CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO

LIBRO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I
PRINCIPIOS BASICOS

CAPÍTULO ÚNICO
DISPOSICIONES COMUNES A TODO EL PROCEDIMIENTO

PRINCIPIOS DEL PROCESO
Y
PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Jesús Fernández Entralgo
Magistrado

1. INTRODUCCION

Para el formalismo normativista, el fenómeno jurídico gira en torno a la norma. Sin embargo, la norma encuentra su sentido en el conflicto, actual o posible. En el Digesto de Justiniano se recoge un fragmento atribuido a Hermogeniano: …*Honimun causa omne ius constitutum sit… (D. I, 5, 2).* El Derecho se establece por y para los seres humanos; por y para los conflictos que se producen en el marco de la convivencia social; para resolverlos y para prevenirlos.

Y, cuando falla la eficacia preventiva de la Ley y del contrato, cuando no es posible regular pacíficamente las relaciones entre personas, y surge el conflicto, si no cabe el arreglo, la composición (espontánea o provocada) entre los litigantes, ni el recurso, siempre excepcional a la propia defensa del interés en entredicho, el equilibrio, difícil, pero no imposible, entre los ideales de justicia y paz social demanda –como explica el profesor Serra Domínguez- la delación del litigio a una instancia que lo decida irrevocablemente con carácter vinculante, de acuerdo con las pautas proporcionadas por el sistema jurídico vigente. He aquí la esencia de la actividad jurisdiccional.

Pero esa actividad no se desarrolla de cualquier modo. Existe una institución, un modelo regulador preestablecido para llevarla a cabo: el proceso jurisdiccional.

Conviene diferenciar dos significantes que se han confundido hasta que los estudios procesales alcanzaron un cierto rigor científico: <<*proceso*>> *y* <<*procedimiento*>>*.*

El proceso al que se refiere el Derecho Procesal es institución, modelo global de estructura en acción para el cumplimiento de una función, la jurisdiccional; es <<*processus iudicii*>>*.*

El proceso es una estructura dinámica funcional.

Desde un punto de vista estático, esa estructura está integrada por determinados elementos. Para que desarrollen adecuadamente la función que ha de cumplir el proceso, esos elementos tiene asignados roles o papeles respectivos específicos, y las relaciones entre ellos están igualmente predeterminadas.

Y, puesto que se trata de una estructura dinámica, es preciso, asimismo, establecer los actos de desarrollo de la actividad de la estructura y de sus distintos elementos. El procedimiento es el método con arreglo al cual se realizan esos actos; el que determina su forma (tiempo, lugar, modo) y su orden de sucesión.

2. EL PROCESO PENAL

> El proceso penal es una especie del concepto genérico de proceso, que surge cuando se interesa del órgano jurisdiccional la satisfacción de una pretensión (resistida) de aplicación de una pena o de una medida de seguridad a una persona que se afirma autora de un hecho descrito como delito o falta.

El artículo 254 del Código Procesal Penal (en adelante, y abreviadamente, CPP), dispone: …El proceso de investigación y juzgamiento de los delitos constará de las siguientes fases:

a) Etapa preparatoria;
b) Etapa intermedia; y
c) Debate o juicio oral y público…

Esta última, el debate, oral y público, entre partes enfrentadas en torno a la estimación o el rechazo de la pretensión punitiva es la esencia del proceso penal; es el <<juicio verdadero>>, en palabras de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, antes de llegar a él, se desarrolla una actividad que no es propiamente procesal, aunque haya de ajustarse a un procedimiento legalmente establecido. Durante ella, no se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado, sino que 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 procesal por referencia a una acepción de proceso penal que lo identifica con el fenómeno procesal penal, comprensivo del proceso penal en sentido estricto y de sus etapas preparatorias.

La actividad preprocesal de instrucción, existe en todos los procesos, pero en el penal adquiere una singularidad que la diferencia de todos los demás.

En la *Exposición de Motivos* del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica se explica 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 de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación. El Estado, a quien se le está confiada la persecución penal por regla, es un extraño al conflicto social en el que reside el caso penal. Desde que se atribuyó para sí 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 pública, tuvo necesidad, como extraño al conflicto por definición, de informarse acerca de él, 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 judicialmente 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 más: <<… [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 período procesal y objeto de 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 de 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.

3. PRINCIPIOS DEL PROCESO Y PRINCIPIOS DEL 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 procesales.

3.1. Principios del Proceso.

3.1.1. Principios Estructurales:

En el proceso jurisdiccional penal se enfrentan las personas físicas o jurídicas que asumen respectivamente las contrapuestas posiciones de partes acusadora y acusada, origen del conflicto que ha de decidir el órgano jurisdiccional, situado en una posición superior a ellas, en la medida en que reúne la <auctoritas> de decidir irrevocablemente el litigio y la <<potestad>> de imponer coactivamente su decisión a las partes y a la comunidad toda.

Los principios estructurales del proceso organizan las relaciones de las partes entre sí y con el órgano jurisdiccional.

3.1.1.1. Principios estructurales del proceso en relación con el órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional ha de reunir ciertos requisitos, a saber:

A) Independencia

LA independencia del juicio jurisdiccional se asienta en dos premisas, coordinadas, pero distintas, que analizaba Pietro Calamandrei.

Institucionalmente, <<…la independencia de la Magistratura estimada como sistema de órganos instituidos para juzgar, como orden autónomo e independiente de cualquier otro poder…>>, estatal o paraestatal; funcionalmente, implica <<…la independencia del magistrado individual en el momento en que juzga…>>.

Esta, a su vez, puede ser contemplada desde una doble perspectiva: individual o personal (condicionada por la preparación técnica, la experiencia, personal y jurídica, pero también la personalidad de cada Juez); y estatutaria. EL estatuto profesional del Juez puede condicionar considerablemente su independencia. La forma de su designación y, en su caso, de su renovación, los mecanismos de promoción, su retribución y el régimen de su responsabilidad tienen mucho que ver con el grado efectivo de aquella.

B) Imparcialidad.

La imparcialidad judicial tiene una doble dimensión.

B.1) Como imparcialidad subjetiva, es ajenidad personal al conflicto.
Se depura mediante los mecanismos de excusa o abstención, y de recusación.

B.2) Como imparcialidad objetiva, consiste en la ingenuidad funcional,
Por ausencia de juicio previo (pre-juicio) acerca del caso enjuiciado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene insistiendo en la necesidad de garantizar que el órgano sentenciador carezca de ideas preconcebidas (formadas por una intervención en alguna fase anterior al debate) sobre el caso que está llamado a enjuiciar. En su sentencia de 10 de octubre de 1998 (caso Castillo-Algar), insiste en que <<...[en] esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ello depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados. Por ello debe recursarse todo juez del que pueda legítimamente temerse una pérdida de imparcialidad…>>, en ese sentido de haber podido formarse un perjuicio como consecuencia de una actuación procedimental anterior.

La necesidad de establecer barreras frente al denominado juez prevenido, del que pueda temerse que, por razón del desempeño de una actividad anterior dentro del proceso, imprima (consciente o inconscientemente) a su actuación jurisdiccional un sesgo marcado por el perjuicio ha llevado a consagrar la separación de las funciones instructora y decisora, como garantía de la imparcialidad.

En el modelo francés napoleónico, inspirador del sistema continental, la investigación preliminar - instrucción del proceso – se atribuía a un órgano judicial, el juez de instrucción, como garantía de imparcialidad o neutralidad de la actividad instructora.

Frente a este modelo, se alza aquel otro, en el que el Ministerio Fiscal o Ministerio Público de constituye en dueño de la instrucción, en expresión que ha hecho fortuna entre los procesalistas alemanes (Peters, Roxin, Tiedemann, Esser), y comienza a extenderse entre los de habla castellana.

Tal es el sistema que se ha venido siguiendo, desde antiguo, en el mundo angloamericano y en los países nórdicos. Siguiendo su ejemplo, lo introdujo la denominada <<pequeña reforma>> de la Ley Procesal Penal alemana, en 1974, que tanto influyó en el cambio de sistema llevado a cabo por los Códigos Procesales Penales de Italia y de Portugal.

En España se mantiene, ciertamente, la figura del Juez instructor, pero no puede desconocerse la persistencia del debate acerca de la oportunidad de su mantenimiento (combatido por prestigiosos especialistas, de la talla de Gimeno Sendra, Vives Antón o Conde- Pumpido Ferreiro) , y no ha sido ajena a esta mentalidad la drástica limitación de sus poderes de determinación del objeto de la investigación y de las personas imputadas que se aprecia en el modelo de instrucción de las causas que se atribuyen al Tribunal del Jurado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por la 8/1995, de 16 de noviembre)

Y al Ministerio Fiscal o Ministerio Público atribuyen la función instructora nuevos Códigos Procesales Penales Centro y Sudamericanos (Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguay y Perú), en sintonía con el preconizado por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

En su Exposición de Motivos se justificaba así el cambio de sesgo frente al modelo judicial napoleónico:

<<…Históricamente, el espíritu republicano…, a pesar de tolerar la persecución penal estatal (Inquisición), exigió, básicamente, la creación de un órgano del Estado encargado de perseguir penalmente (el ministerio público), diferente de aquel competente para decidir el conflicto (el tribunal). Pues, a pesar de que ambas funciones pertenecían al Estado, no era posible confundirlas en un inquisidor, todo en aras del resguardo de la dignidad de la persona perseguida.

No es consecuencia con esta idea la entrega de ambas funciones –la de requerir y la de decidir -, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, v.gr., el juez de instrucción. Su existencia solo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aun no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controle el límite de sus poderes.

Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aún durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión.

Así se ha resuelto el problema en el código [Modelo] …El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales… >> .

Durante la instrucción de la causa se llevan a cabo, como advierte el profesor Gimeno Sendra, actos de investigación propiamente dichos, pero también actos que, en puridad, son jurisdiccionales.

De estos últimos –adopción de medidas investigadoras o cautelares limitativas de derechos de la persona, pero también actos que hayan de funcionar eventualmente como prueba preconstituida en un posible juicio posterior- ha de entender un órgano judicial; de los demás, el Ministerio Fiscal o Ministerio Público.

En el párrafo primero del artículo 7 del Código Procesal Penal, se contiene una clara proclamación de la doble exigencia de independencia y de imparcialidad de los jueces penales: <<…El juzgamiento de los delitos y de las faltas, así como, el control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, corresponderá a jueces y magistrados independientes y e imparciales, sólo sometidos a la Constitución de la República, a los tratados y a las leyes>>.

La garantía de la imparcialidad objetiva se consigue en la medida en que la instrucción es dirigida por el Ministerio Fiscal (artículos 92, 273 y 274 CPP) –sin perjuicio de la legitimación de la Procuraduría General de la República para ejercitar la acción penal en materias propias de su competencia (artículo 92 CPP) , ni de los poderes de investigación preliminar de los miembros de las Direcciones Generales de Investigación Criminal y de Policía Preventiva, siguiendo las orientaciones y órdenes del Ministerio Fiscal, y controlada por el Juez de Letras (artículos 279 a 281 CPP) .

El enjuiciamiento y fallo corresponde, en cambio, como regla, a los Tribunales de Sentencia (artículo 57 CPP) , en caso de delito, y a los Jueces de Paz (artículo 59 CPP) , en el de falta, y, excepcionalmente, a la Corte Suprema de Justicia, en aquellos casos en que actúe como órgano jurisdiccional de instancia (artículo 55 CPP) .

La garantía de la imparcialidad subjetiva se consigue mediante los mecanismos de excusa (o abstención) y de recusación, regulados por los artículos 83 y siguientes CPP.

La división interna del trabajo jurisdiccional, garantía de enjuiciamiento por el <<juez natural>> (predeterminado por la Ley), se contiene en las reglas sobre competencia por razón de la materia y de la función, desarrolladas por los artículos 61 y siguientes CPP.

En el nuevo modelo procesal penal, todos tienen asignada una función específica, sin confusión de roles.

Al juez corresponde juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Así lo quiere nuestra constitución. Su artículo 314 lo expresa bien claramente: <<Es facultad privativa de los Tribunales de Justicia, juzgar y ejecutar lo juzgado. A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos>>.

El juez no acusa ni defiende. El juez juzga y hace que se lleve a la práctica lo decidido por él.

De acusar, se encarga el Fiscal, en nombre de la sociedad. El Fiscal no representa al Gobierno ni a un partido. El Fiscal representa a la Sociedad, y, porque actúa en su nombre, lo hace con neutralidad. Sólo acusará a quienes crea culpables de un delito; nunca, a quienes considere inocentes.

Y, puesto que tal es su función, se ocupa, también, de dirigir la investigación inicial, porque le servirá para preparar la acusación.

Como el juez no acusa, tampoco investiga. Pero se reserva dos misiones fundamentales, en garantía de los derechos de la persona: autorizar, cuando haya justa causa, medidas de investigación de investigación invasivas de aquellos derechos (por ejemplo, el allanamiento de un domicilio particular, la apertura de la correspondencia, el control de comunicaciones telefónicas); y disponer, también solo cuando esté justificada, la prisión provisional de la persona señalada por el Fiscal como supuesta autora de un delito.

3.1.1.2. Principios estructurales del proceso penal en relación con la intervención de las partes:

a) El acceso a la tutela judicial efectiva: legitimación para ser parte (en el procedimiento y en el proceso)

a.1. La legitimación activa pública:

a.1.1. La denominada acción popular (quivis ex populo) supone el reconocimiento de legitimación activa a cualquier persona, aunque no tenga un interés individualizado en el proceso. Es, en palabras del profesor Almagro Nosete, <<…una legitimación abierta, de clara significación política, que extiende la eficacia del ejercicio del derecho a la jurisdicción penal en su vertiente activa o promotora, a todos los ciudadanos y excluye y el monopolio del Ministerio Fiscal…>>

No puede desconocerse la tendencia moderna a prescindir o a limitar drásticamente esta modalidad de legitimación procesal activa.

En sistemas procesales en los que –como ocurre en España- se conserva la acción penal pública (reconocida, incluso, por el articulo 125 de la vigente Constitución Española), se desarrolla, no obstante, un vivo debate sobre la conveniencia de su mantenimiento.

En el Código Procesal Penal la legitimación pública es excepcional: solo se atribuye a <<…cualquier persona, natural o jurídica…>> en procesos penales <<…contra los funcionarios o empleados públicos que, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, hayan violado derechos humanos…>> (artículo 96.2 CPP).

Esta limitada posibilidad de acción popular se incluye entre las opciones alternativas contempladas en el Código Procesal Penal Modelo.

En cambio, no se incluye la legitimación procesal penal activa de asociaciones intermedias en defensa de intereses colectivos o difusos. Estas asociaciones podrán sólo –con arreglo al artículo 98 CPP- asumir la defensa de intereses de victimas concretas e individualizadas.

a.1.2. EL Ministerio Fiscal como representante del interés colectivo esta legitimado activamente para intervenir en concepto de acusación pública, ejercitando la <<acción pública>> (a tenor del articulo 25 CPP), pudiendo proceder por propia iniciativa (de oficio) o a instancia particular de persona interesada (como víctima, en el sentido definido por el artículo 17 CPP) como condición excepcional de procedibilidad (artículo 26 CPP).

Su condición de órgano tutelar de personas desasistidas –en cuyo caso interviene por <<sustitución procesal>> de éstas- explica que, con arreglo al artículo 26.2 CPP, pueda ejercitar la acción penal pública condicionada <<…sin necesidad de requerimiento de parte interesada cuando el delito haya sido cometido contra un menor o incapaz que no tenga padres o representante legal o cuando el autor del delito sea alguno de sus ascendientes o su representante legal…>>

a.2. La legitimación por interés particular.

El sujeto pasivo del delito (el <<…directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y demás entes públicos…>>: articulo 17.1 CPP) está legitimado para intervenir como parte acusadora (acusación particular) en virtud de querella (artículos 16.1 y 96 CPP).

También lo están quienes, aún no siendo sujetos pasivos (directamente ofendidos) por el delito, tienen –con arreglo al artículo 17 (2 y 3) CPP- el carácter de Víctimas de aquel, a saber, <<…[el] cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos testamentarios en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido…>> y <<…[los] socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio pro indiviso…>>.

La iniciativa del ofendido o del perjudicado que tenga la consideración de víctima de la infracción se exige, como presupuesto de procedibilidad,

* en los delitos semipúblicos (perseguibles sólo previa denuncia del sujeto pasivo): la <<instancia particular>> como condición excepcional del ejercicio de la acción pública (artículo 26 CPP); y,

* en aquellos casos en que la legitimación procesal activa está limitada a la víctima de la infracción, cuando se trata de los llamados delitos privados (artículo 27 CPP)

La privatización del proceso penal se funda, así, en alguna de éstas razones: la abstención de intervención penal en ámbitos privados en los que aquella podría resultar perjudicial (la delincuencia intrafamiliar), salvo casos de especial gravedad; y el reconocimiento de bienes jurídicos disponibles con interés público limitado en la persecución de los delitos cometidos contra ellos (honor, intimidad y bienes patrimoniales).

La acusación particular (y la popular, en los casos en que excepcionalmente es posible) no es meramente adhesiva del Ministerio Fiscal. Tiene una intervención autónoma – como se comprueba por la lectura del artículo 97 CPP- y puede suplir la inactividad de la acusación pública, determinando, entonces, la denominada <<conversión>> del procedimiento (artículo 41 CPP), que se ajustará a las especialidades establecidas por los artículos 405 y siguientes CPP.

Por lo demás, la posición de la víctima se encuentra considerablemente robustecida, dados los derechos que le reconoce el artículo 16 CPP.

b) Principios rectores de la actuación de las partes procesales.

El proceso penal constituye el marco de comprensión escénica en que se enfrentan dialécticamente las pretensiones y oposiciones, contra petensiones o resistencias de las partes acusadora y acusada, situadas en un plano de igualdad, de no discriminación arbitraria.

b.1. Dualidad de posiciones de parte.

La controversia (el conflicto), potencial o actual, en torno a la satisfacción o el rechazo de una pretensión punitiva o de aseguramiento es el fundamento del proceso penal; presupuesto de la incoación del procedimiento y de la apertura del juicio oral.

Aunque puedan ser asumidas por mas de una persona (física o jurídica), las posiciones de parte en el proceso penal son dos: acusadora y acusada, según se pretenda o se resista la imposición de una pena o de una medida de seguridad a persona determinada, a quien se acusa de ser autora de un hecho no justificado descrito como constitutivo de infracción penal.

b.2. Igualdad de las partes procesales.

