vigencia del principio de inmediación ya que el sustituto habrá asistido a las sesiones del debate desde un principio⁸⁸.

Si la imposibilidad afecta a más de un Magistrado, no habrá otro remedio sino concluir el juicio, en el estado en que se encuentre, sin pronunciamiento de sentencia alguna, y recomponer el Tribunal en la forma prevista por el Artículo 335 CPP para celebración de nuevo juicio.⁸⁹

87

Cubas Urbina, L.D. y Banegas Zeron, J., Comentarios a los Artículos 54 a 91, en Palacios Fernández, lugar citado pag. 207.

88

Cubas y Banegas, lugar citado.

89

Artículo 335 De la deliberación. Cerrado el debate el Tribunal de Sentencia

Se reunirá de inmediato para deliberar, a fin de dictar a sentencia que proceda en derecho.

4.1.2.- Funciones

El Tribunal de Sentencia se ocupa exclusivamente del juicio oral, empezando por la preparación del debate (Artículo 316 CPP), una vez recibidas en el las actuaciones remitidas por el Juez de Letras.

Como no ha intervenido en la instrucción ni en el periodo intermedio, ni directamente ni como órgano de apelación contra las resoluciones del Juez de Letras, su imparcialidad objetiva queda garantizada.

Si alguno de los integrantes del Tribunal hubiese intervenido en cualquiera de las etapas anteriores del procedimiento, deberá abstenerse de intervenir en el juicio oral y podrá ser recusado si no lo hiciera así (artículos 84, 85 y 83.2.3 CPP).

4.1.3.- Identidad física de los componentes del Tribunal durante el juicio oral

Todos los miembros del Tribunal de Sentencia habrán de estar presente durante el juicio oral (Artículo 306.1 CPP) La retirada momentánea de cualquiera de ellos producirá la suspensión del juicio que continuara una vez desaparecida la razón de esta retirada (Artículo 306.2 CPP).

Aunque cualquiera de los titulares podrá ser sustituido, en caso de imposibilidad sobrevenida, por el suplente, no podrá serlo por otro Magistrado que no haya intervenido desde comienzo del juicio, para preservar el principio de inmediación.

La necesidad de sustitución de mas de un miembro del Tribunal dará lugar al truncamiento del juicio en curso, y a la celebración de

La deliberación no podrá suspenderse, salvo fuerza mayor o caso fortuito. La suspensión durara el tiempo estrictamente necesario.

En caso de impedimento de alguno de los jueces, este será sustituido de inmediato por el cuarto Juez, el Tribunal de Sentencia le libera comunicación a la Corte de Apelaciones correspondiente, para que se designe sin tardaza el juez o los jueces sustitutos. Estos serán escogidos entre los jueces de letras del mismo departamento o de uno adyacente, que no haya participado en el proceso. El reemplazo deberá producirse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha e recepción de la comunicación. Efectuada la designación, la Corte de Apelaciones dará cuenta de ella a la Corte Suprema, y el juicio oral y público se realizara de nuevo desde su inicio.

otro nuevo, desde un principio, ante otro Tribunal de Sentencia reconstituido en la forma prevista por el Artículo 335 CPP.

4.1.4.- Dirección del debate y control de la Sala de Justicia (*Policía de estrados*)

Corresponde la dirección del debate y el control de la Sala de Justicia (lo que se conoce como <<*policía de estrados*>>) al Presidente del Tribunal de Sentencia. A tenor del Artículo 304 CPP, el:

- * dirigirá la audiencia,
- * hará las advertencias legales,
- * recibirá juramentos,
- * mantendrá el orden en la sala de justicia y
- * moderará las discusiones, sin coartar los derechos de las partes y de manera que las investigaciones conduzcan al esclarecimiento de la verdad.

Pero el Tribunal de Sentencia es un órgano colegiado, lo que supone que, salvo excepciones, sus decisiones se toman por acuerdo de por lo menos la mayoría de sus componentes.

La colegiación contribuye al control de las decisiones que excepcionalmente, tome el Presidente por su propia y exclusiva iniciativa, como las que adopte en el ejercicio de los poderes que le confiere el Artículo 304 CPP.

Así, el 305 CPP prevé la posibilidad de reclamaciones contra esas decisiones, resolverá por mayoría el Tribunal de Sentencia. Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Fortín Aguilar⁹⁰, comentan que, en estos casos el mismo Tribunal se convierte en una instancia inmediata y exclusiva ante el reclamo de alguna de las partes.

El propio Presidente interviene en la decisión de la reclamación, y Fortín Aguilar advierte sensatamente que <<... {una} buena medida para evitar este incidentes en que el Presidente procure no abusar

90

Fortín Aguilar, M., Comentarios a los artículos 304 a 334, en la misma obra, páginas. 502-503.

de sus poderes de dirección, consultando previamente sus decisiones con sus colegas del Tribunal. De este modo, se incrementa la pluralidad de perspectivas, se asegura un mayor grado de posibilidad de acierto y se refuerza, ante el público, la imagen de unidad y colegialidad del Tribunal,... >>⁹¹.

Si durante la audiencia se comete un delito de acción pública, el Tribunal de Sentencia –en cumplimiento de lo establecido por el Artículo 315 CPP– ordenara la inmediata detención del presunto culpable y lo entregaría a la Policía Nacional, junto con los antecedentes necesarios, para que proceda como corresponda. De todo lo ocurrido se dejara constancia en el acta correspondiente.

4.2.- Las partes y su participación en el debate

4.2.1.- Las partes acusadoras

El Ministerio Público y, en su caso, el acusador privado, intervienen desde la preparación misma del juicio, para cuanto convenga a sus intereses.

1.- Intervención en la fase preparatoria:

- a) Tendrán oportunidad de examinar las actuaciones una vez recibida en el Tribunal de Sentencia (Artículo 316 CPP).
- b) Podrán plantear, en su caso, recusaciones, excepciones o nulidades, basadas en hechos nuevos e intervenir en la audiencia que deberá celebrarse para su resolución (Artículo 317 CPP).
- c) Podrán proponer prueba para su práctica en el debate (o anticipadamente, en su caso) y oponerse a la admisión de la prueba propuesta por otras partes procesales (Artículo 317 CPP).
- d) Habrán de ser citados oportunamente para que comparezcan en el día y hora señalados para el comienzo de los debates (Artículo 318 CPP).

91

Lugar citado en la nota anterior

- e) Podrán negociar con las Defensas la conformidad de la persona acusada (Artículo 322).
- 2.- Intervención en los preliminares del juicio oral: su presencia es obligada, pero la ausencia injustificada del representante procesal del Acusador Privado significa que dejara de tenersele como parte, sin perjuicio de que la persona del Acusador Privado, podrá ser obligado a comparecer cuando deba declarar como testigo (Artículo 306 CPP).
- f) Abierto el juicio, presentaran el caso ante el Tribunal de Sentencia (Artículo 319 CPP).
 - g) Presentado el caso, podrán, en una primera fase de saneamiento, exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, reacusación de alguno de sus miembros, excepciones causas de nulidad o exclusión de medios de prueba por causa de su ilicitud, siempre que estas alegaciones se funden en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces, y acerca de cualquier otra cuestión incidental (Artículo 320.1 CPP).
 - h) Podrán también las partes proponer nuevos medios de prueba, siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio (Artículo 320.2 CPP).
 - i) Podrán proponer la modificación o ampliación de la acusación inicial (Artículo 321 CPP).
- 3.- Intervención en el curso del debate.
- j) Interrogar:
 - * al acudsasdo: Artículo 323.2 CPP
 - * a los peritos (propuesta su instancia o por otra parte): Artículo 330.2 CPP
 - k) podrán proponer prueba documental (Artículo 332 CPP).
 - l) Asistir a la reproducción de los registros audiovisuales aportados como prueba (Artículo 332.2 CPP).

- m) Tendrá la oportunidad de estar presentes e intervenir en las inspecciones Personales que haga el Tribunal de Sentencia y en la reconstrucción de los hechos (Artículo 332.3 en relación con el 262 CPP).
- n) Intervenir en las diligencias para mejor proveer que pueda acordar el Tribunal (Artículo 333 CPP).
- o) presentar las conclusiones después de practicada la prueba.
- p) Realizar su informe, a tenor de lo previsto en el Artículo 334 CPP.

4.- En la fase de sentencia.

- q) Intervenir en la fase de individualización de la pena en caso de fallo condenatorio (Artículo 343 CPP).

4.2.2.- El acusado y su Defensa⁹²

Su intervención es simétrica a la de las partes acusadoras.

1.- Intervención en la fase preparatoria:

- a) Tendrán oportunidad de examinar las actuaciones una vez recibidos en el Tribunal de Sentencia (Artículo 316 CPP).
- b) Podrán plantear, en su caso, recusaciones, excepciones o nulidades, basadas en hechos nuevos e intervenir en la audiencia que deberá celebrarse para su resolución (Artículo 316 CPP).
- c) Podrán proponer prueba para su práctica en el debate (o anticipadamente, en su caso) y oponerse a la admisión de la prueba propuesta por otras partes procesales (Artículo 317 CPP).
- d) Habrán de ser citados oportunamente para que comparezcan en el día y hora señalados para el comienzo de los debates (Artículos 318 CPP).
- e) El acusado podrá conformarse con las acusaciones formulada contra el y su Defensa podrá negociar con las partes

92

Tasende Calvo, J., <<El imputado >> en Palacios y Fernández, lugar citado, pags. 228 yss

acusadoras una conformidad con una nueva acusación consensuada (Artículo 322 CPP).

- 2.- Intervención en los preliminares del juicio oral: su presencia es obligada, pero el Imputado podrá retirarse con permiso del Tribunal, a cuya disposición deberá quedar hasta que se adopte otro acuerdo.

Si el defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del Tribunal, se tendrá por abandonada la defensa. Si el imputado no designa de inmediato otro Defensor de su confianza, el Tribunal de Sentencia le nombrará un Defensor Público.

Cuando el abandono ocurra dentro de los tres (3) días anteriores al debate o durante el desarrollo de este, el Tribunal podrá aplazar su inicio o suspender por una sola vez el que ya haya comenzado, por un término máximo de cinco (5) días calendario. Si el abandono de la defensa no tiene causa justificada, el Defensor será sancionado con la pena prevista en el Código Penal (Artículo 306 CPP).

- f) Abierto el juicio, la Defensa presentará el caso ante el Tribunal de Sentencia (Artículo 319).
- g) Presentado el caso, podrán, en una primera fase de saneamiento, exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, recusación de alguno de sus miembros, Excepciones, causas de nulidad o exclusión de medios de prueba por causa de su ilicitud, siempre que estas alegaciones se funden en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces, y acerca de cualquier otra cuestión incidental (Artículo 320.1 CPP).
- h) Podrán también las partes proponer nuevos medios de prueba, siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio (Artículo 320.2 CPP)
- i) Podrán oponerse a la modificación o ampliación de la acusación inicial (Artículo 321 CPP).

- 3.- Intervención en el curso del debate

- j) la Defensa podrá interrogar:

- * al propio acusado, una vez que este ha manifestado lo que tenga por conveniente: Artículo 323.2 CPP.
 - * a los peritos (propuestos a su instancia o por otra parte) Artículo 326.3 CPP.
 - * a los peritos (presentados a su instancia o por otra parte): Artículo 330.2 CPP
- k) Podrán proponer prueba documental (Artículo 332 CPP).
- l) Asistir a la reproducción e los registros audiovisuales aportados como prueba (Artículo 332.2 CPP).
- m) Tendrán la oportunidad de estar presentes e intervenir en las inspecciones personales que haga el Tribunal de Sentencia y en la reconstrucción de los hechos (Artículo 332.3 en relación con el 262 CPP).
- n) Intervenir en las diligencias para mejor proveer que pueda acordar el Tribunal (Artículo 333 CPP).
- o) Presentar las conclusiones después de practicada la prueba
- p) Realizar su informe, el Defensor, y hacer, el acusado, uso de su derecho a pronunciar la <<ultima palabra>>, a tenor de lo previsto en el Artículo 334 CPP
- 3.- En la fase de Sentencia .
- q) Intervenir en la fase de individualización de la pena en caso de fallo condenatorio (Artículo 343 CPP).

4.2.3.- La intervención de la víctima en el debate

En el Artículo 16 CPP se enumeran los derechos de la víctima de un delito o falta en el procedimiento penal. Entre ellos, y en cuarto lugar, se enumera el de participar en las audiencias públicas conforme lo establecido por este Código.

<<... [Con] ello se pretende, -apostilla Félix Ávila⁹³, -que al igual que el pueblo, el perjudicado con más razón tenga pleno conocimiento de todo lo que acontezca durante todos los actos del proceso. Este derecho es consecuencia del principio general de publicidad que

93

Comentario del Artículo 16 CPP, en Palacios y Fernández, lugar citado, pag. 112.

Informa de este sistema procesal penal, de esta manera se esta ejerciendo un control de la actividad de los juzgadores... >>.

La victima tiene derecho a asistir, como publico, al desarrollo del juicio oral, salvo por lo dispuesto por el Articulo 328 en relación con los testigos.

A tenor del Articulo 334 del Código Procesal Penal, como remate del juicio oral, y antes de dar a la persona acusada la oportunidad de pronunciar su alegato final, la victima <<... podrá hacer uso de la palabra por una sola vez, aunque no hubiera intervenido en el proceso... >>. La perspectiva de la victima contribuye a humanizar el proceso, y a enriquecer el debate con aspectos que talvez pudieron ser omitidos en los discursos de los de la acusación y la Defensa. El Presidente del Tribunal, en todo caso, podrá controlar esta intervención de la victima, para <<impedir divagaciones [y] repeticiones>>, al igual que puede hacerlo -a tenor del Articulo 334- de los alegatos de las partes al presentar sus conclusiones en la discusión final.

La versión de la victima puede ser tenida en cuenta por el Tribunal, pero sus manifestaciones no lo vinculan a efectos de vigencia del principio acusatorio⁹⁴.

94

Fortín Aguilar, M., Comentarios al artículo 334 en Palacios y Fernández, lugar citado, pagina. 525.

5.- EL DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

El juicio oral su desarrollo en tres etapas.

La primera de ellas sirve de preparación del debate y se desglosa, a su vez en dos fases.

Mirando el pasado para facilitar el futuro, trata ante todo, de sanear el debate, purgándolo de posibles vicios o defectos procesales que pudieran entorpecerlo posteriormente, y aun dar al traste con la eficiencia del proceso, si se advirtieran solo en el momento de la sentencia.

Esta subfase inicial se sentra en una audiencia que ha de versar sobre la supervivencia o advertencia sobrevenida de causas de reacusación, excepciones o nulidades (Artículo 316 CPP)⁹⁵.

A ella sucede otra, funcionalmente volcada al futuro, de proposición de prueba para el debate, regulada por el Artículo 317 CPP. Las partes procesales han de proponer previamente a la apertura del debate las pruebas de que intenten valerse en el. Ello permite desde luego, que el tribunal se pronuncie sobre su admisibilidad y tome las medias encaminadas a hacer posible su práctica, pero a la vez desempeña una importante función de cara al logro de un mayor grado de igualdad de armas entre las partes⁹⁶.

La tercera fase se encamina al señalamiento de fecha y hora para debate y convocatoria consiguiente de las partes, peritos y testigos así como la adopción de las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y publico (Artículo 318 CPP).

95

Por aplicación del principio de preclusión, las demás, anteriores y conocidas anteriormente, habrán quedado subsanadas.

96

Tal es la función que desempeña el <<discovery o the evidence>> en el proceso norteamericano (regla 12 y 16 de las <<Federal Rules of the Criminal Procedure>>) complementario – porque es bidireccional- del deber de <<disclosure of the evidence>> en beneficio de la defensa; trasplantado el Código Italiano de Procedimiento Penal de 1988: Diaz Cabiale, loc. cit., pag. 195. En la Sentencia que, en 1970, resolvió el caso *Williams contra Florida*, el Tribunal Supremo norteamericano entendió que el proceso no era como el juego de poker, en que cada jugador puede reservarse el conocimiento de las propias cartas para jugarlas en momento para el más conveniente.

5.1.- Preparación del debate

5.1.1.- Saneamiento del debate

Ayarragaray se refiere al <<principio de inmaculación>> como al ideal del desarrollo del proceso libre de maculas y ficciones que podrán producir la ineficacia de todo lo actuado por vicios de procedibilidad, impidiendo resolver el fondo del conflicto⁹⁷. El <<principio de saneamiento>> constituye una práctica de profilaxis de esas deficiencias. Lozano –Higero Pinto y Marchena Gómez lo definen como <<... aquel que el proceso ha de desarrollarse libre de vicios, irregularidades, óbices, efectos, maculas o anomalías que impidan, obsten o dificulten su regular desenvolvimiento y el pronto y eficaz pronunciamiento judicial sobre el fondo y, tal, fin, se configura como una pauta procesal constitutiva de una facultad-deber de dirección procesal para el Juez y de carga- sanción para las partes en su quehacer procesal.... >>. Muy relacionado con los principios de economía procesal y de preclusión, actúa en doble frente, pues permite previamente, corregir el defecto al tiempo mismo de cometerse (perspectiva de inmaculación) y, sanatoriamente (de ahí, la denominación principio de saneamiento), purgar sus consecuencias una vez producido y evitar su propagación futura⁹⁸.

El principio de saneamiento se inserta al comienzo mismo de la etapa de preparación del debate, justificando la celebración de la audiencia saneadora prevista por el Artículo 316 CPP⁹⁹; y, mas tarde, en ese turno de intervenciones, una vez abierto el debate, que, a modo de audiencia preliminar a el, establece el Artículo 320 CPP¹⁰⁰.

97

Ayarragaray, C.A., <<El principio de inmaculación en el proceso>>, Buenos Aires, 1959, pag 31 y ss.: véase Lozano Higero Pinto, M. y Marchena Gómez, M., <<La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal>>, Comares, Granada, 1994, pags. 42 ss.

98

Lozano –Higero y Marchena, loc. cit., pags. 48 a54.

99

Fortín, M.A., loc. cit., pags . 512.

100

La expresión coincide –sin duda, no casualmente- con la utilizada por el Artículo 793.2 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, a propósito del denominado por ella <<Procedimiento Abreviado>> (Lozano – Higero y Marchena, loc. cit., pags. 25 y 26), a la usanza italiana. Como en el Artículo 300 CPP ya se había empleado esta denominación, la terminología adoptada puede no significar mas que una concepción estilística para no incurrir en repeticiones terminológicas que podrían prestarse a confusión en la practica.

5.1.1.1.- Objeto de la audiencia preparatoria saneadora

El Artículo 316 CPP (Preparación del debate) establece: Recibidas las actuaciones a que se refiere el Artículo 303 (actuaciones practicadas, documentación, objetos secuestrados y piezas de convicción, remitidas por el Juzgado de Letras), el Tribunal citara a las partes a fin de que dentro de los diez días siguientes, examinen las diligencias y planteen, en su caso, las recusaciones, excepciones o nulidades, basados en hechos nuevos a que hay lugar.

Objeto de la audiencia preparatoria saneadora podrán ser, pues:

- 1.- recusaciones
- 2.- excepciones
- 3.- nulidades

Pero siempre que se funden en hechos nuevos, eso es, sobrevenidos con posterioridad, o precedentes que hubieran sido conocidos con anterioridad, como se infiere del Artículo 167.4 CPP.

5.1.1.2.- Dinámica de la audiencia preparatoria saneadora

Tales cuestiones serán resueltas por el Tribunal, en audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la presentación.

Las posibilidades de prueba se restringen sin demasiada explicación. En dicha audiencia, en efecto, se presentaran y ejecutaran las pruebas que se relacionan exclusivamente con la recusación.

El recusado será sustituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

5.2.- Proposición de prueba

Dispone el Artículo 317 CPP que, inmediatamente después de vencido el plazo para proposición de cuestiones incidentales de resolución previa a la apertura del debate, sin haberse propuesto, o, en otro caso, inmediatamente después de quedar integrado el Tribunal después de haya sido declarada con lugar una recusación o firme la resolución que deniegue las recusaciones, nulidades o

excepciones que se hayan presentado, el Presidente del Tribunal señalará la audiencia, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes, para que las partes presenten la lista de los testigos y peritos con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta y señalan los hechos sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate.

En la misma audiencia propondrán, asimismo, los documentos y demás medios que sirvan para probar las pretensiones deducidas en el juicio y señalarán, en su caso, el lugar en que se encuentran.

Los medios de prueba serán propuestos con indicaciones de los hechos o circunstancias que se pretenda probar.

Nótese que la parte proponente sabrá de concretar:

- 1.- el medio de prueba (pericia, testimonio, documento...)
- 2.- la identificación del perito, testigo o documento
- 3.- los hechos sobre los que ha de versar el testimonio o la pericia
- 4.- la utilidad del concreto medio de prueba: indicando los hechos o circunstancias que se pretende probar.

Después de la proposición de las pruebas y de oír las alegaciones que al respecto hagan las partes, en la misma audiencia o dentro del plazo de tres días, el Tribunal resolverá por auto motivado sobre la admisión de aquellos.

Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles y o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorias –en definitiva, la proposición de una prueba con finalidad exclusivamente dilatoria ya significaría su rechazo por impertinencia (falta de relación con los hechos litigiosos) o inutilidad (ausencia de una verdadera finalidad probatoria reconocible)- o cuando se trate de prueba ilícita.

Como hacer ver Fortín Aguilar¹⁰¹, los requisitos exigidos para la proposición de la prueba facilitarán considerablemente la labor crítica del Tribunal de Sentencia.

101

Comentario al Artículo 317 CPP, en palacios y Fernandez, lugar citado, pag. 513.

5.3.- Señalamiento de fecha y hora para el debate

Dentro los tres días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución relativa a la admisión de las pruebas presentadas, el Presidente del Tribunal de Sentencia, por imperativo del Artículo 318 CPP, fijara la hora y fecha en que se iniciara el juicio oral y público.

Dicha fecha deberá estar comprendida entre los diez y treinta días siguientes. Excepcionalmente el Tribunal podrá prorrogar este plazo por auto motivado, hasta por quince días más.

Aun cuando no se especifiquen legalmente los motivos de la prórroga, procederá cuando la prueba sea muy abundante o compleja, o los peritos o testigos citados residan en lugares distantes de la sede del Tribunal de Sentencia.

Instruir a asimismo al Secretario del Tribunal para que convoque a las partes, a fin de que se haga presente en la correspondiente audiencia, cite a los testigos y peritos, en su caso, y adopte las medidas necesarias para la organización y desarrollo del juicio oral y público.

El juicio oral se celebrara, como regla general, en la sede del Tribunal de Sentencia, aunque podrá tener lugar en otro punto, siempre que se encuentre dentro del espacio geográfico de su competencia territorial, como se desprende de lo dispuesto por el Artículo 127 CPP.

En este precepto se excepciona a la regla general de celebración en la sede del Tribunal de Sentencia, el caso de que exista la posibilidad de que se provoque una grave alteración del orden público o no existan garantías para la adecuada defensa de alguna de las partes o se presenten obstáculos igualmente graves para la realización de la audiencia.

En caso de duda, se elegirá el lugar que favorezca el ejercicio de la defensa y asegure la realización de la audiencia.

Ha de tratarse de un local jurisdiccional o habilitado al efecto. Fortín Pavón¹⁰², entiende que, a diferencia de lo que se permite en algunos sistemas procesales penales centroamericanos (como el de Costa Rica), no es posible legalmente celebrar el juicio dentro

¹⁰²

Comentario al Artículo 127, en Palacios y Fernández, lugar citado, pag. 278.

de un recinto penitenciario, sin perjuicio de las medidas de seguridad que puedan adoptarse para evitar la fuga de la persona acusada o la producción de alteraciones del orden dentro o fuera de la Sala de Justicia .

Cuando se trate de un hecho que haya tenido repercusión local y el Tribunal lo estime prudente, se procederá a realizar el juicio en el lugar donde se cometió el delito. En estos casos, el tribunal acondicionara una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.

Fortín Pavón¹⁰³, defiende la posibilidad de aplicar métodos de declaración de testigos o peritos mediante sistemas de transmisión simultánea de imagen y sonido (<<videoconferencia>>), recabando el auxilio jurisdiccional interno o internacional, de modo que se garantice la identidad del declarante (perito o testigo), y libertad y espontaneidad de la declaración. En tal caso, sus manifestaciones podrían quedar restringidas mediante cualquiera de los medios técnicos actualmente disponibles. La utilización de esta forma de declaración no está prohibida legalmente, pero habrá de justificarse suficientemente su proporcionalidad y la imposibilidad o extraordinaria dificultad que representarían la citación y la comparecencia personal del testigo o del perito en la sede del Tribunal de Sentencia.

103

Lugar citado en la nota anterior, pag. 278. En Italia, la materia fue objeto de regulación por Ley de 7 de enero 1998, número 11. Sobre esta forma, puede verse: Casano, M., Problemi e prospettive della nuova disciplina <<sull'assunzione di prove a distanza>>; Frigo, G., Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralista e al contraddittorio>>; y presutti, A., <<Regime suspensivo ex art. 41-bis comma 2 ord. Penit. e natura del giudice del reclamo>>, en Baccari, G.M., y otros, <<Le nuove leggi penali>>, CEDAM, Padova, 1998, pags. 333 y ss.

6.- EL DESARROLLO DEL DEBATE

El debate se desarrolla de acuerdo con una estructura que podría desglosarse del modo siguiente:

- a) Constitución del Tribunal y apertura de la audiencia.
- b) Fijación de la actitud procesal de la persona acusada: conformidad u oposición con la acusación.
- c) Comprobación de la presencia de los intervinientes en el debate y fijación del Calendario de sesiones.
- d) Presentación del caso.
- e) Fase de saneamiento procesal y resolución de incidentes.
- f) Fijación definitiva del conflicto: posibilidades de conformidad del imputado con la acusación.
- g) Declaración de la persona acusada.
- h) Practica de la prueba.
- i) Difusión final
 - i.1) Intervención de las partes procesales.
 - i.2) Intervención de la víctima.
 - i.3) *Última palabra* de la persona acusada.
- j) Cierre del debate.

6.1.- Apertura de la audiencia

6.1.1.- Constitución del Tribunal y apertura de la audiencia

Llegada el día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia (Artículo 319 CPP).

6.1.2.- Fijación de la actitud de la persona acusada: conformidad u oposición con la acusación

El Tribunal comienza, entonces, su trabajo.

Del tenor literal del párrafo segundo del Artículo 319 CPP («... Iniciada esta y falta de conformidad del imputado con la acusación... >>») parece que ante todo se interrogaría a la persona acusada acerca de su actitud procesal de conformidad u oposición a la acusación formulada contra ella.

Ello clarificaría el procedimiento a seguir, comprimiéndolo de modo que se encontraría en la misma situación prevista por el Artículo 322 CPP, prescindiéndose, entonces, de comprobaciones innecesarias y de incidentes e intervenciones (como la presentación del caso) que presupone la disposición de las partes a llevar adelante el debate.

Si la conformidad se hubiese conseguido en una fase anterior (audiencia preliminar o preparación del debate), el Tribunal podría prescindir de toda la transmisión posterior, procedimiento del modo previsto en el Artículo 322 CPP.

6.1.3.- La conformidad del acusado

6.1.3.1.- Concepto y efecto de la conformidad del acusado

En su estudio sobre la conformidad, el profesor Gimeno Sendra la define como «... un acto unilateral de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio «puro» de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder de los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada... >>¹⁰⁴.

Los procesalistas siguen discutiendo sobre su naturaleza. Para unos, será una modalidad de transacción; para otros, de

104

Gimeno Sendra, V., «La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)», en «La Ley», XI, num. 2569 (7 de Septiembre de 1990), pag. 1.

confesion¹⁰⁵. Goza, sin embargo, de gran predicamento, la configuración de la conformidad como allanamiento, propuesta por el profesor Alcalá-Zamora y Castillo¹⁰⁶.

La conexión con el principio de oportunidad y el sistema angloamericano es constante¹⁰⁷. No es extraño el momento procesal inglés configura, desde antiguo, la admisión de culpabilidad por el imputado (*guilty plea*) como forma de conclusión –por truncamiento– del procedimiento penal. En síntesis, formulados los cargos contra el acusado, puede, este, al principio de la audiencia principal y as requerimiento del Juez, declararse culpable, quedándole caso visto para sentencia.

105

De la primera opinión, sería Dolz y Arango, R. <<Juicio oral: consideraciones sobre el Artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal>>, en <<Revista General de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de Habana>>, VI, VI, 1889, pags. 400 y ss, cit. por Alcalá-Zamora, loc. cit., pag. 105. A la conformidad negociada entre Fiscal y defensor como transacción se refiere Llorente Fernández de la Reguera, loc. cit., pag. 500, pero no párese que haya que extraer mayores consecuencias de esta alusión, ya que el termino *transacción* párese usados en termino amplio.

Sostiene el segundo criterio Soler y Vélez Miraconde, cits. Por Alcalá-Zamora, en <<Proceso, autocompocisión y autodefensa>>, México, 1947, pag. 81, así como de Pina, R., <<Manual de Derecho Procesal Penal>>, Madrid, 1934, pags. 108-109, y Jiménez Asenjo, E., <<La confesión de reo o inculpado>>, en <<Revista de Derecho Procesal>>, 1945, pags. 359-360 (reproducido en su <<Derecho Procesal Penal>>, Madrid, s/f., I, pags. 486-487), citados y criticados por De Diego Diez, I-a., <<El procedimiento abreviado para determinados delitos: una puerta abierta a la transición en el proceso penal>>, en <<Cuadernos de Política Criminal>>, num. 41 1990, pags. 279-280.

106

En <<El allanamiento... >>, cit., pags. 106 y ss.; <<El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano>>, en <<Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional>>, Edición Revista de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944, pags. 411-500; <<La Teoría General del Proceso y la enseñanza del Derecho Procesal>>, en <<Revista de Derecho Procesal Iberoamericana>>, 1968, I, pags. 9-91; pero ya antes lo había sostenido Aguilera, loc. cit., pag.67.; también Viada López-Puigcerver, C., <<>>, I, pag. 257, II, pag. 298; Fairen, <<La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español>>, en <<Temas del Ordenamiento Procesal>>, II, Tecnos Madrid, 1969, pags.1232 y ss; <<Las “negociaciones” y “conformidades” del sujeto pasivo del proceso penal>>, en <<Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. III. La Reforma Procesal Penal>>, EDERSA, Madrid, 1992, pag. 399; Cortes Domínguez, v., <<La cosa juzgada penal>>, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pag. 48; Moreno Catena, V., <<La defensa en el proceso penal>>, Civitas, Madrid, 1982, pags. 104 y ss.; Gimeno Sendra, V., <<La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)>>, LA LEY, III, pag.979; De Diego, loc. cit., pag. 280 y ss; Fortín Aguilar, M.A., <<Código Procesal Penal (Honduras)>> cit., pag. 517.

107

Llorente Fernández de la Reguera, loc. cit., pag. 500.

En principio, se presupone que el confeso ha actuado a impulsos de su arrepentimiento por el delito cometido. La doctrina jurisprudencial viene tradicionalmente fingiendo que así es en realidad¹⁰⁸. Los especialistas, empero, se encargan de advertir que todo eso no es más que pura teoría¹⁰⁹. Y los propios Tribunales ingleses han llegado a reconocer que hasta el menos avisado sabe que la confesión significa una reducción de la pena o alguna otra ventaja para el acusado¹¹⁰. Sin embargo, el Juez no puede jugar explícitamente esa baza, y menos aun amonestar al acusado con la posibilidad de *apretarle las clavijas* (*throw the book*), esto es, con una posible agravación de la pena en caso de protesta de inocencia, que obligaran a la prosecución del juicio. Al resolver el caso *Turner*, en 1970, se dejó sin efecto una condena pronunciada únicamente con base en una confesión, porque el Abogado había dejado de entrever a su cliente que, en caso de reconocimiento de culpabilidad, la pena sería menos severa¹¹¹. El Código Deontológico de la Abogacía inglesa, por su parte, exhorta a los Defensores a recomendar a sus patrocinados que solo se confiesan culpables cuando lo sean en realidad¹¹².

Precisamente, al decir el caso <<*Turner*>> Lord Parker fijó las reglas del juego de la negociación procesal en los siguientes términos:

- a) El Abogado debe proporcionar el mejor asesoramiento que pueda, enfáticamente (<<in strong terms>>) si fuere preciso, incluyendo la advertencia de que una confesión de culpabilidad es un factor atenuante (<<mitigating factor>>) que quizá permita que el Tribunal imponga una pena menor. Es obligado

108 R. v. De Hahn, 1968, 2 Q.B., 108; y R.V. Turner, 1970, 2 Q.B., 321,326, E.

109 Smith, P.F., y Bailey, S.H., <<The Modern English Legal System>>, Sweet& Maxwell London, 1984, pag. 627.

110 R.v. Cain, 1976, Q.B., 496.

111 Vid., asimismo, los casos R. v. Barnes, 1970, 55, Cr. App. R. 100; R. v. Peace, 1979, Crim. L.R., 119, A, y Emmins, Ch. J., <<A partial approach to Criminal Procedure>>, Blackstone, 1981 pags. 83-84, y Bamard, D., <<The Criminal Court in Action >>, Butterworths, London, 1988, pags. 125-126.