El proceso se organiza como una relación dialéctica entre partes constituidas en pié de igualdad, de acuerdo con el modelo comunicativo del discurso exento de dominación (en el sentido desarrollado por Habermas).

La igualdad de armas procesales de las partes es un ideal compartido por el sistema acusatorio anglosajón (<<equality of arms >>) y por los procesalitas continentales (<<Waffengleichkeit>>, de que hablan, en Alemania,

Botticher, Blomeyer y Stein-Jonas), que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, en su sentencia de 27 de junio de 1968, en el caso Neumeister) y la procesalistica española (sirva de ejemplo el profesor Gimeno Sendra) ligan a la efectividad del derecho a un juicio justo o debido, reconocido por el articulo 6.1 de la Convención Europea de 1950.

> Dorr explica que el principio se concreta en que <<…cada parte procesal dispondrá de iguales y suficientes oportunidades para manifestar su pretensión…>> Y en que <<…ninguna de las partes será discriminada frente a las demás…>>.
>
> Esparza Leibar advierte que la igualdad entre las partes procesales <<…se basa en la consideración, para el proceso penal, de la acusadora y la inculpada como posiciones procesales opuestas igualmente legitimadas, y que, en consecuencia deberán ser dotadas de iguales armas para la consecución de sus fines procesales. Pero los roles procesales de acusador e inculpado son tan diferentes que no será posible de hablar de una igualdad de armas absoluta entre la posición acusadora, obligada a la investigación de los hechos y los inculpados facultados para la negación y el silencio sobre los mismos…>>. Por eso, más que de igualdad de armas, se ha de hablar de <<…igualdad de oportunidades …en el sentido de un equilibrio del derecho de ambas partes en la medida de las diferentes necesidades que para cada rol procesal deben ser satisfechas, esto garantizaría igualmente y <<fair trial>> superando una consideración de la igualdad de armas como absoluta…>>
>
> El principio de igualdad de los intervinientes en el proceso se encuentra expresamente consagrado por el artículo 13 CPP, constituyendo a jueces y magistrados en garantes de su efectividad.

b.3. Contradicción (o audiencia bilateral: <<audiatur et altera pars>>).

> En el marco escénico procesal, la acción dramática se desarrolla con arreglo a las pautas procedimentales de la oralidad y de la publicidad, concediendo a ambas partes en conflicto iguales oportunidades de formular sus alegaciones y de defenderlas mediante la prueba de los hechos fundamentadores y de la proposición de los correspondientes argumentos jurídicos, por un lado (igualdad de armas procesales), y de tratar de contrarrestar las alegaciones, pruebas y argumentos de la parte contraria, por el otro. En éstos último consiste en principio procesal de contradicción.
>
> A diferencia de la oralidad y de la publicidad, no se trata de un principio del procedimiento, si no de un principio procesal, porque afecta a la estructura misma del proceso; y es consustancial al moderno modelo dialéctico (el ideal del <<adversary system>> angloamericano) que concibe aquel como mecanismo de resolución de un conflicto entre partes situadas en pie de igualdad.

El principio de contradicción domina la totalidad del procedimiento, y no solo la fase de debate. Durante la investigación, la contradicción se manifiesta como poder de aportación, ante el Fiscal, en cuanto director de aquella, de cuantos elementos de juicio se consideren convenientes para la mejor defensa del imputado. Obviamente, como hace notar el profesor Gimeno Sendra, lo anterior implica la oportunidad de constituirse en parte con iguales derechos y posibilidades de actuación que las legitimadas como acusadoras.

Se encuentra consagrado expresamente en el artículo 4 CPP, y es consecuencia de él la inviolabilidad del derecho a la defensa, proclamado por el artículo 14 CPP.

3.1.1.3. El principio acusatorio como principio estructural del proceso penal.

El modelo procesal denominado inquisitivo dejaba en manos del órgano jurisdiccional tanto la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, como la investigadora, esto es, de instruir el proceso, y de configurar su objeto, fijando tanto el hecho enjuiciable o justiciable como la pretensión punitiva.

Esta concentración de funciones y poderes se considera, hoy, incompatible con la exigencia de imparcialidad como rasgo sustancial de la actividad jurisdiccional.

El modelo procesal acusatorio (<<adversary system>>) parte, en cambio, de una concepción dialéctica del proceso, que busca, la decisión del conflicto subyacente por una instancia superadora; ajena a él y a las partes enfrentadas.

Las partes fijan el objeto del litigio y condicionan, en esa medida, el ámbito de los poderes del órgano jurisdiccional.

a) La partes definen el hecho enjuiciable (o justiciable) como seña de identidad del proceso.

a.1) Con arreglo al primer inciso del artículo 329 CPP, la sentencia>> <<…no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta, ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas…>>.

a.2) El hecho enjuiciable constituye la clave de la proscripción del doble enjuiciamiento (<<*ne bis in idem*>> *o prohibición del* <<*double jeopardy*>>*). Por eso, a tenor del artículo 11 CPP,* <<…[ninguna] persona podrá ser nuevamente juzgada por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias…>>.

b) La preexistencia de la acusación constituye presupuesto de procedibilidad, y condiciona la apertura del juicio oral.

b.1) Por eso, la renuncia o el desistimiento (o abandono) de la querella o de la acusación son causas de extinción de la acción penal (artículos 42, 44, 46 y 100 CPP), sin perjuicio de que el Juez de Letras, ante quien se desarrolle la audiencia inicial, pueda, en caso de pretensión de sobreseimiento, deferirla en consulta al Fiscal superior jerárquico del interviniente (artículo 299 CPP). Esta posibilidad –conocida también en la Ley española de enjuiciamiento Criminal- procura armonizar las exigencias del principio acusatorio y la función tutelar de la legalidad que corresponde al órgano judicial controlador de la instrucción. En cualquier caso, se trata de un órgano distinto del que ha de juzgar el caso, de prosperar la consulta al Fiscal superior.

b.2) La acusación es presupuesto de apertura del debate y del juicio. El artículo 302 CPP deja bien claro que el auto de apertura del juicio oral ha de ir precedido de la formalización de la acusación.

c) La calificación del hecho por la acusación condiciona relativamente la actividad calificadora del órgano jurisdiccional.

A tenor del segundo inciso del párrafo primero del artículo 337 CPP, la sentencia no podrá –so pena de incurrir en vicio de incongruencia- <<…calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas [a saber: la formalización de la acusación, en la contestación de cargos, y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta]…>>.

Se prohíbe, pues, la reforma, peyorativa (sin permitir siquiera un margen de iniciativa de propuesta de calificación distinta, al modo que autoriza el artículo 733 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, de atormentada constitucionalidad), pero no la meliorativa, incluida la degradación del hecho de delito a falta. En efecto, el párrafo segundo del antes citado artículo 337 CPP establece: <<…Si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso…>>.

3.2 Principios relativos a la pretensión y al derecho material subyacente:

3.2.1 Disponibilidad del objeto del proceso: sistemas.

Si el proceso significa relación dialéctica entre pretensión y oposición o resistencia, como expresión del conflicto subyacente, la proposición y mantenimiento de aquella es presupuesto indispensable de su existencia.

La naturaleza pública o privada del interés en juego determina su disponibilidad por las partes en litigio, y, consiguientemente la del objeto del proceso, y, a través de ésta la del proceso mismo.
Necesidad u obligatoriedad y discrecionalidad en función de la oportunidad son los dos términos de la alternativa, y, a la vez, arrastran, cada uno, tras si una serie de diferentes <<principios- consecuencia>> que contribuyen a configurar el respectivo modelo procesal.

El órgano jurisdiccional se constituye en instancia superadora del conflicto entre partes. La proposición de la pretensión (punitiva, y de resarcimiento, en su caso) y la aportación de la prueba de los hechos en que se funda, fijan los límites del juicio, que el Juez no puede traspasar, del mismo modo que no puede asumir la iniciativa de introducir aquella, o alterar sustancialmente sus términos, ni proporcionar elementos probatorios de su base fáctica, so pena de quedar deslegitimado por pérdida de su imparcialidad. Esta vinculación del juzgador a los planteamientos de las partes de expresa como principio acusatorio.

Está muy arraigada la idea de que el proceso penal es el reino del principio de necesidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción y de la formulación de la correspondiente pretensión punitiva o aseguradora, sin posibilidades de disposición por la acusación pública, en cuanto asume institucionalmente el deber de promover la efectiva realización (<<enforcement>>) de lo establecido por la Ley. De ahí que también se conozca este principio como <<de legalidad>>.

En cambio, en el modelo angloamericano la acusación pública, monopolizadora de la acción penal, puede valorar discrecionalmente si es oportuno formular la acusación.

Como sistema intermedio, se extiende en la Europa continental el modelo denominado de oportunidad reglada, porque la Ley se encarga de fijar las razones por las que la acusación pública podrá abstenerse de acusar, imponiendo, o no, condiciones al imputado.

Obviamente, la mayor o menor disponibilidad del objeto del proceso por las partes determinará el grado de posibilidad de soluciones transaccionadas, cuyo más acabado arquetipo son las negociaciones que, en el modelo anglosajón, pueden desembocar en una admisión de culpabilidad por el imputado (<<plea bargaining>>),
Y su consiguiente conformidad con las recomendaciones de pena formuladas por el Ministerio Fiscal.

A éste último responde el Código Procesal Penal, cuyos artículos 28 y 36 establecen, respectivamente, los casos, en que el Ministerio público puede abstenerse de ejercitar la acción penal, o de suspender condicionadamente (con autorización judicial) su ejercicio.

3.2.2 La formación del material fáctico en el proceso: aportación e investigación.

En el moderno modelo procesal penal hondureño se adopta estrictamente el principio que carga sobre las partes la aportación de la prueba de los hechos fundamentadores de sus respectivas pretensiones, auque la persona acusada se beneficie de la afirmación interina de su inocencia, sin existir equivalente al poder, concedido excepcionalmente al tribunal por el polémico artículo 729 de la Ley española de Enjuiciamiento Criminal, de ordenar la práctica de pruebas no propuestas por las partes pero que considere imprescindibles para formar mas adecuadamente su convicción. Mientras algún procesalista –como Font Serra- lamenta el escaso uso que se hace de éste poder del órgano jurisdiccional en la práctica judicial española, existe un estado generalizado de opinión entre la Magistratura, favorable a su restricción a casos excepcionalísimos, y siempre en interés del acusado, so pena de comprometer el principio de imparcialidad objetiva del juzgador.

3.3 La valoración de la prueba.

El juzgador ha de reconstruir el hecho litigioso partiendo de la información proporcionada por el material probatorio disponible.

Ello obliga a distinguir dos tipos de problemas: que material probatorio puede tener en cuenta para la reconstrucción del caso, y cómo ha de valorar su persuasividad.

3.3.1 Material probatorio valorable.

En principio, la prueba, en sentido procesal estricto, y, por tanto, la única valorable y utilizable para fundamentar la convicción del juzgador, es la que se practica en el acto del juicio oral. Los procesalistas han sido siempre conscientes de la diferencia que separa las actuaciones sumariales, de la prueba en el juicio oral: y de cómo es ésta, y no aquellas, la que ha de servir de fundamento a la sentencia del Tribunal.

Conviene insistir mucho en esto, porque, en momentos de cambio del sistema procesal, la larga pervivencia del modelo inquisitivo puede haber marcado profundamente la mentalidad de los operadores jurídicos, que pueden no tener una clara conciencia de la diferencia cualitativa que existe entre la instrucción y el juicio oral, uniendo una y otro por un hilo de continuidad, que amenace con convertir al segundo en mera homologación o falsación de los resultados del primero; y atribuyendo una superior fiabilidad a las diligencias cronológicamente más próximas al acaecimiento investigado.

> Hoy monografistas como los profesores Gimeno Sendra y Asencio Mellado 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 garantía 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 prejuicio consciente o (y esto es quizá más temible) inconsciente.

Por eso se propone por algunos procesalistas que, al igual que ocurre en el proceso penal italiano, el Tribunal sentenciador no disponga de las actuaciones llevadas a cabo durante la investigación preparatoria del juicio, 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, por reo>>; pero también afectaría a la Defensa, sobre todo, en relación con la acreditación de las circunstancias eximentes y atenuantes.

Sin embargo, no se cierra por completo la posibilidad de introducir en el juicio oral material procedente de la investigación preliminar.

Ello puede ser legitimo para cumplir dos fines.

a) Se puede, ante todo, tratar de integrar el material disponible partiendo de llevado a cabo en el juicio, cuando haya pruebas de práctica imposible o tan difícil –irremediable (<<unvermeidbar>>), en la expresiva terminología de Roxin- que raya en la imposibilidad y debe ser tratada como tal.

Esta excepción –explica el profesor Ortells Ramos- se funda, básicamente, <<…en la necesidad de evitar que por imposibilidad de practicar un medio de prueba en el oral, se pierdan para el proceso los resultados de éste, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad, y del interés de las partes en que puedan apreciarse los datos que favorezcan sus posiciones respectivas…>>, y es admitida en todos los sistemas procesales penales continentales.

b) Pero cabe utilizar ese material procedente de la instrucción para criticar el resultado de pruebas practicadas en juicio, singularmente las que consisten en informaciones personales (interrogatorio del acusado y testifical) y en la pericial, cuando los informantes ya han intervenido en la fase preparatoria. Si existen discrepancias entre manifestaciones sucesivas, será legítimo poder dar lectura a las anteriores, y recabar –con los efectos que se establezcan legalmente- explicación sobre esas aparentes contradicciones.

La prueba utilizable y, consiguientemente, única valorable, será la regularmente obtenida, lo que obliga a excluir, por inutilizabilidad

procesal, la que lo haya sido ilegítimamente.

En el Código Procesal Penal, queda claro, partiendo de su artículo 311, que no será posible introducir, por lectura en juicio, material procedente de la etapa preparatoria, o de instrucción, cuando la prueba sea de imposible o extraordinariamente difícil reproducción en aquel (lectura integradora), o a fin de recabar explicaciones en caso de contradicción entre lo manifestado en juicio y lo dicho o informado en el curso de la investigación (lectura de contraste).

Desde orto punto de vista, el artículo 200 CPP proclama enérgicamente que carecerán de eficacia probatoria las pruebas prohibidas o ilícitas, así como el material procedente directa y exclusivamente de ellas, dando entrada a la doctrina conocida en la jurisprudencia estadounidense como <<de los frutos del árbol envenenado>>.

3.3.2. Pautas de valoración de la prueba.

La ordalía fue el método probatorio más primitivo para valorar la veracidad de las alegaciones de las partes procesales.

Criticado, con razón, por la aleatoriedad de sus resultados y por su acientificidad, presuponía una directa intervención divina (el juicio de Dios) no puede desconocerse cierta relación indirecta con conocimientos proporcionados por la experiencia vulgar propia de la época.

El sistema denominado de prueba legal o tazada (legalmente) tiene en común con el anterior, como advierte Ferrajoli, que en definitiva, una ley fija las condiciones en que un hecho ha de tenerse por probado en un doble sentido (según distinción de James Goldschmidt): estableciendo el mínimo de prueba exigible para que el Juez pueda condenar (dimensión negativa) y los casos en que, dada la prueba acumulada, el Juez estaba vinculado a condenar (dimensión positiva).

El legislador, explica el profesor Vásquez Sotelo, establecía, de antemano. <<…el valor que correspondía a cada prueba y definía cuando eran admisibles los correspondientes medios probatorios, así como en que circunstancias se entendería hecha. <<prueba plena>>, <<semiprueba>> o simple <<indicio>>. Y estas valoraciones, realizadas por el legislador, eran las que tenia que guardar y seguir el Juez, aunque él, en el caso concreto, tuviese muy poderosas razones para dar crédito a quien el legislador se lo negaba…>>.

Las normas legales sobre valoración de la prueba adquirián un desbordado casuísmos –ligado a perjuicios de toda índole- cuando de trataba de la testifical.
El testimonio de un hombre valía más que el de una mujer; el de un adulto más que el de un niño; el de un cristiano más que el del que no lo era, el de un hidalgo más que el de un plebeyo; el de

un rico más que el de un pobre; el de un amigo, en fin, menos que el de quien no lo era.

La prueba legal o tasada –explica el profesor Igartua- constituyó un sistema de valoración de la persuasividad del material probatorio que ha merecido una crítica laudatoria (por ejemplo, de Mittermaier o de Taruffo) porque, se argumenta. <<…se trataba de un método para racionalizar la valoración de la prueba al reducir –tendencialmente a cero- el peligro insito en el arbitrio subjetivo del juez y, además, al eliminar las pruebas irracionales como las del <<juicio de Dios>>…

Guarda, además una relación de sentido con un modelo procedimental basado en la escritura y la apreciación de pruebas practicadas fuera de la percepción personal e inmediata del juzgador.

Sin embargo no puede desconocerse la insatisfactoriedad de sus resultados prácticos. Al margen de la obsesión por conseguir, a toda costa (inclusive del tormento) la confesión del acusado, las directrices legales sobre apreciación de la prueba –en palabras, otra vez, del profesor Vásquez Sotelo- <<…ahogaban toda libertad del Juez, que podía estar comprobando con sus ojos y sus sentidos cómo en un proceso concreto, en contra de la previsión del legislador, era el rico el que mentía acaso por codicia, era el pobre el que, en cambio, afirmaba la verdad y pese a ello tendría que fallar en contra de su conciencia con estricta sujeción al férreo corsé de valoración probatoria establecido por el legislador…>>.

Se pasó así, al modelo de apreciación, en conciencia, de la prueba practicada.

A él respondió el sistema procesal penal revolucionario francés, de apelación a la <<íntima convicción>> del Juzgador (que se impone, finalmente, en el artículo 342 del *code de instruction criminelle);* y los especialistas reconocen sus relaciones con la implantación del tribunal del Jurado como órgano integrado por personas sin formación jurídica, desconocedoras, por tanto, de las reglas de dosimetría probatoria.

Los estudiosos han diferenciado los varios presupuestos que auspiciaron la implantación del modelo:

a) Presupuestos gnoseológicos: el método empírico propone que el conocimiento de la verdad se obtiene mediante la observación directa y crítica de los hechos, en este caso, de los hechos probatorios, lo que no está al alcance de quien establece normas de carácter general (Nobili, Ferrajoli).

b) Presupuestos procedimentales: la introducción del sistema oral, con formación de la convicción judicial sobre la base de la percepción personal, directa e inmediata de las pruebas practicadas en un juicio facilita la crítica de su persuasividad, en tanto que, en el sistema

procesal penal anterior, el juzgador formaba su convicción sobre la documentación de la actividad probatoria practicada por persona distinta (Vásquez Sotelo).