112 <<Code of Conduct for the Bar of England and Wales>> 1983, apartado 150 (a); cfr. Smith y Bailey, loc. Cit. pags. 629-630, quienes reproducen las observaciones de Lord Parker en el caso Turner, reproducidas igualmente por Fairén - quien las toma de Hapton- en <<Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de Diciembre de 1988>>, en <<Justicia>>, 1989, 1, pag.21.

decir al acusado que no se confiese culpable a menos que haya cometido la infracción imputada.

- b) El acusado debe ser libre para decidir si se confiesa culpable.
- c) Debe existir un libre acceso entre el abogado defensor y el Juez para tratar asuntos que no podrían tocarse en el debate público. Deben estar presentes tanto el Abogado de la acusación como el de la defensa, y el procurador (<<*solicitor*>>) de esta última, si lo desea. Este solo tendrá lugar cuando sea necesario, y el Juez solo las celebrará en privado cuando sea imprescindible.
- d) Un Juez nunca deberá sugerir la pena que tiene pensado imponer, a menos que deba advertir al Abogado defensor que, en caso de confesión, tiene en mente un tipo particular de pena, como, por ejemplo, la condena condicional (<<*probation*>>). Un Juez nunca deberá decir abiertamente o sugerir que, en caso de ser declarado culpable el acusado, impondrá una pena más severa. Cualquier discusión sobre la pena debe ser comunicada por el Abogado defensor a su cliente.

El margen de reducción de pena, como premio a la confesión no conoce, en principio, límites. En alguna sentencia aislada, se sugirió que no rebasara un treinta por ciento; pero los comentaristas dejan constancia de lo excepcional de este pronunciamiento¹¹³.

La institución se exportó, como era de esperar, a las antiguas colonias de ultramar y en ellas desarrolló una nueva vida, y un extraordinario auge, proporcional al declive de los juicios con jurado. En el mundo pragmático norteamericano, la negociación de una confesión de culpabilidad (en sus variedades de *plea of guilty*, o confesión de culpabilidad y de *plea of Nolo contendere*, o de renuncia a la defensa) ha terminado por convertirse en el sustituto habitual del juicio¹¹⁴. En 1984, un estudio del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, concluía que la relación entre casos resueltos transaccionalmente y casos decididos previa celebración de juicio

113

Vid. caso *R. v. Davis*; cfr. Baldwin, J. y McCoinville, M., <<Plea Bargaining and the court of Appeal>>, en <<British Journal of Law and Society>>, 1979.

114

Pugh, G., <<An introductory analysis of characteristic aspects of American Criminal justice comparative comments as to the French system>>, en <<Revue de la Recherche With Juridique>>, 1985-2, pag. 639, cit. por Cedras, J., <<La justice penale aux Etats- Unis>> <<economica/Presses Universitaires d' Aix en Provence, 1990, pag. 249.

era de once a uno¹¹⁵. Dos años antes, una investigación no oficial calculaba que el noventa y ocho por ciento de la totalidad de los procedimientos penales finalizaba mediante negociación¹¹⁶. Weinreb, destacado especialista, concluye críticamente que <<... En un examen ajustado de la realidad, la conformidad es normal, y el paso a juicio, lo excepcional ... Estas contradicción de los modelos teóricos y real del proceso penal es de lo mas chocante, porque nos vanagloriamos de ser un signo de nuestra cultura que el gobierno este emplazado a probar la culpabilidad de una persona exclusivamente por sus propios medios De hecho, llevamos la admisión formal de culpabilidad del acusado bastante mas allá que otros países cuyos procedimientos criticamos porque no están tan plenamente basados en el modelo acusatorio. A la vista de la escasa frecuencia de los juicios en nuestro país, nuestra insistencia en nuestra superioridad deja mucho que desear...>>¹¹⁷. Otro monografista, de sita tópica, Alschuler, reconoce, que, en realidad todo, en el actual sistema procesal penal norteamericano, preconcebido para conducir a los Abogados defensores a adoptar como lema:<<En caso de duda, échate atrás>>... y negocia¹¹⁸.

115

Department of Justice, Bureau of Justice, <<The Prevalence of guilty pleas>>, Washington, 1984; en 1983, Boland (<<The Procecutions of Felony Arrests>>, en <<Bureau of Justice Statistics>>) daba una relacion de diez a uno para las infracciones graves (<<felonies>>); vid., asimismo, Burger, <<The State of the Judiciary>>, 56, <<Amarican Bar Association Journal>> 929, 1970; en Agosto de este mismo año , en alocucion a la convencion annual de la << Amarican Bar Association>>, Burger no dudaba en afirmar que <<... el sistema de Tribunales... ha estado basado sobre la primera de aproximadamente 90% de todos los acusados se conforman , dejando solo el 10%, mas o menos, para juicio... >> (en <<New York Times>>, 11 de Agosto de 1970); el 24 de Marzo de 1972 el (en <<New York Times>>, recogía unas palabras del comisario de policía Patrick Murphy, a los Abogados neoyorquinos, en las que se revelan que en 1971, se había practicado, en la ciudad, 94.042 detenciones por delitos graves: solo 552 casos fueron llevados a juicio; Kamisar, Y., LaFave, W.R. e Israel, J.H., <<Modern Criminal Procedure. Cases- Comments-Questions>>, West Publishing Co., Saint Paul, Minnessota, 1986, pags1172 y ss.

116

Newman, D., <<Making a Deal>> en Johnson, N. y Savtz, L. Sa., <<Legal process and Correction>>, J. Wiley, New York, 1982, pag 93; en 1984 se estimaba que un noventa por ciento de todos los casos graves concluían por negociación: Alpert, G.P., <<the Free Prerss/Collier Macmillan Publications, Beverly Hills, 1984, pag. 80.

117

Weinreb, LL.L. <<Denial of Justice. Criminal Process in the United States>>, The Free Press/Collier Macmillan Pulishers, New York-London, 1977, pag. 71-73.

118

Alschuler, A. W., <<The Defense Attorney's Role in plea Bargaining>>, <<Yale Law Journal>>, 84, 1975, pag. 1206, cit. por Newman, D, J. y Anderson,P.R., <<Introduction to Criminal Justice>>, Random House, New York, 1989, pag. 308.

Aunque formulas transaccionales de Justicia Penal son conocidas desde comienzo del siglo XIX, su practica fue un tanto clandestina, hasta que, en la segunda mitad del actual, se suscito en torno a ellas una discusión que desemboco en la conocida sentencia *Brady y united States* (379, US 742, 1970)¹¹⁹.

En la gran mayoría de los casos, la confesión de culpabilidad forma parte de un trato, de una practica, llamada confección convenida o confección obtenida, Para el Profesor Fairen Guillen, <<...nos hallamos en un caso de autocomposicion procesalizada e incompleta, dada la intervenció judicial al fin. Pero autocomposicion de gran entidd: es un contrato>>¹²⁰.

A cambio de que el imputado se declare culpable, unas veces, la acusación se aviene a interesar una pena más benigna, a través de una *recommendation* del Ministerio Fiscal. Esta es la modalidad conocida como *sentensce bargainng o sentence reduction*. En otras ocasiones, la acusación ofrece en contrapartida, retirar algunos cargos (la *charge bargaining o charge reduction*), bien sea no formulando los (*dismissal of charges*), bien calificado los hechos menos severamente (*softer label*) o dar alguna otra ventaja al acusado (como la posibilidad de conformarse con la actuación menos grave, o *the plae to a lasser included offense*)¹²¹. Asi se evita tener que afrontar un juicio oral con jurado¹²², aunque sea a cambio de resignarse a la imposición de lo que, no sin sentido del humor, han llamado, Newman y Anderson , una condena *Light*¹²³, Asi hoy dia, tal como hace notar Herbert Jacobs, las desiciones mas importante se toman en general, en la oficina del Fiscal

o en

119

Kamisar y otros, loc. cit., pags. 1173-1174; Cedras, loc. cit., pag. 250; vid. Caso *Bardenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 98, S. Ct. 663, 54, L.E.d. 2d. 604, 1978; vid. en España, Fairen Guillen, V., <<Auto defensa, autocomposicion , pacto, contrato, proceso (<< La defensa >>), en <<Estudios de Derecho Procesal Civil. Penal y Constitucional . III. La reforma Procesal Penal 1988-1992>>, Madrid, EDERSA, 1992, pag. 79.

120

<<Autocomposicion...>> cit., pag. 82.

121

Friedman, L. M., <<Introducción al Derecho Norteamericano>>, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pag. 197. De Diego Díaz, L.A., <<Algunos apuntes sobre la plea bargaining de los U.S.A. >>, <<Poder Judicial>>, numero especial VI, pags. 37 y ss

122

Kamisar y otros, loc. cit., pag.1174.

123

Newman y Anderson, loc. cit., pag. 271.

el despacho del Juez¹²⁴. Por supuesto, esta extraordinaria libertad de negociación tiene como presupuesto la vigencia del principio de oportunidad o de discrecionalidad como rector de la actividad del Ministerio Fiscal¹²⁵. Nadie mejor que el, se dice, con crudeza, en la sentencia que resolvió el caso *Ammidown*, en 1973¹²⁶, para evaluar los medios de que dispone el Gobierno para la persecución de los delitos, y el número de casos en que, con arreglo a ellos, es capaz de sostener la acusación.

El Juez tiene, teóricamente, de acuerdo con la regla II de las *Federal Rules Criminal Procedure*, el control sobre la voluntariedad y corrección (*voluntariness* y *accuracy*) de la confesión (concreción del *Knowing and intelligent Standard*¹²⁷), y hasta se requiere la comprobación de una cierta base fáctica (*factual basis*) que la sustente. Incluso, al decidir el caso *Ammidown*, ya citado, el Circuit Judge Leventhall no tuvo empacho en afirmar que el Tribunal no podía convertirse en un mero sello (rubber stamp) convalidante de cualquier transacción, sino que podía, y debía, homologar la adecuación del acuerdo a las

124

Jacob, H., <<Urban Justice: Law and Order in American cities>>, 1973, cit. por Firedman, loc. Cit., pag198.

125

Vigoritti, V., <<Public ministero discrezionalita dell'azione penale negli Statu Uniti d'america>>, en <<Publico ministero e accusa penale. Problema e prospetive di riforma. A cura di Giovanni Conso>>, Zanichelli, Bologna, 1979, pag. 261 y ss.; la sentencia del caso *Bordenkirscher v. Hayes* (438 US 357,1978) no objeto la conducta de un Fiscal que, ante la disconformidad del acusado, agravo sensiblemente la Acusación formulada contra el.

126

U.S v. *Ammidown*, 497 F. 2d 615 (D, C. Cir. 1973).

127

La Regla 11 d) dispone que el Tribunal no aceptara una confesión con conformidad o un <<no lo contendere>> sin cerciorarse antes, mediante comparecencia, en audiencia pública, del imputado, de que una y otro son voluntarios y no el resultado de coacción, amenazas o promesas al margen del acuerdo conseguido, y el tribunal indagara si la anuencia del imputado deriva de contactos previos entre el acusador y el Abogado defensor. El apartado f) dispone que el Tribunal no dictara su fallo sin averse convencido antes de que existe una base fáctica para la conformidad. Además, antes de aceptarla, al apartado c) de esta misma regla 11 prevé una audiencia pública en cuyo curso el Tribunal informara al imputado de la acusación existente contra de el, de la pena legalmente establecida y de otras posibles consecuencias penales y civiles, del derecho a contar con un defensor, a que su caso sea visto por un jurado y otras garantías procesales, así como de las consecuencias de la conformidad (especialmente el cierre procesal, sin ulterior juicio). Vid. Israel, J.H. y LaFave, W, R., <<Criminal Procedure. Constitucional Limitations>>, West Publishing Co., St. Paul, Minnessota, 1988, pags. 409 y ss.; y Kamisar, Y., LaFave, W, R. y Israel, J.H., <<Modem Criminal Procedure>>, West Publishing Co., St. Paul, Minnessota 1986, pag.1172 y ss

exigencias del interés público. Pero la propia procesalística norteamericana reconoce que, en muchos casos, ese control es puramente formulario. Mas aun, la intervención del Juez en las negociaciones es objeto de polémica y solo algunos estados (entre los que merece singular mención el de Carolina del Norte) la admiten y regulan expresamente¹²⁸.

Vale la pena volver a Weinreb para conocer en que se han quedado estas bien intencionadas prevenciones <<...El verdadero *Plea of guilty* –escribe– es un ejercicio rutinario (*perfunctory*) en el que las formas triunfan sobre la sustancia. Se reclama del acusado que responda a un catecismo (*catechism*) dispuesto para asegurar que su decisión de renunciar al juicio es voluntaria y que comprende sus consecuencias... >>¹²⁹. <<... El resultado es, demasiado a menudo, un procedimiento que esta patentemente escenificado (*staged*). El Juez puede dejar el interrogatorio en manos de su secretario, quien pregunta al acusado en tono monocorde. El acusado contesta mecánicamente, quizás diciendo <<si>> cuando deberá decir <<no>> (<< ¿le han hecho promesas?>>), o al revés (<< ¿Se declara Ud. culpable porque es culpable, y no por otra razón?>>)... >>¹³⁰.

En 1983, una reforma de las *Federal Rules of Criminal Procedure* introdujo la modalidad del *condicional plea*, esto es,

118

De Diego, loc. pags. 6 y ss y 40 y ss. La intervención activa, y no meramente controladora, del Juez es reprobada por la regla II, e) de las <<Federal Rules of Criminal Procedure>>. Un caso de agravación judicial de la pena a un acusado disconforme, en *people v. Dennis* 28 Ill. App. 3rd. 328 N.E. 2d. 135, 1975. En *People v. Snow*, 194 NW 2d. 314 Mich. 1972, se reviso una pena impuesta en juicio, y que resultaba desproporcionadamente grave respecto de la ofertada en la negociación (Kamisar y otros, loc. cit., pags. 1178-1179).

129

Loc. cit., pag. 77.

130

Ibidem, pag. 78 Cabañas Garcia, J.C. (<<El proceso penal Español ante una perspectiva de justicia penal negociada>>, en <<Revista de Derecho Procesal>>, 1991,II, pag. 283) anota que <<... la orientación seguida por los jueces ha sido la de presumir, sin más, la espontaneidad de la declaración, y a reducir su labor de fiscalización <<... a un coloquio breve y superficial (con el acusado) que no puede suministrar el juez los elementos de convicción necesarios para llegar a una decisión cuidada sobre la plea... >>, citando las conclusiones de Gambini Musso, R., <<II ‘Plea Bargaining’ Tra Common Law e Civil Law>>, Giuffrè, Milano, 1985 pag. 98; frente al automatismo del sistema italiano de transacción sobre la pena imponer, Cordero recuerda que los bargaining partes organizan <<... una puesta en escena *coram iudice*, de acuerdo con arreglos ocultos... >>. Cordero, F., <<Procedura penale>>, Giuffrè, Milano, pag. 835.

una forma de confesión que dejaba a salvo la posibilidad de denunciar eventuales infracciones de las Enmiendas IV y V, que consagran las garantías procesales básicas ¹³¹.

Y el Tribunal Supremo federal no puso reparos constitucionales a las llamadas confecciones estructuralmente inducidas (*structurally induced*) por el calculo de la posibilidad de una grave condena (fundamentalmente, la capital), hubiera, o no, precedido negociación entre las partes.

No la hubo en caso *Brady*, en 1970. Brady se exponía a la pena capital, en el caso de proseguir el juicio. El Tribunal Supremo entendió, por Mayoría (ya que los Jueces Brennan, Steves y Marshall suscribieron un jugoso voto disidente) que <<... un *plea guilty* ratificado por el acusado plenamente consiste de todas sus consecuencias... debe ser estimado valido y eficaz, salvo que haya sido arrancado con amenaza (o promesa de hacer cesar vejaciones ilícitas), declaraciones falsas (incluidas promesas no mantenidas o que no se pueden mantener) o que por su naturaleza sean ilegítimas... >>¹³². En consecuencia, la condena fue confirmada.

Como lo fue, ese mismo año, en el caso *Alford*¹³³. Su singularidad estriba en que el acusado, a la vez que manifestaba

131

Regla 10 (a) (2): con aprobación del tribunal, y consentimiento del acusador, caben un <<*plea of guilty or nolo contendere*>> con reserva estricta del derecho a apelar del fallo para revisar una decisión contraria a alguna pretensión prejudicial concreta.

132

Brady v. U.S., 397 U.S., 742(1970); vid. Kamisar y otros loc. Cit., pag. 1195. La sentencia prescribía el alcance de las declaraciones contenidas en la precedente *United States v. Jackson*, 390, U.S. 570, 88, S. Ct. 1209, 20, L.Ed. 2d 138, 1968; vid., posteriormente, la sentencia del caso *Corbit v. New Jersey*, 439 U.S., 212, 99, S. Ct., 492 58, L.Ed. 2d, 466, 1978. La Regla 125 11.d) de las <<Federal Rules...>> establece que el Tribunal no aceptara la conformidad sin asegurarse de que <<...no deriva de la fuerza, o de acuerdo o promesas que están al margen del propio convenio permitido...>> Sin embargo, hace notar Cabañas García, el Tribunal Supremo revoco en mas de una ocasión sentencias dictadas por Tribunales estatales después de haber rechazado conformidades que entendí fruto de la arbitrariedad (vid. casos <<U.S. V. Martínez>>, en 1973, y <<U.S. v. Gaskins>>, en 1973, pero bueno será tener en cuenta que el resultado de juicio forzado por el Tribunal había sido prejudicial para el acusado que había aceptado inicialmente el acuerdo.

133

North Carolina v. Alford, 400 US, 25 (1970): <<un sujeto acusado de un delito puede voluntaria y consistentemente, y percatado de las consecuencias de su acto, consentir la imposición de una condena privada de libertad, incluso si no quiere o no puede admitir su participación en el hecho constitutivo del delito>> (*North Carolina v. Alford*, 400, US, 25,37 (1970)). El Tribunal de Apelaciones de Nueva York ha confinado la

su conformidad con las pretensiones de la acusación, no dejaba, por ello, de hacer protestas de inocencia. De su protagonista tomo el nombre esta singular modalidad de confesión, denominada *Alford plea o guilty-but plea*.

El Tribunal Supremo estadounidense argumento: <<... El Estado y los Tribunales federales inferiores están divididos acerca de si una conformidad puede ser aceptada cuando va acompañada por protestas de inocencia, y por tanto contiene solo una renuncia al juicio oral, pero no una admisión de culpabilidad. Algunos tribunales, destacando el principio conforme al cual <<nuestro Derecho solo autoriza a condenar cuando la culpabilidad esta demostrada>>, exigen que los juzgadores rechacen semejantes arreglos. Pero otros, han concluido que no podían <<forzar a un Defensor, ni a un acusado en un proceso penal>>, sobre todo cuando cabia abandonar la defensa y desistir. Argumentaron que... un acusado, aunque crea en su inocencia, o al menos no tenga una clara conciencia de su culpabilidad, podía llegar a la razonable conclusión de que un jurado quizás se convenciese de su culpabilidad, y que el actuaría mejor negociando la condena... >>.

Las corruptelas de todo tipo a que dio lugar la desmesurada generalización de la negociación en materia procesal penal obligaron a tratar de ponerle freno, o establecer limitaciones.

En 1973, la *Nacional Advisory Comisión on Criminal Justice Standard and Goals* (llamada Comisión Criminal Nixon) emitió un informe recomendado la progresiva limitación de las negociaciones penales, hasta su total abolición en 1978¹³⁴

Condena de un acusado, sobre la base de un delito que era <<lógica y legalmente imposible>> (people v. Foster, 19 NE 2d 150,152, 25, 2d. 200,201, (1967), El 4 de Abril de 1973, los <<cuatro de Harlem>>, acusados de asesinato, se conformaron con un homicidio, a sabiendas que no se les impondría pena alguna. Inmediatamente dieron una rueda de prensa en la que proclamaron su inocencia (Cfr. Weinreb, loc. cit., pags. 169-170).

134

<<National Advisory Commission on Criminal Justice Standard and Goals>>, Courts, U.S. Government Printing Office, Washington, 1973, Sec. 3.1., pag. 46: <<... Cuanto antes sea posible, y en ningún caso mas allá de 1978, las negociaciones entre los acusadores y los acusados -sea personalmente o a través de sus abogados. Relativas a consecciones hechas en contrapartida de conformidad deberán quedar prohibidas. Cuando el acusador haga una recomendación de condena, esta no se veria afectada por la favorable actitud del acusado a declararse culpable de alguno o de todos los delitos por lo que ha sido acusado ante el Tribunal, para la determinación de la condena que ha de imponérsele....>>.

No hay que decir que la recomendación no fue atendida. Incluso, paradójicamente, la negociación sirvió de telón de fondo de la solución de los casos Agnew y Nixon¹³⁵.

La <<Ley de Derechos de la Víctima>>, aprobada, por referéndum, en California, en Junio de 1982, registro el uso de la negociación de las confesiones cuando se tratase de delitos graves (*felonies*). En 1975, el Fiscal del Estado de Alaska la había prohibido por completo, alentado por las propuestas de la <<Comisión Nixon>>, aduciendo que significaba un duro golpe a todo el sistema penal. Sin embargo, como ha estudiado críticamente Heumann y Loftin, en seguida entraron en juego mecanismos de recambio, funcionalmente equivalentes¹³⁶. Y en las grandes ciudades (Nueva York, Chicago o Washington, por ejemplo) donde se introdujeron restricciones, se produjeron desastrosos atascos en el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, insuficientes y mal preparados para hacer frente al súbito incremento de asuntos. En consecuencia, estos experimentos fueron abandonados, y sustituidos por otros, tendentes a mantener la vía tradicional

135

Newman & Anderson, loc. cit., pag. 314.

136

Heumann, M. y Loftin, C., <<Mandatory Sentencing and the Abolition of Plea Bargaining The Michigan Felony Firearm Statute>>, en <<Law & Society Review>>,13, 1979, 392, 424-426; Rubenstein & White, <<Plea bargaining: Can Alaska live without it? >>, 62 <<Judicature>>, 266, 1978; Kamirsar & otros, loc. cit., pags. 1.183-1.184. Los resultados de la experiencia de Alaska fueron llamativos: los acusados de 1.184.clase media padecieron las consecuencias, ya que no tenían recursos para pagarse un Abogado, ni eran tan menesterosos para tener derecho a un Defensor de oficio. Muchos Abogados recusaron asumir defensas, por no considerarse suficientemente preparados. La delincuencia menor resulto ser la peor parada, y soporto una mayor severidad. El numero de juicios aumento, pero no de forma sorprendente, Las condenas de quienes botaron por recurrir al juicio se endurecieron. Debe retenerse que se prohibió la negociación, no, por supuesto, la conformidad. Y hubo Jueces que se implicaron directamente con el acusado. La experiencia de Filadelfia, donde se jugo con el premio a la renuncia al juicio con jurado, sustituido por otro con Juez profesional, fue mas positiva. Con este sistema, se dijo, el acusado conserva prácticamente todos sus derechos constitucionales; las conexiones que hay que hacer son menores, porque el sacrificio demandado es también menor; y, por eso mismo, el riesgo que un inocente se resigne a ser condenado disminuye sensiblemente: cfr. Alschuler, <<Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System>>, 50, <<University of Chicago Law Review>>, 931, 1042-1043, 1983; Schuldhofer, <<Is Plea Bargaining Inevitable? >>, en 97 <<Harvard Law Review>>, 1092-1093, 1984.

como forma de conclusión del procedimiento penal, pero rodeándola de mayores cautelas y garantías.

En Europa continental se conocen, igualmente, vías procesales para conseguir el archivo de las actuaciones, a instancia conjunta de la acusación y la defensa. El profesor Amodio ha llegado a predecir que el cuadro del modelo del proceso penal del futuro, de este lado del Atlántico, estará pintado con los colores de la bandera americana¹³⁷.

El Artículo 153 de la Ley Procesal Penal Federal alemana regula la abstención de persecución de delitos menores (*bagatellsachen*). Este precepto establece, ante todo, que, si el proceso tuviera por objeto un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, podrá la Fiscalía prescindir de la persecución, con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima, y no existirá interés público en la persecución. No se requerirá la aprobación del Tribunal, en caso de delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, que se hubiera dirigido contra un patrimonio ajeno, y no estuviera amenazado con una pena elevada al mínimo, cuando los daños causados por el hecho fuera también mínimos.

El Tribunal podrá archivar la causa, en cualquier fase del proceso, cuando ya se hubiera ejercitado la acción, si concurren los presupuestos ya dichos, y prestan su aprobación la Fiscalía y el imputado.

En realidad, se trata de manifestaciones del principio de oportunidad reglada, más que del de consenso.

Más próximo a las soluciones racionadas esta la figura del archivo de la causa –con aprobación del Tribunal– en caso de transacción con cumplimiento de determinadas ordenes o mandatos, que contempla el artículo 153, a) de la Ley Procesal Penal¹³⁸.

137

<<Il processo penale negli Stati d'America>> a cura di Ennio e M. Cherif Bassiouni, Giuffe, Milano 1988; Amodio. E., <<Il modello acusatorio statunitense e il nuovo processo penale Italiano: miti e realtà Della Giustizia americana>>, pp. VII-ss, y esp. pag. VII.

138

Amenta Deu, T., <<Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España>> PPU, Barcelona, 1991, pags. 105 y ss. Basigalupo ve en los artículos 153 y 153ª StPO una manifestación del principio de oportunidad (Bacigalupo, E., <<Descriminalización y prevención>>, en <<Poder Judicial>>, número especial II (<<Jornadas sobre la Justicia Penal en España. Madrid, 24 a 27 de Marzo de

Al margen de estas prevenciones legales, los procesalistas alemanes admiten que, a lo largo del procedimiento, las partes pueden llegar a arreglos informales (*informelle Absprechen, Vereinbarungen* u otras denominaciones similares), que, por su propia naturaleza, carecen de vinculatoriedad procesal, y, cualquiera que sea su eficacia en la práctica, no se consideran más que acuerdos de caballeros (*gentlemen agreements*)¹³⁹. El Tribunal constitucional de la República Federal Alemana no los ha considerado contrarios a su Constitución¹⁴⁰, sin embargo ha recalado que deben quedar siempre a salvo el principio de investigación de la verdad real, así como las garantías procesales fundamentales del imputado, y, muy especialmente, el derecho a no declarar contra sí mismo¹⁴⁰.

1987>>, pag. 14. Langbein pudo referirse al modelo alemán <<Strafbefehlsvrfahren>> como el <<German Guilty plea>>, sin embargo, aquel procedimiento –que se incluye dentro de las múltiples experiencias comprobadas del denominado <<monitorio>>– presenta diferencias notables respecto del <<guilty plea>>, pero no <<bargain>>, al menos institucionalizada (Langbein, J. <<Controlling prosecutorial discretion in Germany>>, <<The University of Chicago Law Review>>, 1974, pag. 439 y ss.). Vid. Ortells Ramos, M., <<Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración Jurídico-Política>>, en <<Revista de Derecho Procesal>>, 1990, 2, pags. 249 y ss., donde se informa de los reparos por inconstitucionalidad formulados por los especialistas alemanes. Una crítica del sistema en Schunemann, B., <<¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)>>, conferencia dictada en Madrid, el 11 de Abril de 1991 (ed. Multicopiada). En ella se objeta que: (1) los acuerdos son inadmisibles porque las partes en el proceso penal carecen de verdaderas facultades de disposición de su objeto, (b) lesionan el contenido material de las garantías procesales; (c) contradicen la aspiración al esclarecimiento de la verdad material; (d) los peligros de acuerdos pactados por el acusado sin una verdadera conciencia de su alcance, y bajo un grado **mayor o menor de presión** (loc. cit., pags. 11-16).

139

Kuhne, H.H., <<Strafprozesslehre>>, C.F., Muller, Heidelberg, 1988, pag.241. Schunemann, los distingue del << Guilty plea>>, en que tales negociaciones, en Alemania, <<.... No contienen acuerdos formales, sino un acuerdo basado en la confianza, y por otro lado, en ellos el acusado no e declara culpable... sino que formaliza una confesión que es valorada por el Tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad... >> (loc. cit., pag. 6.).

140

BVerfG NSTz 1987, 419, también BGHSt 20, 268.

141

Kuhne, loc. cit., pag .241, Roxin, C., << Strafvfahrensrecht>>, Verlag C.H. Beck, Munchen, 1989, pag. 78. También, Ortells, loc. Cit., pags. 250 - 251, y bibliografía cit. nota 77. Schunemann, proporciona datos de una encuesta personal, llevada a cabo en 1986 entre jueces y fiscales y abogados: entre 25 y 35% de los casos culminaron por la vía de estos acuerdos; y un 95% de jueces y fiscales, y un 83% de abogados, entiende que había dado buenos resultados (loc. cit., pag. 6).

En estrecha relación con el Artículo 153 a) de la Ley Procesal Penal alemana, el 281 del nuevo Código Procesal Penal portugués regula la <<suspensión provisional del proceso >>. Si el delito fuera castigado con pena de prisión no superior a tres años, o con sanción diferente de la prisión, el Ministerio Fiscal puede, con conformidad del Juez, del acusado y su Defensor, interesar la suspensión del proceso, mediante la imposición de ciertos deberes o reglas de conducta. Transcurrido un plazo (no superior a dos años), y cumplidas las condiciones, se procederá al archivo definitivo de la causa.

Desde luego, este precepto es una patente manifestación del principio del consenso en el proceso penal, y así lo han destacado los especialistas más solventes¹⁴². Se ha seguido el ejemplo extranjero, y cabría descubrir algún resabio, por más que remoto, con el *plea bargaining*¹⁴³.

Guarda gran similitud con el *guilty plea* anglosajón, la <<confesión>>, regulada en el Artículo 344, que, siendo <<integral y sin reservas>>, lleva consigo la reducción de la pena legalmente

142

Especialmente, Da Costa Andrade, M., <<Consenso e oportunidades (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)>>, en <<Jornadas de Direito processual penal, O novo Código de processo penal)>>, Almedina, Coimbra, 1991, pags. 319 y ss. Su inclusión del proceso sumario es correcta desde el punto de vista del principio del consenso, pero las diferencias respecto del <<plea bargaining>> son notorias. El consentimiento del acusado también es preciso en ciertos supuestos de archivo del procedimiento en caso de dispensa o de exención de la pena (Artículo 280.2). La redacción definitiva del Artículo 281 es consecuencia de la parcial declaración de inconstitucionalidad del texto del proyecto, por acuerdo 7/1987, de 9 de Enero, del Tribunal Constitucional portugués, en cuanto, entre otras razones, no preveía la intervención contralora del Juez, que, de todos modos, es de temer se convierta en <<mera rutina>>, sin llegar a poder captar los sobreentendidos del proceso y sus juegos entre bastidores, que puedan comprender la voluntariedad del acuerdo, cediendo, a la presión de la regla empírica <<mas vale prevenir que curar>>. Rei dos Livros, Lisboa, 1991, pag.616).

143

Da Costa Pimentel, loc. cit.

144

Maia Gon Calves. M., <<Codigo de Processo Penal anotado. 1991>>, Almedina, Coimbra, 1991, pag.469. Entre sus modelos menciona, por cierto, la ley española orgánica 10/1980, de 11 de Noviembre. Lo cita, poco más que de pasada, como manifestación del principio del consenso, y expresión de las aspiraciones a un proceso según las pautas de la acción comunicativa habermasiana, Da Costa Andrade, loc. cit., pag. 338. Vid., también, Robalo Cordeiro, <<Audiência de julgamento>>, en <<Jornadas...>>, cit. pags. 310 y 311. Se reserva al Juez un control sobre lo que, por analogía con el proceso norteamericano, podría denominarse la <<voluntariness>> y la <<factual basis>> de la confesión.

prevista a la mitad¹⁴⁴. El profesor De Figueiredo Dias insiste en los puntos de aproximación que acercan esa confesión al *guilty plea* anglosajón. Sin embargo, advierte que, frente a la <<lógica de productividad>> que inspira una última práctica, aquella se orienta hacia una <<lógica de justicia>>, <<... penetrada por la idea de llevar el discurso del consenso tan lejos como sea posible en el proceso penal y apoyada en el frente axiológico ofrecido por una imagen del imputado como ser dotado de una libre determinación y de una autoresponsabilidad que no pueden ser legítimamente tuteladas, de un imputado prefigurado, también el, en palabras de LUHMANN, como sistema *autopoietico...*>>¹⁴⁵. Por lo demás, en ninguno de ambos casos se ha previsto vías institucionalizadas de negociación entre las partes, que sin duda, seguirán funcionando como *pactos de caballeros*, con todos los peligros que ello representa. Si, pues, una primera lectura conducirá a suscribir el diagnóstico de Langbein¹⁴⁶, para el caso alemán (hay confesión o *plea*, pero no negociación o *bargaining*), el análisis del *Law in action* seguramente descubrirá que también esta última se dará, en proporción variable, aunque siempre soterrada.

Por su parte, el Artículo 444 del nuevo Código italiano de Procedimiento Penal, introduce una posibilidad de negociación de la pena (*patteggiamento sulla pena*) complementada por una reducción de la pena, dentro de lo que Giuseppe Riccio ha denominado *lógica Della premiadita*, con una consiguiente extensión de los que han llamado *riti collaborativi*¹⁴⁷. El precepto permite que el imputado y el Ministerio Fiscal puedan interesar del Juez la aplicación de una pena sustitutiva, o de una pena pecuniaria, disminuida en una tercera parte, o una pena privativa de libertad que, disminuida en una tercera parte, no supere dos años de duración. Esta auténtica transacción (que tiene su antecedente en la forma italiana de 24 de noviembre de 1981) puede darse hasta la apertura de la audiencia principal. Los estudios de este caso procedimental, no duraron en relacionarlo con el *plea bargaining* anglosajón, del que lo designe la conexión

145

De Figueiredo Dias, J., <<Sobre os sujeitos processuais do novo Código de Processo Penal>>, en >>Jornadas...>> cit., pag. 29.

146

Vid., supra, nota (34).

147

Riccio, G., <<Libro VI, procedimenti speciali (art. 438-464)>>, en Conso, G. y Grevi, V., <<Profili del nuovo Codice di Procedura Penale>>, Cedem, Padova, 1991, pag. 336.

de este último con el principio de discrecionalidad de la acción penal, tan difícil de coherencia con el Artículo 112 de la Constitución italiana, y que explica la predeterminación legal de los márgenes dentro de los cuales podrá moverse la negociación¹⁴⁸. El *patteggiamento*, explica el Magistrado Lattanzi, en tratado por el nuevo Código italiano de Procedimiento Penal (de cuya comisión redactora formó parte aquel), como un modelo procedimental especial, cuyo único límite es la pena señalada al delito apreciado, y caracterizado por un acuerdo, entre imputado y Ministerio Público, sobre la sanción aplicar. Este acuerdo –vinculante para el Juez, quien conserva, no obstante, facultades de control de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del modelo determina una simplificación del procedimiento y una redacción peculiar de la sentencia que le pone fin¹⁴⁹.

En el ámbito internacional, la Recomendación número 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de Septiembre de 1987, sugirió la convivencia de introducir procedimientos

148

Pisapia, G. D., <<Lineamenti del nuovo processo penale>>, Cedam, Padova, 1989, pag.61; Masselli, G., <<L' applicazione della pena su richiesta delle parti>> en <<Profili del nuovo processo penale>>, estudios coordinados por Mario Garavoglia, Cedam, Padova, 1988, pags. 162-163; Ricio, lo. cit., pag. 377, sin dejar de advertir que el éxito de la experiencia innovadora está estrechamente condicionado sobre todo por la <<práctica y la corrección de los comportamientos procesales>>; Cordero, F., <<Procedura Penale>>, Giuffrè, Milano, 1991, pags. 834 y ss.

149

Lattanzi, G., <<L' applicazione della pena su richiesta delle parti>> en <<Contributi allo Studio del nuovo Codice di Procedure Penale>> (volumen colectivo a cargo de Canzio, G., Ferranti, D. y Pascolini, A.), Giuffrè, Milano, 1989, pag.118. Las diferencias entre este modelo procedimental y las fórmulas compositivas anglosajonas son destacadas por Cordero, loc. cit., pags. 835 y 837. Muy claramente lo explican con estas palabras: <<Los acuerdos sobre la pena no son los de <<plea bargaining>>, ante los que el Juez funciona como notario: no configuran negocios que hay que homologar; estamos ante peticiones, acogibles o no. Juicio jurisdiccional, por tanto...>> loc. cit., pag. 841

Hay otros ejemplos de aplicaciones del principio del consenso, dignos de tener en cuenta, en Derecho comparado:

a) El archivo condicional del proceso, previsto, para infracciones sancionadas con hasta tres años de prisión, por los artículos 27 a 29 del Código Penal polaco, transidos de un fuerte sentido resocializador, y con intervención de apoyo de ciertas organizaciones sociales. 1980, un 16% de los procesos habían concluido por esa vía.

b) Las <<transacciones>> entre el imputado y el Ministerio Fiscal (o incluso la Policía) conocidas en Holanda.

Cfr., para todo ello, Paliero, C. E., <<Mínima non quart pretor>>, Cedam, Padova, 1985, pags. 481 y ss.; Da Costa Andrade, loc. cit., pags. 347-348.

transaccionales como los estudiados, así como el *guilty plea*. Respecto de este último, fijo las siguientes líneas directrices:

- <<... 8.i... deberá tener lugar ante el Tribunal constituido en audiencia pública
- ii. Debería requerir una respuesta positiva del delincuente a la acusación de que es objeto.
- iii. Antes de pronunciar la sanción... el Juez o Tribunal debiera tener la posibilidad de oír a las dos partes de la causa >>.

Sin embargo, tampoco debe perderse de vista que la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos advierte que las soluciones negociadas deben estar presididas por la espontaneidad y la libertad de negociación. El profesor Cabañas García¹⁵⁰, cita, al respecto, la Sentencia de 27 de febrero de 1980, resolutoria del caso <<*Deweer*>>. En ella se admiten, es verdad, las fórmulas autocompositivas en materia penal, pero se entiende que no han de estar determinadas por amenazas del actor. <<... Así lo quiere un instrumento internacional fundado en las ideas de preeminencia del Derecho y la libertad...>> (párrafo 49). Con todo, <<... El Tribunal estima que si la perspectiva de comparecer ante el juez es seguramente de tal naturaleza que insiste a muchos <<acusados>> a mostrarse acomodaticios, la presión que crea sobre ellos no tiene nada de incompatible con el Convenio... El interesado apenas temería la prosecución del procedimiento, ya que tenía oportunidades de terminar con la absolución... >> (párrafo 51, b).

6.1.3.2.- El momento de la conformidad del acusado: la supuesta antinomia entre los artículos 319 y 322 CPP

- a) La conformidad al inicio del debate.

Al regular la apertura de la audiencia, el Artículo 319 CPP establece que el debate se abrirá <<...a falta de conformidad del imputado con la acusación...>>

Esta acusación tiene el contenido fijado en el párrafo primero del Artículo 301 CPP, que incluye los hechos que se imputan

¹⁵⁰

Loc. cit., pags. 281-282.

al acusado, su calificación jurídica, la responsabilidad penal de aquel en función de su participación culpable en el delito, y la pretensión punitiva en términos relativos, pues como se explica en el numeral 5), la acusación se extiende a fijar <<... [el] mínimo y el máximo de las penas que [la parte acusadora] considere deben aplicarse al indiciado o indiciados... >>.

La conformidad se aproxima, aquí, a una forma de allanamiento Unilateral del acusado que incluye implícitamente una admisión de culpabilidad por su participación en el hecho delictivo que se le imputa¹⁵¹.

Llorente Fernández de la Reguera hace notar que –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español- no se establece tope alguno punitivo a la conformidad¹⁵².

En principio, no presume un previo diálogo entre la parte o partes acusadoras y la defensa. Basta con que el imputado se conforme con la acusación. Ni siquiera se precisa, de acuerdo con el tenor literal del precepto, la conformidad de su Abogado, como exige en el Artículo 322 CPP.

La experiencia enseña que este tipo de conformidad unilateral pura e incondicionada solo se produce cuando el Ministerio Público ha tratado el caso erróneamente en forma beneficiosa para el acusado, para evitar que durante el juicio caiga en la cuenta del error; o cuando la defensa puede prever que el desarrollo de la prueba podrá arrojar resultados que podrían determinar una codificación de las pretensiones de la acusación en perjuicio de su patrocinado. Fuera de estos casos, lo normal salvo que se consiga un acuerdo *modificativo* con el Ministerio Público, a encausar con arreglo el Artículo 322 CPP- es arriesgarse entrar en el debate.

Nada se dice acerca de las consecuencias de esta conformidad, ni del curso que ha de tomar el proceso.

151

La diferente disponibilidad del objeto del proceso en los procesos civil y penal hace que la idea de allanamiento se aplique con reserva al segundo, al igual que la de confección (un resumen del estado de esta cuestión puede encontrarse en Rodríguez García, loc. cit., pags. 107 y ss.

152

Esta ausencia de límites se da tanto en la conformidad *unilateral* como en la *concensuada*: Llorente, loc. cit., pag. 500.

Parece que, salvo que proceda rechazar la conformidad en el caso Previsto por los párrafos segundo tercero (este, de mas difícil aplicación) del Artículo 322 CPP, el Tribunal de sentencia no abrirá el debate sobre la culpabilidad del acusado, admitida implícitamente por este. Como la sentencia habrá de ser condenatoria, el Tribunal de Sentencia podrá abrir de inmediato la audiencia para determinar la pena, establecida en el Artículo 343 CPP. Si, las partes coincidieran en la pena pretendida, el Tribunal de Sentencia habría de dictar sentencia de estricta conformidad con lo solicitado por las partes, como previene el último párrafo del Artículo 322 CPP, aplicado analógicamente.

b) La hipótesis de conformidad en el curso de la audiencia preliminar.

Si, durante la celebración de la audiencia preliminar, al tocar el turno al Defensor, Para contestación de cargos, este mostrase su conformidad con la acusación, ratificándolo el acusado, descartando el truncamiento inmediato del procedimiento, a fin que el Juez de Letras dicte sentencia de conformidad, el cause previsible será la transformación del procedimiento en abreviado, procediéndose en la forma establecida por los artículos 403 y 404 CPP, siempre que se den los presupuestos exigidos en el primero.

La defensa hará bien en interesar la transformación procedimental, dada la ventaja que, para el acusado, representaría esta actitud de admisión de culpabilidad, a la vista de las rebajas de pena establecidas por los últimos párrafos del Artículo 404 CPP: un cuarto, de todo caso, y hasta la tercera parte cuando el imputado haya procedido a reparar las consecuencias del delito perjudiciales para la víctima.

De no ser posible esta transformación no se encuentra otra salida que la continuación del procedimiento, pero talvez seria defendible que el Tribunal de Sentencia prescindiese de las fases de preparación y proposición de prueba para el debate (artículos 316 y 317 CPP), señalando directamente fecha y hora, no tanto para el debate, sino para una audiencia en la que el imputado ratificaría su conformidad, procediéndose, seguidamente, en la forma expuesta a propósito del artículo 319.2 CPP.

Un grave problema se plantearía si el imputado no ratificase su conformidad. Cabría, en tal caso, retroceder el procedimiento

a la fase de preparación del debate, como sanción de la mala fe del imputado, a tenor de lo establecido en el Artículo 12 CPP. De no admitirse esta solución, la conformidad del imputado en la audiencia preliminar o producirá efecto inmediato alguno, prosiguiendo el procedimiento su curso, hasta que la ratificarse en el momento procesal previsto por el repetido Artículo 319.s CPP.

- c) La *Preconstitución* del consenso modificado regulado en Artículo 322 CPP en la audiencia preliminar.

Nada parece impedir que la conformidad impropia pactada entre las partes, regulada en el Artículo 322 CPP, pueda adelantarse a este primer momento de la audiencia¹⁵³, o, más correctamente prepárese o preconstituirse en el, presuponiendo que no existen cuestiones incidentales que resolver, de lo contrario, se contradirían las exigencias de las pautas de celeridad procedimental y economía de medios.

En tal caso, si, remitidas las actuaciones al Tribunal de Senencia, las partes pusieron en conocimiento de este acuerdo conseguido, el Tribunal padre convocarlas directamente a debate –prescindiendo de las feces de preparación proposición de prueba (artículos 316 y 317 CPP)- y, abierto este formalmente, protegido –quemando etapas incesarías–en la forma establecida por el Artículo 322 CPP.

- d) La conformidad en el curso del debate, inmediatamente anterior a la practica de la prueba.

A tenor del Artículo 323 CPP (epigrafiado <<*Conformidad del imputado con la acusación* >>), <<... [antes] de iniciarse la practica de la prueba, el acusador y la defensa, con la aquiescencia del acusado, podrían pedir al Tribunal que dicte sentencia aplicando al imputado la pena que en ese momento sea solicitada, de acuerdo con el escrito de acusación inicial o con la modificación que en este momento se proponga, pena que en ningún caso podrá ser inferior al mínimo que señala el Código Penal para el delito o concurso de delitos de que se trate.

>> No obstante, si el Tribunal estime que el hecho imputado pudiera no ser típico o estar cubierto por una eximente de

153

Aprovechando el contacto que permite la concurrencia de las partes acusadoras y de la defensa.

responsabilidad penal, no estará vinculado con la conformidad manifestadas por las partes y ordenara la prosecución del juicio.

>>Lo mismo acordaran motivadamente cuando la petición de las partes entrañe fraude de ley sustitutiva o procesal.

>>De lo contrario, el Tribunal procederá a dictar sentencia de estricta conformidad con lo solicitado por las partes. >>

He aquí un caso en que tras la conformidad se oculta una previa negociación entre las partes acusadoras y de defensa. Hace su aparición el denominado principio o paradigma del consenso, estrechamente vinculado al de oportunidad, pura o reglada¹⁵⁴. La influencia de los mecanismos de <<*plea bargaining*>> y equivalentes en el ámbito europeo continental. No explica de otro modo el cambio de actitud de unas y de otra. Desde la audiencia preliminar no se ha practicado nueva actitud probatoria (como no sea la anticipada), ni se exige que haya tenido conocimiento de hechos no contemplados al celebrarse la primera¹⁵⁵. Parece razonable inferir que las partes procesales han establecido un dialogo y, fruto de el, ha sido una solución concensuada al conflicto, dentro de las posibilidades que permita la vigencia del principio general de legalidad.

La solución pactada tiene por objeto directo e inmediato la pretensión de que el Tribunal dicte sentencia imponiendo al imputado una pena concreta y determinada que las partes han acordado previamente. El consenso recae, por tanto, sobre la pretensión punitiva; esta, empero, habrá de ser acorde con el escrito de acusación inicial (propuesto en la audiencia preliminar) o con otro, producto de la modificación de aquel, que se propone al Tribunal de Instancia en este momento inmediatamente anterior a la practica de la prueba.

154

Véase Rodríguez García, N., <<El consenso en le proceso penal español>>, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, En relación con el proceso penal hondureño: Llorente, loc. cit., pag. 500, Fortín Aguilar, M.A., en <<Código Procesal Penal (Honduras)>> cit., pag. 517.

155

En relación con el parecido (aunque las diferencias sean numerosas y notables) Artículo 793.3 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, véanse las opiniones coincidentes de Fernández Entralgo, J., <Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado>>, en <<El procedimiento abreviado>>, Cuaderno de Derecho Judicial, IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; Gimeno, <<La nueva regulación...>> cit., pag. 981; De Diego, loc. cit. pags. 283-284, Ortells Ramos, M<<El nuevo procedimiento abreviado: aspectos fundamentales>>, en <<Justicia 89>>, 1989-III, pags.559-560; Farién, <<Las "negociaciones"...>> cits., pags. 414-415.

Por tanto, las partes podrán modificar tanto el hecho enjuiciado como su calificación jurídica. La modificación del hecho no podrá, sin embargo ser sustancial, sino meramente accidental, lo que no será siempre fácil de esclarecer¹⁵⁶.

Así, nada impedirá que, por consenso, se acuerde <<... La supresión de elementos fácticos que constituyan circunstancias agravantes, o la adición de aquellos otros que determinen la existencia de atenuantes siempre, claro es, que en este último supuesto, haya una base en las diligencias investigadoras... y no sean exclusivamente fruto de la imaginación y el consenso... >>¹⁵⁷, pues, de otro modo, el Tribunal podría rechazar la modificación propuesta por fraudulenta.

Llorente Fernández de la Reguera explica: <<...La negociación del defensor con el Fiscal y el ulterior pacto para que el imputado admita su culpabilidad que pueda brindar la acusación a este último para conseguir una atenuación a la pena, sin asumir el riesgo que se le pueda imponer otra superior en caso de celebrarse el juicio y también una oportunidad para que el Fiscal se asegure la condena de un culpable eliminado la incertidumbre que todo juicio conlleva...>>¹⁵⁸.

La pena pactada <<...en ningún caso podrá ser inferior al mínimo que señala el Código Penal para el delito o concurso de delitos de que se trate...>>. Habrá que entender referido, este límite penológico, a la pena correspondiente al delito o concurso de delitos sobre los que las partes hayan conseguido el acuerdo, y que pueden ser distintos de los apreciados en el escrito de acusación. No existen reglas sobre el modo en que puedan llevarse a cabo las negociaciones entre las partes, ni momento institucionalizado para ello. Se presupone, por tanto, que se desarrollan por cauces informales, al margen del proceso. Esta ausencia de un momento procesal establecido para la negociación entre las partes pueda desembocar, de hecho, en la consagración de un uso forense que las regule al instante anterior al comienzo de la audiencia¹⁵⁹. Esto puede dar lugar a consecuencias contrarias al

156
Gómez Orbaneja. <<Comentarios...>> cits., pags. 286 y ss; Rodríguez García, loc. cit., 161- 162

157
De Diego, loc. cit., pag.284.

158
Loc. cit., pag. 500.

159
Así esta ocurriendo, en la práctica, en España.

principio de ahorro de tiempo y medios. En efecto, después de haberse seguido todos los trámites preparatorios del debate, y de haberse señalado el tiempo calculado para el dentro del calendario de actividad del Tribunal de Sentencia, la conformidad sobrevenida produciría *tiempos procesales en blanco*, que habrían podido dedicarse a otros juicios.

La solución podría venir mediante una adaptación imaginativa de lo dispuesto por el Artículo 316 CPP a propósito de la audiencia preparatoria del debate, añadiendo una exhortación extralegal del Tribunal a las partes comparecidas a fin de que, en el mismo plazo de diez días para instrucción, manifiesten si han podido llegar a algún acuerdo entre ellas, susceptible de ser tratado en la forma prevista por el Artículo 322 CPP. En caso de repuesta positiva, se procedería como en el acuerdo logrado en la audiencia preliminar.

La solución pactada del caso es sometida a control judicial en un doble sentido.

Por un lado, permitiendo que el Tribunal de sentencia pueda disponer la continuación del juicio si estima que el hecho imputado pudiera no ser típico o estar cubierto por un eximente de responsabilidad penal.

El Tribunal de Sentencia deberá hacer un uso muy prudente y restrictivo de esta facultad, que podría redundar en perjuicio del acusado, ya que, en ese momento, se desconoce cual puede ser el resultado de la prueba; a menos que interprete que semejante alternativa quedaria reservada a hipótesis de pura discusión sobre el tratamiento jurídico de los hechos asumidos consensuadamente por las partes, y presuponiendo que el resultado del debate nunca podría hacer el acusado de peor condición que la pactada por aquellos¹⁶⁰.

Por otro lado, la adopción de esta decisión deja mal parada la imparcialidad objetiva del Tribunal, que anticipada su propia apreciación jurídica (*pre-juicio*) del caso, que deberá ser conocido, por ello, por un Tribunal diferente.

Podrá, además, el Tribunal de Sentencia, oponerse a una solución pactada si entiende que aquella puede construir fraude de ley sustantiva o procesal.

160

Fortín Aguilar, loc. cit., pag.516

Sería, esta la replica de la facultad antes examinada. El rechazo de la conformidad deberá hacerse motivadamente. En este caso, la impunidad objetiva del órgano sentenciador queda aun más comprometida, puesto que su decisión implica un anticipo de opinión (*pre-juicio*, otra vez) de procedencia de un tratamiento jurídico más gravoso para el acusado.

Si el Tribunal de instancia no pone objeciones, dictara sentencia <<...de estricta conformidad con lo solicitado por las partes...>>. Aunque no falten opiniones discrepantes (incluso con acogida jurisprudencia), en España, un precepto análogo –el Artículo 793.3.1 de su Ley de Enjuiciamiento Criminal- ha sido mayoritariamente¹⁶¹ interpretando en sentido de no ser posible que el Tribunal imponga pena no ya superior (hipótesis rechazada unánimemente), sino inferior a la aceptada por ambas partes, y, menos aun absolver el acusado¹⁶².

No existe previsión legal alguna para el caso juzgamiento de más de un acusado. Fortin Aguilar¹⁶³, confesadamente influido por la solución española, hace estas distinciones:

- a) <<...Si los imputados son varios debe existir la conformidad De todos, de lo contrario el juicio continuaría...>>. Se discute si, aun cuando el juicio continúe respecto de los disconformes, la conformidad prestada por otro u otros coimputados vincularía al órgano judicial y a las partes acusadoras, de modo que estas no podrían modificar sus conclusiones (y el tribunal dictar sentencia) admitidas en perjuicio de los conformes¹⁶⁴.

Si se enjuician varios hechos punibles imputados a una pluralidad de personas, si alguna de estas se conforma en relación con

¹⁶¹

Un resumen del estado de la cuestión puede verse en Rodríguez García, loc. cit., pags. 191 y ss.; y en Fernández Entralgo, loc. cit.,. A favor de esta interpretación, Almagro Nosete, J., <<El nuevo proceso penal>>, pags. 147 y 206; Calvo Sanchez, C., <<La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre>>, en <<LA LEY >> 1990-2, pag. 1098; Conde- Pumpido Touron, C., <<El juicio oral>>, en Andres Ibáñez, P. y otros, <<La reforma del proceso penal>>, Tecnos 1990, pag. 192; Fairen, <<Las “negociaciones”...>> cit., pag. 415; Gómez Colomer, J.L., <<Derecho Jurisdiccional>> cit., pags. 311-313.

¹⁶²

Si el Tribunal cree que el hecho es atípico o que concurre alguna causa de exención de La responsabilidad penal, tiene facultad de ordenar la continuación del procedimiento.

¹⁶³

Loc. cit. pag. 517.

¹⁶⁴

El imputado conforme y su Defensor no intervendrían ya en el desarrollo del debate, salvo que se proponga la declaración de aquel como testigo.

alguno de aquellos, y es posible separarlo de los demás hechos objeto de acusación, la admisión de la eficacia de esta conformidad parcial encontrara menos resistencia¹⁶⁵.

b) Cuando alguno de los imputados no compárese en juicio:

b.1) <<...Si el ausente ha sido citado correctamente o si ha sido declarado en rebeldía, debe ser aceptada la conformidad de los restantes acusados que comparecieron al juicio...>>

b.2) <<...Si el ausente no fue citado o si citado existe una causa justificativa de su ausencia no debe ser concedida la conformidad de los demás acusados...>>. Se podría especular si la falta de citación y la ausencia justificada de un coimputado impedirían, ciertamente el truncamiento del debate, sin perjuicio de tener a los conformes como tales, con consecuencia equivalente a la conformidad de solo alguno o algunos de los coimputados presentes.

6.1.4.- La disposición del debate. Calendario de sesiones

A falta de conformidad del acusado, el Presidente comprobara la presencia de las partes y de los testigos, peritos e interpretes, en su caso (Artículo 319.2 CPP).

La ausencia de alguno de ellos supondra la aplicación de lo previsto por el Artículo 312 CPP.

Cuando sea previsible que el debate se prolongue mas de una sesión, el Tribunal, oyendo a las partes, podrá disponer que se cite a cada perito o testigo para el día y hora que corresponda dentro del calendario de sesiones que se establezca (Artículo 319.3 CPP).

6.1.5.- La presentación del caso

Inmediatamente después de establecido el calendario de sesiones, el Tribunal (entiéndase, su Presidente) <<...declarara abierto el debate y después concederá la palabra, por su orden, al

¹⁶⁵

Gómez Colomer, loc. cit., pag. 307. En España no puede desconocerse la extinción de la práctica judicial que concede eficiencia –a veces, solo oficiosa- de la conformidad parcial. Sobre este extremo, véase Conde- Pungido Touron, C., en Conde – Pumpido Ferreiro, C. (director), <<Enjuiciamiento Criminal>>, Trivium, Madrid, 1998, II, PAGES. 2393 - 2395 Y 2415 - 1426

Fiscal y al acusador Privado, en su caso, y al Defensor, para que exponga oralmente y en forma breve y sumaria las posiciones planteadas en la formalización de la acusación y en la contestación de cargos...>> (Artículo 319.4 CPP).

Los estudiosos norteamericanos han descubierto la importancia de las actitudes recíprocas de las partes entre sí a lo largo del juicio. Un comportamiento correcto y positivo del Abogado defensor frente a la postura del ministerio Fiscal, puede inducir en el juzgador una beneficiosa inclinación hacia el acusado; lo que no ocurre, a la inversa, cuando el acusador público muestra cordialidad con las posiciones de la defensa, del mismo modo que el Defensor puede irritar al Juez (o al jurado: no es el caso hondureño), y predisponerlo en contra de su patrocinado, si alegara innecesariamente o si –a veces, falsamente – considera que mantiene un comportamiento excesivamente agresivo¹⁶⁶.

La presentación del caso (o apertura del caso -<<opening the case>>- en la terminología angloamericana) es la primera oportunidad verdaderamente relevante de que las partes establezcan esa relación de empatía o distonía¹⁶⁷. Por parte, los estudios han puesto de relieve la extrema importancia de estas afirmaciones de apertura, que dan al tribunal un esquema que permita atender, organizar y evaluar los hechos en que se van a enfrentar, y las que van a ser comunicados a lo largo del debate. Esto, que es especialmente relevante cuando se trata de un Jurado, no deja de serlo cuando el caso es juzgado por un Tribunal profesional¹⁶⁸.

La propia norma trascrita proporciona la pauta de sus intervenciones: brevedad y sumariedad. Las partes han de proponer

166

Garzón, A., <<Psicología social y Tribunales de Justicia>>, en Jiménez Burillo, F. y Clemente, M. (comps.) <<Psicología social y sistema penal>>, Alianza Universidad de Textos, Madrid, 1986; y <<dimensiones Psicológicas y Sociales de la Decisión Judicial>>, en <<Psicología y Justicia>>, Promolibro, Valencia, 1989; Dillehay, R.C., <<Conducta de abogados y dinámica psicológica>>, en Garzón, A. <<Psicología y Justicia>>, Promolibro, Valencia, 1989, págs. 329y ss.

167

En realidad, ya con anterioridad ha habido oportunidad de establecerlas, en trámites preparatorios del juicio o en su fase de saneamiento; y las partes harán bien en retener que no es difícil que una indispensable actuación depuradora de irregularidades y corruptelas procesales puedan ser percibidas como puro obstruccionismo: Garzón, locs. cit.

168

Dillehay, loc. cit., pag. 352; Lind, E.A., y Ke, G.Y.; <<Opening and closing statements>>, en Kassir, S.M. Y Wrightsman, L.S. (eds.) <<The psychology of evidence and trial procedure>>, Sage, Beverly Hills, 1985.

su versión de lo sucedido fijando claramente los puntos fundamentales sobre los que pretenden su atención. Una pura reproducción de los escritos de acusación y defensa sería inútil y hasta contraproducente; como habrá de serlo necesariamente una exposición demasiado prolija.

El lenguaje verbal, por lo demás, supone una técnica comunicativa distinta de lo que es propia el escrito, y pro ello mismo no sería admisible la mera lectura de aquellos escritos iniciales, como expresamente prohíbe el Artículo 334.2 CPP, a propósito de la discusión final, la de las conclusiones definitivas.

En la bibliografía especializada se insiste en que estas afirmaciones introductorias han de estar muy bien organizadas y estructuradas, creando un marco de referencia para el Tribunal. Las partes harían bien en concentrarse en unos pocos temas centrales¹⁶⁹. No deberá afirmar más que aquello que estén en condiciones de acreditar mediante la prueba propuesta ni enredarse en la interpretación de los hechos enjuiciados¹⁷⁰.

En la presentación del caso, las partes acusadoras, cuya intervención precede a la de las defensas, pueden aprovechar para adelantarse a estas, poniendo relieve –para refutarlas– las objeciones que previsiblemente vayan a oponer. Los estudios existentes sobre estrategias forenses llaman la atención sobre los peligros que esta actitud entraña. Ciertamente, la anticipación a la defensa ha de producir impacto en el Tribunal, ante el que las acusaciones intentarían desacreditar los argumentos contrarios de aquella. Conlleva, en contrapartida, el riesgo de descubrir vías defensivas en las que acaso no había caído el Abogado del acusado. El análisis del escrito de defensa y las pruebas propuestas por la contraparte podrá poner a las acusaciones sobre la pista de la probable estrategia de la defensa. Esta, en cambio, intervendrá con el conocimiento de la estrategia descubierta por aquella, lo que le permitirá una mayor facilidad de maniobra desde el punto de vista de la refutación preliminar de sus argumentos en este primer momento del debate¹⁷¹.

169

Tratándose de un Tribunal profesional, párese demasiado reducido el número de tres o cuatro que Dillehay (loc. cit., pag.353) recomienda tratándose de Jurado.

170

Dillehay, loc., cit. pag. 352.

171

Dillehay, loc., cit. pags. 352-353.

6.1.6.- La fase preliminar saneadora

Una vez presentado el caso por las partes, cabe que a instancia de cualquiera de ellas, se abra una fase que pueda tener un doble contenido.

Por una, parte puede aprovecharse para sanear el debate, planteado y resolviendo cuestiones de naturaleza eminentemente procesal, que podrían, de otro modo, frustrar la eficiencia del proceso.

Dispone el Artículo 320 CPP(Incidentes) que, a instancia de cualquiera de las partes, el Presidente del Tribunal abrirá un turno de intervenciones, para que aquellas puedan exponer lo que estime oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, recusación de alguno de sus miembros, excepciones, causas de nulidad o exclusión de medios de prueba por cusa de ilicitud, siempre que estas alegaciones se funden en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces, y acerca de cualquier otra cuestión incidental.

Los incidentes regulados en el Artículo 320 CPP –escribe Llorente¹⁷²- <<...se sustancian en un debate preliminar que responde a los principios de concentración y oralidad, para evitar la dilación del proceso. El texto legal no es exhaustivo en cuanto a las hipótesis que puedan dar lugar a una excepción previa o punto incidental. No se prevén restricciones respecto al tipo de problemas que se pueden suscitar, por lo que tendrá cabida cualquier cuestión jurídica o de hecho que de una valoración judicial previa, siempre que sea naturalmente conexas con el objeto del juicio oral...>>.

Las cuestiones incidentales previas –sigue mas adelante <<...tienden por lo general al saneamiento de aquellas incorrecciones o defectos de carácter procesal que haya podido producirse, a fin de impedir la nulidad de actuaciones por vicios sustanciales de procedimiento que puedan perjudicar a alguna de las partes o generar algún tipo de indefensión. Los jueces y magistrados han de adoptar las decisiones que sean necesarias para corregir las irregularidades procesales evitando la realización de cualquier acto que tenga como finalidad dilatar indebidamente el proceso, tal y como establece el Artículo 9 de la parte general. Deben rechazar igualmente de manera fundada las pretenciones, incidentes y excepciones que se formulen contradiciendo las reglas de la buena fe y lealtad que han de presidir las relaciones de las partes con el

¹⁷²

Lugar citado, pag.499.

Tribunal o que entrañen manifiesto abuso de derecho o fraude de ley, como señala el Artículo 12. ...>>¹⁷³

Pero esta fase puede servir, asimismo, como oportunidad de proponer nueva prueba.

En efecto, con arreglo al Artículo 320.2 CPP. Podrán también las partes proponer nuevos medios de prueba, siempre que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio.

El Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente, sobre las cuestiones planteadas, o se reservaran para resolver todas o alguna de ellas en su sentencia. La reserva para resolución en sentencia puede ser justificable cuando se necesite una información mayor, de la que solo podrá disponerse después del debate. <<... El pronunciamiento sobre aquellas alegaciones que, por ejemplo, afecten a la exclusión de un medio de prueba por su posible ilicitud o la prescripción del delito, puede posponerse a la Sentencia, pues en algunos casos para resolverlas de forma adecuada y con conocimiento de causa, incluso resulta conveniente que se haya practicado la prueba. En cambio, incidentes que planteen la recusación de un miembro del Tribunal o la competencia del propio órgano enjuiciador, en la medida que repercuten de un modo decisivo en la continuación del juicio, requieren... una solución específica y previa a la Sentencia. ...>>¹⁷⁴.

6.2.- El hecho justificable como objeto del juicio: El principio de inmodificabilidad del hecho justificable y la ampliación de la acusación

El hecho litigioso y la pretensión punitiva propuesta con base en el y en su tratamiento jurídico quedan fijados en la audiencia preliminar. Sobre ello versara el debate que tenga lugar en el juicio oral.

Sin embargo, el Artículo 321 CPP prevé la posibilidad de una ampliación de la acusación en los términos siguientes:

<<... Si durante el juicio se tiene noticias de circunstancias o hechos, relacionados con el hecho objeto del juicio, que no hayan

173

Mismo lugar citado en la nota anterior.

174

Llorente, mismo lugar citado en la nota precedente.

sido mencionado en la acusación y que puedan modificar la calificación legal o la pena del delito, el Fiscal o el Acusador Privado podrá modificar su calificación o ampliar oralmente la acusación para que aquellos sean considerados durante el debate.

<< Si las circunstancias o hechos señalados en la ampliación exige nuevos elementos de prueba, cualquiera de las partes podrá pedir la suspensión del juicio y el imputado, por su parte, tendrá derecho a pedir se amplié su declaración.

<<Aun no siendo necesaria la practica de prueba el Defensor del acusado podrá solicitar igualmente la suspensión del juicio por el tiempo preciso, para preparar la defensa frente a la ampliación de la acusación.

<< La corrección de simples errores materiales, o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación ni afecte el derecho de defensa, no tendrá el carácter de ampliación.