C) Presupuestos políticos: la participación popular en la función jurisdiccional hacia, del <<sentido común>> , el único bagaje del juzgador popular, a la hora de formar su convicción valorando la persuasividad del material probatorio disponible.

Los riesgos de arbitrariedad, irracionalidad e intuicionismo que presenta el modelo de valoración en conciencia (y que se pusieron abruptamente, ya durante la Revolución Francesa, en la polémica entre Duport y Robespierre) dieron lugar a intentos de superación.

En unos casos, a través de la pervivencia de reglas legales probatorias (las <<*rules of evidences*>> anglosajonas).

En otros a la invocación del paradigma de la sana crítica o del criterio racional, esto es, la lógica del razonamiento y la experiencia humanos, como pauta a la que ha de ajustarse el órgano sentenciador.
Los Jueces, de este modo, al apreciar las pruebas –escribe Goldschmidt- <<…son vinculados por las normas de la lógica y de la experiencia…>>.

La invocación de las reglas de la sana crítica fue una originalidad del legislador procesal civil español, que influyó en los ordenamientos hispanoamericanos de la época, y fue saludada positivamente por algún destacado especialista extranjero.

Podía, ciertamente, servir de base para corregir los excesos de una práctica desaforadamente subjetivista del principio de libre formación de la convicción judicial, rayana en el intuicionismo irracional, que no es sino una faz de la pura y simple arbitrariedad.

No ocurrió así. Puesto que ninguna norma jurídica concreta estas reglas de la sana crítica (hasta el punto de que, se dice, dos vocales de la Comisión Codificadora, que lo intentaron, al tiempo de debatirse el vigente código procesal civil, cosecharon un rotundo fracaso), se llega finalmente <<…a un estado de derecho absolutamente coincidente con el principio de libre apreciación…>>.

La sana crítica, en palabras del profesor Montero Aroca, vendría a <<exteriorizar un juicio razonado que indique por que motivos se acepta o rechaza, en todo o en parte, una opinión expuesta…>>. En el fondo, todo depende de la idea que se profese sobre el alcance mismo del principio de la valoración libre de la prueba. Tras la consagración constitucional del deber de motivar las resoluciones jurisdiccionales (articulo 120.3), de la prescripción de la arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos (artículos 9.2) y del derecho a la llamada presunción de inocencia (artículo 24.2, in fine).

Es significativo que nada menos que un 82% de los Abogados encuestados –en 1975- por su Colegio de Barcelona, mostrarán su asentamiento a la proposición: <<el Juez debe razonar expresamente los motivos por los que estima probados unos determinados hechos>>.

Hace ya más de un cuarto de siglo, ante el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en México, del 12 al 18 de Marzo de 1972, el profesor Vittorio Denti, ponente general, recordaba que <<…en todos, los ordenamientos procesales modernos, libre valoración de la prueba no significaba tan sólo exclusión de eficacia de las pruebas en sí determinada en vía preventiva por el legislador, sino también valoración racional realizada a base de criterios objetivos verificables, que, por tanto, no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador…>>. Por eso, <<…el juzgador posee libertad de valoración frente a los resultados de la pericia y puede, por tanto, mediante una motivación adecuada, apartarse de las conclusiones a que haya llegado el perito…>>. La racionalidad de la fundamentación mediante la que el órgano jurisdiccional justifica su apreciación de la prueba pericial, en sí misma, y en el contexto del resultado de las demás pruebas practicadas, será la manifestación objetiva del convencimiento del juzgador, y podrá ser censurada lo mismo en vía de apelación que en el más estrecho marco del recurso de casación.

El artículo 202 CPP consagra dos principios fundamentales en materia de valoración de la prueba:

a) La pauta de valoración conjunta y armónica (o pauta de contextualidad probatoria); y

b) La pauta de valoración de la persuasividad con arreglo a la sana crítica (que se reitera a propósito de la fórmula de construcción de la sentencia, desarrollada en el artículo 338 CPP).

4. Los principios del procedimiento.

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 un determinado 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…>>

4.1 La forma de los actos procesales: oralidad y escritura.

Se trata de una elección fundamental de política legislativa procesal,

como ponen de relieve estas palabras del profesor Montero Aroca: <<…En nuestra opinión 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 él es decir inmediación, concentración y publicidad…>>.

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 la oralidad se representa por el de la escritura, con arreglo al cual la resolución judicial ha de basarse sólo en el material procesal depuesto por escrito en los autos…>>.

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

En su relación general presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en Pescara, del 29 de Agosto al 5 de Septiembre de 1970), el profesor Cappelletti, 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…>>.

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 fases concretas (las Legaciones, la prueba…), y se insiste en la íntima relación que guardan oralidad, inmediación y concentración, como principios interdependientes.

La oralidad se incluye como una de las pautas organizativas del procedimiento penal ya en el primer artículo del Código Procesal Penal. 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 (artículos 125 y 130 CPP). Igualmente sin perjuicio de su documentación para constancia futura (artículo 131 CPP); y el período intermedio –tradicionalmente dominado por la pauta de escritura- se ha oralizado parcialmente como consecuencia de la introducción de la audiencia inicial que regulan los artículos 300 y 301 CPP.

4.2 La inmediación.

Por inmediación se entiende –en palabras del profesor Montero Aroca- que el juzgador se haya puesto en contacto directo con los demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellas elemento alguno interpuesto.

Su exigencia es especialmente imperiosa en materia de práctica de la prueba.

Los procesalistas han destacado la intima relación que existe entre la oralidad y la inmediación. De estas forzosas <<compañeras de viaje>> (En afortunada calificación de Klein-Engel), 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…>>.

La inmediación implica que el juez se relacione directamente con los medios de prueba sobre los que ha de formar su convicción.

Para el profesor Gimeno Sendra, <<…significa dicho principio que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el juez o tribunal están obligados s formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral…>>.

En el octavo Congreso Internacional de Derecho Comparado, en 1970, y en el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, en 1972, el profesor De Miguel y Alonso enfatizó que <<…la recepción directa por parte del juez de todo el desenvolvimiento de los actos probatorios, le ha de llevar a un convencimiento muy diferente al que llegaría basándose en referencias escritas que recogieran el resultado de las pruebas…>>. Al fin y al cabo, como advierte la sabiduría popular condensada en un proverbio alemán, citado oportunamente por el profesor Gimeno Sendra, <<los papeles mienten sin ruborizarse>>.

El artículo 306 CPP prevé claramente que el juicio se celebre en presencia del Tribunal de Sentencia, ante el que, por tanto, se practicarán todos los actos que lo integres, incluidas, por supuesto, la pruebas propuestas y admitidas.

4.3. La pauta de publicidad de los actos procesales.

La publicidad constituye una exigencia del proceso penal propio de una sociedad democrática abierta (Popper) y transparente (Vattimo), en la que se pueda conocer cuanto –como es la actividad jurisdiccional penal- es res pública, objeto de interés colectiva.

Sabido es como Michel Foucault puso de manifiesto la inversión de sentido que se aprecia en el moderno sistema penal (sustantivo y procesal) en relación con el propio del Ancien Régime. El proceso inquisitivo era secreto, mientras se procuraba 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 del poder. En Dei delitti e delle pene, Beccaria escribió lapidariamente: <<…Sean públicos los juicios y públicas las pruebas, 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 no diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos…>>.
Es tópica la cita de Mirabeau, en discurso ante la Asamblea Nacional francesa, y que recoge Bentham: <<…Dadme el juez que queráis, 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, concebido el proceso, como un marco escénico para la presentación y resolución del caso conflictivo (a la manera de Hassemer), el drama procesal ha de desarrollarse públicamente.

De éste modo, el proceso puede cumplir satisfactoriamente su función sociopedagógica, en cuanto instrumento de consecución del afecto 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.

Los procesalistas (como Chiovenda, Schukert, Fairen o Gimeno) vienen distinguiendo entre publicidad general y publicidad para las partes, La segunda desborda el contexto de los principios del procedimiento y compromete la efectividad del principio procesal de audiencia bilateral o de contradicción, que es, a su vez, garantía del derecho de defensa, puesto que el conocimiento de lo realizado y del estado del procedimiento es fundamental para la de la propia posición de parte y oposición a la contraria.

Todas las fases del procedimiento penal están dominadas, en el modelo adoptado por el código Procesal Penal, por la pauta de la publicidad para las partes intervinientes.

Durante la investigación preliminar, la resolución judicial que

dispone la realización de determinados actos (registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones) no se pone en conocimiento de la persona afectada, so pena de frustrar la eficacia de aquellos.

Para preservar la buena imagen de las personas imputadas se dispone, en cambio -con carácter general en el artículo 278 CPP- la secretividad de las investigaciones realizadas, hasta que sus resultados no sean presentados ante los juzgados o tribunales.

La fase de debate está dominada claramente por la pauta de publicidad (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.

Unas, afectan al acceso del público a la sala de justicia, limitado ya inevitablemente por el aforo de ésta, 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 audiencias, 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 interés superiores públicos o privados, como se desprende de la lectura del artículo 308 CPP

4.4. El principio de concentración de la actividad procesal.

Concentración de la actividad del procedimiento significa, en palabras de Chiovenda, <<…sustanciación de la causa en un período único, que se desenvuelve en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas…>>.

Su relación con la oralidad y con el denominado principio de aceleración (en evitación de dilaciones indebidas) han sido destacados por los estudiosos, sin que falte quien –como Alcalá-Zamora y Castillo- le atribuya una cierta primacía sistemática y práctica sobre los demás principios procedimentáles.

Los procesalistas coinciden en que, en la etapa intermedia y, sobre todo, en el juicio oral o fase de debate, se manifiesta con mayor claridad el principio de concentración, a imprimir una mayor rapidez y facilitar la concentración del la actividad del proceso contribuye la introducción de un cierto grado de preclusión, estableciendo un tracto desglosado en fases y tiempos para que se produzcan las alegaciones y la proposición y práctica de las pruebas, transcurridos los cuales se pierde ya la oportunidad de hacerlo.

La regulación del juicio oral está marcada por el doble principio de concentración de la actividad y del objeto del proceso.

Lo segundo, 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.

Lo primero, porque ese debate, el incidente de conformidad, la proposición de nueva prueba, y la práctica 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 298 CPP), en una o varias sesiones –diarias y consecutivas- que, para todos los efectos, se tendrán como una sola audiencia (artículo 312 CPP). Las sesiones sólo 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.

* * *

Felix Antonio Avila Ortiz

1 **ARTICULO 1.** **Juicio Previo.** Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano Jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forme parte y el presente código y con respeto estricto de los derechos del imputado.

COMENTARIO

El artículo primero de éste Código, recoge los principios básicos de todo ordena miento procesal penal de un Estado Democrático.
Como puede apreciarse con facilidad, en dicho precepto aparece enunciado en primer lugar el principio de la legalidad en su vertiente procesal y el principio de necesidad del proceso, a los cuales nos referimos a continuación.

A) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Toda sociedad democrática al establecer un sistema procesal penal, deberá pro-clamar como uno de los pilares básicos del mismo al principio de legalidad, que en su vertiente procesal se enuncia con el lema *nulla poena sine legale indicio,* aforismo latino según el cual, los jueces al

---

Los artículos 1 al 45 están comentados por D. Félix Antonio Ortiz.

cumplir con su función de imponer penas y medidas de seguridad en un caso concreto, sólo podrán hacerlo mediante un proceso penal llevado a cabo con todas las garantías. El artículo que comentamos, exige para la imposición de una pena o de una medida de seguridad, necesariamente, la previa declaración de culpabilidad mediante una sentencia que tenga el carácter de firme, lograda a través de un proceso legal. Como el proceso es una actividad del Estado llevada a cabo por medio de sus órganos competentes (Poder Judicial y Ministerio Público) encaminada a averiguar el delito, identificar a su autor y establecer su responsabilidad, esta actividad solo podrá llevarse a cabo de acuerdo a las disposiciones dadas por el propio Estado, con las debidas garantías que hagan posible la realización justa del *ius puniendi.*

De acuerdo con este artículo, la imposición de una pena como de cualquier medida de seguridad, deberá estar precedida de una sentencia firme, hay que destacar que ha de tratarse de una sentencia que cumpla con todos los requisitos formales que requiere el Artículo 338 de éste mismo Código, ha de ser definitiva, o lo que es lo mismo, que por medio de ella se le haya puesto fin al conflicto.
Además, debe ser firme, esto es, que haya adquirido el carácter de cosa juzgada, de acuerdo a esto último, no cabe la imposición de penas ni medidas de seguridad estando pendiente la revisión de una sentencia por medio de los recursos ordinarios, en estos casos solamente podrá mantenerse la imposición de medidas cautelares únicamente por razones de seguridad procesal, no por otros motivos aunque estos estos existan, entiendose esta seguridad procesal como el peligro de fuga latente en el procesado ya condenado en la instancia, pues el fallo condenatorio no solo representa un duro golpe para la vigencia de la afirmación interina de la presunción de inocencia, sino que éste ha intensificado sobremanera la probabilidad de tener que sufrir la imposición de una pena o de una medida de seguridad.

La sentencia condenatoria y firme deberá ser dictada por juzgado o tribunal compe tente, implicando pues, la necesidad de que sea dictada por un órgano del Poder Judicial con competencia para ello.

La sentencia condenatoria, firme y dictada por juzgado o tribunal competente, debe ser el resultado de un proceso previamente desarrollado conforme a los principios básicos que inspiran el proceso penal, es decir la oralidad y publicidad y con observancia de las garantías que informan el modelo de proceso justo o proceso debido. La exigencia de un juicio previo implica la necesaria existencia de un conflicto entre partes, no obstante, el Código prevé casos en los cuales no será posible la existencia de un juicio oral y público, nos referimos al procedimiento abreviado cuya sentencia se dicta en la etapa preparatoria, y a la sentencia dictada en conformidad, previo al debate, estos casos en realidad no constituyen una excepción a la regla establecida, ya que el reconocimiento de la culpabilidad por parte del acusado en el primer caso y la coincidencia entre las partes en el segundo, bien impiden que llegue a surgir el litigio, o le ponen fin sin la precisión de un debate.

Los principios establecidos en la constitución a que se refiere éste Artículo no son otros que los que se establecen en los Artículos 89, 90 y 94, entre los más importantes, así pues el 89 dice, *<<Toda persona es inocente mientras no se le haya declarado su responsabilidad por autoridad competente>>.* El Artículo 90 dice, *<<Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías* que la Ley establece<<, y el 94 recuerda*, <<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 Artículo primero del código hace hincapié también a la obligatoria observancia de principios establecidos en tratados internacionales de los que Honduras forme parte, no cabe duda pues que entre los más importantes principios están aquellos que se refieren a los derechos humanos. Así pues, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones unidas el 10 de Diciembre del 1948, en su Artículo 11.1 dice, *<<Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa>>.*

En consonancia con la declaración anterior, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en su artículo 14.2, establece, *<<Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley>>.* Como no podría ser de otra manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1966, proclama el derecho a un proceso debido, en su Artículo 8.1 de las garantías judiciales, establece, *<<Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella…>>.*

Estas últimas declaraciones, por formar parte de un convenio sobre derechos Humanos de los que Honduras forma parte, revisten especial importancia para el presente código ya que existen órganos de protección de los derechos que proclama, nos referimos a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia Honduras ha aceptado, de manera que, la violación de estos principios puede ser denunciado ante estos y las decisiones que se adopten en materia de garantías procesales como la jurisprudencia que de ellos emane tendrán fuerza vinculante para Honduras.

Como puede verse, éste cúmulo de garantías fundamentales, tanto de derecho interino como de derecho Internacional, están recogidos en este Artículo primero, respecto a las últimas, de acuerdo al Artículo 16 de la Constitución, una vez que entran en vigor forman parte del

derecho interno y de acuerdo con el Artículo 18 de la misma, se les atribuye una eficacia superior a las leyes ordinarias en caso de conflicto entre éstas y aquellas.

B) PRINCIPIO DE NECESIDAD DEL PROCESO PENAL

El proceso penal se ha definido como el conjunto de actos formales que sirven para constatar la existencia de un hecho delictivo, determinar la responsabilidad penal de su autor y fijar, en su caso, la pena a imponer. Así pues, de acuerdo a lo dicho por PUMPIDO-FERREIRO[2] los términos delito, pena y proceso son rigurosamente complementarios, si se excluye uno no pueden subsistir los otros dos, dice este autor que no puede haber delito declarado sin pena y proceso; ni pena a ejecutar sin delito y proceso; ni proceso penal sino para declarar un delito y determinar su pena. De lo anterior resulta la necesidad del proceso penal como mecanismo para la imposición de una pena a un ciudadano acusado de cometer un delito, pues solo a través de él se consigue la realización plena del *ius puniendi,* solamente a través del proceso el derecho penal material tiene sentido y utilidad. El principio de necesidad del proceso, resulta consagrado en este Artículo, cuando proclama la necesaria preexistente de una sentencia firme lograda en un juicio oral y publico llevado a cabo con todas las garantías.

ARTÍCULO 2. <u>Presunción de inocencia.</u> Todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por el Órgano Jurisdiccional competente en conformidad con las normas de este Código.

En consecuencia, hasta esa declaratoria, ninguna autoridad podrá tener a una persona como culpable ni presentarla como tal ante terceros. Por consiguiente, lo que informe, se limitará a poner de manifiesto la sospecha que pende sobre la misma.

La violación de lo dispuesto en el Párrafo anterior obligará a los responsables a indemnizar a la víctima por los perjuicios causados, los que serán exigibles en juicio civil ordinario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa que proceda.

COMENTARIO

El derecho a la inocencia que consagra este Artículo segundo del Código, constituye uno de los pilares básicos de sistema procesal penal de un Estado Democrático de Derecho, reconocido como un principio fundamental por nuestra Constitución que en su Artículo 89 lo proclama así, <<*Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente*>>. Este derecho

---

[2] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; *ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Ley y Legislación Complementaria, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I, Edit. Trivium S.A Madrid 1998, pág. 213.*

trasladado al ámbito penal ha de entenderse en el sentido de no ser autor de un delito, no producción de un daño o no participación en él. Así pues, en virtud de este principio una persona acusada de la comisión de un hecho penalmente relevante, no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en una sentencia condenatoria dictada dentro de un proceso penal justo, en el que se haya producido al menos una misma actividad probatoria, considerada de cargo y valorada libremente por un tribunal independiente e imparcial.