<<En caso de descubrimientos de hechos nuevos, independientes, conexos o no con el hecho objeto del juicio que puedan construir delito, se abrirá un procedimiento diferente para su investigación y enjuiciamiento separados.>>

Se busca equilibrar los intereses de Acusación y Defensa, distinguiéndose entre hechos conexos con el litigioso, que cabe acumular y debatir al inicial, y hechos de posibles relevancia jurídico-penal, pero sin relación con aquel, que dará lugar a la apertura de un procedimiento independiente para su investigación y enjuiciamiento separados¹⁷⁵.

6.3.- La declaracion del acusado

Abierta la fase de debate del juicio oral, a falta de conformidad de la persona acusada, el Presidente del Tribunal –dispone el Artículo 323 CPP.- <<... le concederá la palabra al imputado para que deponga si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra.>>.

Rendida la declaracion del imputado, cuando lo haya (o de todos ellos, cuando sean varios, contando, por su puesto, con que

¹⁷⁵

Fortín Aguilar, en Palacios y Fernández, lugar citado, pag. 516

quieran declarar), <<... se recibirán las pruebas propuestas por las partes, en el orden indicado por estas...>>. Así lo establece el Artículo 325 CPP, sugiriendo que aquella declaración carece de carácter probatorio, al menos en sentido estricto; sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica en la bibliografía especializada.

6.3.1.- Su doble función, defensiva y Probatoria

El imputado es parte pasiva del procedimiento penal, pero parece obvio que puede proporcionar información que, junto con el resto del material obtenido en el curso de aquel, sirva para reconstruir el sucedido.

Serra Domínguez¹⁷⁶ y Viada y Aragonese¹⁷⁷ resumen las opiniones acerca de la función que sus eventuales declaraciones pueden desempeñar en el proceso.

Algunos procesalistas alemanes (como Beling¹⁷⁸), seguidos por un sector de italianos¹⁷⁹, entendieron que el interrogatorio del imputado era sustancialmente la oportunidad (renunciable) que se le ofrecía para dar descargo de la imputación que dirigía contra él. Era por tanto, y ante todo, un medio de defensa.

Esta perspectiva unidimensional de su interrogatorio se explica como reacción enérgica sobre la importancia desorbitada que se dio, en el modelo procesal inquisitivo (sin duda, por el peso de sus presupuestos teológicos) a la confesión del imputado, lo que conducía a no reparar en medios para obtenerla¹⁸⁰. Serra Domínguez¹⁸¹ cita unas ilustrativas aterradoras palabras de la ley

176 Serra Domínguez, M., <<Declaración del imputado e indagatoria>>, en <<Nueva Enciclopedia Jurídica>>, XII, Seix, Barcelona, 1965, págs. 202 y ss; recogido en Serra, 1969, págs. 739 y ss

177 Viada Lopez- Puigerver, C. y Aragonese Alonso, <<Curso de Derecho Procesal Penal>> Madrid, 1970, págs. 360 y ss.

178 Beling E., <<Derecho Procesal Penal>>, Labor, Barcelona –Madrid –Buenos Aires –Rio de Janeiro, 1943, pag. 232.

179 Betiol, Florian, Pergola, Pessina, Sabatini... Foschini, G., <<L'imputato. Studi>>, Giuffrè, Milano, 1956, pag. 53.

180 Framarino dei Malatesta, N., <<Logica de las pruebas en materia criminal>>, Temis, Bogota, Trota, Madrid, 1995 págs. 606-608.

181 <<El imputado>> cit., pag. 746.

I del Título XXX de la Partida VII. Tras una premonitoria introducción («... Comten loa omes a fazer grandez yerros, e malos encubiertamente, de manera que non puedan ser sabidos nin prouados. E por ende tosieron por bien los sabios antiguos que fizessen tormentar a los omes porque pudiesen saber la verdad ende ellos...»), se lee en ella: «... Tormento es vna manera de prueua que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escondriñar, e saber la verdad por el, de los malos fechos que se fazen encubiertamente e non pueden ser sauidos nin prouados por otra manera. E tiene muy gran pro para cumplirla justicia. Ca por los tormentos los judgadores saben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos que non podrian saber de otra guisa...».

Sin embargo, otros procesalistas replican que este patológico entendimiento del papel del proceso penal no debía impedir el reconocimiento del valor que podía tener la declaración del imputado para fundamentar el convencimiento judicial. Carmelutti no puede ser mas explicito: «El imputado es el príncipe de las pruebas; el no constituye por eso solamente la *res iudicanda*, sino que entra también a formar la *res iudicans*; en otras palabras, es al mismo tiempo la materia y un instrumento del juicio; a fin de que termine por juzgarse a si mismo, comienza por servir al juez para juzgar el mismo...». Y, a renglón seguido, añade: «... No hay en el proceso penal una prueba mas preciosa que el testimonio del imputado...»¹⁸². Como testimonio consideran también el interrogatorio del imputado Framarino y Foschini¹⁸³. Y, tal es, por lo demás, la actitud que ante el adopta el Derecho anglosajón, llevado al extremo las consecuencias del tratamiento del imputado como persona cuya inocencia es interinamente afirmada mientras no se prueba convincentemente su culpabilidad.

Para Roxin¹⁸⁴, «...el imputado no solo un sujeto procesal, con derechos propios de intervención en el proceso, sino también un medio de prueba.... »», aunque, a diferencia de lo que ocurre en el

182

Carmelutti, F., «Lecciones sobre el Proceso Penal», EJE, Buenos Aires, 1950, I, pag. 329. Para Carmelutti, las declaraciones de conocimiento provinentes del imputado pueden referirse al hecho delictivo que se le imputa, o a un hecho delictivo de tercera persona.

En el primer caso, esas declaraciones tendran que ver con la estrategia de la propia defensa, mientras que, en el segundo, constituirian un testimonio en sentido estricto: «Principi del proceso penale», Napoli, 1960, pags. 189 y ss.

183

Framarino, loc. cit., pag. 156; loc. cit., pag. 53.

184

Roxin, C., «Strafverfahrensrecht», Verlag C.H.Beck, Munchen, 1995, pag. 175.

proceso penal angloamericano, no puede ser considerado como testigo. Tal párese ser el criterio dominante entre los modernos procesalistas y de doctrina jurisprudencial en la Republica Federal Alemana¹⁸⁵. Y, aunque su ley Procesal Penal regule el interrogatorio del imputado con un cierto distanciamiento locativo respecto de la pericia, el testimonio y el reconocimiento judicial, el Artículo 136^a), interpretado inversamente, sugiere la aprovechabilidad probatoria del material informativo conseguido a través de aquel. Y los Códigos italiano y portugués del Procedimiento Penal incluyen el interrogatorio del inculpado entre los medios de prueba.

<<... Las posiciones... -matiza con razón Vázquez Sotelo¹⁸⁶- no son tan distantes ya que quienes comienzan atribuyendo a la declaración al carácter de medio de prueba –porque indudablemente de ellas pueden derivar y frecuentemente derivan importantes elementos para formar la convicción judicial- no por eso olvidan que la declaración es una magnífica ocasión que el imputado debe aprovechar para explicarse y justificarse, es decir, para defenderse.... Y quienes le atribuyen la naturaleza de medio de defensa no por eso niegan que de la declaración puede resultar elementos probatorios o de convicción judicial de innegable y a veces decisivo cuando no excesivo valor, según demuestra la practica diaria de los Tribunales y la jurisprudencia...>>¹⁸⁷.

185

Gómez Colomer, J.L., <<El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas>>, Bosch, Barcelona, 1985, pag. 138.

186

Vázquez Sotelo, J.L., <<Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del Tribunal>>, Bosch, Barcelona, 1984, pag. 113.

187

En España, la perspectiva del interrogatorio como medio de defensa (patrocinada ya por Aguilera, loc. cit., III, 1924, y compartida aparentemente por la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su <<Memoria>> de 1983) dejo paso a otra que veía en el claro medio de investigación y aun de prueba (Serra, <<El imputado... >> cit., pags. 740-741; Viada & Aragoneses, loc. cit., pag. 362), sin, por ello, renunciar a las garantías de que lo había rodeado al modelo procesal penal liberal, de modo que <<...su declaración le brinda la oportunidad de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre el mismo pesa...>> (Gómez Orbaneja,

<<Derecho...>> cit., pag. 162).

Fenech (<<Derecho Procesal Penal>>, Labor, Barcelona-Madrid –Buenos Aires – Río de Janeiro-México-Montevideo, 1960, pag. 651) es tajante: <<...consideramos la declaración del imputado como uno de los medios de prueba, por cuanto que su fin principal, si se examina con detenimiento su verdadera esencia, consiste en proporcionar al Juez o Tribunal elementos para formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión... >>. <<... [La] declaración del imputado contribuye a formar el convencimiento judicial...>>, lo que <<...no excluye que el imputado aproveche la oportunidad procesal que le proporciona su propia declaración para aportar elementos de defensa perfectamente legítimos... >> (ibidem, 652).

En el Artículo 323 CPP es perceptible esta doble dimensión del interrogatorio del acusado. Ante todo, constituye la oportunidad de que formule alegaciones en descargo de las acusaciones formuladas contra él, pero, además, es contemplado como fuente de información, si se aviene a responder a las preguntas que pueden tener por conveniente formular las partes acusadoras, la defensa y, en último término, el propio Tribunal ¹⁸⁸.

6.3.2.- Desarrollo de la declaración del acusado

6.3.2.1.- Garantías de la declaración del acusado

El acusado conserva, durante su interrogatorio en juicio, los derechos que se atribuyen al imputado en los artículos 101 y 287 y siguientes CPP, y muy especialmente, el constitucional de negarse a declarar, sin que ello pueda ser utilizado como argumento indiciado de culpabilidad y el de consultar a su Abogado defensor, de los que deberá ser informado antes de comenzar dicho interrogatorio.

6.3.2.2.- Dinámica de la declaración del acusado

a) La declaración del acusado.

Ante todo, con arreglo al artículo 323.1 CPP, el acusado tendrá la oportunidad de manifestar, «... si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra...».

b) El interrogatorio por las partes.

«... Después de su exposición, el imputado podrá ser interrogado, por su orden, por el Fiscal, por el Acusador Privado, cuando lo haya, por el Defensor y por los miembros del Tribunal. ...».

«... En cualquier estado del juicio, el imputado podrá ser nuevamente interrogado por las personas y funcionarios a que se refiere el párrafo anterior, con el fin de que aclare o amplíe sus manifestaciones. ...» (Artículo 323 [2 y 3] CPP).

188

El imputado Conserva, en juicio, el derecho al silencio que le atribuye el .Artículo 101 CPP

6.3.2.3.- Declaración de una pluralidad de acusados. El acusado testigo

El Artículo 324 CPP (Declaración de varios imputados) dispone: «... Si son varios los imputados, en la audiencia sólo podrá estar presente quien esté rindiendo su declaración. ...».

En este caso, el declarante asume una doble función. Como acusado, tiene la oportunidad de dar descargo de la acusación formulada contra él, de dar su versión de lo ocurrido y de contestar (si lo desea) a las preguntas que le puedan formular las partes procesales.

A la vez, puede proporcionar información referida al otro u otros acusados, respecto de los que funciona, en tal caso, como un testigo impropio. Ello podría explicar que, para evitar riesgos de inhibición o de falseamiento de las respuestas, el otro acusado o los demás, si son varios, no podrán estar presentes durante su declaración.

No se comprende por qué pueden estarlo, en cambio, durante la práctica de las pruebas testifical y pericial. Aún cuando siga presente en la Sala de Justicia su Abogado defensor, la ausencia, y consiguiente desconocimiento del contenido de la información proporcionada por el coacusado, podría repercutir negativamente en su defensa, obligando, incluso, una vez sabida aquélla por boca de su Defensa, a llamar de nuevo al declarante para un interrogatorio complementario.

6.4.- La práctica de las pruebas en sentido estricto: intervención de las partes y el rol del Tribunal

Los especialistas¹⁸⁹ han puesto de manifiesto las diferencias de rol de las partes, y sus defensores, según el modelo procesal responda al sistema contradictorio («*adversary system*») o al sistema continental, identificado tópicamente (aunque cada vez con menos fundamento) como inquisitivo.

En el modelo procesal penal continental el Juez está dotado de un amplio margen de iniciativa; es un personaje muy activo en el

138

Dillehay, R.C., «Conducta de Abogados y dinámica psicológica», en Garzón, 1989, Págs. 329 y SS.

marco escénico del proceso y, sobre todo, durante su instrucción. Por eso mismo, las partes pueden *descargarse*, en mayor o menor medida, en su actividad.

En cambio, en el modelo anglosajón, acusatorio y contradictorio, se advierte que aquella iniciativa pasa a las partes. El Juez, durante la instrucción (extraprocesal), se limita a garantizar que la realización de medidas de investigación que puedan comprometer derechos y libertades fundamentales está suficientemente justificada (comprobación de la existencia de una <<.probable cause>>) y que aquéllas son razonables y proporcionadas al fin que se pretende conseguir. Durante el proceso, garantiza que se observen las reglas del juego limpio que ha de regir la contienda entre las partes

6.5.- La prueba pericial

La producción del caso en ese marco de comprensión escénica que es el proceso, supone la reconstrucción del hecho enjuiciado. Es lugar común destacar su proximidad con la labor historiográfica. En efecto, lo mismo el Juez que el historiador cumplen una tarea que, como ironizaba Capograssi, tiene algo de taumatúrgico, puesto que ha de esforzarse por «...*far rivivere quello che non vive più...*»¹⁹⁰.

El Juez y el historiador han de recomponer una realidad pretérita, definitivamente ida. Para ello, habrán de rastrearla en los vestigios que dejó en la memoria de las personas, o en las huellas que perviven en los más dispares objetos materiales. Las

190

Cit. por Muñoz Sabaté, LL., «Sobre la falta de controles probatorios», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1979, pág. 481, reproducido en sus «Estudios de Práctica Procesal», Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 37. Por supuesto, como ha —apostillado el Magistrado Peces Morate, «... el que hacer judicial no se circunscribe a la reconstrucción de hechos. Esta es la menos rigurosa y la más equívoca de las tareas judiciales, lo que dificulta sobremanera la cooperación a tal fin de cualquier pericia y especialmente de la psiquiatría...» (Peces Morate, J., «El Juez ante la pericia psiquiátrica», contraponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, celebrado en Madrid del 14 al 17 de Febrero de 1990, pág. 1 del texto de la contraponencia). Sin duda, la tarea de reconstrucción del pasado es característica del proceso penal, pero no así de otras manifestaciones jurisdiccionales, donde la situación generadora del conflicto puede -y así ocurre habitualmente- perdurar mientras el proceso se desarrolla

Partes en conflicto, el imputado, los testigos que presenciaron lo ocurrido, o que recogieron su relato de los que lo vivieron, proporcionan su propia versión: unas veces, directamente, y, otras, a través de la materialización de su historia en soportes documentales que los avances tecnológicos incrementan casi a diario. La *eficacia representativa*¹⁹¹ de todo este cúmulo de afirmaciones instrumentales traslada al juzgador imágenes del segmento de realidad que constituye el substrato del litigio. A ellas, se añaden las percepciones directas de aquél, cuando examina, de forma personal e inmediata, la apariencia externa de una persona, o de una cosa, o de un lugar que guardan relación con el conflicto¹⁹².

La persuasividad de los resultados de estos medios de prueba se depura sirviéndose de las normas de la experiencia vulgar¹⁹³. Tomando aquéllos como punto de partida, pueden hacerlos funcionar como indicios de los que obtener -mediante el razonamiento humano- nuevos datos de hecho, con un grado de probabilidad de acierto suficientemente elevado como para ser tenido como certeza, a efectos de fijarlos como probados. Tal es el mecanismo de la denominada presunción vulgar, o judicial, o *praesumptio hominis*¹⁹⁴.

En ocasiones, empero, la adecuada reconstrucción del caso, y su tratamiento jurídico, precisan de información que pertenece al acervo de la experiencia técnica.

Unas veces, la norma contiene, en la descripción del estereotipo de litigio, referencias no jurídicas, cuya integración demanda conocimientos que exceden de los de la persona de cultura media.

191

Camelutti, F., «Lecciones sobre el proceso penal», 1, ed. castellana, E.J.E.A., Buenos Aires, 1950, pág. 300.

192

Sobre la denominada *fase de traslación*, dentro de la total actividad probatoria, vid. Serra Domínguez, M., «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962, y reproducido en sus «Estudios...» cits., págs. 350 y ss., y, especialmente, págs. 360-361.

193

La terminología «normas de la experiencia» (*Erfahrungssatze*) se generaliza a partir de la obra de Stein, «Das private wissen des Richters», publicada por Hirschfeld, en Leipzig, en 1.893 (hay traducción castellana, El conocimiento privado del Juez, de De la Oliva, A., EUNSA, Pamplona, 1973).

194

Vid. Muñoz Sabaté, L., «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967, págs. 169 y ss.

Otras, aplicando, a hechos conocidos, los propios de alguna especialidad científica o artística, pueden obtenerse nuevas conclusiones fácticas.

La pericia -si se quiere, presunción técnica¹⁹³ - es el instrumento para desarrollar estas actividades, dentro de la fase que algunos procesalistas¹⁹⁶ denominan de fijación, dentro del global marco probatorio.

La utilidad del asesoramiento de los peritos ha sido reconocida desde siempre. En caso de duda de la autenticidad de un documento, la legislación de Partidas disponía -prefigurando la función del perito calígrafo- que, caso de ser imposible interrogar a su supuesto autor (porque «...non fuesse biuo o fuesse en tan lueñe tierra que non lo podiessen auer...»), debe, el Juez, tomar el documento sospechoso y otro indubitado, «...e auer buenos ornes, e sabidores ... que sepan bien conocer, e entender las formas, e las figuras de las letras, e los variamientos dellas, e de uelos fazer jurar que esto caten, e escodriñen bien, e lealmente, e que non dexen de dezir verdad de lo que entendieren, por ruego, nin por miedo, nin por amor nin por desamor, nin por otra razón ninguna...» (Partida III, Título XIX, Ley CXVIII). La *Constitutio Criminalis Carolina* establecía, por su parte, que se recurriese «a la ciencia de los médicos en el caso de que los jueces no pudieran explicar [el caso] por sus propias luces naturales»¹⁹⁷. Y, en sus conocidos estudios sobre la prueba, Jeremy Bentham entiende que «...nada puede ser más favorable a la justicia que presentar testigos de esta especie; testigos esclarecidos que tengan la posibilidad de expresarse con la precisión que el tema requiere...»¹⁹⁸.

195

Ibidem, págs. 195 y ss.

196

Serra <<Contribucion cit., pags 363 y ss. _

197

Franchimont, M., Jacobs, A. y Masset, A, «Manuel de Procédure Pénale», Colecion Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Ed. du Jeune Barreau de litpge, 1989, pág. 330, con citas de Henné y de Braas. Un estudio sobre las bases históricas del Derecho probatorio puede consultarse en Walter. G., «Libre apreciación de la prueba», trad. castellana, Temis, Bogotá, 1985. págs. 9 y ss. (una referencia a la pericia, en págs. 16, 19 y 35).

198

vid. su «Tratado de las pruebas judiciales»,- trad. castellana, EJEA, Buenos Aires, 1971, I, pág. 92; en él se califica de testigo (testigo experto; *Experto mlriBSS*) al perito, a la manera inglesa tradicional.

Á medida que la sociedad se hizo más compleja y tecnificada, la solución jurisdiccional de los conflictos dependió, en proporción creciente, de la información proporcionada por los especialistas en los más diversos saberes extrajurídicos. La relación entre el Juez y el perito se enturbió.

El profesor Barbero Santos se hacía eco, hace más de un cuarto de siglo, de una realista reflexión de Lefrenz. «...Al juez corresponde, ciertamente,... la soberanía del juicio valorativo; al perito, en cambio, la soberanía de su especialidad. De *iure* ... es el perito sólo un auxiliar del juzgador; de facto, sin embargo, decide no raramente el juicio...»¹⁹⁹.

La conciencia de esta realidad abrió el debate -aún no cerrado- sobre la naturaleza de la pericia, y las pautas que han de regir la ponderación de su fuerza probatoria.

6.5.1.- La especialidad de la prueba pericial. La función colaboradora del perito y su falsa especificidad

Los especialistas siguen debatiendo si la pericia constituye un auténtico medio de prueba²⁰⁰, puesto que contribuye a la producción

199

Barbero Santos, M., «Estudio Preliminar», en Alberca Llórente, R., Valenciano Gaya, L., Sánchez-Pedreño, J. y Ros de Oliver, B., «Psiquiatría y Derecho Penal. Estudio preliminar de MARINO BARBERO SANTOS», Tecnos, Madrid, 1965, pág. 23, y prosigue: «El que se observe en diversos países una influencia cada vez mayor del peritaje sobre la decisión judicial deriva del creciente progreso técnico y necesaria especialización científica, con la consecuencia de que el juzgador carezca de formación suficiente para poder valorar siempre los informes. Ello conduce -como dice Eberhard Schmidt- a que cada día aparezca más problemática la cuestión de delimitar el ámbito dentro del cual el perito ha de actuar como auxiliar del juez, del ámbito que corresponde a la decisión judicial respecto a datos de hecho y jurídicos...» (págs. 23-24). La referencia a Lefrenz, está hecha a su «Richter und Sachverständiger», en «Kriminalbiologische Gegenwartsfragen», 1962 (5), pág. 1; la referencia a Eberhard Schmidt, a su «Richter und Sachverständiger in ihren Zusammenwirken bei Kriminologischen Problemen», en «Festschrift für K. Schneider», Stuttgart, 1962, pág. 260.

200

Esta es la opinión dominante en Italia, e inspira el Artículo 61 del Código di Procedura Civile, regulador de la figura del consultante técnico. En España, esta tesis es defendida por Prieto-Castro, L. «Tratado de Derecho Procesal Civil», Aranzadi, Pamplona, 19X2, 1, págs. 736 y ss., Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V., «Derecho Procesal Civil», Madrid, 1976, I, pág. 358; Ramos Méndez, F., «Derecho Procesal Civil», Librería Bosch, Barcelona, 1985, I, págs. 609-610; Fenech, M. «L'expertise dans les principaux systemes juridiques d'Europe», París. 1969, pág. 170; Lois Esté vez, J., «La exploración de la capacidad probatoria del testigo V su tratamiento procesal». Porto, La Coruña, 1961, pág. 139 En la doctrina

hispanoamericana, vid. Machado Schiaffino, C.A. «El perito y la prueba», La Rocca, Buenos Aires, 1988, pág 79.

del caso, y a la falsación de las alegaciones de las partes; o si el perito ha de considerarse, más bien, como un auxiliar del órgano jurisdiccional, al que suministran los elementos de juicio pertenecientes a la experiencia técnica, para que el juzgador pueda desarrollar adecuadamente su función²⁰¹, sin que pueda, en cambio, ser tenido por medio de prueba, porque no aporta afirmaciones instrumentales, con eficacia directamente representativa de hechos; o si ambas perspectivas resultan perfectamente compatibles²⁰².

6.5.1.1.- La función informativa de la prueba pericial

El 75 % de los interrogados en la «Encuesta sobre la prueba civil», realizada, hace algunos años, en España, entre una muestra

201

Guasp, J., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil» II—1, Aguilar, Madrid, 1947, pág. 607 (se adhiere expresamente a su opinión, Onecha Santamaría, C., «La prueba pericial», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1975, 2-3, pág. 637; Beceña, M., «Notas de Derecho Procesal Civil» (recogidas por Perales y Enciso), Madrid, 1932, págs. 430 y 489; Silva Melero, V., «La prueba procesal», I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 280; De Miguel y Alonso, C., «La cientificidad de la prueba pericial y la apreciación del juzgador en el proceso civil español», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1972, 1, pág. 80; Font y Serra, «La prueba de peritos en el Derecho español», Barcelona, 1975, pág. 10; De la Oliva, A y Fernández, M.A., «Lecciones de Derecho Procesal», II, Barcelona, 1984, pág. 284; Cortés Domínguez, V., en Almagro Nosete, J., Gimeno Sendra, V, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V., «Derecho Procesal, I.I.1», Tirant lo blanch, Valencia, 1988, pág. 246, Fairén Guillen, V., «Para una teoría general del Derecho procesal», en «Temas del Ordenamiento Procesal», I, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 336. Un resumen de opiniones (de Couture, Alsina, Eisner, Ellero...) contrarias a la caracterización de la pericia como verdadero medio de prueba, en Machado, loc. cit., pág. 79, nota (17). La pericia no es, en sí misma, un medio de prueba -afirman Franchimont, Jacobs y Masset- sino la aplicación de otros elementos proporcionados por otras pruebas, como las comprobaciones directas o los indicios. Y suscriben la opinión de Merle y Vitu, cuando afirman que la pericia es «el medio de descubrir y utilizar ciertos indicios o ciertas pruebas, con ayuda de conocimientos técnicos particulares; el juez no posee estos conocimientos, pero los encuentra entre los especialistas, entre los expertos cuya colaboración reclama en la búsqueda de la verdad» (loc. cit., págs. 789-790).

202

Viada Puigcerver, C. y Aragoneses Alonso, P., «Curso de Derecho Procesal Penal», I, Madrid, 1968; Sentís Melendo, A., «Prueba de peritos, plaza para producirla», en «Teoría y práctica del proceso-Ensayos de Derecho Procesal», III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1959, pág. 419. Últimamente, combina ambos criterios Romero Coloma, A.M., «Estudios de la prueba procesal. Su valoración psicológica», Colex, Madrid, 1986, pág. 64, y «La prueba pericial en el proceso penal», en «Revista General de Derecho», Valencia, número 537, Junio de 1989, pág. 3,594.

selectiva de Abogados con notoria experiencia profesional, se adhirió a la siguiente proposición: «...el dictamen pericial es un auxiliar del Juez encaminado a complementar la posible falta de conocimientos especializados de éste». Un 20 % mostró su conformidad con la idea de que «...el dictamen pericial es un medio de prueba al servicio de todas las partes...». Un 3 %, en fin, estimaba que lo era, pero «...al servicio de la parte que lo propone...»²⁰³.

La pericia es regulada en el Código Procesal como medio de prueba (artículos 239 a 250 y 326 y 327 CPP)²⁰⁴.

Su dictamen versará, de acuerdo con el numeral 1) del Artículo 239 CPP, «... [sobre] puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística...». El dictamen, normalmente, no se reducirá a la aportación de esos conocimientos, sino que se extenderá a su aplicación al caso concreto para esclarecer el extremo discutido.

Además, la pericia procederá igualmente, de acuerdo con el numeral 2) del Artículo 239 CPP «... [sobre] puntos de derechos»²⁰⁵ referentes a alguna legislación extranjera...».

. El Derecho del foro (incluidas las normas internacionales que hayan pasado a formar parte de su Derecho interno) se presupone conocido por el Tribunal, pero no así el Derecho extranjero que pudiera ser aplicable en caso de reenvío, de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional Privado. Esta situación se producirá cuando la aplicación de la norma penal implique la resolución de alguna cuestión previa de naturaleza no penal.

A mediados del pasado siglo, la intervención de los peritos en el proceso no era objeto de regulación independiente, sino que se reconducía -como aún ocurre, con el «*expert witness*». en el

203 —————
«Anuario de Sociología y psicología Jurídicas», número 3, 1976, pag. 128. La idea esta, por desgracia, muy extendida, entre los profesionales llamados a intervenir como peritos a instancia de parte.

204
Prieto-Castro hace notar, con ironía, que, luego, resulta que el «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», número 3, 1976, pág. 128. La idea está, por perito no «prueba» nada en realidad («Tratado...» cit., pág. 737).

205
Parece tratarse de una errata de imprenta, y deberá leerse «puntos de Derecho».

Derecho anglosajón²⁰⁶ - a la normativa del testimonio. Tenía su explicación, en cuanto el perito *daba testimonio* de las normas de experiencia técnica que, a diferencia de las de la experiencia vulgar, no pertenecen al acervo común del conocimiento humano y que el órgano judicial necesita para reconstruir o decidir el caso; y, de ser preciso, las aplicaba para descubrir algún extremo hasta entonces desconocido o esclarecer algún punto dudoso.

Un Médico Forense puede ilustrar al Juez o al Tribunal sobre la forma correcta en que ha de realizarse un acto curativo²⁰⁷; y valorar si, dadas las circunstancias, se ha observado en el caso concreto enjuiciado²⁰⁸ La primera tarea es estrictamente informativa; la segunda, es, además probatoria. En ambas, obviamente, el perito *colabora* con el órgano judicial, como también colabora el testigo, pero su colaboración es cualitativamente distinta.

206

Denti, V., «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1972, números 2-3, págs. 287 y ss. En Inglaterra, desde tiempos muy remotos, se acostumbró a reclamar la opinión de los expertos, cuando la materia lo exigía. Esta práctica era ya tenida como muy recomendable en 1.553, cuando el Juez Saunders resolvió el caso Buckley v. Rice-Thomas (1.554, 1 Plowd 118-124). A menudo, el perito era un miembro del jurado. Sólo a partir del siglo XVIII se consolida su papel como testigo cualificado por sus conocimientos. En tal concepto, fue llamado el conocido técnico Smeaton, para ilustrar al tribunal sobre un terraplenado que se decía había cegado un puerto (caso Folkes v. Chadd, 1.782, 3, Doug KB 157). Vid. Cross, R. y Tapper, C., «Cross on evidence», Butterworths, London, 1985 pág. 440. El perito no decide el caso, y se limita a auxiliar al jurado o a los jueces. Su misión quedó definida por el Lord President Cooper, al decidir el caso Davie V Edinburgh Magistrates (1953. AC 34-40). El deber del perito es «...suministrar, al Juez o al jurado, los criterios científicos necesarios para comprobar la corrección de sus conclusiones, y para hacer posible que el juez o el jurado formen su propia e independiente convicción, aplicando aquellos criterios a los hechos probados...»: cfr May, R., «Criminal evidence», Butterworths, London, 1989, pág 372. Vid., asimismo en general, Reynolds, M.P. y King. Ph. A.D., «The expert witness and his evidence» BAP Professional Books, Oxford-London-Edinburgh, 1988; y Smith, R. y Wyme, B. (ed.), «Expert evidence. Interpreting Science in the Law», Routledge, London-NewYork, 1989.

207

Proporcionando lo que se denomina la *ulex artis*.

208

Esto es, proporcionando lo que se conoce como *ulex ars ad hoc*.

sólo proporciona información instrumental que hace posible conocer o esclarecer hechos necesarios para la decisión del caso.

6.5.1.2.- La función probatoria estricta de la prueba pericial: traslación y conversión dentro de la actividad probatoria

Una visión muy sugestiva de la llamada prueba pericial²⁰⁹ parte de una no menos original concepción de la actividad probatoria.

Las partes procesales proponen una hipótesis de cómo sucedieron los hechos justiciables o enjuiciables. Para demostrar sus alegaciones pueden recurrir a pruebas con capacidad reproductiva: testimonios, documentos, incluso, en cierta medida, el interrogatorio del acusado. Las informaciones proporcionadas por éste, por los testigos y por los documentos²¹⁰ *trasladan* el pasado ante el Tribunal, y de ahí la denominación de fase o etapa de *traslación* que se da a este período de la actividad probatoria.

Sera Domínguez²¹¹ explica así como surgen los que, para él, son los únicos medios de prueba que merecen tal nombre, porque solo ellos son realmente *traslativos*:>> cuando la afirmación instrumental proviene de un tercero, nos encontramos ante la prueba testifical. Cuando proviene de una de las partes, la confesión enjuicio²¹². Cuando proviniendo de una de las partes o de un tercero

209

Sera Domínguez, M, «Contribución al estudio de la prueba», en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962, y reproducido en sus «Estudios...» cit., págs. 350 y ss.; y «Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria», en «Revista de Derecho Procesal», 1968- i, págs. 148-157, reproducido en «Estudios...», págs. 367 y ss.; Muñoz Sabaté, L., «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», Praxis, Barcelona, 1967.

210.

Las «afirmaciones instrumentales» (que *trasladan* lo ocurrido a conocimiento del Tribunal), advierte Serra Domínguez («Contribución...» cit., pág. 360), «...sólo pueden ser efectuadas por personas, aún cuando no es necesario que dichas personas depongan electivamente en el proceso, sino que pueden aportarse sus afirmaciones al proceso mediante su inscripción en un documento. La denominada prueba documental no es sino la plasmación gráfica perpetuada en el tiempo de unas afirmaciones sentadas por personas interesadas o ajenas al proceso, en un determinado momento temporal...»

211

«Contribución...» cit., pág. 360.

212

Sera Domínguez trabaja en el ámbito del proceso civil. En el penal, el interrogatorio del acusado también puede proporcionar material utilizable para tomar la convicción judicial, aunque no pueda hablarse de una confesión en los mismos términos que en el proceso civil.

ha sido documentada extraprocesalmente, nos hallamos frente a la prueba documental. Y. por último, en aquellos casos en que, por excepción, el Juzgador examina un bien inmueble, o la cosa litigiosa, y de su examen atrae determinadas afirmaciones, nos hallamos frente a la prueba de reconocimiento judicial..., o inspección ocular..., o por último percepción judicial inmediata (término consagrado en la doctrina)...».

Sobre los hechos así probados cabe aplicar la experiencia vulgar o la experiencia técnica para obtener otros nuevos. En el primer caso, se habla de prueba de indicios o de presunciones; en el segundo, de prueba pericial. Esta actividad de elaboración de un material anterior para convertirlo en otro nuevo, extraído de aquél, constituye el núcleo de la fase de *fijación*.

Por ejemplo: ante el cadáver de una persona, muerta por arma de fuego, se encuentra otra, empuñando un revolver.

En la fase de traslación, los testigos refieren que encontraron a la segunda, empuñando un revólver, ante el cuerpo sin vida de la primera, y reconocen en juicio el arma exhibida como pieza de convicción como aquella que tenía en su mano la persona imputada.

Testigos, funcionarios policiales declaran que esa arma fue ocupada a esta última.

El Médico Forense -actuando, ahora, como testigo experto-refiere que encontró en el cuerpo de la persona fallecida un proyectil, que reconoce en el presentado también como pieza de convicción.

En la fase de fijación, los peritos balísticos explican que el proyectil fue disparado por el arma. El Médico Forense informa que el proyectil penetró en el cuerpo de la persona fallecida, alcanzándole el corazón, y causándole la muerte prácticamente instantánea. Otro perito balístico informa que en la mano derecha de la persona acusada se encontraron restos de las tres sustancias básicas que impregnan al producirse un disparo con un arma de fuego como la ocupada en poder de aquella.

Todos estos hechos no se habrían conocido si los peritos no hubiesen aplicado su experiencia técnica a partir de otros datos acreditados en la fase de traslación

~~Señala Don Juan de Dios que es un libro que se encuentra en la biblioteca de la~~

Y tomando como base la totalidad de los sabidos de una forma u otra, aplicando las reglas de la experiencia vulgar cabe inferir, por presunción fundada en indicios bastantes, un último hecho fundamental: que el acusado efectuó un disparo que alcanzó a la persona finalmente fallecida.

El hecho reconstruido se pone finalmente en contraste con las afirmaciones de Acusación y defensa. De esta etapa de *comparación* (verificación o falsación) resultará la convicción judicial que dará la razón a una u otra parte procesales.

La eficacia probatoria del informe pericial depende de una pluralidad combinada de factores²¹³.

Importa, desde luego, calibrar la fiabilidad del dictamen desde el punto de vista de la imparcialidad del perito, y de su preparación técnica. En cuanto a la primera, habrá que examinar si concurren sospechas de confabulación con alguna de las partes, o razones que lo inclinen -consciente o inconscientemente- a favorecer o a perjudicar a cualquiera de ellas²¹⁴. La depuración de estos extremos viene facilitada al preverse la posibilidad de recusación por las causas establecidas por el Artículo 243 CPP.

213

Devis Eehandía, H., «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1972-1, págs. 41 y ss., y especialmente, págs. 59-60; y «Compendio de Derecho Procesal», II, Pruebas Judiciales, ABC, Bogotá, 1988, págs. 347 y ss.; Serra Domínguez, «Comentarios...» cit., págs 474- ss; Dohring, F., «La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación», E.J.E.A., Buenos Aires, 1972, págs. 251 ss.; Romero Coloma, «Estudios...» cit., págs. 67-68; Machado, loc. cit., págs. 148 y ss., Román Puerta-Liis., loc. cit., pág. 83

214

Onecha advierte que el perito «...deberá estar desligado de intereses que lo vinculan a las partes...» (loc.cit.,pág. 633). Machado recuerda el electo perturbador que puedan ocasionar las tensiones en caso de enjuiciamiento de un colega (imprudencia profesional) o cuando existe un grado notable de presión de la opinión pública (loc. cit., pág. 150). Romero Coloma, tras señalar que el riesgo de error del perito, por estas causas, es inferior al que entraña el testimonio, porque aquél «...realiza sus observaciones como un deber inherente al cargo...», no deja de destacar la posibilidad de que se produzca por un exceso o defecto de interés personal en el caso («Estudios...» cit., pág. 67). Vid., asimismo, Devis, «Compendio...» cit., pág. 351.

Su cualificación profesional resultará de su titulación genérica, y de su especialización en la materia objeto de informe²¹⁵. A veces, se incluye en este apartado la consideración de la escuela científica en que milita el perito²¹⁶. No obstante, parece más correcto tomarla en cuenta en su aplicación práctica, esto es, en la crítica de los presupuestos científicos, metodología técnica de la investigación pericial, y elaboración de sus resultados²¹⁷.

La complejidad del tema probatorio habrá de tenerse, igualmente, muy en cuenta²¹⁸.

Sin embargo, el centro de gravedad reside en la fiabilidad objetiva del dictamen²¹⁹.

215

Sobre los problemas de competencia técnica o profesional del perito, vid. Tomás Tío & alii, loc. cit., págs. 42 y 43, donde se enumeran las siguientes exigencias: «...a) Una adecuada selección, b) Una formación o preparación inicial específica de carácter técnico y jurídico...c) Una formación permanente...d) Un mínimo de años de ejercicio profesional, previo a la actuación como perito, que sea garantía de su experiencia "y práctica...». En ocasiones, la rigurosa especialización científica, demandará el trabajo en equipo, que disminuye los riesgos de error (Onecha, loc. cit., pág. 633). Machado, loc. cit., pág. 148; Romero Coloma, «Estudios...» cit., págs. 67-68; Devis «Compendio...» cit., págs. 350-3 51; sin embargo, se advierte, la legitimación de la actuación del perito no se encuentra tanto en su titulación como en sus conocimientos reales (Foraster & Artes, loc. cit., pág. 1); Barreda, loc. cit., págs. 555 y ss.

216

Romero Coloma, loc. cit. Supra.

217

Por eso, en Derecho anglosajón, aunque se requieran, en el perito, niveles más altos de exactitud y objetividad que en el testigo común (Preece v. H.M. Advócate, 1981, Crim LR, 783; cfr. Cross, loc. cit., pág. 442), y se tome en consideración su grado de preparación (Reynolds & King, loc. cit., pág. 39), la acreditación preliminar de su titulación o capacitación profesional es tratada con flexibilidad, y dejada a su comprobación en el curso del interrogatorio del experto (Zuckerman, A.A., «The principles of Criminal evidence», Clarendon Law Series, Oxford, 1989, pág. 69).

218

Onecha, loc. cit., pág. 630; Román Puerta-Luis, loc. cit., pág. 83.

219

Onecha (loc. cit., págs. 633-634) advierte que el valor de la pericia depende de «...los argumentos que fundamenten su parecer...», y de «...la objetividad de la fundamentación...» Romero Coloma, «Estudios...» cit., págs 66-68, Román Puerta-Luis loc. cit, pág 83; Tomás Tío & alii: «...lo que importa, por tanto, más que las conclusiones en sí mismas son los razonamientos, la concatenación lógica y la fuerza convincente de los argumentos coherentemente anudados en una exposición razonada», loc. cit., pág. 35; Machado, loc cit, págs. 148-ss; Devis, «Compendio...» cit. págs. 350-ss La seriedad y objetividad del informe pericial son fundamentales, en Derecho anglosajón, para fijar el valor que haya de atribuírsele: Reynolds & King loc. cit. Pág. 39; Cross, loc cit., pág. 442; vid casos Walton. v. R. (1978, AC788) Preece v. H.M. Advócale cit

Ante todo, habrá que comprobar si se ciñe a los extremos sometidos a pronunciamiento²²⁰.

Habrà de reposar sobre hechos correctos, suficientemente probados, lo que abre ya un primer flanco de confrontaci3n con el resultado de otras pruebas practicadas en juicio²²¹.

Los principios t3cnicos utilizados deben ser merecedores de reconocimiento por su aceptaci3n generalizada en la rama cient3fica, art3stica o t3cnica a que se refieren. Una desviaci3n de los criterios dominantes debe resultar suficientemente justificada. La metodolog3a aplicativa de las m3ximas empleadas ha de ser la adecuada²²².

Se insiste en la necesidad de controlar la coherencia interna del discurso del perito, depurando eventuales contradicciones.

Las conclusiones del perito -resume el profesor Devis Echandia-han de ser claras (para que aparezcan exactas, y el Juez pueda adoptarlas), firmes (para que sean convincentes) y consecuencia l3gica de sus fundamentos (para que merezcan credibilidad). El juez, por v3a de ampliaci3n o aclaraci3n, podr3 tratar de subsanar eventuales deficiencias, antes de rechazar el valor del dictamen²²³.

La persuasividad de la motivaci3n del dictamen ha de cimentarse sobre su cientificidad, lo que obliga a desechar sus posibles componentes irracionales o meramente intuitivos.

El valor suasorio de las conclusiones estar3 normalmente condicionado por su firmeza (no incompatible con el reconocimiento de otras alternativas, estableciendo, entonces, las razones de preferencia que condujeron a optar por las presentadas como principales) y su claridad. El lenguaje del dictamen habr3 de observar un dif3cil equilibrio entre el rigor terminol3gico de la especialidad cient3fica y la comprensibilidad del contenido para un profano. Borrell Calonge recuerda que «...el perito ha de saber

220

Devis, «Compendio...» cit., p3gs 347 y ss.

221

Machado, loc. cit., p3g. 148, Devis, «Compendio ...» cit., p3gs. 347 y ss. En

Derecho anglosaj3n se toma muy en cuenta que el experto informe sobre hechos debidamente acreditados: cfr R. v. Tumer. 1975, QB 834-840; R V Abbey, 1982, 138, DLR 202. Cross. loc. cit, p3g 441; Keane, loc cit., p3g. 372; Zuckerman, loc. cit, p3g. 69

222

Machado, loc. cit., p3g. 148,

223

<<Compendio ...>> Sit., pag. 353

expresarse en un lenguaje claramente inteligible para el Juez y evitar la «jerga» profesional y los tecnicismos difíciles de entender por personas no técnicas...»²²⁴.

Los mismos elementos que permiten el juicio crítico del informe servirán para resolver la colisión de dictámenes concurrentes. Unas veces, para hacer prevalecer un acervo de normas de experiencia sobre otro. Otras, para dirimir entre historificaciones divergentes inferidas al aplicar aquéllas a hechos previamente probados por otras vías. A este propósito, adquiere singular relieve la contextualización del resultado de la pericia en el marco de los obtenidos por otras pruebas, con los que aquél sería apreciado conjuntamente²²⁵.

En cualquier caso, se recomienda el análisis comparativo, exhaustivo y concienzudo, de los informes aparentemente contradictorios. Puede ocurrir que las divergencias sean sólo superficiales, o de matiz, o provengan de haber partido de presupuestos fácticos diferentes²²⁶.

El órgano jurisdiccional puede apartarse de los resultados del dictamen. Sin embargo, la opinión especializada más reciente se muestra muy cautelosa a este respecto. El profesor Devis Echandia escribe: «...En muchos casos, el Juez carecerá de conocimientos sobre la materia, por lo cual no estará en situación de saber si las explicaciones técnicas, artísticas o científicas del perito adolecen o no de error, y, entonces, deberá aceptarla, a menos que sea

224

Loe. cit., pág. 107.

225

Sobre colisión de informes periciales y su relación entre la pericia y el resultado, de otras pruebas: Dohring, loc. cit., pág. 261, y Serra, «Comentarios...» cit., págs. 480 y ss. En Derecho anglosajón, se estima que «...cuando dos o mas peritos rinden informes contradictorios, el jurado debe ser informado de que sólo deberá emitir un veredicto de culpabilidad si está convencido, más allá de toda duda razonable, de que debe aceptar la pericia aportada por la acusación, y rechazar la de la defensa..»(May, loc. cit., pág. 140). Si se produce un conflicto de opiniones -explica Keane- el Tribunal de hecho está obligado a hacer su elección. A tales fines, igual que para decidir si es aceptable la opinión de un único perito, el Tribunal de hecho debe tomar en consideración la titulación y calificación profesional del perito, cómo la obtuvo, su credibilidad general...y hasta que punto su informe se basó en hechos que concuerdan con los finalmente establecidos (loc. cit., pág. 372).

226

Machado, loc. cit., pág. 151

evidente su falta de lógica, su oscuridad o su deficiencia, o aparezca inverosímil; pero en otros casos el Juez puede estar en condiciones de apreciar el valor de esos fundamentos y de rechazarlos por contradecir normas generales de la experiencia o hechos notorios, u otras pruebas que obren en el proceso y que le den un mayor grado de convicción, o por ser contradictorios... Es conveniente exigirle a los peritos que aclaren o complementen su dictamen, antes de rechazarlo por deficiencia de sus motivaciones...»²²⁷. Y, poco más adelante, continúa: «...Naturalmente, el rechazo por el Juez del dictamen de los peritos debe basarse en razones serias, en un análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones...»²²⁸. Por su parte, el profesor Machado Schiaffino hace hincapié en la científicidad del análisis crítico a que el órgano jurisdiccional ha de someter el informe pericial²²⁹. Y concluye, razonablemente: «...si (el informe) es formalmente inobjetable y sustancialmente apoyado en la ciencia y lógica frente a la ausencia de toda prueba por lo menos de igual rango, no es dado al Tribunal apartarse de sus conclusiones...»²³⁰.

6.5.2- Dinámica de la prueba pericial

6.5.2.1.- Citación de los peritos

Los peritos serán citados en la misma forma que los testigos tenderán el deber de comparecer al debate, durante el cual rendirán su informe de modo detallado, claro y preciso (Artículo 244I CCP).

227

«Compendio...» cit., pág. 352.

228

Ibidem, pág. 354.

229

Loc. cit., pág. 152. «...ha llegado el momento de abandonar la intuición para dar paso al método científico...».

230

Ibidem, págs. 152-153. Análogamente, en Italia, Fioravanti, loc. cit., págs 49-ss y 79-80; vid. S. Cass. Sez.I, 15 de Octubre de 1956. En Derecho anglosajón, May, tratando de superar las aparentes contradicciones que detecta entre los casos Anderson y Walton, llega a las siguientes conclusiones: «...(a) si la pericia es clara, y no es contradicha por otra prueba, el jurado debería aceptarla, (b) si no es clara, o hay prueba que tienda a contradecirla, el jurado debe rechazarla »(loc. cit., pág.140).

6.5.2.2.- Incomparecencia del perito

Regulan la situación los artículos 244 y 327 CPP

Cuando el perito oportunamente citado, se negare a comparecer sin causa justificada, será citado por segunda vez.

El juicio se continuará para la práctica de la prueba pendiente si ello fuere posible, de no serlo, se suspenderá.

Si el perito, no compareciera a la segunda citación, el Presidente ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso, colabore con la diligencia.

La segunda citación del perito se hará bajo prevención de que si no comparece, será conducido por la fuerza pública y sin perjuicio de la pena que deberá aplicársele por el delito de desobediencia.

6.5.2.3.- El informe o dictamen pericial

Se rendirá en el acto del-juicio oral. De ser varios los peritos que han de informar sobre un mismo extremo, será útil su comparecencia simultánea, que facilitará la confrontación o careo (a tenor del Artículo 260 CPP), en caso de divergencia.

Lo regulan los artículos 245 y 326 CPP.

a) Identificación y juramento.

Los peritos

- * Serán identificados.
- * Prestarán juramento.
- * Serán advertidos de las consecuencias legales de sus actos, si faltan a la verdad (responsabilidad penal por delito de falso testimonio: Artículo 385 CPP).

b) Emisión del informe.

En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito.

El informe verbal es compatible con la consulta de notas o apuntes que sin duda serán imprescindibles cuando hayan de citarse numerosos datos, que sería imprudente confiar a la memoria.

La pericia escrita previamente será leída en juicio -como exige la observancia de las pautas de inmediación, oralidad y publicidad- y ratificada por el perito. Podrá, éste, a continuación, completarlo con las observaciones o aclaraciones espontáneas que tenga por conveniente.

c) Interrogatorio cruzado de las partes.

Los peritos responderán las preguntas que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del Tribunal, referidas a extremos realmente útiles para el tratamiento del caso. No podrán ser capciosas ni sugestivas (Artículo 130.3 CPP). La formulación de una pregunta compleja, que en realidad incluye una pluralidad de ellas, deberá ser rechazada ' por el Tribunal, requiriendo a la parte que la haya hecho para que formule sucesiva e independientemente cada una.

El Tribunal puede también formular preguntas al perito.

En ocasiones, esta oportunidad puede entrañar algún riesgo para su posición de órgano neutral, ya que su interrogatorio puede sugerir a cualquiera de las partes una vía de ataque o de defensa en la que anteriormente no había reparado. El problema es complicado. La finalidad del proceso es -según se expresa en el Artículo 8 CPP- «... la realización pronta y efectiva de la justicia penal». El Tribunal ha de tratar de llegar al conocimiento de la llamada «verdad material»; en realidad, la verdad a secas, porque la denominada «verdad formal» no es sino una reconstrucción convencional del hecho conflictivo, cuya realidad -por motivos muy diversos- pueden tratar de ocultar las partes al Tribunal. Del mismo modo que el órgano sentenciador puede -para neutralizar un intento de fraude de ley sustantiva o procesal (Artículo 322.3 CPP)-oponerse a una solución negociada entre las partes, que truncharía el debate dando lugar a una sentencia de estricta conformidad. Podrá hacer uso de su facultad de interrogar al perito cuando las Preguntas hechas por las partes evidencien una tentativa de manipulación fraudulenta de la prueba. Fuera de ello, las preguntas

innovativas del Tribunal de Sentencia pueden comprometer los principios de neutralidad del juzgador y de igualdad de armas procesales a disposición de las partes. Acaso pueda servir de criterio orientativo en este difícil conflicto de intereses - públicos y privados- el que inspira, en caso de duda, la opción por aquel término de la alternativa más favorable al reo; así, el Tribunal estaría legitimado éticamente para formular la pregunta que, no hecha por la Defensa, podría servir para poner de manifiesto una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad del acusado, pero no, en cambio, para hacer aquella que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

6.5.2.4.- Protección de peritos

Las medidas protectoras previstas por el Artículo 237 de este Código en relación con los testigos, serán aplicables a los peritos que intervengan en el procedimientos, siempre que concurren las circunstancias que aquel precepto tiene en cuenta para su adopción (Artículo 248 CPP).

6.5.2.5.- Honorarios de los peritos

Los peritos tendrán derecho a cobrar honorarios, los cuales serán pagados por la parte que los proponga, salvo si reciben sueldo en concepto de funcionarios o empleados públicos y prestan el servicio en horas laborables (Artículo 249 CPP).

6.5.2.6.- Utilización de la pericia dispuesta en la investigación preliminar

El Fiscal podrá ordenar pericias durante la investigación preliminar, pero sólo podrán incorporarse por lectura al debate si se hubieren seguido las reglas sobre el anticipo de prueba, bajo control jurisdiccional y quedando a salvo la posibilidad que tiene el Tribunal, el Ministerio Público y las partes de exigir la declaración del perito durante el debate (Artículo 246 CPP).

6.5.3,- El manejo de la prueba pericial por el Tribunal y las partes

Aún cuando se prevé la posibilidad de que el perito lleve a cabo las actividades precisas para emitir su informe en presencia del Tribunal de Sentencia (Artículo 326.2 CPP), ello no será lo normal, so pena de perder un tiempo considerable sin aparente utilidad y, lo que es peor, obligar a que el experto trabaje en una situación de tensión ambiental que no favorecerá la práctica de esta fase de la pericia.

Lo importante es que, en el curso del debate, el perito emita su informe.

Del Artículo 326.1 CPP se infiere que el dictamen pericial puede emitirse verbalmente o por escrito, aunque la regla sea el informe verbal, compatible con la consulta de notas o apuntes que sin duda serán imprescindibles cuando hayan de citarse numerosos datos, que sería imprudente confiar a la memoria. La pericia escrita previamente será leída en juicio -como exige la observancia de las pautas de inmediación, oralidad y publicidad- y ratificada por el perito. Podrá, éste, a continuación, completarlo con las observaciones o aclaraciones espontáneas que tenga por conveniente.

A continuación se concede a las partes la oportunidad de formular preguntas a los peritos. Podrán hacerlo, asimismo, los asistentes técnicos directamente.

Un informe técnico largo y prolijo, cuyo contenido no haya sido conocido anticipadamente por las partes, podrá exigir una suspensión de la sesión para que aquéllas puedan instruirse de él, y organizar adecuadamente su interrogatorio.

Las preguntas podrán versar sobre cualquiera de los factores en que se funda el juicio sobre la credibilidad y fiabilidad del perito y, obviamente, sobre el contenido del informe.

Salvo como reacción excepcional a una actitud hostil o poco colaboradora del perito (que deberá ser corregida por el propio Tribunal), nunca será recomendable la adopción de una estrategia de agresividad al formular las partes sus preguntas; ni siquiera cuando persigan el descrédito del experto, poniendo de manifiesto su insuficiente preparación o la falta de cientificidad de su trabajo.

profesional. Además de ir contra las exigencias de la cortesía en Sala de Justicia, podría generar, en el perito, una corriente de antipatía que terminase por perjudicar los intereses de la parte que realiza el interrogatorio. El perito es, ante todo, un ser humano y, por ello, las partes deberán tener en cuenta su peculiar psicología al abordarlo para el interrogatorio.

Las partes deberán hacer preguntas claras, concretas, concisas, referidas a extremos realmente útiles para el tratamiento del caso. No podrán ser capciosas ni sugestivas (Artículo 130.3 CPP). La formulación de una pregunta compleja, que en realidad incluye una pluralidad de ellas, deberá ser rechazada por el Tribunal, requiriendo a la parte que la haya hecho para que formule sucesiva e independientemente cada una.

Cuando el perito utilice una jerga profesional incomprensible para una persona leiga, la parte hará bien reclamándole que se explique de forma asequible, incluso si ella misma tiene conocimientos especializados, ya que el juzgador -destinatario de la prueba- puede no tenerlos.

El Tribunal puede también formular preguntas al perito. En ocasiones, esta oportunidad puede entrañar algún riesgo para su posición de órgano neutral, ya que su interrogatorio puede sugerir a cualquiera de las partes una vía de ataque o de defensa en la que anteriormente no había reparado. El problema es complicado. La finalidad del proceso es -según se expresa en el Artículo 8 CPP- «...la realización pronta y efectiva de la justicia penal.» El Tribunal ha de tratar de llegar al conocimiento de la llamada «verdad material»; en realidad, la verdad a secas, porque la denominada «verdad formal» no es sino una reconstrucción convencional del hecho conflictivo, cuya realidad -por motivos muy diversos- puede tratar de ocultar las partes al Tribunal. Del mismo modo que el órgano sentenciador puede -para neutralizar un intento de fraude de ley sustantiva o procesal (Artículo 322.3 CPP)- oponerse a una solución negociada entre las partes, que truncaría el debate dando lugar a una sentencia de estricta conformidad, podrá hacer uso de su facultad de interrogar al perito cuando las preguntas hechas por las partes evidencien una tentativa de manipulación fraudulenta de la prueba. Fuera de ello, las preguntas innovativas²³¹

231

Se entiende por tales aquellas preguntas que dan una nueva perspectiva (sesgo) al interrogatorio, apartándose de las adoptadas por las partes en sus respectivos interrogatorios-

del Tribunal de Sentencia pueden comprometer los principios de neutralidad del juzgador y de igualdad de armas procesales a disposición de las partes. Acaso pueda servir de criterio orientativo en este difícil conflicto de intereses -públicos y privados- el que inspira, en caso de duda, la opción por aquel término de la alternativa más favorable al reo²³²; así, el Tribunal estaría legitimado éticamente para formular la pregunta que, no hecha por la defensa, podría servir para poner de manifiesto una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad del acusado, pero no, en cambio, para hacer aquella que, omitida por la acusación, llevaría a la condena de aquél, o a una agravación de su responsabilidad.

Aun cuando el tenor del Artículo 326 CPP parece presuponer que las pericias se practiquen sucesivamente, cuando más de una concurren sobre un mismo extremo, convendrá que los dictámenes se presenten simultáneamente, presenciando cada perito el rendido por el otro, a fin de que, en caso de discrepancias, se facilite el careo previsto por el Artículo 260 CCP.

6.5.4.- Unos peritos especiales: la colaboración en la comunicación. Los traductores e intérpretes

El desconocimiento del idioma español, utilizable, como regla (Artículo 125 CPP), exige, para que el proceso funcione como «espacio escénico comunicativo» para la presentación y

²³²

Como «regla de juicio», la afirmación interina de inocencia obliga a optar, en caso de duda, por la solución más favorable al acusado («*in dubio, pro reo*») y a no condenarlo, por tanto, sino con base en el convencimiento, más allá de toda duda razonable, de su culpabilidad, fundado en pruebas regularmente obtenidas e introducidas en el proceso.

No se trata de una regla lógica, sino de un argumento retórico, conocido desde muy antiguo. En el Digesto se incluye un fragmento que resume un argumento tópico, que ha venido posteriormente repitiéndose para justificar la absolución del acusado, en caso de duda relevante sobre su culpabilidad: «*...nec de suspiciortibus deberé aliquem dammari...: satius-enim esse inpunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem dimmare...*» (Digesto, XLVIII, XIX, *De poenis*, 5, Ulpianus, VII, *de officio proconsulis*). Recogía un sentimiento compartido en el mundo clásico, con raíces en la tradición mitológica griega.

El argumento se repite posteriormente con escasas variantes. Por supuesto, así lo hace la legislación española de Partidas, tan apegada a la tradición jurídica de Roma; pero, en un ámbito muy distinto, siglos más tarde, Blackstone, en sus celebres «*comentarios...*» no dudaría en afirmar que «...es preferible que escapen diez culpables a que sufra un inocente...»

tratamiento del caso litigioso, la intervención de un traductor o intérprete (101, 125, 310 CPP).

Son, en definitiva, peritos -en traducción o interpretación- a los que, con arreglo al Artículo 250 CPP, será aplicable lo establecido en los artículos 244 (citación), 245 y 326 (intervención en el juicio), 247 (auxilio judicial), y 249 (honorarios).

6.6.- La prueba testifical

El testigo, a diferencia del perito, proporciona información directamente representativa de lo sucedido. Sus manifestaciones lo reflejan total o parcialmente a modo de *registro personal*. El testigo ha percibido sensorialmente, de forma personal y directa²³³, lo ocurrido, o parte de ello, y lo *traslada* al Tribunal de Sentencia. El perito entra en contacto con el hecho justiciable cuando ya ha sucedido y se está procediendo a su investigación o enjuiciamiento, y por eso se enfatiza que su relación con aquél es (intra) procesal²³⁴, en tanto que la relación que guarda el testigo con el hecho justiciable es claramente extraprocesal, porque nace cuando ese hecho se está desarrollando, y aún no se ha iniciado procedimiento alguno, o éste no ha sido determinante de la toma de contacto del testigo con el suceso²³⁵.

Obviamente, el testigo no trasmite sus percepciones en estado bruto, sino su elaboración de lo percibido, lo que supone un inevitable riesgo de interpretación personal, riesgo que se

²³³

El testigo de referencia (de oídas; el <<*hearsay*>> angloamericano) es, realidad, testigo de un testimonio, testigo de las manifestaciones que hace el que lo fue directamente del hecho enjuiciado; de ahí la aprensión que suscita la fiabilidad de este testimonio impropio.

²³⁴

Lo anterior no impide que el perito pueda percibir personalmente ciertos extremos del hecho enjuiciado. El Médico que curó a la persona supuestamente agredida puede describir las lesiones que le apreció; igual que el funcionario policial que levanta un plano del lugar donde se dice cometido el delito percibe sus características y la eventual existencia de lo que pudieran ser huellas o vestigios del suceso.

²³⁵

La exposición está deliberadamente simplificada, para evitar que la consideración de situaciones excepcionales, estadísticamente irrelevantes, puedan bloquear la construcción de modelos válidos en la mayoría de los casos. En efecto, nada impediría que, habiéndose denunciado la ocurrencia de un delito (la perpetración de unas lesiones en el curso de una refriega), y acordada la apertura de su investigación (por ejemplo, el envío de funcionarios policiales al lugar), el testigo presencie la continuación del suceso (la reyerta que prosigue pese al aviso dado a la Policía)- En cualquier caso, su percepción de lo acaecido no reconoce como factor determinante la apertura de la investigación policial, corriendo paralela a ésta.

reproduce cuando ha de trasladar sus recuerdos en la Sala de Justicia. A la valoración de la prueba testifical corresponde la ponderación de la credibilidad y fiabilidad que ha de atribuirse al testimonio prestado.

6.6.1.- El testigo

6.6.1.1.- El testigo en sentido estricto

El testigo en sentido estricto se caracteriza por su *distanciamiento* del hecho enjuiciado, en la medida en que no está directamente involucrado en el conflicto básico, que envuelve a la persona acusada y, en su caso, a su supuesta víctima.

6.6.1.2.-El testimonio de «personas interesadas»: el testimonio de la persona imputada y de la víctima

Los testigos no pueden ser recusados invocando una posible relación con cualquiera de las partes (o personas especialmente allegadas a ellas) que arroje cualquier sombra de sospecha de parcialidad, consciente o inconsciente. Si existe, una vez probada, podrá servir de base a la argumentación encaminada a desacreditar el testimonio de la persona a quien afecte. Esto no obstante, si efectuada la crítica de las declaraciones del testigo, éstas resultan creíbles y fiables, podrán ser utilizadas procesalmente.

El mismo imputado puede funcionar como testigo respecto de quien lo sea en el mismo proceso, o en otro diferente. Carnelutti²³⁶ distingue estas cuatro situaciones:

- a) El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona, descargándose a sí mismo de ella (*chiamata in reità*): llamada al [verdadero] responsable al procedimiento).

236

«Principi...» cits., pàgs. 189 y ss.; Giarda, A., «La "novelle" di una notte di mezza estate», en Baccari, G.M., y otros «Le nuove leggi penali. Abuso di ufficio 1998, . Dichiarazioni del coimputato. Videoconferenze giudiziarie», CEDAM, Padova, pags. 137 b y ss.

- b) El imputado alega la responsabilidad de una tercera persona corresponsable, con aquél, del delito («*chiamata di correo*» o «*in correità*»: llamada a un co-reo o corresponsable).
- c) El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito conexo (sustantiva o procesalmente) con el imputado a aquél.
- d) El imputado designa a una tercera persona como responsable de un delito carente de conexión con el imputado a aquél.

Como, respecto de estos hechos que se imputan a un tercero el imputado actúa como testigo, tendrá -se insiste, en cuanto a ellos- el estatuto jurídico del testigo, sin (disfrutar de los privilegios del imputado²³⁷).

En el Código Procesal Penal no se hacen estos distingos. Cuando se regula la declaración de los acusados, parece presuponer la tópica de descargo de propia responsabilidad frente a la imputación formulada.

Llama la atención que se obligue, en caso de interrogatorio de dos o más acusados, a que, mientras uno de ellos es sometido a él, los demás hayan de abandonar la Sala de Justicia (Artículo 324 CPP). No se ve otra finalidad a esta excepción al derecho a presenciar el debate que garantizar el mayor grado de espontaneidad de las manifestaciones del declarante, quien se verá libre de posibles presiones psicológicas derivadas de la presencia del coimputado; o evitar que, conociendo el contenido de las declaraciones de los anteriores, los demás, convenientemente *prevenidos*, puedan preparar unas respuestas en beneficio de sus intereses²³⁸. Sin embargo, podría interpretarse que, de este modo, se pudiera poner en peligro la utilidad de la parte que la declaración de cada imputado pueda tener respecto del otro. La prohibición de presencia en Sala de Justicia, que comprometería el derecho de *confrontación* del acusado con sus acusadores en sentido amplio²³⁹.

237

En la bibliografía italiana especializada se censura la figura del «*impumone*» (*de imputato*) y «*testimone*», un verdadero *monstruo* jurídico procesal. que concedía al imputado que declaraba como testigo sobre hechos realizados por un tercero, el estatuto de imputado con los privilegios a él inherentes y sin responsabilidad alguna en caso de mendacidad: véase Giarda, loc. cit. supra.

238

Fortín Aguilar, loc. cit., pág. 519.

239

Vettori, C, «Diritto dell' imputato a confrontarsi con colui che lo accusa e diritto al silenzio. L'ordinamento inglese», «Le nuove leggi... » cit., págs. 273 y ss.

Aunque el interrogatorio del coimputado tenga esta doble vertiente, que incluye su papel como testigo, su declaración será sin embargo, única, lo que obligará a que, al ser instruido de sus derechos como imputado, sea advertido de que, en cuanto a las preguntas que se refieran a la posible responsabilidad de un tercero, está sujeto a las mismas responsabilidades que el testigo ordinario en caso de falso testimonio.

Obviamente, la valoración de la persuasividad de la dimensión *testimonial* de las manifestaciones de un coimputado resulta especialmente complicada. El juicio de fiabilidad obliga a tener en cuenta los parámetros habituales respecto de cualquier testigo en sentido propio, y, además, otros adicionales, como la posible influencia de un intento consciente o de un impulso inconsciente de descargo de responsabilidad, o de conseguir un trato favorable, implicando a un coimputado o a terceras personas.