Por todo lo anterior, se ha dicho que la llamada *presunción de inocencia* es una presunción de las llamadas *iuris tantum,* puesto que puede ser desvirtuada con una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo, producida con todas las garantías, de la que pueda deducirse la culpabilidad del acusado. Según lo dicho anteriormente, al acusado no se le puede imponer el deber de probar su inocencia, pues ésta es un estado del que goza por mandato constitucional, de ahí que, a lo que se le denomina como *presunción de inocencia,* sea más bien una afirmación interina de inocencia.

A) LA INOCENCIA COMO VERDAD INTERINA

Es importante destacar que nuestra Constitución, a diferencia de otros textos constitucionales, no presume la inocencia del imputado, sino que reafirma su estado de inocencia, (léase si no el Artículo 89 de la misma) mismo que solamente puede ser destruido mediante una sentencia condenatoria firme, por ello debemos de gloriarnos de contar con una declaración de tal envergadura en nuestro texto constitucional, mientras los penalistas italianos se lamentan porque su Constitución contenga una fórmula intermedia o negativa de no presumir culpable al ciudadano sometido a juicio, pues el Artículo 27 de la Constitución Italiana declara que, *el imputado no es considerado culpable sino hasta que recae un fallo condenatorio definitivo.* También la Constitución Española de 1978, en su Artículo 24.2 declara, *Asimismo todos tienen derecho… a la presunción de inocencia.*

El Artículo segundo del Código, aunque epigrafiado con la fórmula *presunción de inocencia,* proclama la afirmación de estado de inocencia del Artículo 89 de la Constitución. A la vista de los preceptos citados, podemos decir, siguiendo en esta parte a VAZQUEZ SOTELO[3] , que nos encontramos, no ante una verdadera presunción, si no ante una *verdad interina.* De acuerdo a éste autor, a la llamada *presunción de inocencia,* bien podría decirse que se trata de una presunción *iuris tantum,* ya que queda destruida al haberse probado la culpabilidad del acusado, no obstante, ésta no responde a la naturaleza de una genuina presunción legal o judicial, ya que esta ultima es la inducción.

---

[3] VASQUEZ SOTELO, José Luís, *<<LA PRESUNCION DE INOCENCIA>> en los principios del Proceso Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 118 y 119* .

de la existencia de un hecho desconocido partiendo de la existencia de un hecho conocido, este segundo hecho debe estar plenamente probado en el proceso, ambos hechos se comunican entre sí por medio de una ley física o lógica que permite establecer la relación de causalidad o influencia lógica entre los dos hechos; en la llamada presunción de inocencia no se dan ni la estructura ni el mecanismo que definen a las verdaderas presunciones. Por todo lo antes dicho y en consonancia con el criterio esgrimido por este autor, debemos enfatizar que el derecho a la inocencia, más que una presunción de las llamadas iuris tantum, es una verdad interina o provisional, o lo que es lo mismo, la afirmación de un estado de inocencia, que de no resultar convincentemente contradicha se convierte en una verdad con validez definitiva.

B) LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La afirmación del estado de inocencia constituye una reivindicación de los derechos del hombre, que pasó de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a los textos internacionales de protección de los Derechos Humanos, así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su numero 1) del Artículo 1 establece, <<*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*>>. La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de Las Libertades Fundamentales, de 1950, proclama en su Artículo 6.2, <<*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*>>. En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, 1969, en su Artículo 8.2, dice, <<*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad…*>>. *Como puede fácilmente apreciarse de todo lo anterior, tanto nuestra Constitución como el Código Procesal Penal, reafirman positivamente el estado de inocencia de todo acusado.*

C) DIFERENCIA ENTRE PRESUNCION DE INOCENCIA Y OTROS PRINCIPIOS.

Conviene no confundir ideas o principios, que aunque existiendo proximidades importantes entre ellos, no son realidad los mismos, me referiré a continuación a algunos de ellos.

1. In Dubio Pro Reo. Principio jurídico según el cual, ante la duda surgida al valorar la prueba, debe resolverse a favor del acusado, sintetizado en el aforismo latino de *in dubio pro reo.* Se ha planteado la duda, si la llamada *presunción de inocencia* coincide con el anterior principio, no puede negarse la proximidad que existe entre ambos, pues éste es producto de aquella, pero existen evidentes

diferencias, para VAZQUEZ SOTELO[4] , la duda es un estado psicológico en que se encuentra el juez cuando valora las pruebas para decidir si condena o absuelve, el axioma *in dubio pro reo* es una regla del juicio que aconseja al juez que conceda al reo el beneficio de la duda, es ante todo una regla de moral o consejo del legislador al juez. Siguiendo al autor antes citado, se puede decir, que la *presunción de inocencia* protege al justiciable frente al vacío de prueba de cargo, mientras el principio *in dubio pro reo,* lo protege ante una situación de duda razonable cuando las pruebas no son convincentes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, ha establecido la diferencia entre ambos principios, así la STS de 31 de enero de 1983, dejó dicho que, << *tal principio* [in dubio pro reo] *no resulta confundible con la llamada presunción de inocencia, consignada en el art. 24.2 CE, que crea en favor de los ciudadanos un verdadero derecho subjetivo a ser considerados inocentes de cualquier delito o infracción jurídica que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima… Mientras que el <<in dubio pro reo>>se dirige al juzgador como norma de interpretación, para establecer que en aquellos otros casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá por humanidad y justicia absolvérseles con lo cual, mientras el primer principio se refiere a la existencia o inexistencia objetiva de una prueba que lo desvirtúe; el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma, que por afectar de modo preponderante a la conciencia y apreciación del conjunto probatorio presentado ante el juzgador, le ofrece la certeza o la duda…>>.*

Mas recientemente el Tribunal Supremo Español en su sentencia Nº. 45/1997, del 16 de enero de 1997, ha declarado lo siguiente, <<*habiendo recogido la mas reciente 1178/1995 de 23 de noviembre, a la vista de la STC 63/1993 de 1 de marzo, que a pesar de la intima relación que guardan el derecho a la presunción de inocencia y el principio <<in dubio pro reo>>, puesta de relieve de forma reiterada por este Tribunal desde la SSTC 31/1981 y 13/1982, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico <<favor rel>>, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido, así en lo que aquí interesa, el principio <<in dubio pro reo>> sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia o, dicho de otra manera, la aplicación del referido principio se excluye cuando <<el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas>>, STC 25/1988, f.j.2º ….La presunción de inocencia hace referencia a la prueba de la realización de un hecho punible y de la intervención en él del acusado, mientras que cuando existen*

[4] VÁSQUEZ SOTELO, José Luis; <<LA PRESUNCION DE INOCENCIA>> en Los Principios del Proceso Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pág. 120.

pruebas de cargo y descargo, es al órgano <<a quo>> a quien corresponde decidir sobre el peso de una y otra y motivándolo resolver lo procedente…>>

2. Interpretación restrictivas de las normas penales. De acuerdo al principio de intervención mínima que inspira el moderno derecho penal, el aparato del Estado destinado a investigar y castigar las conductas ilícitas, solo reaccionará frente a aquellas que causen o pongan en peligro de manera intensa bienes jurídicos. De ahí que las normas penales sean vistas como *normas odiosas* que por lo mismo se han de interpretar restrictivamente y solo cuando se produzca alguna duda sobre su alcance y significado. En la línea de éste principio se encuentra lo preceptuado por el Artículo 18 de éste Código, epigrafiado, *interpretación de los pasajes obscuros de la ley.* <<Los pasajes oscuros o contradictorios de una ley se interpretarán del modo que más favorezcan al procesado>>. Este principio no debe confundirse con el de *presunción de inocencia,* pues no es más que una regla de interpretación dada al juzgador, la presunción de inocencia como ya se dejó dicho, es un derecho fundamental que opera ante la ausencia total de la prueba.

C) LA PRESUNCION DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATAMIENTO

El imputado, mientras goce de su estado de inocencia, aunque sea de manera provisional o interina, deberá ser considerado como tal.

No cabe duda, que una medida cautelar como la prisión preventiva, de alguna manera puede minar el derecho al estado de inocencia, por eso una medida de tal naturaleza solo podrá adoptarse en casos muy excepcionales, cuando existan serios indicios de participación culpable en un hecho delictivo, así lo establece el Artículo 178 de éste Código, únicamente cuando surgieren razones de peligrosidad procesal, como el peligro de fuga, la posible obstrucción de la investigación por parte del imputado.

Por esta razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que el Estado viola el derecho de presunción de inocencia, cuando la prisión preventiva se prolonga más allá de loa límites que establecen las leyes y la convención así lo dejó sentado en su sentencia de 12 de noviembre de 1997 cuando dijo: <<*Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.*
De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que

dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida.
Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos>>.
[Serie C: Resoluciones y Sentencias, nº 35, Caso Suárez Rosero].

El párrafo segundo del artículo que comentamos, contempla con toda claridad una regla de tratamiento, en efecto, establece la obligación de las autoridades que intervienen en el proceso a tener y tratar como inocente a toda persona acusada de la comisión de un delito hasta el momento en que sea declarada culpable de manera irrevocable, dicha obligación se extiende a cualquier otra autoridad sin distinción alguna. Por la razón señalada, el imputado no puede ser tratado ni presentado ante terceros como culpable, por lo que, se deberá extremar el cuidado en el tratamiento que se dé a las informaciones relativas a los resultados de las investigaciones que se proporcionen a los medios de comunicación.

* * *

AFIRMACION INTERINA (*PRESUNCION)* DE INOCENCIA

Y PRINCIPIO <<*IN DUBIO, PRO REO*>>

Jesús Fernández Entralgo
Magistrado

I. Ideas Fundamentales.

Un día, alemanes e italianos discutieron vivamente la nacionalidad del jurista que sintetizó,. Por vez primera, en el conocido lema <<*nulum crimen, nulla poene sine lege*>>, el principio de legalidad penal.

Los penalistas actuales coinciden en restar importancia a la discusión. Como hace notar el profesor Rodriguez Mourullo, a finales del siglo XVIII, la aspiración a un sistema penal basado en la seguridad que proporcionaba la previa fijación por ley, de las conductas que habían que constituir infracción penal, y de la pena que respectivamente merecían quienes la cometían, se había generalizado hasta constituir un lugar común del pensamiento de la burguesía ilustrada.

Andando el tiempo, a ésta garantía se añadió la jurisdiccional. Nadie podría ser castigado como responsable por la perpetración culpable de un delito o de una falta sin que su culpabilidad hubiese sido previamente establecida por sentencia firme, recaída en un juicio justo *(fair trial),* limpio, acorde con las reglas del juego; esto es, que cumpliese

los requisitos que ha de reunir un proceso <<*como es debido*>> (el <<*due process of Law*>>, como objeto del derecho proclamado por la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América).

Su contenido era, pues, doble:

a) Por una parte, reclamaba la necesidad de una sentencia definitiva previa declarativa de la culpabilidad de una persona, para que pudiera imponérsele una pena como responsable de un delito.

b) Además, esa sentencia debía ser el remate de un juicio que reuniera determinadas características, que permitieran considerarlo como un juicio justo, como un juicio como es debido.

La doble exigencia, de legalidad y jurisdiccionalidad suele remontarse al Artículo 39 de la conocida como <<*Magna Charta*>> inglesa, de 1215. En él se lee: <<Ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de ley, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país [*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*]>>. Éste último inciso pasaría literalmente al apartado 8 de la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia, de 1776, precedente de la V Enmienda (aprobada en 1791) a la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, y que tanto influiría en el articulo 7 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

Sin embargo, la protección de la persona frente al aparato punitivo estatal no sería completa si no se completase con una nueva exigencia.
En el proceso penal ha de partirse, como hipótesis de trabajo, como presuposición, de la inocencia de la persona acusada.

La afirmación interina (*o presunción <<iuris tantum>>)* de inocencia constituye –como hace notar Ferrajoli- una apuesta por el optimismo antropológico: la creencia en la bondad natural del hombre, que se corresponde con la perspectiva liberal a lo Rousseau, frente a la imagen pesimista del <<*homo homini, lupus*>>, tan ligada a puntos de vista autoritarios, al estilo de Hobbes.

Un penalista liberal *clásico,* Carmignani, podía, así, argumentar que <<…la base de la presunción es lo que acontece de ordinario. Ahora, como sucede con mayor frecuencia que los hombres se abstienen de delinquir, la ley consagra y defiende, por ello, la presunción de inocencia para todos los ciudadanos…>>.

En cambio, el penalismo fascista italiano, desde posiciones de pesimismo antropológico, rechazaba ese probalismo, Vincenzo Manzini Protestaba en estos enérgicos términos: <<…se querrá admitir ahora que la experiencia histórica colectiva enseña que la mayor parte de los imputados es inocente>>…. … No es de extrañar que, en este marco ideológico,

la exposición de motivos del Código Penal italiano de 1930 *(Código Rocco)* justificase el rechazo <<…de plano [de] la absurda presunción de inocencia que algunos querrían reconocer al imputado…>>, considerándola <<…una extravagancia derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos…>>.

Sin embargo, la llamada presunción de inocencia constituye, como explica Ferrajoli, retomando ideas de Lucchini, una exigencia lógica del principio de jurisdiccionalidad. Vale la pena transcribir sus palabras: <<…SI la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.
En este sentido el principio de jurisdiccionalidad –al exigir, en su sentido lato, que no exista culpa sin juicio …, y, en sentido estricto, que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y refutación-…postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena…>>.

A la vez, la *presunción* de inocencia se convierte en baluarte de la libertad y de la seguridad de las personas, valores esenciales en la construcción del modelo de Estado democrático, de derecho, que –como ya había advertido Montesquieu- nunca se encuentran tan comprometidas como cuando esas personas son acusadas en un proceso penal.

La afirmación interina de inocencia se vincula, así, como pone de relieve Ferrajoli, con un ideal de *defensa social* en cuanto defensa de las personas que componen la sociedad civil frente a aparato del poder estatal.

Un liberal de la talla de Carrara relacionaba de este modo los respectivos trasfondos ideológicos del principio de legalidad penal y de la presunción de inocencia: <<…La metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a todos los ciudadanos inocentes u honrados contra los abusos y errores de la autoridad…>>. Y aquí vuelve a aparecer la contraposición antropológica de los sistemas democrático y autoritario.
El Magistrado español Plácido Fernández Viagas la sintetizaba muy bien, al hacer notar que, en un Estado autoritario, se desconfía, sobre todo, de quienes no están en el Poder; en uno democrático, se desconfía, sobre todo, de quienes lo tienen, y frente a ellos se organiza el sistema de garantías individuales.

I. Presunción de inocencia e interpretación restrictiva, <<*pro libertate*>>, de las normas penales.

La respuesta punitiva –de acuerdo con el principio de *intervención mínima* que inspira el moderno Derecho Penal democrático - se reserva para reaccionar contra aquellas conductas que lesionen

o pongan en peligro de forma especialmente intensa bienes, derechos o principios tenidos como fundamentales para la organización de una justa y pacífica convivencia.

Las normas penales son vistas, por eso, como una suerte de mal menor, normas *odiosas,* que, por lo mismo, han de interpretarse restrictivamente cuando –y sólo cuando- se produzca alguna duda sobre su alcance y significado. Este modo de ver las cosas viene de antiguo. Alfonso de Castro, en su <<*De potestate legis poenalis*>>, en 1564, estudiaba, a propósito de la interpretación de las leyes punitivas, el principio <<*… in poenis benignior est interpretatio facienda*…>, en materia penal, hay que estar a la interpretación más benigna; aunque se cuidaba de advertir que no era lícito violentar las palabras de una ley, de cuyo sentido no cabía duda razonable, para hacerles tomar un sentido más benévolo que el que verdaderamente tienen.

A estas ideas responde el artículo 19 de este Código Procesal Penal: **<<Interpretación de pasajes oscuros de la ley.** Los pasajes oscuros o contradictorios de una ley se interpretarán del modo que más favorezca a la persona imputada.>>

Adviértase, pues que, mientras la presunción de inocencia opera en el ámbito procesal, incidiendo decisivamente en la distribución de la carga de la prueba, el artículo 19 transcrito contiene una regla de hermenéutica legal, sin que puedan confundirse ambos planos (como ocurre en el Código de Guatemala), aunque, obviamente, ee encuentren relacionados estrechamente –como advierte Bacigalupo Zapater, coincidiendo con Hitters- ya que la reconstrucción del caso a partir de la prueba disponible obtenida en el proceso condiciona la aplicación material de la norma penal, que resultará imposible si no queda enervada la afirmación interina de inocencia.

III. La proclamación de la presunción de inocencia: textos nacionales e internacio nales.

1. La presunción de inocencia se proclama en el artículo 9 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789:
Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable (y de ahí se infiere la excepcionalidad de la prisión provisional).

2. Los grandes textos internacionales en materia de Derechos Humanos la consagran Enérgicamente:

2.1. Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948). Artículo 11.1:
<<…Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad…>>

2.2. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): Artículo 14.2:
<<…Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se

presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley…>>.

2.3. Convención europeas para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950). Artículo 6.2: <<…Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida…>>.

2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969): Artículo 8.2: <<…Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad…>>.

2.5. Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981): Artículo 7: se reconoce <<…b) El derecho [de toda persona] a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad por una corte o tribunal competente…>>.

3. En fin, en la Constitución de la República de Honduras, su artículo 89 establece: <<…Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente…>>.

IV. Construcción técnico jurídica de la llamada presunción de inocencia.

1. La técnica de la presunción legal relativa.

Los textos constitucionales y los supranacionales se refieren insistentemente a la *presunción de inocencia,* aunque se trate de una de las denominadas presunciones <<*iuris tantum*>>, es decir, que admiten prueba en contrario.

Los profesores Carreras Llensana y Serra Domínguez llamaron la atención sobre la impropiedad de hablar, en este caso, de presunción. La única presunción que merece este nombre –explica el profesor Muñoz Sabaté- es la denominada escolásticamente <<*praesumptio hominis*>>*;* esto es, aquella inferencia que, en un caso concreto y determinado, permite, a partir de determinados datos probados (los indicios), afirmar, más allá de toda duda razonable (un criterio bien conocido en el mundo jurídico angloamericano, y que se ha generalizado también en el *continental)* la realidad de otro hecho, utilizando las enseñanzas de la lógica práctica, de la experiencia ordinaria, del sentido común.