La supuesta víctima del delito tampoco está excluida de la lista de posibles testigos. Su sola declaración, cuando se considere creíble y fiable, puede ser suficiente para enervar la denominada presunción de inocencia. Naturalmente, para formular el juicio de fiabilidad habrá que tener en cuenta el sesgo contrario al acusado que pueda imprimir a sus declaraciones el deseo (consciente o inconsciente) de satisfacer su necesidad de venganza por el agravio sufrido, sin importar si el acusado sea, o no, el verdadero ofensor²⁴⁰

240

Una síntesis de la doctrina jurisprudencial, española acerca de la validez del testimonio de la víctima se encuentra en la Sentencia 131/2000, de 2 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En ella se explica que «...el testimonio de la *víctima conforme a una consolidada doctrina de esta Sala, es prueba apta para enervar la presunción de inocencia. Y así, se ha declarado que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1") .Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/ acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de **cualquier indole que prive a la** declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

En ocasiones, el testimonio de la víctima se complica cuando sea menester aclarar si el imputado fue el autor del hecho delictivo practicándose, al efecto, un reconocimiento sobre una *rueda* ó grupo de personas (artículos 251 a 256 CPP), porque a los riesgos de error siempre presentes en esta clase de indagación se suma el ya aludido impulso a satisfacer a cualquier precio las pulsiones vindicativas.

Se recomienda contrastar cuidadosamente la declaración de la víctima con otro material probatorio disponible, y tratar de

-
- 2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 LE.Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.
- 3º) Persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de Septiembre de 1988, 26 de Mayo y 5 de Junio de 1992, 8 de Noviembre de 1994, 27 de Abril y 11 de Octubre de 1995, 3 y 15 de Abril de 1996, 16 Febrero 1.998 , 8 Junio 1.998 y 20 Octubre 1.999-. El testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de Inocencia siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador y le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de credibilidad cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia (SS. 5-3 y 14-5-94 y 22-3-95). La finalidad perceptiva que otorga el Principio de Inmediación a las declaraciones de los que normalmente tienen en aquéllos la doble cualidad de únicos testigos-víctimas, propicia una específica y atenta ponderación circunstanciada que, por ur. lado, aparece si cabe como más rigurosa y exigente en lo que a ,la Habilidad serefiere y, de otro, sugiere prestar una extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que, como datos objetivos

complementan la constatación narrativa que, en casos como el presente, ofrecen la versión prestada por el agredido que debidamente analizados por el Tribunal *na quo*» conducen a declarar injustificado el motivo y su consecuente desestimación, pues en el presente supuesto la afirmación incriminatoria de la Sala una vez ultimado su global proceso valorativo han de tenerse por cumplidas las notas que tratan de asignar la garantía de certeza de las declaraciones de las víctimas de este tipo de delitos Señaladas, entre otras, en la jurisprudencia de esta Sala, ya citada.

apoyarla en al menos ídicos dotados de un mayor grado de objetividad.

Todo lo anterior es extensible a los testigos pertenecientes al entorno mas intimo de la victima o del imputado. En ocasiones, será difícil prescindir de ellos, si el hecho se ha llevado a cabo procurando la soledad o ha tenido lugar en el núcleo de la familia o de algún grupo cerrado. Los casos de violencia domestica y las agresiones sexuales pueden servir de acabado ejemplo de estas situaciones de reducción inevitable del circulo de testigos a un numero mas o menos reducido de personas *intresadas*.

6.6.1.3.- El testigo experto

En el derecho angloamericano esta expresión sirva para designar al perito. Aquí se utiliza, en cambio, para aludir a la persona que, habiendo conocido extraprocesalmente datos de interés para la reconstrucción o el tratamiento jurídico del hecho enjuiciado, añade, a los consentimientos propios de la experiencia común, otros específicos de alguna ciencia, arte o técnica, que hacen que su observación de aquellos datos adquiera una perspectiva muy especial.

Es importante poner de relieve que la información que puede proporcionar ha sido adquirido extraprocesalmente. Un profesional lofosocopista puede aportar datos de hecho –por ejemplo, lugar donde se encontraron las huellas y descripción de su entorno- que conoce, empero en la medida en que ha recibido el encargo de realizar una investigación determinada en el curso del procedimiento. Respecto de esos datos funciona como testigo, o, el desempeño de su cargo adquiere una *dimensión testifical*.

El testigo experto, en cambio, ha adquirido la información que dispone antes de la apertura del procedimiento o, mejor aun, al margen de el.

Ese testigo puede ser interrogado sobre el hecho en bruto, pero también sobre las valoraciones que de el puede hacer en cuanto poseedor de unos conocimientos técnicas determinados. De este

modo se acumulan, en el, las funciones de testigo y de perito.

Al prestar declaracion, debera ser adbertido que, a su eventual responsabilidad por falso testimonio en sentido extricto, se añadiran

Jesús Fernández Entral\$o

las propias del perito prevaricador en caso de que emita algún dictamen sin ajustarse a su <<leal saber y entender>>²⁴¹.

6.6.1.4.-Deber de testificar

A tenor del Artículo 226 CPP, todos los habitantes del país<<..... tienen la obligación de atender las citaciones que les libren los órganos jurisdiccionales, para declarar lo que sepan de un delito. Se excluyen únicamente los absolutamente incapaces... << y aquellas personas que exime expresamente de ello el Código Procesal Penal.

En él –desarrollo ideas sintetizadas por Ricardo Pérez- se dispensa, en unos casos, del deber de declarar como testigo, pero no de atender las citaciones del Tribunal, debiendo, consecuentemente, comparecer en la Sala de Justicia, aunque el testigo pueda excusarse de prestar declaración. En otros, se dispensa de comparecer ante el Tribunal, pero no, en cambio, de declarar, tomándose las medidas precisas para que quede a salvo el derecho de las partes a la mejor defensa de sus intereses y a la contradicción²⁴².

6.6.1.5.- Personas exentas de declarar, pero no de comparecer

El Artículo 228 CPP (Personas no obligadas a declarar) establece que <<.... No están obligados a declarar, aunque sí a comparecer:

- 1) El cónyuge o compañero de hogar y los parientes del imputado dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- 2) El adoptante, en causa instruida contra el adoptado y viceversa; y
- 3) El guardador, en causa instruida contra su pupilo y viceversa.

>> Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable a los ministros de cualquier culto religioso y a los profesionales, autorizados para

²⁴¹

En este sentido se regula la figura en el Artículo. 360. De la nueva ley española de Enjuiciamiento Civil, aplicable, en esta materia, a todas las ramas jurisdiccionales.

²⁴²

En Palacios y Fernández, lugar citado, pag.441.

Jesús Fernández Entral\$o

operar en el país en relación con las confidencias o secretos que hayan llagado a su conocimiento, por razón del ejercicio de su ministerio o profesión y que están obligados a guardar.

<< Las personas a que se refiere el párrafo primero serán informados antes de que anuncien su disposición, sobre el derecho que tienen de abstenerse de declarar y de que si toman la determinación de haserlo podrán abstenerse de contestar las preguntas que deseen. Lo mismo sé hará respecto de los ministros de los cultos religiosos y los profesionales, en cuanto al secreto que están obligados a guardar, en relación con lo establecido en el párrafo anterior.>>.

<< Si el órgano jurisdiccional estima que el testigo invoca indebidamente el derecho de abstenerse de brindar declaración o de mantener reserva sobre una confidencia o secreto, ordenara su declaración mediante resolución motivada. >>. Así lo dispone el párrafo primero del Artículo 229 CPP.

Estas personas podrán, si lo desean, declarar en juicio como testigos. Nada impedirá que, en el curso de su declaración, pudieran excusarse de responder a determinadas preguntas.

6.6.1.6. - Personas exentas de comparecer, pero no de testificar

De acuerdo con el Artículo 227 CPP, <<....[no] están obligados a comparecer como testigos, aunque si obligados a comparecer como testigos, aunque si obligados a declarar, las personas siguientes:

- 1) El Presidente de la República y los designados;
- 2) Los Secretarios y Subsecretarios de Estado;
- 3) Los Diputados al Congreso Nacional;
- 4) Los Magistrados de la Corte suprema de Justicia y las autoridades judiciales jerárquicamente superiores al órgano jurisdiccional que deba recibir la declaración;
- 5) El Arzobispo, los obispos y los vicarios generales ocapitulares de la Iglesia Católica y las personas de rango comparable de otras iglesias legalmente reconocidas en

Honduras;

- 6) Los representantes ante el Tribunal Nacional de Elecciones;
- 7) Los Diputados al Parlamento Centro Americano;
- 8) Los Magistrados de la Corte Centro Americana; y
- 9) Los demás que determinen las leyes especiales. >>

Dichas personas sin embargo, podrán renunciar a este tratamiento especial.

Se arbitra un mecanismo para garantizar el derecho de las partes a la efectiva defensa de sus intereses y a la contradicción

<< Las personas a que se refieren los numerales anteriores rendirán la declaración en la casa de habitación u oficina, previa cita o por oficio urgente. La declaración deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud. Las partes personadas en el procedimiento serán citadas y podrán asistir a la recepción del testimonio y formular en el acto, las preguntas que no sean declaradas inadmisibles por el Juez o por el presidente o miembro del Tribunal de Sentencia que se designe.....>>. Como caso particular, <<...[los] diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República y los representantes de organismos internacionales que gozan de inmunidad, de acuerdo con los convenios de que Honduras forme parte, no están sujetos a lo dispuesto en [el Artículo 228 CPP], pero podrán declarar verbalmente o por escrito, si así lo determinan. >>.

6.6.1.7.- Prohibición de testificar

El párrafo último del Artículo 228 CPP establece: <<.... Los militares y los funcionarios públicos, en ningún caso, podrán dar testimonio sobre materias de que tuvieron noticias, y que deban considerarse secretos de Estado, porque su difusión pueden dañar gravemente o poner en riesgo también grave la seguridad o la defensa del Estado o sus relaciones internacionales. >>.

El concepto <<secreto de Estado >> resulta ser, al menos en parte, un concepto jurídicamente indeterminado, o, si se prefiere, un concepto semánticamente <<vago>> ya que remite, para integrarlo, a juicio de valor que ha hacer el órgano jurisdiccional,

lo que entraña un riesgo para la seguridad jurídica.

En este caso, a tenor del párrafo segundo del Artículo 229 CPP, el órgano jurisdiccional no podrá resolver, sino después de haber oído en forma confidencial al testigo y de haber adquirido la convicción de si se trata, o no, de un secreto d Estado.

6.6.2.- Dinámica de la prueba testifical

6.6.2.1.- Citación de los testigos

Con arreglo a lo establecido por el Artículo 318.2 CPP, el Secretario del Tribunal se encargara de la citación de los testigos para el acto del juicio.

Según el Artículo 230 CPP, las personas que deban comparecer como testigos serán citados por el órgano jurisdiccional conforme lo establecido genéricamente en el Código para las citaciones, en sus artículos 154 y 155.

Sin embargo añade dicho Artículo 230 CPP, <<... en casos de urgencia, los testigos podrán ser citados personalmente, por teléfono o por medio de facsímile. >>.

Para facilitar su citación, los testigos deberán mantener informado al órgano jurisdiccional de los cambios que se operan en su domicilio (Artículo 238 CPP). No se dice el plazo en que el testigo ha de hacer esta comunicación. Ricardo Perez²⁴³, sugiere un máximo de quince días.

Será aplicable lo dispuesto por el Artículo 234 CPP (Testigos cuya fuga u ocultación se teme), a cuyo tenor, si existieren fundadas razón para temer que un testigo pueda tratar de fugarse u ocultarse, el órgano jurisdiccional petición de parte, podrá ordenar, por auto motivado, que sea conducido a su presencia por la fuerza publica, para que se le reciba declaración, a los efectos que procedan. Esta medida durara el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro horas.

El Ministerio Publico podra ordenar la aprehension del testigo por un plazo maximo de seis horas, para gestionar la orden judicial.

243

Lugar citado, pag. 444.

Nótese, con Ricardo Pérez, que esta medida puede adoptarse sin necesidad de una previa citación del testigo. Si el peligro de fuga u ocultación surge durante el juicio oral, antes del momento en que el testigo ha de comparecer ante el Tribunal, su testimonio podrá adelantarse, alterando el orden inicialmente previsto. Si aun no se ha iniciado el juicio, habrá causa justificada para disponer la anticipación de la prueba.

En ocasiones, los testigos tratan de ocultarse a la acción del aparato jurisdiccional, por temer a sufrir represalias. El Artículo 237 CPP establece mecanismos encaminados a la protección de los testigos.

En efecto, cuando el órgano jurisdiccional, por propia iniciativa o por manifestación del testigo, aprecie que racionalmente existe un peligro grave para la persona o los bienes del testigo, de su conjugue o compañera de vida, o de ascendiente, descendiente o hermano de cualquiera de ellos, como consecuencia del testimonio que ha de prestar, deberá, oyendo a las partes, adoptar las medidas de protección que estime conveniente y, entre ellas, cualquiera de las siguientes:

- 1) Que no consten en las actuaciones que lleva acabo, el nombre, apellidos, domicilio lugar de trabajo y profesión del testigo) que figurando en documento que se guardara en sobre cerrado y sellado, solo serán conocidos por órgano jurisdiccional, y por el Secretario), ni dato alguno que pudiera servir para conocer su identidad y localización, utilizándose para identificarlo en el procedimiento un numero o clave;
- 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el publico;
y
- 3) Que se fije como domicilio, a efecto de comunicaciones, la propia sede del órgano jurisdiccional intervinente, por cuyo conducto serán enviadas reservadamente a su destinatario.

6.6.2.2.- Lugar y tiempo de la práctica de la prueba testifical.

Lugar de la práctica de la prueba testifical.

Como regla general, se practicara en el lugar donde se celebre el juicio oral.

A tenor del Artículo 231 CPP (procedimiento para interrogar a testigos que no tienen su residencia en el lugar del asiento del órgano jurisdiccional), cuando o varios testigos no residen en el lugar que tiene su asiento el órgano jurisdiccional que conoce la causa, se librara atenta comunicación al órgano jurisdiccional que tenga su domicilio o su residencia para que se practique interrogatorio, insertando las preguntas en dicha comunicación, sin perjuicio de la facultad que tiene el órgano jurisdiccional de practicar en forma directa la referida diligencia, así como, de lo establecido en el Artículo 330 CPP, respecto a la practica de la prueba testifical en el juicio oral.

Lo dispuesto en el primer párrafo de este Artículo 231 CPP, que puede ser perfectamente justificable durante la instrucción, en evitaron de molestias y gastos innecesarios (Ricardo Pérez), constituye una peligrosa excepción al principio de inmediación que ha de inspirar el desarrollo del juicio oral, en cuanto presupuesto de una adecuada valoración de la prueba.

Por eso, es recomendable generalizar lo establecido en el párrafo segundo, a cuyo tenor, en el caso de que el órgano jurisdiccional estime que es necesario la comparecencia personal del testigo y este resida fuera del lugar de su asiento, lo preveera de fondos para los gastos ocasionados por el viaje.

Si el testigo se encuentra fuera del país, el Juez a petición de parte, dispone el Artículo 235 CPP, ordena que se envíe suplicatorio con el respectivo interrogatorio a las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre el testigo, para que preste declaración, que deberá ser leída en juicio a fin de formar la convicción judicial del Tribunal. Ocurre, empero, que el caso no se encuentre incluido en el Artículo 311 CPP, de modo que cabe una interpretación alternativa;

- a) Se puede entender que esta posibilidad solo cabe durante la instrucción

Jesús Fernández Entralgo

aunque, si resulta imposible hacer comparecer en juicio al testigo que se encuentra en el extranjero, su declaración instructora se podría leer de acuerdo con lo previsto por el Artículo 311.2) CPP.

- b) Cabe, alternativamente, considerar que lo dispuesto en el Artículo 235 CPP completa el Artículo 311 CPP, donde modo que este testimonio por auxilio judicial internacional habrá de disponerse como prueba anticipada, aunque excepcionalmente no se observe el principio de inmediación.

Justamente por lo que este segundo término de la alternativa tiene la excepción a un principio clave de los que han de inspirar el juicio oral, habrá de agotarse las posibilidades de hacer uso de lo previsto por el párrafo segundo del Artículo 235, a cuyo tenor, podrá a petición de parte interesada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y especialmente la utilidad y proporcionalidad de la medida y la demora procesal que pueda representar, viajar al lugar donde se halla el testigo para recibirle declaración, en los anteriores casos, si estuviere previsto por tratado o convenio de cooperación jurídica internacional, sin perjuicio de lo previsto en el Artículo 148 sobre incumplimiento, retardo o rechazo de un requerimiento, remisión que no se entiende bien en un caso de cooperación internacional. En cuanto a las partes, estas serán citadas oportunamente para que puedan intervenir durante la deposición del testigo.

En cambio, resulta perfectamente explicable lo establecido por el Artículo 232 CPP para el caso de incapacidad física de un testigo que le impida desplazarse hasta la sede del juicio. Cuando esto ocurra, la declaración del testigo será recibida por el órgano jurisdiccional, en su casa de habitación o en el lugar donde se encuentre en presencia de las partes que intervenga en su deposición.

Los efectos de la incomparecencia injustificada de un testigo a la citación judicial o su negativa igualmente injustificada a comparecer aparecen regulados en los artículos 233 y 329, por remisión al 327 CPP.

Serán citados por segunda vez, pero el juicio continuará, entretanto, practicándose la prueba pendiente. Si no la hubiere, el juicio se suspenderá

Al practicarse la segunda citación se advertirá al testigo que, si

Jesús Fernández Entral

no comparezca, será conducido por la fuerza pública y sin perjuicio de la pena que deberá aplicársele por delito de desobediencia.

Y, en efecto, si el testigo tampoco comparece a esta segunda citación y no alega causa justificada para ello, el Presidente del Tribunal ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública, y solicitará a quien lo propuso, colabore con la diligencia.

En el Artículo 327 no se exige la previa instancia de la parte proponente. La aparente contradicción con el Artículo 233 podrá salvarse entendiendo que la parte puede renunciar a la práctica de ese testimonio, en cuyo caso sobraría el ejercicio de una coerción que carecería de sentido.

La colaboración que exige a la parte proponente - sin duda inspirada en la práctica social procesal anglosajona- ha de entenderse como exigencia de una actividad de persuasión del testigo a fin de que atienda la citación judicial.

Tiempo de la práctica de la prueba testifical

La práctica de la prueba testifical aparece regulada como subsiguiente de la pericial, aunque en ocasiones podrá invertirse el orden, si el conocimiento de la información proporcionada por los testigos puede resultar útil para la mayor riqueza de la pericia.

Por lo demás, de conformidad con el primer párrafo del Artículo 328 CPP, los testigos propuestos por el Fiscal y las partes, rendirán sus declaraciones en el orden que determine el Presidente del Tribunal.

6.6.2.3.- Forma de practicar la prueba testifical

Los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con terceras personas antes de rendir sus declaraciones. Tampoco podrá estar presentes en la audiencia mientras cualquiera de ellos rinde su deposición ni ser, directa o indirectamente, informados de lo que hayan manifestado otros testigos (Artículo 328.2 CPP).

Antes de que inicie su deposición -dispone el Artículo 236.1 CPP- el testigo prestará juramento de decir la verdad y será

instruido sobre sus obligaciones y las responsabilidades que asume,

Jesús Fernández Entral\$o
si viola el juramento prestado.

El juramento se ha laicizado considerablemente. Lo recibirá, como orden del Artículo 129 CPP, el Presidente del Tribunal de Sentencia, previa advertencia, de las penas aplicables al falso testimonio.

La formula del juramento será, de acuerdo con su párrafo segundo, la siguiente: <<prometo decir la verdad, solo la verdad y nada mas que la verdad>>, poniendo la mano sobre la Constitución de la República.

Como, se acuerdo con el Artículo 129.3 CPP, si el declarante se niega a prestar juramento, se le tendrá por juramentado, queda claro que lo verdaderamente decisivo es el efecto profiláctico de la advertencia de las penas que se castiga el delito de falso testimonio²⁴⁴.

Cada testigo será interrogado en forma separada de los demás y se dejara constancia en autos de su nombre y apellidos, estado civil, edad, profesión, nacionalidad y domicilio. También se dejara constancia en los autos, de si tiene vínculos de parentesco con alguna de las partes o interés en el asunto que es objeto del proceso.

Si el testigo teme por su integridad física o que el peligro existe respecto a otra persona, el lugar en que vive o en que se encuentra, aunque no podrá ocultar su identidad.

Así se dispone en los párrafos segundo y tercero del Artículo 236 CPP.

De acuerdo con el 330 CPP, una vez identificados, juramentados, advertidos de las consecuencias legales de sus actos si faltan a la verdad e interrogados sobre sus antecedentes, sus relaciones con las partes y demás circunstancias que sea conveniente conocer para valorar su testimonio, el Presidente del Tribunal le concederá la palabra para que exponga todo lo que sabe acerca de la acción u omisión sobre la cual versa la acusación.

El desarrollo del testimonio se desglosa en dos fases:

244

Fortín Pavón, en Palacios y Fernández, lugar citado, pag. 276.

- a) una primera, narrativa, en la que el testigo proporcionaría,

sin interrupción, la información que posee sobre el hecho

Jesús Fernández Entral\$
enjuiciado; seguida de....

- b) ... una segunda etapa, constituida por el interrogatorio contradictorio (la <<*cross examination*>>) a cargo de las partes y, finalmente, si lo cree necesario, del mismo Tribunal.

Los testigos expresaran la razón y origen de sus informaciones designaciones con la mayor precisión posible, a los terceros que se las hayan comunicado, cuando se trate de testigos de oídas o de referencias.

Los deponentes responderán de viva voz y sin consultar notas o documentos. Se exceptúan en cuanto a la consulta de notas o documentos, los peritos y demás personas que sean autorizadas para ello por el órgano jurisdiccional (Artículo 130.1 CPP).

Terminada la deposición, establece el Artículo 339 CPP, el Presidente del Tribunal permitirá que el testigo sea interrogado por quien lo propuso y por los demás intermitentes. Las preguntas no deberán ser capciosas ni sugestivas (Artículo 130.2 CPP).

Los miembros del Tribunal podrán interrogar al testigo después de que lo hayan hecho las partes. Cualquiera de las partes podrá objetar las preguntas a que se refiere este párrafo y la objeción valdrá cuando así lo decida el Presidente del Tribunal (Artículo 330 CPP).

El Presidente determinara el orden de los interrogatorios, los moderara e impedirá que se le formule al testigo preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o subjetivas. Evitara, además, que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad) Artículo 330).

El Artículo 328 CPP previene que el Presidente podrá después que hayan rendido sus declaraciones, ordenar que los testigos continúen incomunicados entre si, autorizándolos para que presencien la audiencia o facultarlos para que se retiren.

El Artículo 331 CCP) Interrogatorio menores de quince años) establece que el interrogatorio de las personas menores de quince años, no esta sujeto a las reglas anteriores. Será hecho

directamente por las partes. Durante el interrogatorio, podrán estar

Jesús Fernández Entral\$o

presentes los padres del menor o su representante legal.

Si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor, el Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá dejarlo en suspenso.

En la valoración de lo expresado por dicho menor, se tendrá especialmente en cuenta su grado de madurez, su objetividad y las circunstancias en que se tomo conocimiento de los hechos.

6.6.3.- El manejo de la prueba testifical por el Tribunal y las partes

En el marco anglosajón, los especialistas²⁴⁵, destacan la importancia de que cada parte prepare adecuadamente a los testigos por ella propuestos.

Preparar a los testigos no significa ejercer presión alguna sobre ellos, ni orientar sus manifestaciones en un sentido determinado. Se trata de informarlos sobre lo que les espera cuando presten su testimonio, y de ayudarlos a expresarlo de la manera más correcta y persuasiva posible²⁴⁶.

Es importante que los testigos estén preparados sociológicamente para afrontar adecuadamente el momento que ha de prestar declaración. Deben prepararse emocionalmente sabiendo que las partes no solo recabaran de ellos información sobre el hecho enjuiciado o determinados aspectos de él o de las personas en el involucradas, sino que trataran de indagar su grado de factibilidad y de credibilidad. El interrogatorio cruzado (la <<cross examination>>) puede resultar fatigoso y enojoso, y los testigos deben comprender que los profesionales que asumen la acusación y la defensa tiene el deber profesional de obtener aquella información y de comprobar esa fiabilidad y credibilidad. La reacción indigna de un testigo frente a un interrogatorio busca de eventuales contradicciones,

245

Dillehay, R. C. & Nietzel, M. T., <<Psychological in trial preparation and conduct>>, en Kaplan, M. F. (ed.) <<The impact of social psychology on procedural justice>>, IL: Charles Tomas, Springfield, 1986.

246

Paúl, P. De <<Los profesionales del Derecho: Jueces y Abogados>>, en Clemente Díaz, M. (coordinador), <<Fundamentos de la Psicología jurídica >>, Pirámide, Madrid, 1995 (indicado 1995- 1), pag. 256-257

conscientes o inconscientes, o su resistencia a contestar, por fatiga

Jesús Fernández Entral\$

o enojo, a lo que creen preguntas innecesarias o capciosas (algo frecuente, cuando testimifica la víctima del delito, sobre todo si se trata de violaciones físicas graves o de agresiones sexuales), pueden provocar en el receptor de la repuesta sentimientos negativos hacia el y, derivativamente, hacia su mensaje comunicativo. La preparación psicológica de los testigos para afrontar el trance del testimonio puede contribuir a evitar comportamientos (desviación de la mirada, silencios pausas tono de voz demasiado alto....) que desde el punto de vista del denominado lenguaje no verbal son equívocos, y pueden ser interpretados como indicios de mendacidad cuando lo son solo de nerviosismo²⁴⁷. Lo anterior no debe hacer olvidar, a la defensa, que una excesiva presión sobre el testigo de cargo puede generar en el Tribunal –y el jurado no es, desde luego, una excepción– actitudes hostiles hacia sus posiciones, del mismo modo que un exceso de <<victimización>> puede mermar la credibilidad y simpatía que la víctima, testigo, despierta en el juzgador técnico o lego²⁴⁸.

La preparación del testigo puede, secundariamente, permitir sondear la información y actitudes del testigo, evitando sorpresas cuando aquel sea interrogado.

Conviene ensayar el interrogatorio, para que el testigo este en condiciones de responder adecuadamente, tratando, por su puesto, de evitar el riesgo de que esa repetición altere el contenido del recuerdo y su correcta evocación²⁴⁹.

En estos ensayos conviene que el Ministerio Fiscal o el Abogado eviten una preparación tan artificiosa que haga que el testigo utilice un modo de expresión excesivamente correcto, que al jurado puede sonar falso; del mismo modo que un juzgador avisado sabe que (contra lo que suponga algunos profesionales del foro, obsesionados

247

Wells, G.L. & Murray, D.M., <<What can psychology say about the Niel V. Biggers criteria for judging eyewitness accuracy>>, en <<Journal of social psychology on procedural justice 1983, págs. 347 y ss.; De Paul, loc. cit., pag. 257: incluso si la percepción de estas claves no verbales puede ser escasa: Ekman, 1991.

248

Coates, D., Wortman, C. & Abbey a., <<Reactions to victims>>, en Frieze, I., Bar-Tal, D., & Carroll, J. (eds.), <<New Approaches to Social Problems>>, Josey-Bass, San Francisco, 1979, per De Paul, loc. cit., pag. 257.

249

Lotfus, E. F., <<Eyewitness testimony>>, Harward University Press, Cambridge, 1979.

por realizar un interrogatorio exhaustivo en busca de

Jesús Fernández Entral

contradicciones o lagunas sobre puntos que pueden ser irrelevantes) un recuerdo excesivamente minucioso y preciso puede ser síntoma de menor sinceridad²⁵⁰.

El testigo debe saber, en fin, que las respuestas narrativas son más persuasivas que las breves y fragmentadas.

Buena parte de lo expuesto a propósito del manejo de la prueba pericial es aplicable a la testifical.

No abundan las normas relacionadas con la prestación del testimonio. En los tres primeros párrafos del Artículo 130 CPP se establece:

<< ... Los deponentes responderán de viva voz y sin consultar notas o documentos. Se exceptúan en cuanto a la consulta de notas o documentos, los peritos y demás personas que sean autorizadas para ello por el órgano jurisdiccional.

El deponente será exhortado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y podrá ser interrogado por las partes cuantas veces sea necesario.

Las preguntas no deberán ser capciosas ni subjetivas....>>.

Y en el 330 CPP se dispone:

<<...Una vez identificados, los testigos serán juramentados, advertidos de las consecuencias legales de sus actos si faltan a la verdad e interrogados sobre sus antecedentes, sus relaciones con las partes y demás circunstancias que sean conveniente conocer para valorar su testimonio. En seguida, el Presidente del Tribunal le concederá la palabra para que exponga todo lo que sabe acerca de la acción u omisión sobre la cual versa la acusación. Los testigos expresarán la razón y el origen de sus informaciones y designación posible, a los terceros que se las hayan comunicado.

Terminada la deposición, el Presidente del Tribunal permitirá que el testigo sea interrogado por quien lo propuso y por los demás

250

De Paul, loc. cit., pag. 257, sobre O Barr, 1982 y Welts, G.L., & Murray, D.M.,

<<What can psychology say about the Niel V. Biggers criteria for judging eyewitness accuracy>>, en <<Journal of social psychology on procedural justice>>, 1983, pags. 347 y ss.

intervienes. Los miembros del Tribunal podrán interrogar al

Jesús Fernández Entralgo

testigo después de que lo hayan hecho las partes. Cualquiera de las partes podrá objetar las preguntas que se refiere este párrafo y la objeción valdrá cuando así lo decida el Presidente del Tribunal.

El Presidente determinara el orden de los interrogatorios, los moderara e impedirá que se formulen al testigo preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas. Evitara, además, que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase que se lastime su dignidad...>>.

El desarrollo del testimonio, de acuerdo con lo que resulta de los preceptos transitorios, se desglosaría, pues, en dos fases:

- a) una primera, narrativa, en la que el testigo proporcionaría, sin interrupción, la información que posee sobre el hecho enjuiciado; seguida de....
- b) ...una segunda etapa, constituida por el interrogatorio contradictorio (la <<*cross examination*>>). a cargo de las partes y, finalmente, si lo cree necesario, del mismo Tribunal.

El testigo habrá de ser orientado, desde un principio, sobre el objeto del interés procesal. De otro modo, se corre el riesgo de que se pierda en divagaciones sobre extremos irrelevantes (aunque a el no se lo parezcan), dejando a un lado los verdaderamente útiles para la reconstrucción de lo sucedido.

En caso que el testigo sea incapaz de hilvanar un discurso pertinente, hará bien el Presidente del Tribunal pasando a la fase de interrogatorio cruzado, concediendo la palabra a las partes.

El testigo prestara su testimonio verbalmente. En casos excepcionales (para precisar algún dato o cuando el objeto del interrogatorio abunde en detalles de fechas, lugares y cifras), el Tribunal podrá autorizar que consulte notas o apuntes para refrescar la memoria o confirmarla.

Las partes y el Tribunal podrán formular sus preguntas en forma abierta o cerrada²⁵¹. Las primeras requerirán que el testigo manifieste cuanto sepa sobre un extremo determinado. Las segundas son asertivas: el interrogador propone un enunciado para que el testigo lo afirme o lo niegue. En la bibliografía

especializada

251

Dillehay, loc., cit., pag. 351.

se advierte el peligro de que estas preguntas estén sesgadas²⁵²,

Jesús Fernández Entralgo

aunque no siempre ese sesgo haya de conducir a su rechazo procesal.

Las preguntas han de justificarse por su funcionalidad procedimental.

El juicio de pertinencia tiene una doble dimensión²⁵³. En primer lugar, se ha de valorar la relación que guarda con el tema que es objeto del juicio; pero también habrá que tener en cuenta su capacidad o habilidad para formar la convicción del Tribunal sobre los hechos que han de servir de fundamento al fallo.

Desde un primer punto de vista reclama lo que se denominaría pertinencia en sentido estricto, esto es, la relación del objeto de la pregunta con el debate en curso²⁵⁴. Esta pertinencia en sentido estricto deriva, pues de venir la pregunta a propósito y concernir a lo que esta en tela e juicio.

La revelación o utilidad, esto es su capacidad para contribuir a averiguar los hechos investigados y las personas que hayan podido participar en ellos, es tratada como una dimensión de la pertinencia en sentido amplio²⁵⁵.

En ocasiones, preguntas aparentemente impertinentes no son sino el comienzo de una línea de interrogación que va penetrando poco a poco hasta llegar al núcleo de la cuestión. El Tribunal no deberá rechazarlas de plano, esperando un poco hasta captar su sentido, o requerir a la parte que las esta haciendo para que explique su funcionalidad.

El modelo garantista de interrogatorio del acusado proscribire las preguntas sugestivas o capciosas y requiere su claridad y univocidad²⁵⁶.

La pregunta ha de formularse de una manera comprensible, y ser unívoca, esto es, reducida a un extremo concreto y determinado,

252

Dillehay, loc. cit., pag. 345.

253

Fenech, loc. cit., pag. 596.

254

Fenech, loc. cit., pag. 596.

255

Fenech, loc. cit., pag. 596.

256

Ferrajoli, loc. cit., pag. 608.

sin incluir en ella una pluralidad de puntos, obligando de este modo, Jesús Fernández Entral§o al interrogado, a afirmar o negar todos ellos globalmente²⁵⁷. Las preguntas <<complejas>> generan el doble grave peligro de que el interrogado no pueda responder diferenciadamente a cada una de las que engloba, y de que atraigan su atención la primera o la última de estas, a las que refiere realmente su respuesta, que, no obstante, será apacible a la totalidad.

La pregunta a ha de ser directa, no en el sentido de ser necesario afrontar inmediatamente el objeto que se pretende investigar (en muchas coacciones, puede ser más aconsejable unas preguntas iniciales de tanto sobre extremos, pertinentes, sin duda, pero circunstanciales²⁵⁸), sino de exigencia de proposición clara de lo que se pregunta.

La prohibición de preguntas capciosas sugestivas, que Ferrajoli rastrea ya en un *rescriptum* de Trajano, recogido en el Digesto (Ulpianus, 8, <<De officio proconsulis>>, D.48, 18,8, 21), es enérgicamente recordada por Carrera²⁵⁹, quien equipara la <<sugestión verbal>> con la <<real>>, producida por la tortura, ya que la información conseguida de este modo <<... ya no viene la expresión espontánea de su alma [del interrogado], ni la manifestación genuina de lo que sabía antes de presentarse al interrogatorio, sino un eco de lo que el Juez va sugiriendo...>>; y remacha: <<... Viciosísimo es todo interrogatorio que peque de sugestión>>. Recomienda, en cambio, la adopción de un <<... método analítico, es decir, que el Juez que interroga no debe partir nunca de lo conocido, sino interrogar como si no supiera lo que sabe, pues, de otro modo, sugiere, no interroga...>>.

Las preguntas capciosas son aquellas que envuelven engaño>>²⁶⁰, y se hacen –define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua– <<... para agarrar el contrincante o interlocutor una respuesta que pueda comprometerlo, o que favorezca propósitos

257

Doñring, E., <<La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación>>, EJE, Buenos Aires, 1972, págs. 47-48.

258

Doñring, loc. cit., págs. 50-51.

259

Carrera, F., <<Programa de Derecho Criminal. Parte General>>, Temis, Bogotá, 1956, págs. 419-421.

260

Vázquez Sotelo, J.L., <<Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción

del Tribunal>>, Bosch, Barcelona, 1984, pag.91.

de quien la formula.....>>. Contravienen las pautas de neutralidad del

Jesús Fernández Entral
interrogador y de espontaneidad de la repuesta.

Capciosas son, en definitiva, las <<sugestivas>>(o <<conductivas>>), <<... que tratan de dirigir o sugerir la repuesta del procesado procurando que asienta a lo que se pregunta...>>²⁶¹. Son <<... aquellas preguntas que, en vez de instar de una manera neutral a seguir haciendo indicaciones, insinúan una repuesta determinada...>>²⁶². No es capcioso hacer dos preguntas de signo contrario, tratando de sorprender al testigo en alguna posible contradicción, aunque, si se suceden inmediatamente, el testigo podrá descubrir fácilmente la artimaña.

La Sentencia de 18 de octubre de 1956, del Tribunal italiano de Casación, las definía muy bien, en sintonía con los resultados de los estudios de Psicología del testimonio, de esta manera: <<... se deben considerar subjetivas, y, por tanto, prohibidas, las preguntas en las que se da por existente, explícitamente o como presupuesto lógico, una circunstancia que no ha sido relatada por el interrogado...>>.

La sugestión puede conseguirse con técnicas muy diversas²⁶².

- Las preguntas disyuntivas o alternativas proponen una serie (mas o menos abierta, dando lugar a las disyuntivas completas o incompletas) de posibilidades entre las que el interrogado ha de elegir, obligándolo a excluir otras no mencionadas.
- Las preguntas expectantes se formulan como una proposición interrogativa negativa o como una proposición dubitativa o condicional negativa.-Se considera que la primera modalidad inclina a la repuesta afirmativa, mientras la segunda, a la negativa. El tono de la pregunta puede sesgar considerablemente la contestación.
- Las preguntas indicativas dan por presupuesta la realidad de un dato que sirve de punto de arranque, y que no ha sido previamente asumido por el interrogado. Atraída la atención

261

Vázquez Sotelo, loc. cit., pags. 52-53.

262

Doehring, loc. cit., pags. 52-53.

263

Caiado, loc. cit. Pags., 186-188; Majada, A., <<Manual de Formularios Penales>>, Bosch, Barcelona, 1971, II, pag. 1053; Muñoz Sabate, L. <<Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso>>, Praxis, Barcelona, 1967, pags. 285-286

por la pregunta principal, no cae, el preguntado, en que, al

Jesús Fernández Entral\$
responderla esta aceptando implícitamente el presupuesto.

El ultimo inciso del párrafo final del Artículo 330 CPP prohíbe <<... que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad...>>. Mantener el equilibrio de intereses puede ser sumamente delicado en acciones. Una cierta dosis de hostigamiento al testigo puede ser admisible para tratar de poner de manifiesto sus contradicciones, las lagunas de su testimonio o su falta de verosimilitud. De no ser así un testigo capaz de teatralizar suficientemente un fingido derrumbamiento ante los apremios de su interrogador podría hacer que se truncase prematuramente el interrogatorio, evitando el conocimiento de datos que no quería revelar o los flancos débiles de su testimonio. No es posible establecer pautas mas concretas quedando, esto sin duda delicada materia dependiente del prudente criterio del Presidente del Tribunal. Las partes, por lo demás, deberá recordar que un interrogatorio excesivamente duro de un testigo, incluso si no es estrictamente ilegal, puede producir en el Tribunal un sentimiento de desagrado, que podría perjudicar los intereses de la parte que lo hace.

La bibliografía psicología del testimonio es muy abundante. Los primeros trabajos se esfuerzan por investigar la persistencia y precisión del recuerdo. Se cita la investigación de Stern, pero habría que añadir los de Gross, Bient o Whipple, en los últimos años del pasado siglo y primeros de este. A partir de mediados del actual –y tras un bache de tres decenios- se reanudan las investigaciones sobre la memoria y el testimonio, entendiendo la primera <<... como un conjunto de *procesos activos* de reconstrucción, donde la persona no registra mecánicamente hechos y datos para su posterior repetición, sino que los elabora e interpreta de un modo activo, integrándolo en y desde sus conocimientos previos....>>²⁶⁴.

El valor de una declaración depende de la sinceridad de su actor y del grado de correspondencia entre el contenido de aquella y la realidad. Importa que el manifestante diga <<su>> verdad, y que esta sea <<la>>verdad²⁶⁵.

264

Diges Junco, M. y Mira Solves, J.J. <<La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad>>, <<Justicia 88>>, 1988-III.

265

Trankell, A., <<Reability of Evidence>>, Becmans, Estocolmo, 1972; Undutsch, U., <<Courtroom evaluation of eyewitness testimony>>, <<International Review f Applied Psychology>>, 33,1984; De Cataldo Neuburger, L., <<psicología della

testimonianza e prova testimoniale>>, Giufre, Milano, 1988.

La crítica de la credibilidad y de la fiabilidad del testimonio son

Jesús Fernández Entral

campo abonado para una mitología, plagada de errores, de los que participan los mismos profesionales jurídicos que los legos en Derecho. <<... Por lo general - sintetizan Digos y Mira²⁶⁶, - se supone que el testimonio de un ciudadano normal, que nunca ha tenido problemas con la ley, y que acude diariamente a su trabajo, ha de tener cierta credibilidad, puesto que no es probable que pretenda engañar y estorbar la labor de la Justicia. En contra de esta opinión, el hecho es que los psicólogos que estudian la memoria han mostrado empíricamente que el recuerdo que se tiene de un suceso no es una réplica exacta de lo sucedido, ya que la memoria no es en absoluto una grabación fiel de los sucesos, sino más bien una reconstrucción a partir de esquemas y categorías previos. De esta forma, los estudios del testimonio han llamado la atención a policías y juristas para que en sus investigaciones tengan en cuenta esa posibilidad, primero para salvaguardar la libertad de personas inocentes y, segundo, para limitar la acción de los infractores.

Los procesos de transferencia inconsciente [falso reconocimiento de una fisonomía por la familiaridad producida por un contacto en circunstancias ajenas al hecho enjuiciado], las influencias del lenguaje, el intervalo de tiempo transcurrido, el atractivo físico del agresor, la edad y sexo de la víctima y agresores, los estereotipos, el tipo de transgresión o agresión, etc., han sido estudiados como variables que afectan poderosamente a la calidad del testimonio de los testigos y a su recuerdo de lo sucedido....>>.

La falta de congruencia entre dos manifestaciones sucesivas, espaciadas en el tiempo, de un mismo testigo, o entre distintas partes de una misma manifestación suelen ser interpretadas como indicio, en todo caso, de baja fiabilidad. Del mismo modo que se identifican firmeza en la expresión y fiabilidad de un testigo²⁶⁷. Sin embargo, estos indicios de falsedad testimonial resultan, a menudo, erróneos²⁶⁸.

Los problemas de la crítica del testimonio se agravan cuando se trata de identificar a un sospechoso. A las dificultades normales

266

Loc. cit.

267

De Cataldo, loc. cit.

268

Digos, M., <<El psicólogo forense experimental y el testigo honrado>>, en Sobral, Arce y Prieto, 1994.ç

se agrega la garantía de una mínima similitud ambiental, que se ha

Jesús Fernández Entral\$o

tratado de corregir, al menos en parte (así, en Suecia), haciendo pasar (y aun hablar) a los integrantes de la rueda de presencia del testigo. Asimismo se previene contra el efecto distorcinante de una previa exhibición de albunes fotográficos y de un torpe interrogatorio policial²⁶⁹.

Hay propuestas radicales que proponen impedir que una condena se funde exclusivamente en la prueba testifical²⁷⁰; y que pueda incluso iniciarse una investigación policial sobre la base de un único testimonio no corroborado por otros indicios o fuentes de prueba.

No hay que llegar a tanto. Es cierto –como ironizan Kassin y Wrightsman²⁷¹ - qué aun no se descubrió un indicador de la materia tan objetivo y mecánico como la nariz de pinocho; y, y aunque es sabido que produce ciertas alteraciones fisiológicas, ni los aparatos medidores son fiables, ni su empleo esta admitido generalmente²⁷²; pero los especialistas se afanan en ir organizando mecanismos para lograr una critica razonablemente fiable del testimonio²⁷³. La discutida presencia de psicólogos auxiliando al juzgador (al igual que el consultor técnico a las partes: Artículo 125 CPP), Experiencia ya ensayada en los Estados Unidos de Norteamérica, podrá ser una solución²⁷⁴.

269

Diges, y Diges y Mira, loc. cit.

270

Goldstein, A.G., <<The fallibility of the eyewitness: psychological evidence>>, en Sales, B. D., <<Psychology in The Legal Process>>, Spectrum, New York 1997.

271

Kassin, S.M. y Wrightsman, L.S., <<The American jury on trial: psychological persuasives>>, Hemisphere Publishing Co., London, 1988.

272

Seoane Spiegelberg, J. L., <<Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales>>, en <<Medicina Legal>>, <<Cuadernos de derecho Judicial>>, Consejo General del Poder Judicial, V, 1993. La escasa confiabilidad objetiva de estos aparatos, como el polígrafo, dificultarían su introducción en el proceso penal hondureño, pese a la cláusula de apertura a medios de prueba no regulados expresamente: Artículo 199.1 CPP.

273

Alonso-Quetcuty, M. L., <<Psicología forense experimental: el testigo deshonesto>>, en Sobral, Arce y Prieto, 1994.

274

Diges y Mira, loc. cit; Arce, R. y Fariña, F., <<Toma de decisiones en el tribunal: expertos versus legos. Modelos alternativos>>, en Sobral Arce y Prieto, 1994 cit.; Diges, loc. cit. La posibilidad de introducción en el nuevo proceso penal hondureño sería por la vía de una aplicación imaginativa y flexible de las normas relativas a la pericia.

6.7. - La prueba documental en sentido estricto

Jesús Fernández Entral\$o

La prueba documental parece circunscribirse a escritos en sentido amplio, comprensivos de lenguaje escrito (en letras o números), pero también de gráficos, dibujos o pinturas, fotografías y medios análogos.

Así parece desprenderse del Artículo 252 CPP, a cuyo tenor, para determinar el carácter público o privado de un documento, se estará a lo prescrito por los Código Civil (artículo 1496 y siguientes) y de procedimientos comunes (artículos 320 a 322).

Los documentos pueden aportarse en función de su carácter directamente representativo del hecho litigioso o de parte de el.

Estas pruebas documentales serán exhibidas en la audiencia, con indicación de su origen y leídas por el secretario (Artículo 332 CPP), sin perjuicio de su examen directo por el Tribunal de Instancia.

En ocasiones su exhibición y eventual lectura habrá de ser completada por otra actividad probatoria o, al contrario, esta destinada a servirle de complemento.

Así a tenor del Artículo 251 CPP. Los documentos incorporados al proceso, deberán ser exhibidos al imputado y a los testigos, para que manifiesten si lo reconocen. El imputado y los testigos pueden no solo reconocerlos (o rechazarlos) sino también hacer manifestaciones sobre ellos.

El documento, por otra parte, puede ser objeto de prueba pericial sobre su autenticidad o genuinidad, a fin de determinar si ha sido manipulado o tiene o tiene realmente el origen que se le asigna, por ejemplo, si un cuerpo de escritura ha sido efectuado realmente por la persona de quien se dice.

Lo anterior vale para los demás objetos o piezas de convicción. Deberán ser exhibidos al imputado y a los testigos, para que manifiesten si lo reconocen o no, haciendo las manifestaciones que tengan por conveniente, o contestando a las preguntas que las partes o el Tribunal puedan hacerles sobre ellos.

También tendrán acceso a los mismos los peritos, sea necesario para el cumplimiento de sus cometidos (Artículo 251CPP).

6.8. – Objetos, elementos o piezas de convicción

Los objetos y otros elementos de convicción que hayan sido secuestrados, serán exhibidos para su reconocimiento por el imputado, los testigos o los peritos (Artículo 332.2.1 CPP). Todos ellos podrán hacer las observaciones que tengan por conveniente en relación con ellos, y contestar las preguntas y peticiones de aclaración que les formulen las partes o el Tribunal.

El contenido de las grabaciones y demás pruebas audiovisuales será dado a conocer durante la audiencia (Artículo 332.2 CPP).

En ciertos casos puede bastar la escucha o visión de una parte de ellas, aquella que tenga utilidad procesal; incluso, tratándose de grabaciones de conversaciones podría prescindirse de su audición si el contenido de los registros fue transcrito fehacientemente y las partes están conformes en sustituir la escucha por la lectura.

Con todo, debe tenerse en cuenta que el mensaje comunicativo hablado no se agota en su texto. Su forma de expresión es fundamental para establecer su significado, y de ahí la importancia de la escucha directa por el órgano sentenciador.

6.9. – Careos, reconstrucciones e inspecciones judiciales

6.9.1. – Careos entre imputados, testigos, y peritos

El careo no es más que la confrontación directa entre personas que sostienen cosas diferentes sobre un extremo determinado. Procura alternativamente conseguir que lleguen a un punto de acuerdo o una base para establecer la prevalecida de una sobre otra.

A tenor del Artículo 260 CPP (El careo de testigos, imputados y peritos), el careo tendrá lugar cuando dos o más testigos, hayan discrepado en sus declaraciones sobre hechos o circunstancias importantes del proceso. Se aplicaran al careo las reglas contenidas en el Capítulo III del Título VII del Libro Primero del Código Procesal Penal a propósito de los testigos.

Procederá igualmente el careo entre dos o más imputados o entre un imputado y uno o más testigos, cuando existen discrepancias entre sus respectivas declaraciones, siempre que el imputado no se niegue a participar en el careo.

En caso de discrepancia entre peritos, podrá disponerse que se careen entre si, en la misma forma prevista para el careo de testigos.

El Artículo 261 CPP dispone el procedimiento para practicar el careo.

El careo no podrá verificarse entre más de dos personas simultáneamente.

La diligencia se iniciaría con la lectura, en lo pertinente, de las declaraciones que se repunten contradictorias y que hayan sido rendidas antes del debate, o tan pronto como las contradicciones se pongan de manifiesto durante el debate. Cumpliendo lo anterior, se llamara la atención a los careados sobre sus discrepancias, a fin de establecer la verdad respecto de las mismas. En el careo podrán intervenir el Fiscal, las partes y el Tribunal de Sentencia.

6.9.2. – La reconstrucción de los hechos

Es, esta; una modalidad de prueba que combina la inspección personal del Tribunal y el interrogatorio del acusado o los testigos. Ocasionalmente puede aprovecharse para practicar prueba pericial, sea como ocasión de enriquecimiento de la información disponible por el perito, sea como medio de asesorar al Tribunal o a las partes para conseguir una reconstrucción más aprovechable.

Todo ello se deja ver en la regulación contenida en el Artículo 262 CPP (Reconstrucción de los hechos investigados).

A petición del Fiscal o de las partes, el órgano jurisdiccional, deberá ordenar que se practique la reconstrucción del hecho que se investiga, cuando sea necesario para la comprobación de la verdad. Pese a la imperatividad del tenor literal del precepto, hay que interpretar que el Tribunal podrá rechazar motidamente la práctica de la reconstrucción.

El Juez o quien actúe en representación del Tribunal de Sentencia, se constituiría en el lugar y a la misma hora en que

Jesús Fernández Entral\$o

ocurrió el hecho, en unión del imputado y su defensor, los testigos el Fiscal y el Acusador Privado, en su caso.

El principio de inmediación obliga a entender que el Tribunal de Sentencia deberá asistir personalmente a la reconstrucción en todo caso.

La escena del delito se reproducirá tan fielmente como sea posible, para lo cual, quienes hayan participado, presenciando el mismo o hagan sus veces, así como los objetos relacionados con aquel, será colocados en la posición que tenían en el momento de la ejecución o del hallazgo; se oirá la declaración del imputado, si este accediera a ello, y en este caso deberá explicar detalladamente las circunstancias del lugar, tiempo y forma que se desarrollaron los hechos y se interrogara a los testigos.

El imputado y los testigos tendrán los derechos y obligaciones establecidas en este Código, en relación con las declaraciones.

De todo lo actuado se levantara acta, la que se incorpora mediante su lectura en el debate, salvo, el caso en que se haya practicado durante este.

6.9.3. - La inspección personal de Tribunal

En determinadas ocasiones, será preciso que el Tribunal, para formar adecuadamente su convicción, perciba directamente algún objeto, mueble o inmueble. La inspección Judicial²⁷⁵ permite la percepción inmediata del objeto de interés.

Serra Domínguez²⁷⁶, objeta que la recomendación judicial <<...no constituye un verdadero instrumento probatorio, pues la percepción judicial es característica de toda actividad judicial...>>. Lo que singulariza esta actividad es precisamente ese contacto inmediato

275

Tal es la denominación utilizada por el último párrafo del Artículo 332 CPP. En la bibliografía se ha ido generalizando la denominación <<percepción judicial inmediata>> (Serra, <<Contribución...>> cit. Pag. 360. En el Código Civil español se alude a la <<inspección ocular>>, pero la percepción visual es solo una de las posibles. Muñoz Sabate (<<Técnica...>> cit.) prefiere hablar de <<piezas>>, y Guasp (Derecho Procesal...>> cit.), de <<momentos>>, por oposición a <<documentos>>.

276

<<En torno a una reciente concepción probatoria>>, en <<Estudios...>> cit., pags. 372-373.

Jesús Fernández Entral

del Tribunal con un objeto (en sentido amplio), cuya percepción podrá contribuir a la reconstrucción de lo ocurrido.

A tenor del párrafo segundo del Artículo 311 CP, el Tribunal <<...tendrá a su disposición, para su examen o lectura a efectos probatorios, los libros, para su anexo a la lectura a efectos probatorios, los libros y documentos y demás piezas de convicción que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos enjuiciados....>>.

Ya en curso el debate, tras el interrogatorio del acusado, y la práctica de las pruebas pericial y testifical, <<... [Las] pruebas documentales serán exhibidas en la audiencia, con indicación de su origen y leídas por el Secretario.

<< Los objetos y otros elementos de convicción que hayan sido secuestrados, serán exhibidos para su reconocimiento por el imputado, los testigos, o los peritos. El contenido de las grabaciones y demás pruebas audiovisuales será dado a conocer durante la audiencia.>> Así se dispone en los dos primeros párrafos del Artículo 332 CPP.

El problema surge cuando el objeto no puede ser trasladado a la sede del Tribunal para su percepción por este.

El párrafo último del Artículo 332 CPP establece que <<... [Los] careos, reconstrucciones inspecciones judiciales que soliciten las partes, se practican de conformidad con o prescrito en este Código...>>; pero nada hay previsto expresamente sobre este extremo.

A tenor del Artículo 312 CPP, el Tribunal <<...podrá suspender el debate por un plazo máximo de (15) días, cuando: ... 2) Deba practicarse alguna diligencia en lugar distinto de aquel en que se celebra la audiencia...>>. Tal es el caso de la inspección judicial.

No es posible practicarla por auxilio de otro órgano judicial. El Tribunal está autorizado para desplazarse donde fuere necesario, dentro o fuera de su territorio jurisdiccional.

Recuérdese que, de conformidad con los primeros párrafos del Artículo 126 CPP, Los <<...miembros de los Tribunales de Sentencia podrán constituirse en cualquier lugar comprendido dentro de su jurisdicción.

No obstante, podrá constituirse en cualquier lugar del territorio nacional no comprendido dentro de su jurisdicción, cuando estimen

indispensable conocer en forma directa elementos probatorios de especial importancia para la causa de la cual estén conociendo.....>>.

Por analogía con lo prescrito por el Artículo 262, a propósito de la reconstrucción de los hechos investigados, el Tribunal de Sentencia se constituirá en el lugar y a la misma hora en que ocurrió el hecho, en unión del imputado y su Defensor, los testigos, el Fiscal y el Acusador Privado, en su caso.

El Tribunal de Sentencia tomara conocimiento de lo que sea preciso, dejando constancia escrito de ello²⁷⁷. Aunque no este previsto expresamente, las partes podrán hacer las observaciones que les interesen.

De todo lo actuado se levantara acta, incorporándose como material probatorio utilizable, sin necesidad de lectura en la Sala de Justicia.

6.10. – La iniciativa del Tribunal en la adopción de la prueba: las diligencias para mejor proveer

A tenor del Artículo 333 CPP (<<Diligencias ara mejor proveer>>), <<... [durante el juicio], solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes. El Tribunal podrá, sin embargo, a petición de parte o de oficio, ordenar que se practiquen otras pruebas si durante el juicio se ha puesto de manifiesto la omisión de un elemento de prueba importante antes no conocido. Dichas pruebas podrán ser ordenadas también por el Juez en la audiencia inicial....>>.

En el modelo de proceso contradictorio, pesa sobre cada parte la aportación del material probatorio que justifique sus alegaciones. La prueba ha de proponerse y hacerse practicar en el momento procesal preclusivamente establecido para ello.

La posibilidad de acordar diligencias para mejor proveer constituye una excepción a ambos principios, el de apropiarse de parte y el de preclusión.

²⁷⁷

Si entre los miembros del Tribunal de Sentencia se diesen divergencias de percepción, deberá reflejarse en acta de cada una de ellas.

Jesús Fernández Entral\$o

La segunda se explica fácilmente en la medida en que el conocimiento del medio de prueba se tiene una vez precluido el momento de su proposición. En cambio, el Tribunal deberá ordenar, solo muy especialmente, la práctica de prueba complementaria por propia iniciativa. Ante todo, porque compromete su naturalidad²⁷⁸ y, en segundo término, porque tal vez pueda perjudicar la estrategia procesal de la parte que no ha interesado esa prueba.

278

También, en este caso será buena pauta ética de conducta judicial no ordenar la prueba ni interesada por la parte acusadora, y precisa para condenar al acusado, y disponer la preferida por la defensa, y necesaria para excluir o atenuar la responsabilidad de aquel

7. – LA CONCLUSION DEL DEBATE

7.1. – Las conclusiones de las partes

A tenor del Artículo 334 CPP (Discusión final y cierre del debate>>) <<... [terminada] la recepción de las pruebas, el Presidente concederá, sucesivamente, la palabra al Fiscal, al Acusador Privado y al Defensor, para que en ese orden expresen sus conclusiones.

Durante la presentación de las conclusiones, las partes evitaran la lectura íntegra de aquellas, aunque pueda servirse de notas para ordenarla o para ayudar a su memoria.

El Fiscal y los representantes de las partes, podrán hablar por segunda vez, con la venia del Presidente, para aclarar conceptos.

El presidente impedirá las divagaciones, repeticiones o interrupciones.

Si el Fiscal o el Acusador Privado, en su caso, modificase la calificación inicial del hecho, considerándolo como falta, la competencia del Tribunal se extenderá al pronunciamiento sobre este extremo....>>.

Se reúnen en un solo momento procesal dos actuaciones distintas, a saber, la fijación de las calificaciones y pretensiones definitiva de las partes y su argumentación.

El tenor literal del precepto inclina a interpretar que cada parte procesal intervendrá sucesivamente a fin de formular su clasificación y pretensiones. Esto podría conducir a que las que lo hagan en último lugar se encontraran en una situación ventajosa, puesto que conocerían los argumentos de la contraparte, mientras que esta no habría podido sino hipotetizar los que podrían utilizar las partes que la siguieran en el uso de la palabra. La prevención del turno de replica para aclaración de conceptos resuelve esta dificultad.

El informe de las partes constituye, en palabras de Serra Domínguez²⁷⁹, <<...una pieza fundamental, la mas importante

279

Serra Domínguez, M., <<Informe oral>>, en <<Nueva Enciclopedia Jurídica Seix>>, XII, pags. 571-575, reproducido en sus <<Estudios...>> cits., pags. 747 y ss.

intervención de las partes a lo largo del proceso...>>; enumerado una serie de características que compondrían el modelo ideal.

a) Orden expositivo.

Es indispensable –escribe Serra Dominguez²⁸⁰,- <<...que la exposición se ajuste a un esquema ordenado en el que se vayan insertando los diversos extremos, de hecho y derecho, jurídicamente relevantes...>>.

La parte informante deberá preparar previamente el esquema de su intervención, sin confiarse a la improvisación. Un esquema, obviamente, no significa el desarrollo íntegro y exhaustivo del informe, para ser leído ante el Tribunal. La lectura resta espontaneidad y obliga al auditorio a un esfuerzo de atención. Este factor no debe desdeñarse, puesto que el Tribunal se ve obligado a escuchar, día tras día, numerosos informes²⁸¹. Por otra parte, el Artículo 334 CPP parece prohibir que las partes se limiten a leer mecánicamente sus conclusiones escritas. El precepto contiene un mandato de oralidad estricta, aunque permita valerse de notas o apuntes para ordenar el informe - aquí entraría el esquema para su desarrollo- o para refrescar su memoria, por ejemplo, cuando haya que manejar datos o cifras precisos, o hacer citas legales, jurisprudenciales o doctrinales.

Cuando se interviene en primer lugar, se puede preparar un esquema regido, en el que habrá que prever posibles objeciones de la contraparte (hipotéticas ya afloradas en el curso del debate) y anticiparse a su refutación, calculando estratégicamente, también en este caso, si, procediendo así, se recorre el peligro de aperebirla sobre puntos en los que podría no haber reparado.

Los esquemas de los intervinientes sucesivos habrán de ser, por necesidad, parcialmente abiertos, y las partes, estar preparadas para modificarlos al compás de las intervenciones anteriores.

El informe de la parte acusadora deberá comenzar estableciendo con claridad y precisión la calificación y

280

Loc. cit. pags. 747-748.

281

Serra, loc. cit., pag. 747

pretensiones definitivas. Lo que en el escrito de acusación fue provisional eventual, ahora habrá de fijarse con carácter definitivo. La defensa, por su parte, podrá preponer unas conclusiones especulares (pero de signo contrario, esto es negativas) respecto de la acusación, o –principal o subsidiariamente- otras independientes, siempre, claro esta que mantengan relación con el hecho enjuiciado.

Las partes podrán optar por formular conclusiones únicas, o escalonar unas principales y otra, u otras, subsidiarias, para el caso de no estimarse las anteriores. Esta estrategia se desdeña a menudo, por las defensas, pese a su utilidad, temiendo que, negado el hecho o la participación del acusado, una calificación subsidiaria invocando una causa de exención o de atenuación de la responsabilidad, pueda ser entendida como una admisión implícita y subliminal de culpabilidad. Así es percibida en la práctica, en realidad por algunos tribunales, por lo que las defensas deberán escrutar la psicología de los juzgadores para calcular los riesgos que podría entrañar este planteamiento.

La argumentación se concretará a <<...resumir brevemente las pruebas y a plantear con precisión los diversos problemas jurídicos y humanos de los hechos que se consideran probados....>>²⁸². Las partes habrán de evaluar psicológicamente los jueces, para elegir el método persuasivo que mejor los motive para aproximarlos a las conclusiones presentadas por aquellas. Dillehay, partiendo de los resultados de estudios especializados, recuerda que el Tribunal puede responder a la argumentación de las partes por una de esas vías (o por ambas): <<[I] la valoración del contenido de los argumentos, sus afirmaciones y conclusiones, o [2]... las características de persuasión las que rodean la comunicación, tales como la atracción del comunicador, o el poder que tenga>>²⁸³. Tratándose de un Tribunal profesional, primará la primera, pero las partes no tienen porque renunciar a utilizar técnicas de persuasión que <<...activen emociones fuertes de la audiencia introducir símbolos potentes que evoquen valores centrales..... [del tribunal], y no se prohíbe que... [empleen] los

282

Serra, loc. cit., pag. 749.

283

Loc. cit., pag. 359.

elementos del suspense, las descripciones gráficas de hechos y las sugerencias duras.... >>²⁸⁴.

b) Brevedad

El ideal es que el informe sea <<ajustado>>, esto es, proporcionado a las exigencias del caso.²⁸⁵

Un informe – advierte sensatamente Serra Dominguez²⁸⁶, -<<... no debe ser reiterativo. Repetir machaconamente los mismos problemas solo sirve para cansar la atención del Tribunal y distraerlo respecto de otros aspectos más sugestivos... [El] informe debe limitarse a uno o varios aspectos del problema debatido, a aquellas mas relevantes para el fallo, sin que pueda pretender abarcarlos todos ... La brevedad no debe, empero, significar el olvido de los puntos fundamentales ...[En definitiva,] deben abordarse todos os problemas fundamentales en el menor plazo posible, proporcionalmente a la dificultad que representan....>>

c) Lenguaje.

El mensaje comunicativo propio del informe requiere una combinación equilibrada de correlación formal, con ocasionales concesiones al habla mas llana²⁸⁷, y técnicamente jurídica depurada. Por supuesto, un informe no es una lección magistral dictada desde una cátedra universitaria, y el reto, para la parte interviniente, es conseguir combinar las dosis justas de teorías y aplicación practica del conocimiento teórico al caso concreto.

Podrá invocar argumentos de autoridad y los criterios de la doctrina jurisprudencial, sin olvidar que el fundamental es la explicación del contenido de aquellos y de estos, sin

²⁸⁴ Dillehay, loc. cit., pag. 360.

²⁸⁵ <<Un informe que dure varias horas puede ser breve en exceso, mientras puede ser agotador uniforme de diez minutos.... >>, Serra, <<Informe....>> cit., pag.749.

²⁸⁶ Loc. cit., pag. 748.

²⁸⁷ Un informe desarrollado en habla vulgar, con empleo de recursos efectistas, puede

ser sintomático que su verdadero destinatario no es tanto el Tribunal como el propio cliente, o el publico y, en vsu caso, vlos vmedios vde vcomunicación presentes en la Sala de Justicia. El efecto que puede causar sobre los juzgadores podría ser negativo, si la estrategia es entendida como desinterés real por el tratamiento jurídico serio del caso.

Jesús Fernández Entralgo

reproducirlos monótonamente ni conformarse con la simple cita de autores o de sentencias.

La emoción tiene su lugar en el discurso argumentativo, pero no se debe confundir con la fastidiosa retórica hueca, que puede producir efectos contraproducentes en el Tribunal si la percibe como ejercicio de narcisismo o como síntoma de ausencia de razones de peso, sustentadoras de la posición de la parte interviniente.

d) Respeto

<<...El informe - escribe Serra Domínguez²⁸⁸, - debe ser respetuoso, tanto por lo que respecta al Tribunal cuanto a los restantes informantes, con las partes y con los terceros más o menos relacionados con la causa...>>.

Las actitudes agresivas y de descrédito hacia las contrapartes o hacia terceros pueden resultar perjudiciales para los propios intereses, al provocar una actitud –consiente o inconsistente– de rechazo del Tribunal. Por lo mismo, la ironía ha de manejarse con extremo cuidado.

Al Presidente del Tribunal se atribuye un poder de disciplina sobre las partes, del que deberá hacer uso proporcionado, en aras de la mayor eficiencia del derecho que cada parte tiene a defender sus respectivas posiciones.

7.2. - La intervención de la víctima

De acuerdo con el Artículo 334 CPP, la víctima <<... podrá hacer uso de la palabra por una sola vez, aunque no hubiera intervenido en el proceso...>>.

Esta oportunidad de que la víctima haga oír su voz al final del debate constituye una manifestación del movimiento de revitalización del papel procesal de aquella.

La víctima podrá expresar su parecer sobre el caso, sobre el desarrollo del proceso o sobre alguna prueba o sobre su valor persuasivo. El Presidente del Tribunal tendrá, sobre su intervención, el mismo poder de control que sobre las partes procesales en sus

intervenciones.

288

<<Informe...>> cit., pag. 749.