La de inocencia pertenece al ámbito de las presunciones impropias (denominadas, en la terminología escolástica, presunciones <<*iuris tantum*>>*)*: son, en realidad, verdades o afirmaciones legales interinas (aceptando la terminología propuesta por Serra Domínguez), que, de no resultar convincentemente contradichas, se convierten en verdades o afirmaciones de validez definitiva. En la misma línea, el profesor

Vásquez Sotelo concluye que <<…no se trata de una genuina o auténtica <<presunción>>, ya que ni por su estructura ni por su funcionamiento puede ser equiparada a las presunciones, sino que se configura como una <<verdad interina o provisional>> que la norma fundamental establece a favor de todos los ciudadanos, la cual les protege en todo caso hasta que eventualmente se produzca la prueba y, con ella, la certeza jurídica de la culpabilidad…>>.
Especialistas como Asencio Mellado y romero Arias participan también, de esta perspectiva. Como verdad interina es tratada, entre otras, por las Sentencias de 30 de mayo de 1986, 6 de febrero de 1987, 15 de marzo de 1988, 29 de junio de 1989 y 17 de abril de 1991, de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo español.

2. El objeto de la presunción o afirmación interina: la afirmación positiva e inequívoca de inocencia.

Importa destacar que todos estos preceptos afirman positivamente la inocencia del acusado, su <<*estado de inocencia*>>, en sugestiva expresión de Juan Arnaldo Hernández Espinoza, coincidente con la terminología empleada en el Código Procesal Penal de Costa Rica. Los especialistas italianos se duelen, justamente, de la equivoca formula adoptada por el artículo 27 de su Constitución, que (apartándose del texto propuesto por la subcomisión redactora) afirma que <<…el imputado no es considerado culpable sino hasta que recae un fallo condenatorio definitivo>>. El imputado, escribe críticamente Illuminati, <<…de presunto inocente>> se convierte en <<no considerado culpable>>, resultando que una noción extremadamente clara e históricamente consolidad ha terminado por cargarse de valores contradictorios y ambiguos, abrigando así en su interior el germen de una posible disgregación de su significado práctico…>>.

Para el profesor Pérez gordo, la presunción de inculpabilidad se extiende a la masa indiferenciada de ciudadanos, en principio ajenos a la participación en un hecho delictivo. Cuando, de esa masa, se destaca un imputado, comienza a desplegar sus efectos la presunción de inocencia.

La Constitución Hondureña afirma positivamente la inocencia del acusado en tanto no se prueba convincentemente su culpabilidad, y en la misma línea se orienta el Código Procesal penal. Su artículo 2.1 proclama sin ambages: <<…Todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por juez o tribunal competente en conformidad con las normas de este Código…>>.

3. La presunción de inocencia como objeto de un derecho individual específico.

En buena parte de los grandes textos internacionales sobre

derechos humanos, la presunción de inocencia se constituye en objeto de uno específico a ella. Siguen esta técnica la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. También se proclama el derecho a la presunción de inocencia en el inciso final del apartado segundo del artículo 24 de la Constitución Española.

Entre los especialistas españoles se cita a menudo la definición del derecho a la presunción de inocencia contenida en el estudio conjunto de los magistrados Guerra San Martin, Belloch Julbe y López Torres de la calle: <<…un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito, y consistente en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de la prueba de los hechos de la acusación viniendo obligado el Juez o Tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar…>>.

La convención europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales adopta la técnica de la directa afirmación interina de inocencia del acusado, hasta que se pruebe cumplidamente su culpabilidad; pero –interpretada en el contexto del artículo 6, en que se incluye- es claro que constituye el objeto de un específico derecho de la persona, y así se viene entendiendo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la misma técnica responde el artículo 89 de la Constitución de la República de Honduras. La proclamación de la presunción de inocencia figura dentro del capítulo dedicado a los derechos individuales (dentro del título epigrafiado *De las declaraciones, derechos y garantías),* por lo que cabe concluir que toda persona contra la que se formule una acusación tiene derecho a ser tenida y tratada como inocente mientras no se declare su culpabilidad por autoridad competente.

V. Dimensiones de la presunción de inocencia.

Illuminati ha diferenciado dos dimensiones esenciales de la presunción de inocencia: como regla de tratamiento y como regla de juicio. Esta doble perspectiva es asumida por otros especialistas (como Ferrajoli) y ha calado en el Tribunal Constitucional español, cuya Sentencia 128/1995, de 26 de julio de 1995, invocando su precedente 109/1986, de 24 de septiembre de 1986, a propósito de la prisión preventiva, enseña que <<…la presunción de inocencia …opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo …>>.

Ambos aspectos son también recogidos en el artículo 2 del Código Procesal Penal, al igual que en el artículo 3 del Código Procesal penal Modelo.

1. La *presunción* o afirmación interina de inocencia, como regla de tratamiento.

En este plano, escribe Iluminati, <<…la presunción de inocencia se refiere a la condición del imputado en el curso del proceso.
Aún cuando obviamente no pueda quedar eliminada la sospecha implícita en la hipotetización de la culpabilidad, el imputado es tratado <<como si>> fuese inocente, hasta que una condena definitiva no demuestre lo contrario; y no debería encontrarse en situación de inferioridad –social, moral y física- en relación con los demás ciudadanos. En particular, debe inspirarse en la presunción de inocencia la regulación de la libertad personal…>>.

El artículo 2 del Código Procesal Penal, tras afirmar, en su primer párrafo, que todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por juez o tribunal competente en conformidad con las normas de dicho Código, continúa: <<…En consecuencia, hasta esa declaratoria ninguna autoridad podrá tener a una persona como culpable ni presentarla como tal ante terceros. Cuanto informe, por consiguiente, se limitará a poner de manifiesto la sospecha que pende sobre la misma…>>.

El párrafo segundo del artículo 2 del Código Procesal Penal fija con gran amplitud la extensión de esta regla de tratamiento.
En efecto,

a) obliga a que cuantas autoridades intervengan en el proceso tengan y traten al imputado como inocente, hasta la declaración irrevocable de su culpabilidad:

b) extiende esta obligación a todas las autoridades sin distinción, por lo que el imputado, pendiente del proceso penal, no podrá ser tratado como culpable del hecho imputado en otra instancia, judicial o extrajudicial; y

c) ninguna autoridad podrá presentar al imputado ante terceros como culpable del hecho imputado, lo que obligará a extremar el cuidado en el tratamiento que se dé oficialmente a las informaciones relativas a los resultados de las investigaciones en curso que se proporcionen a los medios de comunicación.

La regla de tratamiento tiene una especial trascendencia en materia de medidas cautelares, y muy singularmente, dentro de ellas, sobre las que anulen o limiten derecho de la persona.

En el artículo 3 del Código Procesal Penal Modelo se establece:

<<…Las disposiciones de esta ley que restringen la liberad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes…>>.

Por ello, la privación de libertad impuesta como medida cautelar ha de ser excepcional, y no adoptarse si no cuando existan serios indicios de participación culpable en un hecho delictivo, y buenas razones que sugieran la *peligrosidad procesal* del imputado, por grave riesgo de puesta fuera del alcance de los aparatos estatales encargados de la persecución y enjuiciamiento del supuesto delito, o de destrucción o manipulación de las fuentes de prueba, que pudieran comprometer la eficacia del proceso o la de la sentencia condenatoria que pudiera recaer en él.

2. La *presunción* o afirmación interina de inocencia como regla de juicio.

2.1 La distribución de la carga de la prueba y la enervación de la presunción de inocencia.

Como regla de juicio, explica Illuminati, la presunción de inocencia <<…va, en cambio, ligada a la estructura del proceso y, en particular, a la técnica de la declaración del hecho probado. Su plena realización impondría un sistema de tipo acusatorio en el que quedaría excluido que el propio imputado debiera demostrar su propia inocencia. Estando obligado, el órgano de la acusación, a proporcionar la prueba plena de la culpabilidad. En caso de duda, el juez no podrá sino absolver, sin que resten contra el acusado consecuencias negativas de ningún género…>>.

La posición del imputado en el proceso penal se encuentra, de este modo, reforzada, porque, frente a la neutralidad que se mantiene en el proceso de Derecho Privado (el juzgador ha de considerar los hechos respectivamente alegados por las partes contrapuestas como datos a probar cumplidamente por aquella que los afirma), el juzgador penal (y también el instructor) ha de partir, como hipótesis de trabajo, de la inocencia de dicho imputado, de modo que, en caso de que la parte acusadora no acredite cumplidamente su acusación contra aquel, la inocencia interinamente afirmada se convertirá, por efecto de la irrevocabilidad del juicio jurisdiccional, en verdad definitiva.

En el ámbito Internacional, el Comité de Derechos Humanos, en su comentario 13 (21), informe de 1984, observó a propósito del artículo 14 del Pacto Internacional de 1969, que <<…en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable…>>.

La pauta de mantenimiento de la presunción de inocencia hasta que se prueba la culpabilidad más allá de toda duda razonable (<<…*beyond a reasonable doubt…>>)* está muy arraigada en el Derecho anglosajón, donde, a pesar de la ausencia de una norma constitucional expresa que consagre la presunción de inocencia, desde muy antiguo *(ya en el caso Webster, en 1850),* se entiende que <<…se presume que toda persona es inocente hasta que se prueba que es culpable. Si resta una duda razonable sobre una tal prueba, el acusado está legitimado para beneficiarse de ello…>>, procediendo su absolución.

Estas *reglas de juicio* constituye uno de los principios básicos del sistema procesal norteamericano, ligado al derecho constitucional a un juicio como es debido (*due process of Law),* y así lo entiende la jurisprudencia norteamericana (sentencia del caso *Victor v. Nebraska, en 1994),* consciente, sin embargo, de la elasticidad del criterio de la exclusión de la duda razonable, de imposible sumisión a cánones objetivos generales.

Los especialistas enseñan (y la doctrina del Tribunal Constitucional español comparte sus enseñanzas) que, para enervar la presunción de inocencia:

a) Ha de concurrir una <<actividad probatoria mínima>>.

Con esta expresión, que se repite, como fórmula casi sacramental, en las resoluciones del Tribunal Constitucional español, se exige que toda condena se apoye en prueba que merezca este nombre. En ausencia de toda prueba, ha de mantenerse, ya como definitiva, la afirmación –inicialmente interina- de inocencia.

b) Ese material probatorio ha de haberse obtenido y practicado con todas las garantías procesales.

Como explica Bacigalupo Zapater, ello implica, que, en el proceso penal, no puede ser utilizable ni el material obtenido con quebrantamiento de una prohibición probatoria (artículo 199 CPP); ni aquél que no se aporta a juicio y se discute en forma contradictoria. La prueba capaz de enervar la presunción de inocencia es precisamente la practicada en el acto del juicio (artículo 338, tercera, 2 CPP), o la anticipada, con arreglo a lo legalmente establecido (artículos 256, 277, 311, CPP), respetando las garantías de inmediación judicial

Y de posibilidad de audiencia bilateral de partes y de contradicción entre ellas), en caso de peligro grave de pérdida o corrupción de las fuentes de prueba; y sin perjuicio de que, excepcionalmente, pueda introducirse material procedente de la investigación preliminar para integrar el conseguido en juicio (por imposibilidad de reproducción durante él) o para contrastarlo (artículo 311 CPP).

c) Dicho material probatorio ha de ser funcionalmente valorable como <<de cargo>>.

Esto lleva consigo:

c.1. Que tenga carácter incriminador, esto es, funcionalidad objetivamente demostrativa de la culpabilidad.

c.2. En relación con la concurrencia de los elementos estructurales objetivos y subjetivos del delito imputado y con la participación culpable de la persona acusada en el hecho que se le imputa.

Esta exigencia no desvirtúa el momento subjetivo de la valoración de la persuasividad del material probatorio utilizado, como advierten Guerra San Martín, Belloch Julbe y Torres López de la calle.

El juicio sobre la existencia de material probatorio mínimo admisible procesalmente y con potencia sintomática de culpabilidad, se realiza con criterios eminentemente objetivos.

El juicio sobre la persuasividad (credibilidad y fiabilidad) de la prueba añade un inevitable componente subjetivo.

Uno y otro servirán para formular el juicio sobre la suficiencia de la prueba para enervar la afirmación de inocencia.

Además, se exige una adecuada motivación de todos estos juicios. Esta motivación es, en definitiva, la garantía de la efectividad del derecho a la presunción de inocencia, y así lo han entendido los especialistas. El órgano sentenciador habrá de expresar, pues, en su resolución el material probatorio tenido en cuenta para formar su convicción , así como las razones justificativas, de acuerdo con la sana critica, del valor que les haya dado, y, en su caso, el razonamiento para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios igualmente declarados probados (artículo 3380 CPP). Una deficiente expresión de la prueba tenida en consideración o la carencia de suficiente motivación de la valoración de aquella pueden fundamentar el recurso de casación (artículo 362 CPP).

2.2. La regla de favorecimiento del acusado en situaciones de duda (<<in dubio, pro reo>>).

Cuando el juzgador no es capaz de formar su convicción con ese grado de certeza máxima posible al ser humano (aquella que excluye la duda razonable), se encuentra ante una *aporía* en

sentido estricto. No es capaz de encontrar el camino hacia la verdad; o, tal vez mejor, tiene ante sí dos caminos (<<*duda*>> viene de <<*dubium*>>*,* y, finalmente, de <<*duo*>>*:* dos), sin razón decisiva para optar por uno o por otro. Sin embargo, ha de elegir, no cabe abstenerse de juzgar por no tener claro el caso (prohibición del <<*non liquen*>>*).* Pesa sobre el juez el apremio que expresaba contundentemente Carnelutti: <<*Sbaglia, ma decidi*>>*;* arriésgate a equivocarte, juez, pero decide.

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 suspicionibus debere aliquem damnari…; satius enim esse enpunitum reliqui facinus nocentis quam innocentem damnare* …(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, Blakstone, en sus célebres <<*Commentaries…*>>*,* no dudaría en afirmar que <<…es preferible que escapen diez culpables a que sufra un inocente…>>

Carrara escribió estas palabras, que no han perdido actualidad, saliendo al paso de aquellos a quienes escandaliza la posibilidad de que un culpable quede impune: <<…Verdadero escándalo sería ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les pareciere cometer un pecado si absuelven, y que tiemblan febriles y suspiran como infelices al firmar una absolución, pero no tiemblan ni suspiran al firmar una condena. Esto si sería un verdadero escándalo, pues haría arraigar, profundísimamente, en el pueblo, la idea de que los jueces penales ocupan su sitio tan sólo para condenar, y no para administrar justicia imparcialmente. Así se daría muerte a la confianza que pueda tenerse en la justicia humana, al tomarse como motivo de la condena, no el haber sido declarado culpable, sino haber sido acusado.
Las sentencias absolutorias prueban todo lo contrario; honran a la Magistratura y refuerzan la confianza en las sentencias condenatorias…>>, consolidando, de este modo, en los ciudadanos, la creencia en su propia seguridad.

Bacigalupo Zapater ha destacado la doble dimensión fáctica y normativa de este principio.

El plano fáctico hace referencia al <<*estado de duda*>> (Al que alude también la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español) en que se encuentra el juez o tribunal. El estado de duda significa la imposibilidad de reconstruir lo sucedido, porque resta una duda razonable. El juzgador ha de asumir, como ser humano, que no puede aspirar a una certeza absoluta. La convicción judicial –se afirma (por dos especialistas de la talla de Muñoz Sabaté y Serra Domínguez)- no se expresa en términos de certeza, sino de mayor a menor probabilidad, moviéndose entre el 1 y el 0 de una escala de Reichenbach, en la que el uno equivaliese a la verdad y el 0 a la falsedad, una y otra, en términos absolutos. Una duda residual será siempre inevitable; por eso no se puede aspirar sino a un estado de certidumbre que excluya toda duda racional.

El plano normativo remite a la existencia de un precepto que ordena a los jueces <<…absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado o …condenar por la hipótesis más favorable al mismo…>>.

Aun cuando falte una norma que, como el ultimo párrafo del artículo 3 del Código Procesal Modelo, consagre explícitamente que <<…[la] duda favorece al imputado …>>, el principio favorecedor del reo en caso de duda se infiere de la afirmación interina de inocencia, y de la distribución de la carga de la prueba. Todo aquello que la acusación no pruebe convincentemente ha de considerarse insuficiente para enervar aquella. Así se ha construido también este principio en otros sistemas jurídicos en que no está proclamado expresamente por una norma.

Esta dimensión normativa no debe reducirse, en opinión de Becigalupo, a lo meramente procesal. El principio <<*in dubio, pro reo*>> constituye, a su juicio, <<…una consecuencia del carácter de Estado de Derecho que impregna al derecho vigente y tiene, por tanto, jerarquía constitucional…>>, por lo que cabría invocar su infracción a efectos casacionales. Esta interpretación tiene un valor especial a efectos de aplicación del artículo 362 del Código Procesal Penal.

*** * ***

Félix Antonio Ávila Ortiz

ARTICULO 3. **Respeto de la dignidad y de la libertad.** Los imputados tienen derecho a ser tratados con el respeto debido a todo ser humano y a que se respete su libertad personal. La restricción de ésta, mientras dure el proceso, sólo se decretará en los casos previstos en el presente código.

COMENTARIO

El presente artículo proclama dos principios básicos de un Estado Democrático de Derecho, derecho al respeto a la dignidad humana y el derecho a la libertad.

A) DERECHO A LA DIGNIDAD

La dignidad de la persona humana es un atributo inherente a ella, tanto en su dimensión individual como social, que además se encuentra indisolublemente unida a la idea de libertad. Por todo lo anterior, toda persona merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana. En palabras de ALEGRE MARTINEZ[5], ésta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida de modo indisoluble a las ideas de libertad e igualdad, adquiriendo un significado jurídico político.

En consonancia con lo anterior, toda persona imputada, tiene derecho a que se le trate con respeto a su dignidad, ello es precisamente lo que el presente Artículo deja claramente establecido.
Lo dicho por el anterior precepto es consecuente con la declaración del Artículo 59 de nuestra Constitución, que establece lo siguiente, *<<La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable>>.*

El respeto a la dignidad humana aparece recogido en textos internacionales de protección de los derechos humanos, la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948, en su preámbulo dice, <<…*La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana…>>.*

El pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, establece que, <<*…conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables… estos derechos se derivan de la dignidad inherente al ser humano<<.*

Ya en el contexto de la protección efectiva de los derechos humanos en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (San José 1966) en su Artículo 11.1 declara:
<<Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad>>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar este derecho reconocido por la Convención ha insistido en que la intervención del Estado o de cualquier otro poder público encuentra su límite en el respeto de la dignidad humana. Así pues, la

---

5 ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel; *LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, como fundamento del ordenamiento Constitucional Español. Edit. Universidad de León, Secretariado de publicaciones 1996, pág. 19.*

sentencia de 29 de julio de 1988 dejó dicho: <<Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que pueden ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana>>. [Serie C: Resoluciones y Sentencias, nº 4, Caso Velásquez Rodríguez].