7.3. – El derecho del acusado a la <<última palabra>>

<<...Finalmente, el Presidente preguntara al imputado si tiene algo mas que manifestar. Inmediatamente después de lo que el exprese, declara cerrado el debate....>>. Así se lee en el último párrafo del Artículo 334 CPP.

Este derecho <<a la última palabra>> es considerado, en la bibliografía especializada, como una manifestación del derecho de defensa²⁸⁹, sobre que el Presidente del Tribunal puede controlar en los términos establecidos en este mismo Artículo respecto de las partes.

El acusado en este trámite, podrá admitir los hechos imputados, retractarse de sus anteriores declaraciones, objetar las formuladas por coimputados, testigos y peritos, o argumentar contra las partes acusadoras. Podrá, incluso ampliar razonamientos de su defensa y hasta discrepar abiertamente de ella²⁹⁰.

289

Llórente, loc. cit., pag. 501; Pico i Junoy, J., <<Las garantías constitucionales del proceso>>, Bosch, Barcelona, 1997, pag. 104. El Tribunal Constitucional Español, en su Sentencia de 20 de junio de 1994, hace estas interesantes reflexiones: <<...El derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no solo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también en defenderse personalmente [artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]... en la medida en que los regulan las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. ... [La Ley española de Enjuiciamiento Criminal] ofrece al acusado A derecho a la ultima palabra <<...., por si mismo, no como una mera formalidad sino....>> por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de su coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera>> La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando, mínima, ha de separarse, como garantía, de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por si misma la corresponde. La viva vos del acusado es un elemento personalismo y esencial para su defensa en juicio.>>. Con el derecho constitucional a la audiencia en juicio (artículo 94 de la Constitución hondureña), lo relaciona Llórente (loc. cit., pag. 501).

290

Pico i Junoy, loc. cit., pag. 104; Llórente, loc. cit., pag. 501.

Jesús Fernández Entral\$o

En ocasiones, tras intervenciones muy técnicas y apegadas al hecho enjuiciado, este trámite constituye la única vía para que el Tribunal tenga noticia de la biografía del acusado, de su perfil como persona y de su andadura vital. El impacto psicológico de esta intervención –frente a la que las partes no pueden hacer sino guardar silencio²⁹¹- puede ser muy diferente según los casos. La defensa obrara prudentemente preparando esta última intervención de su patrocinado, porque, a veces, la falta de conciencia del alcance de sus palabras hace que a persona acusada convierta esta oportunidad de defensa en un verdadero alegato en su contra en menoscabo de la estrategia defensiva de su Abogado.

291

Aun cuando el acusado haga revelaciones o retractaciones sorprendidas, no por eso dejara de serrarse el debate, sino poder acordar la investigación suplementaria que procedería en otro caso (Artículo 312.2.6 CPP).

8. – LA DOCUMENTACION DEL JUICIO ORAL. EL ACTA DEL JUICIO

Lo ocurrido durante el debate del juicio oral ha de ser conservado, de modo que su registro permita su reconocimiento por quien no ha intervenido en el o su consulta por quienes si lo han hecho²⁹².

El Artículo 346 CPP (Registro de lo ocurrido durante el juicio y contenido del acta) dispone que el secretario dejara constancia en acta de todo lo ocurrido durante el juicio oral y publico, la cual contendrá:

- 1.- Lugar y fecha de la audiencia, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como, de las suspensiones y de las reanudaciones;
2. - El nombre y apellidos de los jueces, del Fiscal y del Acusador Privado, en su caso, del Defensor y de los demás intervinientes con la indicación de la función que estos cumplieron;
3. - El nombre y apellidos y demás generales del imputado;
4. - Un resumen del desarrollo del debate, con mención del nombre apellidos de los testigos, peritos e interpretes, indicación de lo manifestando por cada uno de ellos y señalamiento de los medios de prueba ejecutados durante la audiencia, incluidos los documentos que hubiese sido incorporados al debate, por lectura;
5. - Las solicitudes o peticiones formuladas por las partes durante el juicio, las resoluciones recaídas, un resumen de las conclusiones de las partes y de la intervención de la víctima y del imputado, en su caso, y de la sentencia definitiva proferida;
6. - Los demás sucesos acaecidos durante el debate, por instrucciones del Presidente del Tribunal o por iniciativa de cualquiera de los jueces, del Fiscal, del Acusador

Privado, en

292

Cubas y Banegas, Comentarios al Artículo 346, en Palacios y Fernández, lugar citado pagina 576.

Jesús Fernández Entral

su caso, y el Defensor y en particular, de las objeciones hechas por alguna de las partes, a efecto de preparar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, y

7. - La firma del Presidente y el Secretario. No se extiende, a diferencia de lo ordenado por el Artículo 132.7 CPP, de todos los intervinientes, posiblemente para evitarles las incomodidades de aguantar hasta el fin al del debate o de la sesión correspondiente.

Si el debate se ha fragmentado en una pluralidad de sesiones (en cualquier caso, se producirá una fragmentación entre debate, emisión de la sentencia absolutoria y fases de emisión de la sentencia condenatoria), de cada una de ellas se levantara la correspondiente acta.

El secretario dejara constancia fehaciente del contenido del acta, pero el alcance de la fehaciencia es muy diferente según los casos.

Respecto de datos como los enumerados en los tres primeros aparatos la mención del nombre y apellidos de los testigos, peritos e interpretes, los medios de prueba ejecutados durante la audiencia, los documentos que hubieren sido incorporados al debate, por lectura; así como la transcripción literal de las solicitudes o peticiones formuladas por las partes durante el juicio, las resoluciones recaídas, la sentencia definitiva proferida; instrucciones y objeciones hechas por el Tribunal o alguno de sus miembros o por alguna de las partes, a efecto de preparar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, la fehaciencia es absoluta.

No lo es, en cambio, en cuanto a la indicación de lo manifestado por testigos y peritos y al resumen de las conclusiones de las partes y de la intervención de la víctima y del imputado, en su caso, o de la síntesis de manifestaciones, declaraciones, solicitudes, Peticiones y objeciones de las partes y el Tribunal o de cualquiera de sus miembros. La fehaciencia, en estos casos, se limitara al solo hecho de la emisión de esas declaraciones o manifestaciones, pero no a su contenido, ya que la síntesis o resumen hechos por el Secretario implican una inevitable dosis de subjetividad.

Es aplicable lo dispuesto por el Artículo 134 CPP sobre características de las Actas y forma de corrección de las mismas.

Jesús Fernández Entral\$o

En las actas o registros, no podrán hacerse raspaduras ni borrones. Tampoco podrán superponerse letras o palabras.

Los errores y las palabras que se sustituyan, se tacharan pasando sobre ellas una línea que no impida la fácil lectura de lo enmendado.

Las palabras o letras omitidas se entrelinearan, dejándose en la parte final del acta o documento que la sustituya, las aclaraciones correspondientes.

El Tribunal podrá acordar que el acta sea complementada, total o parcialmente, por la grabación magnetofónica o audiovisual, o por otra forma de registro. Esta posibilidad no es sino manifestación de lo dispuesto con carácter general por el Artículo 133 CPP. Ha de tenerse por aplicable lo establecido en el:

- * Quien presida la actuación, adoptara las medidas necesarias para garantizar la inalterabilidad e individualización futura del medio empleado
- * Ninguna disposición del presente Código se entenderá que obstaculiza el empleo de sistema de informática u otros medios modernos para registrar los hechos que deben figurar en actas o documentos análogos.

El riesgo audiovisual, en cuanto complemento del acta escrita, puede lugar a una extensión del ámbito de la fehcencia al contenido registrado.

Cualquiera de las partes podrá solicitar autorización para grabar o filmar total o parcialmente lo que suceda durante el debate, y el Presidente, en caso de acceder a la petición, ordenara las medidas necesarias, para evitar obstaculización al desarrollo del juicio.

El Secretario entregara de oficio a cada una de las partes, con la copia de la sentencia, un ejemplar del acta.

9. – EL CIERRE DEL DEBATE

<<...Finalmente, el Presidente preguntara al imputado si tiene algo mas que manifestar. Inmediatamente después de lo que el exprese, declarara cerrado el debate....>>. Así se lee en el último párrafo del Artículo 334 CPP.

Este derecho <<a la ultima palabra>>es considerado, en la bibliografía especializada, como una manifestación del derecho de defensa²⁹³ (Llórente, Pico i Junoy), sobre el que el Presidente del Tribunal puede controlar en los términos establecidos en este mismo Artículo respecto de las partes.

El acusado, en este trámite, podrá admitir los hechos imputados, retractarse de sus anteriores declaraciones, objetar las formuladas por coimputados, testigos y peritos, o argumentar contra las partes acusadoras. Podrá, incluso, ampliar los razonamientos de su Defensa y hasta discrepar abiertamente de ella.

En coacciones, tras intervenciones muy técnicas y apegadas al hecho enjuiciado, este trámite constituye la única vía para que el Tribunal tenga noticias de la biografía del acusado, de su perfil como persona y de su andadura vital. El impacto psicológico de esta intervención –frente a la que las partes no pueden hacer sino guardar silencio- puede ser muy diferente según los casos. La Defensa obrara prudentemente preparando esta ultima intervención de su patrocinado, porque, a veces, la falta de conciencia del alcance de sus palabras hace que la persona acusada convierta esta oportunidad de defensa en un verdadero alegato en su contra o en menoscabo de la estrategia defensiva de su Abogado.

Aun cuando el acusado haga revelaciones o retractaciones sorprendidas, no pro eso dejara de cerrarse el debate, sin poder acordar la investigación suplementaria que procedería en otro caso (Artículo 312.2.6 CPP).

Tras la intervención del acusado, el Presidente del Tribunal declara cerrado el debate y los Magistrados se retiraran a deliberar.

El caso queda cerrado y visto para sentencia.

293

Llórente Fernández de la Reguera, A., <<Del juicio oral y publico>>, en Palacios y Fernández, lugar citado, pag. 501; Pico i Junoy, J., <<Las garantías constitucionales del proceso>>, Bosch, Barcelona, 1997

10. – BIBLIOGRAFIA

- Aguilera de Paz, E. Ley Enjuiciamiento Criminal. VIII, Madrid. 1924
- Alberca Llórente, R., Valenciano Gaya, L. Sánchez-Pedreño, J. y Ros de Oliver, B. *Psiquiatria y Derecho Penal*. Tecnos, Madrid, 1965.
- Alcalá-Zamora y Castillo. *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional* Edición Revista Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944.
- Alcalá-Zamora y Castillo. *La Teoría General del Proceso y la enseñanza del Derecho Procesal*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1968.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N, *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires. 1945.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. *Proceso oral y abogacía, Estudios de teoría general e historia del proceso, II*. México. 1974.
- Alcalá-Zamora. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. Mexico. 1947.
- Almagro Nocete, J., Gimeno Sendra, V., Cortes Domínguez, V. y Moreno Catena, V. *Derecho Procesal, I.I.I*. Tirant lo blanch, Valencia. 1988.
- Alonso-Quetcuty, M.L. *Psicología forense experimental: el testigo deshonesto*. Sobral Arce y Prieto. 1994.
- Alschuler, A.W. *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*. Yale Law Journal, 84. 1975.
- Alschuler, *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial Alternatives to the Plea Bargainig. System*, 50. University of Chicago Law Review, 931, 1,042-1,043, 1983.
- Amodio, E. *Facicolo processuale*. Obra colectiva <<Lezioni sul nuovo processo penale>> Giufre, Milano. 1990.
- Andrés Ibañez, P. y otros. *La reforma del proceso penal*. Tecnos. 1990
- Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, numero 3. 1976.
- Arce, R. Fariña, F. *Toma de decisiones en el tribunal: expertos vs legos Modelos alternativos*. Sobral, Arce y Prieto. 1994.
- Armenta Deu, T. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU, Barcelona 1991.

- Asencio Mellado, J.M°. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Trivium Madrid. 1989.
- Ayarragaray, C.A. El principio de inmaculación en el proceso. Buenos Aires. 1959.
- Bacari, G.M., y otros. Le nuove leggi penali. Abuso di ufficio. Dichiarazioni del coimputato. Videoconferenze giudiziarie. CEDAM, Padova. 1998.
- Bacigalupo, E. Descriminalización y prevención. Poder Judicial, número especial II, Jornadas sobre la Justicia Penal en España. Madrid, 24 a 27 de Marzo de 1987.
- Barnard, D. The Criminal Court in Action. Butterworths, London. 1988.
- Barona Villar, S. La incomparecencia de testigos como causa de suspensión de la vista en el proceso penal. Justicia 84. 1984.
- Beccaria, C. De los delitos y las penas, capítulo XIV en la edición Harlan.Bruguera, Barcelona. 1983.
- Beceña, M. Notas de Derecho Procesal Civil (recogidas por Perales y Enciso). Madrid. 1932.
- Beling, E. Derecho Procesal Penal. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro. 1943.
- Brady v. U.S., 397 US, 742. 1970.
- Bulow, O. Von. Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvor-aussetzungen. Gieser, 1868.
- Burgos Ladrón de Guevara, J. El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español. Civitas, Madrid. 1992.
- Cabañas García, J.C. El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada. Revista del Derecho Procesal.1991.
- Calvo Sánchez, C. La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre <<LA LEY>>1990.
- Capítulo XXXIV. De cómo el procedimiento llegó a ser secreto. Libro XXVIII, Del espíritu de las Leyes, Porrúa, México.1973
- Cappelletti, M. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. EJE, Buenos Aires. 1972.
- Carnelutti, F. Lecciones sobre el proceso penal, I ed Castellana. E.J.E.A., Buenos Aires. 1950.
- Carnelutti, F. Principi del processo penale. Napoli.1960.

- Carrara, F. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Temis, Bogota 1956.
- Caso Bordenkircher v. Hayes 434 US 357, 98, S.Ct. 663, 54, L.Ed. 2d. 604. 1978.
- Cedras, J. La justice penale aux Etats- Unis. Economica /Presses Universitaires d' Aix –Marseille. Paris –Aix en Provence. 1990.
- Chiovenda, G. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1948.
- Clemente Díaz, M. (coordinador). Fundamentos de la Psicología jurídica. Pirámide, Madrid, 1995.
- Conde- Pumpido Ferreiro, C. Enjuiciamiento Criminal. Trivium Madrid. 1988.
- Conso, G, y Grevi, V. Profili del novo codice di Procedura Penale. Cedam, Padova. 1991.
- Corbit v. New Jersey, 439 US, 212, 99, S. Ct., 492, 58, L.ED. 2d, 466. 1978.
- Cordero, F. Procedura Penale Giuffre, Milano 1991.
- Cortés Domínguez, V. La cosa juzgada penal. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia. 1975.
- Cross, R. y Tapper, C. Cross on evidence. Butterworths, London. 1985.
- Cubas Urcina, L.D. y Banegas Zeron, J. Comentarios al artículo 342, Código procesal Penal Comentado (Honduras). Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Cooperación Española/Consejo General del Poder Judicial, Tegucigalpa, 2000.
- Da Costa Andrade, M. Consenso e oportunidade (Reflexiones propositivas da suspenção provisória do processo e do processo sumaríssimo) Jornadas de Direito processual penal. Novo Código Processo Penal. Almedina, Coimbra. 1991.
- Da Costa Pimenta, J. Código Procesal Penal anotado. Rei dos Livros Lisboa. 1991.
- De Cataldo Neuburger, L. Psicología della testimonianza e prova testimoniale. Giuffre, Milano. 1988.
- De Diego Díaz, L.A. Algunos apuntes sobre la plea bargaining de los U.S.A. Poder Judicial, número especial VI.
- De Diego Díez, L-A. El procedimiento abreviado para determinados delitos: una puerta abierta a la transacción en el proceso penal. Cuadernos de política Criminal núm. 41. 1990.

- De la Oliva, A. y Fernández, M.A. Lecciones de Derecho Procesal, II. Barcelona. 1984.
- De Miguel y Alonso, C. El funcionamiento de la oralidad en España. VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal. 1927
- De Miguel y Alonso, C. La cientificidad de la prueba pericial y la apreciación del juzgador en el proceso civil español. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1972.
- Denti, V. Cientificidad de la prueba, en relacion principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1972.
- Department of Justice, Bureau of Justice. The Prevalence of guilty pleas, Washington 1984.
- De Pina R. Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid. 1934.
- Devis Echandia, H. Cientificidad de la prueba, en relacion principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1972.
- Devis Echandia, H. Comprendido de Derecho Procesal, II. Pruebas Judiciales, ABC, Bogotá. 1988.
- Devis Echandia, H. Principios fundamentales del derecho procesal penal. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1982.
- Díaz Cabiale, J.A. La admisión y practica de la prueba en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1991
- Diges, Junco M. y Mira Solves, J.J. La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad. Justicia 88. 1988.
- Diges, M. El psicólogo forense experimental y el testigo honrado. Sobral, Arce y Prieto. 1994.
- Dillehay, R.C. Conducta de Abogados y dinámica psicologica. Garzon. 1989.
- Do'hring, E. La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su practica y apreciación. EJEAA, Buenos Aires. 1972.
- Dolz y Arango, R. Juicio oral: consideraciones sobre el artículo 655 de la Ley Enjuiciamiento Criminal. Revista General de Derecho del Ilustre Colegio de Abogados de la Habana, VI 1889.

- Eberhard Schmidt. *Über Kriminologische Probleme*. Festschrift für K. Schneider, Stuttgart. 1962.
- Emmins Ch. J. *A practical approach to Criminal Procedure*. Blackstone, London. 1981
- Fairen Guillen, V. *Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso <<La defensa>>*. Estudios de Derecho Procesal Civil Penal y Constitucional, III. La reforma Procesal Penal 1988-1992. Madrid EDERSA. 1992.
- Fairen Guillen, V. *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial* EDERSA. Madrid. 1986.
- Fairen Guillen, V. *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*. Librería Bosch, Barcelona. 1990.
- Fairen Guillen, V. *La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español*. Temas del ordenamiento procesal, II, Tecnos, Madrid. 1969.
- Fairen Guillen, V. *Los principios procesales de oralidad y publicidad y su carácter técnico o político*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1975.
- Fairen Guillen, V. *Para una teoría general del Derecho procesal* Temas del ordenamiento procesal, I, Tecnos, Madrid. 1969.
- Fenech, *Derecho Procesal Penal Labor*. Barcelona –Madrid-Buenos Aires –Río de Janeiro-México-Montevideo. 1960.
- Fenech, M. *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe* Paris, 1969.
- Fernández Entralgo, J. *Justicia a cien por hora. El procedimiento abreviado* Cuadernos de Derecho Judicial, IX, Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1992
- Fernández Entralgo, J. *Los principios de legalidad (u obligatoriedad) en el proceso penal*. Código Procesal Penal Comentado (Honduras) Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Cooperación Española/Consejo General del Poder Judicial Tegucigalpa, 2000
- Fernández Entralgo, J. *Principios del Proceso y Principios del Procedimiento* Código Procesal Penal Comentado (Honduras), Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Cooperación Española / Consejo General del Poder Judicial Tegucigalpa, 2000

- Ferrajoli, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1995.
- Ferrua, P. Oralita del giuidizio e lettura di deposizioni testimoniali. Milán. 1988.
- Franchimont, M. Jacobs, A, y Masset, A. Manuel de Procedure Penale. Colection Scientifique de la Faculte de Droit de Lipge, Ed du Jeune Batteau de lipge 1989.
- Framarino dei Malatesta, N. Lógica de las pruebas en materia criminal. Temis, Bogotá, 1988.
- Friedman, L. M. Introducción al Derecho Norteamericano. Librería Bosch, Barcelona, 1987.
- Frieze, I., Bar-Tal, D., & Carroll, J. (eds.). New Approaches to Social Problems Josey-Bass, San Francisco. 1979.
- Font y Serra. La prueba de peritos en el Derecho español Barcelona. 1975
- Fortín Aguilar, M.A. Código Procesal Penal comentado (Honduras). Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Coorporacion Española/ Consejo General del Poder Judicial Tegucigalpa, 2000.
- Fortín Pavón, H.E., Código Procesal Penal comentado (Honduras). Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Cooperación Española/ Consejo General del Poder Judicial Tegucigalpa, 2000.
- Foschini, G. L'imputato. Studi. Giuffre, Milano. 1956.
- Foucault, M. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo Veintiuno Editores Madrid. 1978.
- Gambini Musso, R. II: Plea Bargaining Tra Common Lawe Civil Law. Giuffre, Milano, 1985.
- Garzon, A. Psicología y Justicia. Promolibro, Valencia. 1989.
- Gimeno Sendra, J.V. Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. 1978.
- Gimeno Sendra, V. Fundamentos de Derecho Procesal, Civitas, Madrid. 1981.
- Gimeno Sendra, V. La nueva regulación de la conformidad. Ley Orgánica. 7/1988.
- Gimeno Sendra, V. La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica. 7/1988). <<La Ley>>, XI, num 2569. Septiembre, 1990

- Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V., Almagro Nocete, J. y Corte Domínguez, V. Derecho Procesal, II. Proceso Penal, tirant lo blanch, Valencia. 1988.
- Goldschmidt, J. Principios generales del proceso: problemas jurídicos y Políticos del proceso penal. Buenos Aires. 1961.
- Goldschmidt, J. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1935.
- Goldstein, A. G. The fallibility of the eyewitness: psychological evidence. en Sales, B.D., Psychology in The Legal Process, Spectrum, New York.1977.
- Gómez Colomer, J.L. El proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas. Bosch, Barcelona. 1985.
- Gómez Obraje, E. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Bosch, Barcelona, I, 1947. II, 1950.
- Gómez Obraje, E. Y Herce Quemada, V. Derecho Procesal Civil. Madrid 1976.
- Gómez Obraje, E. Y Herce Quemada, V. Derecho Procesal Civil. Madrid 1968.
- Guasp, J. Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil, II-I. Aguilar, Madrid. 1947.
- Guasp, J. Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968
- Hassemer, W. Fundamentos del Derecho Penal. Bosch, Barcelona 1984
- Heumann, M. y Loftin, C. Mandatory Sentencing and the Abolition of Plea Bargaining: The Michigan Felony Firearm Statute. Law & Society Review, 13. 1979.
- Holzhammer. Österreichisches Zivilprozessrecht. Wien/Nuw York. 1970
- Israel, J.H. y LaFave, W.R. Criminal Procedure. Constitutional Limitations. West Publishing Co., St. Paul, Minnessota. 1988.
- Jacob, H. Urban Justice: Law and Order in American cities. 1973.
- Jiménez Ansejo, E. La confesión del reo inculgado. Revista de Derecho Procesal. 1945
- Jiménez Burillo, F. y Clemente, M. (comps). Psicología social y sistema penal. Alianza Universidad Textos, Madrid. 1986.
- Johonson, N. y Savitz, L. Sa. Legal Process and Correction. J. Wiley, New York.1982.

- Kamisar, Y., LaFave, W.R. e Israel, J.H. *Modern Criminal Procedure*. West Publishing Co., Paul, Minnessota. 1986.
- Kaplan, M.F. (ed). *The impact of social psychology on procedural justice*. IL. Charles Thomas, Springfield. 1986
- Kassin, S.M. y Wrightsman, L.S. (eds.) *The psychology of evidence and trial procedure*. Sage, Beverly Hillis. 1985.
- Kassin, S.M. y Wrightsman, L.S. *The American jury on trial Psychological perspectives*. Hemisphere Publishing Co., London. 1988.
- Keane, A. *The modern law of evidence*. Butterworths, London. 1989.
- Klein- Engel. *Der Zivilprozess Osterreichs*. Berlín –Leipzig- Maenheim. 1927.
- Kuhne, H.H. *Strafprozesslehre*. C.F. Muller, Heidelberg. 1988.
- Langbein, J. *Controlling prosecutorial discretion in Germany*. The University on Chicago Law Review. 1974.
- Lattanzi, G. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*. Contributi allo studio del nuvo Codice di Procedura Penale (volumen colectivo) Giuffre, Milano. 1989.
- Loftus, E.F. *Eyewitness testimony*. Harvard University Press, Cambridge. 1979.
- Lois Estevez, J. *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento procesal*. Porto La Coruña. 1961.
- Lopez –Rey y Arrojo, M. *proyecto de Código para Bolivia*. Cordova –Argentina. 1946.
- Lozano –Higuero Pinto, M. y Marchena Gómez, M. *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*. Comares, Granada. 1994.
- Llórente Fernández de la Reguera, A, *Del juicio oral y publico*.Codigo Procesal Penal comentado (Honduras). Corte Suprema de Justicia/Congreso Nacional/Cooperación Española/ Consejo General del Poder Judicial Tegucigalpa, 2000.
- Machado Schiaffino, C.A. *El perito y la prueba*. La Rocca, Buenos Aires 1988.
- Maia GonCalves, M. *Codigo de processo Penal anotado*. 1991.
- Maier, J.B.J. *Derecho procesal penal. I, Fundamentos*. Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires. 1996.

- Majada, A. Manual de Formularios Penales. Bosch, Brcelona. 1971
- Masselli, G.L'applicazione della pena su richiesta della parti.
Profili del nuovo processo penale. Cedam, Padova. 1988.
- May, R. Criminal evidence. Sweet and Maxwell, London. 1986.
- McCoinville, M. Plea Bargaining and the Court of Appeal. British
Journal of Law and Society. 1979.
- Montero Aroca, J. El principio de la oralidad y su practica en la
vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Justicia 83. 1983.
- Montero Aroca, J., Gomez Colomer, J.L., Ortells Ramos, M.y Monton
Redondo, A. Derecho Jurisdiccional. III, Proceso Penal. Librería
Bosch, Barcelona.1991.
- Montero Aroca, J.Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción,
accion y proceso. Tecnos, Madrid, 1976.
- Moreno Catena, V. La defensa en el proceso penal.Civitas, Madrid
1982
- Muñoz Sabate, LL. Sobre la falta de controles probatorios. Revista
Jurídica de Cataluña. 1979.
- Muñoz Sabate, L. Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de
la prueba en el proceso. Praxis, Barcelona. 1967.
- Natonal Advisory Commission on Criminal Justice Standards and
Goals. Courts, U.S.Government PrintingOffice, Washington.
1973.
- Newman, D.J.y Anderson, P.R.Introduction to Criminal Justice.
Randon House, New York. 1989.
- North Carolina v. Alford 400 US, 25 1970.
- Onecha Santamaria, C.La prueba pericial. Revista de Derecho Procesal
Iberoamericana. 1975.
- Ortells Ramos, M. Eficacia probatoria del acto de investigación
sumarial Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim.Revista
General de Derecho. 1979.
- Ortells Ramos, M. El nuevo procedimiento abreviado: aspectos
fundamentales. Justicia 89. 1989.
- Ortells Ramos, M. Nuevos Poderes para el Ministerio Fiscal en el
proceso penal: Limites constitucionales y valoración juridico-

politica Revista de Derecho Procesal. 1990.
- Pagano, F.M. Considerzioni sul pcesso criminale. Napoles.1799.

- PaIero, C.E. *Minima non quart pretor Cedam*, Padova. 1985
- Paolozzi, G. *Dei testimoni*. CEDAM, Padova. 1984.
- Pastor López, M. *El proceso de persecucion. Analisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*. Universidad de Valencia, Secretaria de Publicaciones, Valencia, 1979.
- Peces Mórte, J. *El Juez ante la pericia psiquiátrica XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Madrid Febrero, 1990.
- Perelmann, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retorica*. Civitas Madrid. 1979.
- People v. Dennis, 28 III. App.3d. 328N.E. 2d. 135, 1975. En *Prople v. Snow*, 194 NW 2d. 314, Mich. 1972
- People v. Foster, 19 NY 2d. 150, 152, 25, NE 2d. 200, 201, 1967.
- Pico i Junoy, J *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch, Barcelona. 1977.
- Picot Canaleta, I. *Análisis del espacio de un Tribunal de Justicia. El juicio oral*. Studia Iridica, Consejo General del Poder Judicial/Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia.Centre d'Estudios Jurídics i Formacio Especializada. 1994.
- Pisapia, G.D. *Linamenti del nuevo proceso penale*. Cedam, Padova. 1989
- Pomata, T. *Sistemas de comunicación. Sistema de conservación La Ley* 1957.
- Popper, K.R. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Orbis. 1984.
- Prieto- Castro, L. *Informe general sobre los principios políticos y tecnicos para una Ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones. Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1964.
- Prieto- Castro, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Arasandi, Pamplona.1982.
- Pugh, G. *An introductory analysis of characteristic aspactos of American criminal justice with comparative comments as to the Fresch system*. Revue de la Recherche juridique. 1985.
- Ramos Méndez, F.*Derecho Procesal Civil*.Librería Bosch, Barcelona 1985
- Ramos Méndez, F. *El proceso penal. Lectura constitucional*.Libreria Bosch. Barcelona. 1988.

- Reynolds, M.P. y King, Ph. A.D. The expert witness and his evidence. BAP Professional Books, Oxford- London-Eidinburgh. 1988.
- Rodríguez García, N.El consenso en el proceso penal español. J.M. bosch, Editor, Barcelona. 1977.
- Romero Coloma, A.M. Estudios de la prueba procesal. Su valoración psicológica. Colex, Madrid. 1986.
- Romero Coloma, A.M. La prueba pericial en el proceso penal. Revista General de Derecho Valencia, numero 537, Junio de 1989.
- Roxin, C. Strafverfahrensrecht. Verlag C.H.Beck, Munchen.1989.
- Roxin, C. Strafverfahrensrecht. Verlag C.H.Beck, Munchen.1995.
- Rubiestein & White Plea bargaining: Can Alaska live without it?, 62, Judicature, 266. 1978.
- Salas, D. Du proces penal. Elements pou une theorie interdisciplinaire du proces. Presses Universitaires de France, Paris. 1992.
- Schuldhofer. Is Plea Bargaining Inevitable?, 97 Harvar Law Review, 1,037, 1.092-1093. 1984.
- Schunemann, B. ¿crisis del procedimiento penal? (Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). Conferencia dictada en Madrid. Abril, 1991.
- Sentis Melendo, A. Teoria y practica del proceso-Ensayos de Derecho Procesal, III. E.J.E.E., Buenos Aires. 1959.
- Seoane Spiegelberg, J.L. Recepcion en e proceso de nuevos metodos de investigacion sientifica y derechos fundamentales. Medicina Legal.Cuadernos de Dercho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, V. 1993.
- Serra Domínguez, M. Contribución al estudio de la prueba. Revista Jurídica de Cataluña. 1962.
- Serra Domínguez, M. Declaración del imputado e indagatoria. Nueva Enciclopedia Jurídica XII, Seix, Barcelona, 1965.
- Serra Domínguez, M.Estudios de Derecho Procesal, Ariel Barcelona.1969
- Serra Domínguez, M. La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario. Nueva Enciclopedia Jurídica, XIII, Seix, Barcelona.1967
- Serra Domínguez, M. Liberalización del proceso civil (Las facultades de Juez en la legislación y en la realidad procesal). Revista de Dercho Procesal Iberoamericana. 1972.

- Serra Domínguez, M. Reflexiones sobre una reciente concepción probatoria Revista de Derecho Procesal.1968.
- Silva Melero, V. La prueba procesal, I.Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid. 1963.
- Smith P.F., y Bailey, S.H. The Moden English Legal System.Sweet & Maxwell, Lndon, 1984.
- Smith R, y Wyme, B. (ed). Expert evidence. Interpreting Science inthe Law. Routledge, London –New York. 1989.
- Sobral, J. El abogado como psicólogo intuitivo. Anuario de Psicología Jurídica, I. 1991.
- Trankell, A. Realiability of Evidence. Beckmans, Estocolmo.1972.
- Undeutsch, U. Courtroom evaluation of eyewitness testimony. International Review of Applied Psychology, 33. 1984
- United States v. Jackson, 390, US, 570, 88, S. Ct. 1209, 20, L.Ed 138, 1968.
- U.S.v. Gaskins 1973.
- U.S.v. Martínez. 1973.
- Vattimo, G. La sociedad trasparente, Paidos/ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona –Buenos Aires-Mexico.1989.
- Vázquez Sotelo, J.L., Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del Tribunal. Bosch, Barcelona. 1984
- Velez Miraconde, A. Derecho Procesal Penal. Lerner Buenos Aires. 1969.
- Viada Lopez-Puigcerver, C. y Aragonese Alonso p. Curso de Derecho Procesal Penal. Madrid.1970.
- Viada Puigcerver, C. y Aragonese Alonso p. Curso de Derecho Procesal Penal, I. Madrid.1968.
- Vigoritti, V. Público ministero e discrecionalita dell´azione penale negli Stati Uniti d´America. Publico ministero e accusa penale. Problemi e prospetive di riforma. A cura di Giovanni Conso. Zanichelli, Bologna.1979.
- Wach, A. Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts Leipzig. 1885.
- Walter, G. Libre apreciación de la prueba. Temis Bogota. 1985.
- Weinreb, LL.L. Denial of Justice. Criminal Process in the United Satates. The Free Press/Collier Macmillan Publishers, New York-London.1977.
- Wells, G.L. & Murray, D.M. What can psychology say about the Niel V.Biggers criteria for judging eyewitness accuracy. Journal of social psychology on porcedural justice. 1983.
- Zuckerman, A.A. The principles of Criminal evidence. Clarendon Law Series, Oxoford. 1989.

Jesús Fernández Entral\$o

Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres de Litocom
en el mes de abril de 2001
y su edición consta de 1,000 ejemplares