Posteriormente, la misma Corte invocando como jurisprudencia lo dicho en esta sentencia, en la de fecha 20 de enero de 1989 dejó dicho: <<La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de <<respetar los derechos y libertades>> reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana, y, en consecuencia, superiores al Poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión; …la protección a los Derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en la que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión <<leyes>> en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21)>>. [Serie C: Resoluciones y Sentencias, nº 5, Caso Godínez Cruz].

Congruente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta necesario enfatizar en la necesidad de que el Estado tenga siempre presente el respeto de la dignidad de la persona como principio rector de sus actuaciones, pues como dice ALEGRE MARTINEZ[6], el derecho a la dignidad como inalienable que es, no es una concesión de la Sociedad o de Estado, sino que pertenece a la naturaleza humana y es inherente a la persona, de ahí pues, la importancia que nuestra Constitución atribuye a este derecho, al colocarlo entre uno de los más importantes, y por supuesto, el mismo Estado no podía hacer menos que proclamarlo en el actual Código.

El derecho a la dignidad humana tiene una estrecha conexión

---

6 ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel; *LA DIGNIDAD DE LA PERSONA como fundamento del ordenamiento Constitucional Español, Edit. Universidad de León, Secretariado de publicaciones 1996, pág. 108.*

con otros derechos fundamentales como ser: derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, los que son proclamados en el artículo 76 de nuestra Constitución. Haciendo un parangón entre nuestro derecho Constitucional y el derecho constitucional español, merece la pena apuntar lo que el Tribunal Constitucional Español desde su sentencia nº 231/1988 ha puesto de relieve con relación a la conexión existente entre estos derechos y la dignidad de la persona, en efecto dejó dicho: <<*Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la* <<dignidad de la persona>>, *que reconoce el art. 10 CE, y que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana>>.*

El criterio anterior es de mucha importancia, pues el derecho a la dignidad humana puede verse menoscabado por la actividad del Estado en la investigación de un hecho delictivo, no solamente con la imposición de la prisión preventiva, sino también mediante el sometimiento del imputado a intervenciones corporales, o la intervención de comunicaciones telefónicas, entre otras medidas, cuando no se verifique del modo y en la manera establecidos por éste Código.

B) DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

En toda sociedad Democrática de Derecho, el derecho a la libertad personal ocupa un lugar importante entre los demás derechos fundamentales, después del derecho a la vida y a la integridad corporal, el derecho a la libertad personal es el que tiene mayor rango. Como uno de los derechos subjetivos del ciudadano, la libertad es la que más entra en conflicto con el derecho de penar del estado.

El derecho a la libertad, aparece consagrado en las declaraciones de derechos humanos: así, la Declaración Universal de los Derechos humanos, en su artículo 9 proclama: <<*Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado…>>.*

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, no sólo reafirma el derecho a la libertad personal, sino que además añade la garantía de previa fijación por ley de las causas que legitimen la adopción de una medida restrictiva de aquel derecho y el procedimiento a seguir, al sentar en su Artículo 9.1 lo siguiente: <<*Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".*

En el ámbito Interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7 declara:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

En el ámbito del derecho interno, nuestra Constitución contiene preceptos de la mayor trascendencia, así, en el capítulo II de los derechos individuales, en su Artículo 69 dice: *<<La libertad personal es inviolable y solo con arreglo a las leyes podrá ser restringida o suspendida temporalmente>>,* estableciendo con ello el principio de la inviolabilidad de la ley personal y de la legalidad de sus limitaciones.
Más adelante en su artículo 92 dice: *<<No podrá preveerse auto de prisión sin que proceda plena de haberse cometido un crimen o simple delito que merezca la pena de privación de la libertad, y sin que resulte indicio racional de quien sea su autor>>,* estableciendo así los principios rectores de la prisión preventiva, entre ellos la exigencia de graves indicios de criminalidad (*Fummus boni iuris).*

Por todo ello, el Artículo que comentamos, insiste en la necesidad de que a todo imputado le sea respetada su libertad personal, y que en caso de que tenga que ser restringida solo debe serlo en los casos previstos por el mismo Código, consagrando la excepcionalidad de la prisión preventiva y taxatividad de los casos en que procede.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una de sus sentencias más reciente, la de 12 de noviembre de 1997, respecto a la restricción del derecho a la libertad personal, ha dicho: *<< La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley.*
Aún es ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía de acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva… Como ha dicho la Corte (supra, párr. 51), la incomunicación es una medida excepcional para asegurar los resultados de una investigación y que sólo puede aplicarse si es decretada de acuerdo con las condiciones establecidas de antemano por la ley, tomada ésta en el sentido que le atribuye el artículo 30 de la Convención Americana (La expresión <<leyes>> en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, Párr. 38)…>> [Serie C: Resoluciones y Sentencias, nº 35, Caso Suárez Rosero].

Como lo dejamos dicho en el comentario del Artículo 2, la Corte en esta misma sentencia dijo que el derecho a la libertad tiene íntima relación con el principio de la presunción de inocencia

que proclama el artículo 8.2 de la Convención.

ARTÍCULO 4. Principio de Contradicción. Salvo que el presente Código señale otro procedimiento, el juicio será oral y público en él regirá el principio de contradicción.

Tanto el imputado como su defensor, tendrán derecho a presentar los elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso, incluso durante la investigación preliminar. En este último caso lo harán ante el Fiscal a cuyo cargo se encuentre la investigación.

COMENTARIO

Este Artículo, si bien es cierto se encuentra epigrafiado con la fórmula de principio de contradicción, hace especial referencia a la publicidad y a la oralidad del juicio.

Para que se pueda hablar de un verdadero juicio, en primer lugar, deberá ser un acto desarrollado por el juez y no por otro funcionario judicial, en él debe imperar la inmediación, es decir, el juez debe tener comunicación directa con las partes, y ser además quien observe directamente la prueba producida en el debate.

En segundo lugar, el juicio debe ser público y verdaderamente público, de manera que la sociedad pueda observar como se administra la justicia por parte de sus jueces. El juicio o debate es la fase más importante del proceso, pues se trata de la etapa decisiva, por esta razón, este Código propugna por que en su desarrollo imperen la oralidad y la publicidad como principios básicos del procedimiento.

La publicidad de las actuaciones procesales como dice GIMENO SENDRA [7] es una conquista del pensamiento liberal frente al procedimiento escrito o <<justicia de gabinete>> del antiguo régimen. El movimiento liberal opuso la publicidad del procedimiento como seguridad de los ciudadanos contra el arbitro judicial y eventuales manipulaciones gubernamentales en la constitución y funcionamiento de los tribunales, así como medio para el fortalecimiento de la confianza del pueblo en dichos órganos, y en tanto que, instrumento de control popular sobre la justicia.

Para que en el proceso penal se permita y garantice el derecho a la defensa de las partes es necesario que exista concentración de la prueba producida, a la vez que contradicción, estas exigencias solamente se satisfacen mediante la oralidad. La oralidad pues, deberá estar presente en todo el desarrollo del proceso, aunque ciertos actos del mismo, tengan que formularse por escrito, tal es el caso del escrito de requerimiento y las pericias practicadas en

---

7 GIMENO SENDRA, Vicente; *DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Colex, segunda edición 1997, pág. 99.*

la etapa preparatoria , entre otros, pero aún en estos casos deben ser leídos en el acto del juicio.

También es importante dejar bien claro, que cuando se habla de un juicio oral, la oralidad deberá ser verdadera y no una oralidad disfrazada o falsa, pues existen muchas formas para burlar este principio básico del proceso. Como lo recuerda BINDER, la falsa oralidad existe cuando la misma no está al servicio de la inmediación, poniendo como ejemplo el hecho de que se produzca la vista pública, pero en la misma no se produzca prueba, de modo que el juez cuando tenga que decidir, lo haga no con la prueba producida en el juicio, sino que, basándose en lo que existe en el *expediente.* También existe una falsa oralidad, cuando no se realizan las audiencias verdaderamente públicas, de manera que la sociedad controle de algún modo el resultado del juicio.

Al desarrollarse el juicio de forma oral y pública, se posibilita a las partes la oportunidad de formular sus alegaciones y de defenderlas mediante la prueba de los hechos fundamentadores y de la proposición de los correspondientes argumentos jurídicos, y por el lado contrario, la oportunidad de contrarrestar las alegaciones y los argumentos jurídicos de la otra parte, la oralidad además comporta la concentración y la inmediación.

Es así como cobra vida el principio de contradicción, según el cual, las partes en conflictos en planos de igualdad tienen la oportunidad, como se ha dicho antes, a contradecir los argumentos jurídicos y las pruebas de sus contrarios. El principio de contradicción a diferencia de los de oralidad y publicidad no es un principio del juicio sino de todo el procedimiento penal ya que afecta a la estructura del mismo. De acuerdo al párrafo segundo de éste Artículo, el principio de contradicción deberá imperar a lo largo de todo el procedimiento, así pues, no sólo en la fase del juicio oral deberá ser observado, incluso en la investigación preliminar, ya que ésta tiene por finalidad la averiguación de los hechos, por ende el imputado podría encontrarse, en una posición de desventaja procesal en relación con el órgano investigador, consecuente con ello, el Código dispone que el imputado o su defensor tienen derecho a presentar los elementos de prueba necesarios, tales pruebas deberán ser presentadas ante el Fiscal como director de la investigación, todo ello para potenciar el derecho de defensa del acusado.

ARTÍCULO 5. <u>Protección de los intervinientes en el proceso.</u>

El Estado por medio de sus órganos competentes, brindará de oficio asistencia y protección a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran.

COMENTARIO

Porque la función judicial es una actividad del Estado, instituida para

garantizar la justicia, la libertad y la paz social entre otros aspectos, el Estado tiene el deber de velar porque ésta función sea desarrollada sin ningún menoscabo. Por tal razón, el presente Artículo es categórico al señalar que el Estado a través de sus órganos competentes, tiene la obligación de brindar asistencia y protección a cuantas personas intervengan en un proceso penal en el caso de verse perturbados en cualquier manera.

Como la finalidad del proceso es la realización pronta y efectiva de la justicia penal, según lo proclama el Artículo 8 de éste Código, esta aspiración no llegará a ser realidad si quienes intervienen en el proceso, en sus momentos más cruciales, son objetos de presiones o amenazas para obligarlos a claudicar en sus respectivas posiciones.

El precepto que comentamos tiene relación con los Artículos 10, que se refiere a la neutralización de los efectos del delito, el 237 y el 248, que se refieren a las medidas de protección a testigos y peritos, encontrándose entre los primeros a la víctima en el caso de ser citada como testigo, pues no debe olvidarse la importancia que puede revestir la presencia de ésta en el proceso, máxime cuando el hecho por el que se enjuicia sea de aquellos que únicamente se pueda probar con su testimonio. Y no solamente la víctima, sino cualquier testigo o perito de cualquiera de las partes en conflicto, puede ser objeto de presiones, amenazas y hasta de las más inimaginables maquinaciones para obligarlos a que cambien su testimonio, o a que callen la verdad.

ARTÍCULO 6. **Antecedentes penales.** Únicamente las condenas impuestas mediante sentencias firmes, tendrán la calidad de antecedentes penales. El poder Judicial llevará el registro correspondiente.

COMENTARIO

Consecuente con el principio de que toda persona es inocente hasta que se haya declarado su culpabilidad mediante sentencia condenatoria firme según lo dicho por el Artículo 89 de nuestra Constitución y el Artículo 2 de este Código, este Articulo que comentamos, tiene razón al establecer que solamente las condenas impuestas mediante sentencias definitivas pasadas por autoridad de cosa juzgada pueden ser tenidas como antecedentes penales. De esta manera, aquellas sentencias pendientes de revisión no podrán ser invocadas como antecedentes para agravar la responsabilidad de un acusado, ya que es posible que, mediante la resolución del tribunal superior, sean modificadas e incluso revocadas.

Tampoco pueden tenerse como antecedentes penales los procesos pendientes de solución, como ocurre muy a menudo en nuestro país.

No está lejos en el tiempo aquella época de las famosas<<fichas delictivas>de la desaparecida Dirección Nacional de Investigaciones, las que eran invocadas como antecedentes penales, y lo más

lamentable es que sirvieron de motivo en más de una sentencia para agravar una condena, recuérdese además que en tiempos de aquel cuerpo represivo hasta su desaparición en 1993, era el que tenía a su cargo certificar o no la existencia de antecedentes penales, lo cual se hacía de acuerdo a las *fichas* abiertas por cualquier denuncia que ante el mismo se hiciere, lo que dicho sea de paso dio lugar a muchas corruptelas.

El presente Artículo encomienda al Poder Judicial el registro de condenas firmes, se estima que esta tarea no puede ser llevada por los mismos tribunales individualmente, pues no es esa su labor, sino que debe de corresponder a un organismo de carácter administrativo, creado dentro del Poder Judicial, a quien le corresponderá emitir las constancias o certificaciones que sean necesarias en cualquier clase de procedimiento judicial o extrajudicial.

ARTÍCULO 7. **Independencia de Jueces y Magistrados.** El juzgamiento de los delitos y de las faltas, así como, el control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, corresponderá a jueces y magistrados independientes e imparciales, sólo sometidos a la Constitución de la república, a los Tratados y a las leyes.

Por ningún motivo los otros órganos del Estado interferirán en el desarrollo del proceso. En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten a su independencia. Cuando la interferencia o presión provengan de la propia Corte Suprema de Justicia, de alguno de los Magistrados o de otro tribunal, el informe será presentado al Pleno de la Corte Suprema de Justicia por Conducto del Fiscal General de la República.

COMENTARIO

El presente Artículo, además de proclamar la independencia del Poder Judicial como un principio básico de toda sociedad democrática de derecho, también hace lo propio respecto a la imparcialidad de los jueces y de los magistrados y el sometimiento de estos únicamente a la Constitución de la República a las normas del derecho internacional y a las leyes nacionales. Estableciendo los mecanismos de defensa de estos principios en caso de verse amenazados por cualquier perturbación que provenga de afuera, como de adentro del poder judicial.

A) INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

La independencia del Poder Judicial, nace con la teoría liberal clásica de la división de poderes proclamada por Montesquieu, según la cual, las funciones del Estado se asignan a poderes u órganos independientes, de esta manera el poder absoluto concentrado en manos del soberano se encuentra distribuido en órganos independientes unos de

los otros. Así pues, la tarea de formular las leyes se le encarga al poder legislativo, la de administrar se recomienda al poder ejecutivo, y la de administrar justicia, es decir, aplicar las leyes al caso concreto, se encarga a un órgano independiente de los otros dos, llamado poder ú órgano judicial. Este último es completo órgano, compuesto por un número determinado de sub-órganos (juzgados y tribunales), cuya característica especial es precisamente su independencia. En la actualidad todo Estado Constitucional se asienta sobre esta doctrina de la separación de poderes.

Congruente con la anterior doctrina, nuestra Constitución en su Artículo 4 establece que la forma de gobierno es republicana, democrática y representativa y que se ejerce por tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, complementarios e independientes, y en su Artículo 303 relativo al Poder Judicial dice que la potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del Estado por magistrados y jueces independientes.

La independencia judicial es pues, un elemento organizativo indispensable en un Estado de Derecho, como ha dicho Kart Loewenstein, <<La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les hayan sido asignadas, y su libertad frente a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador de poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado Democrático Constitucional de Derecho.

B) INDEPENDENCIA DEL JUEZ.

Como se ha dicho antes, el atributo de independencia judicial en el Estado Hondureño, aparece proclamado en el Artículo 303 de la Constitución, siendo ésta la principal característica que dicho Artículo atribuye a los jueces y magistrados.

Lo anterior significa nada más y nada menos que los juzgadores deben dictar sus resoluciones con arreglo a derecho, sin que tengan que recibir ningún tipo de órdenes, instrucciones, sugerencias, o directrices acerca de los asuntos de que conozcan, estando sometidos únicamente al <<imperio de la ley>>, entendida ésta en sentido general. Al respecto dice GARCIA MORILLO[8] que esta expresión, (<<solo al imperio de la ley>>) no debe entenderse como excluyente de otros criterios de resolución de los conflictos distintos de la norma escrita, como los principios generales del derecho, o de la jurisprudencia en cuanto complemento del ordenamiento jurídico, sino como un mandato de la misma ley, de que ninguna voluntad distinta de la que el legislador ha plasmado en la norma jurídica pueda imponerse al juez.

---

[9] GARCÍA MORILLO, *Joaquín; DERECHO CONSTITUCIONAL, Volumen II, Los Poderes del Estado. Editorial Tirant lo blanch, 3ª Edición, Valencia 1997, pag. 221.*

Si ello no fuera así, no podría entenderse el significado del Articulo 19 de éste Código, que establece como fuentes auxiliares de la actividad judicial a la jurisprudencia y los principios generales del derecho, Como lo ha escrito ESPINAL IRÍAS[9] , el juez está vinculado primordialmente al derecho positivo, pero debe esforzarse por dar cumplimiento a la intensión del legislador, apoyándose en los fines u objetivos que definen las leyes mismas, y agrega, más allá de la letra de la ley, dentro del Estado de Derecho, el juez está facultado para aplicar en casos concretos, ciertos principios <<supralegales>> aceptados y reconocidos por la <<conciencia jurídica>> de la comunidad.

La independencia del juez, significa no sometimiento a otra potestad más que a la ley, una vez que el juez es investido de autoridad para juzgar, su deber es obedecer únicamente el mandato de la ley, la independencia de la que goza le da derecho a no escuchar ninguna otra autoridad, bien sea del mismo poder judicial o extraña a éste, cuando le insinúen la forma como debe resolver el conflicto sometido a su conocimiento. De igual manera, deberá encontrarse libre de insinuaciones de tipo gremial y política, pues su única sumisión es a la ley.

Pero es importante recordar lo dicho por GARCÍA MORILLO[10], la sumisión al imperio de la ley es también un recordatorio de que la independencia del juez se traduce en inmunidad frente a cualesquiera órdenes, instrucciones o presiones, pero no es una libérrima voluntad personal para juzgar según su propia conciencia.
La sumisión a la ley, al tiempo que excluye toda posible injerencia, incluye la obligación del juzgador de someterse al razonamiento jurídico que le lleve a resolver el conflicto, a un sistema de fuentes en el que ocupa un lugar preferente la norma estricta.

La independencia de la judicatura ha sido una constante preocupación de las Naciones Unidas, misma en su séptimo congreso sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente aprobó los “Principios Relativos a la Independencia de la Judicatura”, éste organismo universal, después de recordar que la declaración universal de los derechos humanos consagra el principio de igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, afirmó que la *independencia de la judicatura* será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del País, y que todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

---

9 ESPINAL IRIAS, Rigoberto; *EL JUEZ Y LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA*, *Un enfoque a partir de los derechos humanos; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1993, págs. 42 y 43.*

10 GARCIA MORILLO, Joaquín; Op. Cit, pag. 222.

Pero para lograr que el juez sea realmente independiente, es necesario que se den ciertas condiciones, a saber:

Desde la perspectiva de su dimensión individual, el talante personal de cada juez condiciona fundamentalmente la calidad y el sesgo de su trabajo profesional, por eso tiene gran importancia el proceso de selección de los jueces, su preparación técnica y la posesión de un margen mínimo de experiencia personal y jurídica, siendo necesario también que su personalidad responda al perfil psicológico considerado como ideal del juez.

Desde la perspectiva estatutaria, el estatuto personal del juez, asegura la independencia de los jueces y magistrados ya que por medio de él se establecen la forma de designación, los mecanismos de promoción y sistemas de ascensos, su retribución y todo lo concerniente a un régimen de responsabilidad, inamovilidad, limitaciones y prohibiciones.

Todo este catálogo de derechos y obligaciones, que constituyen el estatuto del juez, se encuentran establecidos en la Constitución de la República que en su Artículo 309 establece: “Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por las causas y con las garantías previas en la ley”; y el Artículo 311 respecto a las incompatibilidades, dice, “La calidad del juez o magistrado en funciones es incompatible con el libre ejercicio de la profesión de l derecho y con la de funcionario o empleado de otros poderes públicos, excepto la de docente y de diplomático Ad-hoc, (…) los jueces y magistrados en funciones no podrán participar por motivo alguno en actividades político partidistas de cualquier clase, excepto la de emitir su voto personal, tampoco podrán sindicalizarse ni declararse en huelga”.

Todo lo anterior se encuentra desarrollado en la Ley de la Carrera Judicial, Decreto n1 953 de 18 de junio de 1980, que como ley secundaria regula lo relativo a la carrera judicial. Puede decirse entonces, que el juez hondureño cuenta con un estatuto jurídico que le garantiza la independencia necesaria para desempeñar su función sin menoscabo de la misma.

C) IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Aunque nuestra Constitución no establezca de manera taxativa el derecho a un juez imparcial, o derecho a ser juzgado por juez imparcial, este derecho debe considerarse implícito en la garantía a un debido proceso, o proceso legal justo, contenida en el Artículo 90 de la Ley Fundamental que establece el derecho a ser juzgado por juez o tribunal competente con las formalidades *derechos y garantías* que la ley establece. Debe entenderse pues, que entre esos derechos y garantías se encuentra el de un juez imparcial por ser éste un principio básico de todo ordenamiento procesal de un Estado de

Derecho.

Pero si lo anterior no bastara, el derecho a un juez imparcial aparece en el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable,* por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, *establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".* Por esta razón, el Artículo que comentamos se refiere a la imparcialidad del juez como una garantía de un proceso debido.

La función jurisdiccional, cuyo contenido no es otro que la de resolver los conflictos entre los ciudadanos, o entre ambos y el Estado, o como dice la Constitución,. Juzgar y ejecutar lo juzgado, la imparcialidad del juez es una nota fundamental de dicha función pues solamente con jueces independientes e imparciales, este cometido puede lograrse a cabalidad. El hecho que la función jurisdiccional se atribuya a un poder distinto de los demás no es solamente para distribuir las tareas del Estado y evitar la concentración, sino que tiene por finalidad primordial garantizar que la aplicación del Derecho y la interpretación de las normas corresponda a alguien distinto y ajeno a quien produce las normas básicas del ordenamiento y a quien promueve y ejecuta sus contenidos, y por ende puede resolver con imparcialidad.

Doctrinariamente, la imparcialidad judicial puede verse desde dos puntos de vista, uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo.

1. Imparcialidad subjetiva. Desde el punto de vista subjetivo, la imparcialidad del juez tiene referencia a lo que éste pensaba sobre el acusado, a la existencia de alguna animadversión contra él, es decir la relación del juez de un proceso concreto con las partes del mismo, y en virtud de la cual exista o pueda existir la inclinación de ese juez hacia una solución determinada del caso. La imparcialidad del juez desde este punto de vista debe presumirse, salvo que se pruebe lo contrario, por esta razón este Código, para garantizar la imparcialidad de los jueces, establece las causas de abstención o recusación, en su Artículo 83 se refiere entre otras, a la de ser el juez, el cónyuge o compañero de hogar o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes o de su mandatario o representante legal.

2. Imparcialidad objetiva. La llamada imparcialidad objetiva, a diferencia de la imparcialidad subjetiva, no se refiere a la relación del

juez con las partes, sino a la relación del juzgador con el objeto del proceso, como dice PUYOL MONTERO[11] , el sentido de la imparcialidad objetiva no es otro que la de asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni perjuicios que en su ánimo pudieran existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa, por haber ostentado con anterioridad la condición de acusador o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso.

Que un juez sea objetivamente imparcial es una exigencia de un sistema procesal penal que se asienta en el principio acusatorio, que excluye la posibilidad de acumulación de las funciones instructoras y de juzgamiento en un mismo órgano judicial. Para PUYOL MONTERO[12] , la razón de ser de la doctrina de antes señalada se asienta en dos líneas esenciales, de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio, puede hacer en el ánimo del juez o tribunal sentenciador, prejuicios o prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre función instructora y juzgadora.

D) VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

El párrafo primero de éste Artículo, en su parte final recuerda que los jueces estarán sometidos o vinculados solamente a las leyes, destacando en primer término la Constitución de la República. Lo dispuesto en este precepto es consecuente con lo dicho por el Artículo 315 de la Ley Fundamental que establece: *"En casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez aplicará la primera",* la norma transcrita proclama el principio de que la Constitución se encuentra en la cúspide de la pirámide de la jerarquía normativa en donde ésta tiene una fuerza superior a las demás normas, conforme a esta disposición de contenido imperativo, el juez que conozca del caso tiene competencia para decidir motivadamente la inaplicación de cualquier norma subalterna que estime como contraria a la Ley fundamental.

Pero cuando al juez le asalten las dudas sobre la constitucionalidad de una ley, en lugar de inaplicarla, puede optar por otra vía de solución, puede promover la cuestión de inconstitucionalidad que establecen los Artículos 184 y 185 de la Constitución, el primero advierte: "Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de la forma o de contenido. A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia

---

11 PUYOL MONTERO, Francisco Javier; *ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Ley y Legislación Complementaria, Doctrina y Jurisprudencia, tomo I, Edit. Trivium S.A. Madrid 1998, pag. 93.*

12 PUYOL MONTERO, Francisco Javier; Op. Cit. Pag. 93.

y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas".
El segundo señala las diferentes vías por las que se puede solicitar a la Corte Suprema la declaración de inconstitucionalidad de una norma secundaria, y agrega este precepto en su numeral tercero:
"También el Juez o tribunal que conozca en cualquier procedimiento judicial, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y de su inaplicabilidad antes de dictar resolución", en último párrafo añade, *"En este caso y en el previsto por el numeral anterior, se suspenderán los procedimientos elevándose las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia".*

Lo importante de esta solución es que la declaración que haga la Corte Suprema de Justicia, se impone a todos *erga omnes,* mientras que la resolución dictada por el juez que conoce del caso, en la primera vía, tiene una eficacia limitada al ámbito del conflicto concreto y a las partes que en él intervienen.

Ocurre sin embargo, que en el Artículo 376 de nuestra Constitución, se contiene una disposición transitoria, la cual dice:
"Todas las leyes, decretos –leyes, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuvieren en vigor al promulgarse esta Constitución, continuarán observándose en cuanto no se opongan a ella, o mientras fueren legalmente derogadas o modificadas".
Esta norma es expresión de la regla general de derogación de las normas anteriores por las posteriores que son incompatibles con aquellas, de manera que la denominada inconstitucionalidad sobrevenida de una norma preconstitucional puede ser apreciada por el juzgador del caso, sin necesidad de deferir la cuestión a la Corte Suprema de Justicia.

Así fue reconocido por el tribunal Constitucional Español, partiendo de una disposición derogatoria equivalente a la hondureña, aunque recomienda que los jueces ordinarios pueden plantear la duda ante él en tales casos, a fin, de facilitar una resolución con eficacia general *(erga omnes),* que trascienda del caso concreto. La Sentencia nº 4/1981 del Tribunal Constitucional español planteó con claridad esta doble perspectiva: la legislación preconstitucional queda derogada por la Constitución, en todo aquello en que la primera y la segunda sean incompatibles, no por prevalencia del la ley fundamental como norma de rango superior, sino por aplicación del principio general de derogación de las leyes anteriores por las posteriores que las contradigan, expresa o tácitamente *(lex posterior derogat priori).*

La sentencia a que hacemos referencia se expresa en los términos siguientes: *"La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico- y posterior –criterio temporal-*
Y la coincidencia de este doble criterio da lugar – de una parte - a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las

que se opongan a la Constitución, y –de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación…Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental, que dice en su núm. 3: <<Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución>>…La lectura de ésta disposición evidencia que las Leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas. El primer juicio que hay que hacer, por tanto, es el de disconformidad –en términos de oposición- de tales Leyes con la Constitución, única forma de determinar si se ha producido, como consecuencia, la derogación", [STC. Nº 4/1981, E.D. 81/4].

Surge a continuación el problema de la necesidad de esclarecer si esta doble perspectiva ha de obligar a que en todo caso intervenga el Tribunal Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley, o por el contrario ha de ser una cuestión reservada al juez del caso, (porque antes, que problema de constitucionalidad, en un problema de conflicto entre normas cronológicamente sucesivas), o si uno y otro es competente, aunque la eficacia de la solución dada sea distinta, porque, la proveniente del Tribunal Constitucional se impone a todos *erga omnes,* mientras que la del juez del caso, tiene eficacia limitada al ámbito del caso concreto y a las partes que en él intervienen.

La sentencia antes mencionada, termina reconociendo la posibilidad de la doble vía de apreciación de la pérdida de vigencia de una ley por efecto de la denominada inconstitucionalidad sobrevenida, estos son sus argumentos. "*El Tribunal Constitucional –art. 161.1.a) CE- es competentes para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales de acuerdo con el art. 163 CE. Mediante estos procedimientos, dice el art. 27 de su Ley Orgánica, <<el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados>>… De acuerdo con los preceptos expuestos, no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el art. 1 de su Ley Orgánica, en competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria… A mayor abundamiento debe señalarse que la afirmación de la competencia del Tribunal Constitucional para entender de la Constitucionalidad de las leyes preconstitucionales ha sido la solución acogida tanto en el sistema italiano como en el Alemán, invocados por el Comisionado y la representación del Gobierno, respectivamente, en apoyo de sus tesis".* [STC. Nº 4/1981, E.D.81/4].

En conclusión la sentencia dice: "Así como frente a las leyes preconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad…El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad –es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda- no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las Leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución, es por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial; los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador –al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente-, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que –por ello- son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional", ". [STC. Nº 4/1981, E.D.81/4].

Esta solución de doble vía, dada por el tribunal Constitucional Español, en sintonía con una opinión muy extendida entre administrativistas y constitucionalistas, podría ser perfectamente trasladada para interpretar las normas de nuestra constitución.

E) LA VINCULACION DEL JUEZ A LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL.

El Artículo 16 de nuestra Constitución, establece: *"…Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno".* Más adelante el Artículo 18 de la Constitución advierte: "*En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero".*

De lo dispuesto por el primer Artículo, no cabe duda que las normas de derecho internacional aprobadas de acuerdo a las reglas que establece la Constitución. Pasan a formar parte del derecho interno. Tampoco cabe duda de la prevalencia que tienen aquellas normas sobre las leyes ordinarias al tenor de lo que dispone el antes transcrito Artículo 18 de la Ley fundamental. No obstante, la Constitución al utilizar el término ley, se está refiriendo a la norma secundaria u ordinaria, no a la Ley primaria, es decir a la propia Constitución. ¿Qué sucede entonces en los casos de conflicto entre una norma de derecho internacional y la Constitución>>.

El profesor HERNANDEZ ALCERRO[13], en relación con éste problema, ha expuesto que, "por esta razón el Artículo 17 manda que antes de ser ratificado por el poder ejecutivo, un tratado que afecte una disposición constitucional debe ser aprobado por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución. Lo que equivale a decir que antes que el tratado forme parte del derecho interno, la Constitución debe ser reformada para adaptarse al tratado que se somete al Congreso Nacional… Lo que la Constitución evita es que pueda darse el caso de que se apruebe un tratado que afecte una disposición Constitucional y que éste entre en vigor , dándose así un conflicto entre lo que establece el derecho internacional convencional y el derecho constitucional. La Constitución persigue resolver ese conflicto antes de que éste se dé. Si el tratado que afecta una disposición constitucional es aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, ello equivale a una reforma Constitucional. La norma del tratado sustituirá la disposición Constitucional, o mejor aún, la norma convencional formaría parte de nuestra Constitución en sustitución de aquella que se le oponía.

El problema se resuelve aquí fácilmente, la Constitución señala con claridad la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno secundario. Si en el caso de conflicto ente la Constitución y el Tratado el texto fundamental pone en marcha un mecanismo de adaptación, que al final podría resultar en la primacía del tratado…". En conclusión, los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno (a tenor de lo dispuesto por el Artículo 16 de la Constitución) con rango normativo inferior al de nuestra Ley Fundamental, pero superior al de la ley ordinaria (de acuerdo con el Artículo 18 de aquélla), fácilmente se comprende el doble carácter –integrador y limitativo- del Derecho Convencional internacional.

F) MECANISMO DE DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.

Se dejó dicho en el apartado B) del comentario de este Artículo que la independencia del juez es doblemente proyectada, tanto externamente como internamente, en el primer ámbito, con relación a los demás órganos de Estado, y en el segundo con relación a los demás órganos del poder judicial.

---

13 HERNANDEZ ALCERRO, Jorge Ramón; *COMENTARIOS A LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE HONDURAS DE 1982, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, Honduras, págs. 140 y 141.*

En consonancia con lo anterior, el último párrafo del Artículo que comentamos en su parte final crea un mecanismo de defensa contra las agresiones a la independencia de los jueces y magistrados, ese mecanismo aparece proclamado en una doble vía según de dónde provenga la agresión, si ésta proviene de los órganos del Estado, por ejemplo del poder legislativo o el ejecutivo, el juez deberá informarlo a la Corte Suprema de Justicia, si proviene de la propia Corte Suprema de Justicia de algunos de sus magistrados o de otro tribunal, el Código establece como mecanismo de defensa, que el juez cuya independencia mire vulnerada lo informe al Pleno de la Corte Suprema pero deberá hacerlo por intermedio del Fiscal General de la Republica, De ésta manera se puede garantizar que los hechos sean conocidos por el organismo de persecución penal, así pues, cualquier interferencia o presión puede ceder a desaparecer ante la potencial amenaza de una investigación al interior del más alto tribunal de justicia.

No cabe duda pues, de la enorme importancia que el legislador ordinario le atribuye a la independencia del juez al momento de cumplir con su misión, al haber establecido un mecanismo de defensa de la independencia judicial, muy parecido al que las leyes prevén para garantizar la independencia de los jueces españoles. La ley orgánica 6/1995 de 1 de julio, del Poder Judicial, en su Artículo 14 lo desarrolla así, “Los jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado , sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico. El Ministerio Fiscal, por si o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial”.

*** * ***

INDEPENDENCIA JUDICIAL

José Ricardo de Prada Solaesa
Magistrado

Hablar de juez independiente en el momento actual puede parecer incluso una redundancia. En el estado presente de desarrollo cultural de las sociedades civilizadas la nota de independencia aparece como consustancial o connatural al propio concepto de juez y no viene a representar otra cosa para nosotros sino la otra cara del sometimiento o vinculación del juez en exclusiva a la ley. Sin embargo, como todo lo que puede hoy resultar evidente e inconcluso en un determinado entorno, no siempre lo ha sido tanto, ni es generalizable a todos los lugares y sistemas, ya que, en definitiva,

el significado actual de la independencia judicial no es si no el resultado de una evolución histórica, de tal manera que, como señala Ferrajoli, la independencia tiene más de hecho cultural que institucional, y la posición de la magistratura como poder independiente ha tenido que ir madurando a través de un proceso lento, laborioso y desde luego no exento de discusión.

En una primera aproximación al tema, dentro del contexto en el que se ubica este comentario, y sin perjuicio de reconocer la dimensión política o institucional de la independencia del poder judicial, aspectos especialmente interesantes de la manifestación actual del tema, que por supuesto se tratarán después, nos interesa especialmente aquí abordarlo paulatinamente desde la perspectiva posible de elemento o requisito estructural previo del <<debido proceso>>[14]. Partimos para ello, de la sencilla idea que representa al proceso como un medio de resolución de un conflicto social[15] [16]. Se arranca del hecho evidente del hombre como ser que vive en sociedad y de que la convivencia humana da lugar a roces o fricciones entre los miembros de la comunidad. Los conflictos sociales, aunque sea en el plano

---

14

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (10.00.1948) en su artículo 10 establece:
<<Toda persona tiene derecho , a condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un *Tribunal Independiente e Imparcial,* para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal>>
En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 19. 12. 1966) en su artículo 14 dice: <<…Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, *independiente* e imparcial, establecido por la ley…>>.
En el ámbito regional americano la Convención sobre Derechos Humanos (22. 11. 1969, San José de Costa Rica) en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) en su artículo 8, referido a las garantías judiciales establece: <<Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, *independiente e imparcial,* establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.
Igualmente la Constitución de la República de Honduras (decreto No. 131 del 11 de enero de 1982), en el artículo 303 referido al Poder Judicial se expresa: <<La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del Estado, por magistrados y *jueces independientes…*>>.
A ello, entendemos, responde que el ARTÍCULO 7 del Nuevo Código Procesal Penal de Honduras (NCPP) se refiere a la : <<Independencia de Jueces y Magistrados . El juzgamiento de los delitos y de las faltas, así como el control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad corresponderá a jueces y magistrados *independientes e imparciales,* sólo sometidos a la Constitución de la República, a los tratados y a las leyes.
Por ningún motivo los otros órganos del Estado interferirán en el desarrollo del proceso.
En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia o presión provengan de la propia Corte Suprema de Justicia, de algunos de sus Magistrados o de otro tribunal, el informe será presentado al Pleno de la Corte Suprema de Justicia por conducto del Fiscal General de la República>>.

15

16

GUASP, Jaime.- Derecho Procesal Civil, Madrid 1968. Tomo I, pág. 11.
Con ello no de ninguna manera se están negando u ocultando otras dimensiones del fenómeno criminal desde luego más allá de ser un mero conflicto individual ni la existencia de otras funciones que ciertamente cumple específicamente el proceso penal tales como ser un instrumento de control social, etc…

hipotético, pueden resolverse de diversas maneras. Bien mediante una regulación voluntaria, ya sea de los interesados –autocomposición, ya provenga de la intervención de un tercero –heterocomposición-. La resolución de las controversias por intervención de un tercero es un procedimiento conocido por prácticamente todas las sociedades y pretende ante todo dar una solución rápida y pacífica al conflicto.
Existen a su vez diferentes tipos de procedimientos que centran la resolución de controversias en la intervención de un tercero y que pueden ser clasificados según las características y la importancia de la intervención de éste en relación con el conflicto[17] .

Un primer ejemplo de procedimiento al que podemos llamar tripartito o triangular en función de la intervención de un tercero, es aquel en el que interviene un mediador que propone una solución de la controversia aunque ésta puede ser aceptada o rechazada por las partes. En este caso resulta indiferente que el mediador sea elegido por una sola de las partes o por todas ellas ya que cada una es libre de rechazar la solución que se proponga. Un segundo estadio lo constituye el sistema de arbitraje en el que, por el contrario, la decisión del árbitro si se impone a las partes, puesto que son estas las que de común acuerdo confían la resolución de su controversia al árbitro, obligándose de esta manera a reconocer como obligatoria la solución que éste les dé. Este procedimiento es sin duda mucho más eficaz que el de mediación puesto que garantiza siempre una solución lo que no ocurre en el primer sistema. Sin embargo, la contrapartida a esta mayor eficacia está en el incremento del riesgo que para las partes significa el tener que necesariamente aceptar el resultado, lo que indudablemente significa renunciar a una parcela de su libertad. Ello justificaría las cautelas y precauciones con las que el árbitro es elegido por las partes y el de que su designación sea quizá el momento más crítico y el único durante la cual las partes puedan ejercer alguna clase de influencia legítima.

Un tercer sistema, y el que sin duda a nosotros nos interesa, es el del procedimiento judicial, es decir, aquel en el que un juez actúa como tercero que debe resolver el conflicto, y que se caracteriza por la fuerte limitación de la libertad de las partes que implica. Así, éstas están obligadas a respetar la decisión del juez que les viene impuesto por el Estado, sin que tengan capacidad para elegirlo. Las hipotéticas ventajas de este sistema frente a los otros, fundamentalmente, la rapidez y eficacia, tienen como contrapartida un importante incremento de riesgo para las partes que deben necesariamente plegarse a la decisión adoptada por un tercero sobre el que no pueden, al menos de forma legítima, influir en ningún momento de la toma de decisión. Otra de las características del sistema es que tampoco es necesario la voluntad concorde de las partes en conflicto para acudir al juez, ya que es suficiente la voluntad de una de ellas

---

17 GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patricia.- La puissance de juger. París, 1996. Pag. 140

para que la otra se vea forzosamente involucrada en el procedimiento.
Es frecuente que en el proceso penal el Ministerio Público que representa al Estado, o a la sociedad, desencadene la acción penal incluso al margen de la voluntad de la víctima.

En esta situación el juez se encuentra en una posición difícil respecto a las partes, ya que debe resolver el conflicto sin contar con elementos que si se dan en los otros procedimientos: el consentimiento directo de las partes tanto con relación incluso a la existencia del procedimiento como con quien lo dirige. Se señala[18] que ésta sería la causa del déficit de confianza que, al menos potencialmente y de forma siempre latente, existe en la sociedad frente al procedimiento judicial y a la razón que justifica la existencia dentro del proceso de muchos signos o elementos tendentes de forma más o menos explícita a ganar la confianza de las partes o a presuponerla (dando vigencia al principio del juez natural o Juez ordinario predeterminado por la ley, según el cual la litis es resuelta por un juez institucionalmente encargado de esta función con anterioridad incluso a que la cuestión haya llegado a conocimiento judicial; el del debate contradictorio que establece el derecho de las partes a presentar ante el juez sus respectivas pretensiones en un momento determinado del proceso; o incluso la pasividad del juez que le impide actuar de forma autónoma) o utilizando instrumentos tendentes directamente a obviar esta falta de confianza., tales como el esfuerzo de la imparcialidad del juez o la vinculación de sus decisiones a un sistema de normas jurídicas preexistentes: leyes emanadas del parlamento o, en otros casos, precedentes jurisprudenciales. En el primero de los casos la garantía de imparcialidad del juez lleva implícito el que esté a cubierto de las influencias de las partes, es decir que sea suficientemente independiente como condición necesaria para afirmar su imparcialidad. Los autores ponen de manifiesto la importancia de este aspecto y señalan que en el desarrollo de los sistemas políticos occidentales, la incorporación del juez al aparato institucional de Estado ha dado a los jueces considerable protección con respecto a las partes privadas, pero se plantean nuevos problemas cuando una de las partes en litigio resulta que es el propio Estado, que por otra parte es lo que podemos pensar que ocurre en el proceso penal. Por ello, cabe afirmar que la garantía de independencia permite al juez resolver las controversias e interpretar las normas sin estar sujeto a las presiones de ninguna de las partes, incluso del Estado.
Se puede comprender por ello, porque en Europa, donde los jueces han estado incorporados más o menos estrechamente dentro del aparato estatal, la protección de su imparcialidad a través del refuerzo de las garantías de independencia llega a ser una de las demandas principales del constitucionalismo liberal en su lucha por limitar el poder del monarca: puesto que: como señala Guarneri [6] , el proceso

---

18

19 GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patricia.- Obra citada, pag. 141.
Con cita de Tarello (G. Tarello en <<Storia Della cultura giuridica moderna. Absolutismo e Codificaziones del deritto>>, Bolonia 1976) y Sartori (G. Sartori en <<Elementi di teoria politica>>, Bolonia 1990).

de constitucionalización es un proceso histórico-cultural, a través del que la relación existente entre quien detenta el poder y los que están a él sometidos viene a establecerse como una relación jurídica, es decir, una relación definida, reglada y subordinada a normas jurídicas cognoscibles, y que el elemento fundamental del constitucionalismo lo constituye el ser una estructura de la sociedad política organizada por vía y por medio de la ley para limitar la arbitrariedad del poder y su sometimiento al derecho; ésta subordinación vigilada por un *órgano independiente* resulta un instrumento esencial para controlar las modalidades de ejercicio del poder político, asegurando la primacía de la ley, en definitiva, es por ello un elemento fundamental para establecimiento del Estado constitucional y del desarrollo del principio de separación de poderes que con Montesquieu llega a considerar, aunque en una situación de debilidad frente a otros, al poder como uno de los tres poderes [20] del Estado.

Aunque pueda afirmarse como principio general que la independencia de los jueces sea un factor común a todos los regímenes políticos constitucionales, sin embargo en la realidad existe muy notables diferencias entre todos ellos, fundamentalmente, entre los países de la Europa continental donde prevalece la tradición jurídica del <<civil law>> frente a los anglosajones que perteneces fieles al <<common law>>. En la Europa continental, diversos factores, tales como la subordinación inicial de los jueces al soberano (aunque posteriormente se vieran debilitados estos vínculos), y la matriz orgánica común entre la magistratura y la administración, han sido determinantes de una posición política de menor relevancia y, aunque los procesos de constitucionalización han determinado sin duda un reforzamiento del poder judicial, sin embargo la situación resultante es diferente de la que acontece en los países del common law, no siendo estos niveles más modestos de garantía de la independencia en los jueces continentales, el único ni el más importante elemento que va a condicionar negativamente su posición con respecto a los jueces anglosajones. Al respecto se señala el papel jugado por las Instituciones, y en concreto por los antiguos parlamentos y la tradicional desconfianza en los jueces, que hace que sea el poder judicial el que haya de ser controlado y deba estar necesariamente subordinado en el ejercicio de sus funciones a las instituciones políticas representativas y en especial a las normas que de ellas provienen. El principio de separación de poderes es interpretado de tal manera que se confiere una posición privilegiada al legislativo sobre el resto, en cuanto verdadero representante de la voluntad popular. De ello resulta que el constitucionalismo continental con la influencia del positivismo jurídico se limita meramente a garantizar la imparcialidad del juez en la litis, pero excluyendo toda posibilidad real de control sobre la ley.

---

[20] <<De l'espirit des lois>> (1748), libro XI, capítulo 6 que lleva por título <<De la constitución inglesa>>.

La situación en los países anglosajones es diferente. En Inglaterra el proceso de evolución política determina el predominio de una institución: el parlamento, pero dándose la circunstancia de que éste no ostenta el monopolio estatal de producción de norma jurídicas, ya que juega un papel muy importante al respecto la jurisprudencia. Por su parte, en los Estados unidos, la existencia de una Constitución escrita y el control judicial de la constitucionalidad de las normas contribuyen a impedir una relación de subordinación de los jueces con relación a las instituciones político-representativas. En este sistema, la jurisdicción aparece como un verdadero poder al mismo nivel que los otros, puesto que su función principal es la de contrapoder o contrapeso del poder legislativo en un marco constitucional caracterizado por la creación de sistema de pesos y de contrapesos[21] .

El <<Estado de derecho>> (Rechtsstaat) según el sentido del estado liberal en la clásica exposición de derecho administrativo de Otto Mayer se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en : a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley, y sólo la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la administración pueda incidir sobre ellos; c) La presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surg
idas entre los ciudadanos y entre éstos y la administración del Estado.

La última etapa de la evolución del Estado de derecho la constituiría la formulación del Estado constitucional del que podemos decir que su novedad fundamental es la posición que en el mismo ocupa la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación, a un estrato más alto del derecho establecido por la Constitución. Se señala con relación a este Estado constitucional que podria presentarse como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluía las legislativas y que por ello podría afirmarse que se realizan de la forma más completa posible el principio de gobierno de las leyes. Sin embargo, como afirma Zagrebelsky, si de las afirmaciones genéricas se pasa comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

La característica fundamental vendría constituida por el papel central de la Constitución y de la constitucionalización creciente de ciertas ramas del derecho,

---

21 TOCQUEVILLE (De la Democracia en América) señala que <<el poder concedido a los Tribunales americanos de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes forma una de las más importantes barreras que jamás haya sido levantada contra la tiranía de la asamblea políticas>>

por efecto sobre todo de la vía expansiva de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, que constituirían un núcleo duro que vincularía de forma fuerte a todos los poderes incluido al legislativo. También debe darse un valor no desdeñable a la internalización de ciertas materias específicamente las de protección de los derechos fundamentales contenidas en Tratados Internacionales, bien sean de ámbito universal o regional y que actuarían como superconstitución, pero con la peculiar característica de que se introducen en el complejo normativo estatal por varias vías, una de ellas como norma infraconstitucional, al tratarse de un tratado internacional que puede entrar directamente en conflicto con otras normas legales.

Señala el citado autor (Zagrebelsky)[22] en su obra <<Ildiritto mite>>, traducida al castellano como <<el derecho dúctil>>, que el legislador del Estado constitucional debe resignarse a ver sus leyes tratadas como <<partes>> del derecho, y no como <<todo el derecho>>…, los jueces tienen ahora una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el siglo pasado. Son, más exactamente, los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional; es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión, que entre estado constitucional y cualquier <<señor del derecho>> hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Significado actual de la Independencia Judicial. Señala el recientemente fallecido magistrado Español Claudio Movilla que la opción constitucional por la independencia se justifica en el aseguramiento de la posibilidad de dilucidar el Derecho debatido al margen o por encima de las partes contendientes; en una posición de genuina tercería suprapartes y con la vista puesta sólo en el interés debatido y en el derecho aplicado. La independencia es un postulado constitucional que deriva de la exigencia, previa en el orden lógico, de que quienes administran justicia se encuentran sometidos únicamente al imperio de la ley (derecho). La independencia en la actualidad comporta apostar por un equilibrio institucional específico, en el que sea posible escuchar sin interferencia alguna de los otros brazos expresivos (órganos) de los poderes del mismo Estado de Derecho y sin perturbaciones debidas a la influencia o presiones extraprocesales de las partes. En suma, la independencia actuaría como un principio garantista de proyección funcional que tiende a proteger al juez y a las partes, en orden a preservar su imparcialidad en el curso de su actuación jurisdiccional. Es, del

---

22 Zagrebelky, Gustavoi.- El derecho dúctil, Madrid 1995, Pag. 153.

mismo modo como sucede con la inmunidad parlamentaria, una prerrogativa funcional.

1. La vinculación del Juez al *bloque de la legalidad* en Honduras.

El artículo 7 del Nuevo Código Procesal Penal de Honduras (NCPP) al referirse a la: <<Independencia de Jueces y Magistrados>>, establece: El juzgamiento de los delitos y de las faltas, así como el control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad corresponderá a los jueces y magistrados independientes e imparciales, **sólo sometidos a la Constitución de la República, a los tratados y a las leyes.**

El título V de la Constitución de la República de Honduras trata, según reza su epígrafe, de los Poderes del Estado. Su capítulo XII se dedica al Poder Judicial, y se encabeza por su fundamental artículo 303. A tenor del inciso primero de su primer párrafo: <<…La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del Estado por magistrados y jueces independientes…>>.

El artículo 314 fija el contenido de la imparticion de justicia, poder que atribuye en exclusiva a los Tribunales de Justicia. A ellos encomienda, como <<…facultad exclusiva…>>, <<…juzgar y hacer ejecutar lo juzgado…>>; y en el desempeño de esa función, a dichos tribunales <<…corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos…>>.

Por su parte el artículo 315, consagra una doble vinculación judicial al <<*imperio de la ley*>>.

Esta vinculación se establece, ante todo, de forma más intensa respecto de la Constitución. El párrafo primero del citado artículo 315 ordena inequívocamente: <<…En casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez aplicará la primera…>>. ……Esta norma parece querer permitir al Juez ordinario *inaplicar* una ley inconstitucional en un saco particular [23]. Sin embargo, la

---

23 Para declarar o inaplicar, una ley inconstitucional en un caso particular caben tradicionalmente dos sistemas: Es posible optar por un contro judicial difuso de la constitucionalidad de las normas legales ordinarias, al estilo del Derecho de los Estados Unidos de América, tal como lo formuló la Corte Suprema Americana en la famosa y conocida decisión Marbury v. Madison de 1803, debida al juez Marshall, cuyo pensamiento básico es simple: <<la Constitución es la ley de mayor rango. Cualquier ley inferior sólo es aplicable cuando se corresponde con la norma de mayor rango>>.
En cambio en el modelo austriaco (por haberse adoptado, por vez primera, por la Constitución austríaca de 1920), inspirado en el normativismo de Hasn Kelsen, que terminó imponiéndose en el Derecho continental europeo, el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes ordinarias se organiza con arreglo a un sistema de competencia concertada, reservada a un órgano específico, no necesariamente integrado estrictamente en el Poder Judicial, y que funciona a modo de <<legislador negativo>>, porque no dicta leyes, pero puede matizar su eficacia y aún hacerlas ineficaces en caso de hallarlas contradictorias con alguna norma o principio constitucionales.

solución adoptada por la constitución hondureña para la *declaración* de inconstitucionalidad viene establecida en el artículo 184 que resulta inequívoco. Tras advertir que <<…las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido…>>, añade, en su párrafo segundo: <<…A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusivamente en la materia y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas…>>.

Esta misma atribución se reconoce asimismo en el numeral 12 del artículo 319 de la Ley Fundamental, que por su parte en su artículo 185 se encarga de fijar los mecanismos de promoción del control de constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia:

<<…la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su aplicabilidad, podrá solicitarse, por quien se considere lesionado en su interés directo personal y legítimo,

1. Por vía de acción que deberá entablar ante la Corte Suprema de Justicia;

2. Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial; y

3. También el juez o tribunal que conozca en cualquier procedimiento judicial, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el numeral anterior, se suspenderán los procedimientos elevándose las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

En este precepto se establece claramente posibilidades de control de constitucionalidad a posteriori de la norma legal, bien sea abstracto (n° 1) bien concreto (n° 2 y 3). Los problemas interpretativos surgen precisamente por la posibilidad de planteamiento de la inconstitucionalidad por vía de excepción en cualquier procedimiento judicial –el supuesto tercero responde a la clásica cuestión de inconstitucionalidad –y su concordancia con el párrafo primero del citado artículo 315 que reza: <<…En casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez aplicará la primera>>, lo que podría hacer pensar que el constituyente hubiera previsto alguna clase de control difuso por parte del juez ordinario sobre la norma infraconstitucional con base precisamente en su contradicción con la Constitución en el momento de la elección por parte de éste de la norma aplicable en el caso concreto.

Sin embargo estimamos que la clave para la resolución del problema está en el último párrafo del artículo 185 y que da cierre al mismo:<<En este caso y el previsto por el numeral anterior, se

Suspenderán los procedimientos elevándose las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia>>, lo que deja clara constancia de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia no sólo para la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sino incluso para la inaplicación por incompatibilidad de ésta con la Constitución, ya que ésta debe ser declarada por la Corte Suprema de Justicia.

El sentido de dicha norma (art. 315) estaría en que, aunque la Corte Suprema de Justicia es el único órgano legitimado para declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley, siendo intérprete supremo de la Constitución hondureña, sin embargo dicha Corte Suprema de Justicia no sería el único órgano que debe aplicar e interpretar la Norma Fundamental, ya que la Constitución, en cuanto norma jurídica, vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos, y ello supone que todos los órganos jurisdiccionales de cualquier orden en su actuación diaria en el conocimiento del caso concreto apliquen e interpreten la Constitución sirviendo de pauta, la doctrina establecida por las sentencias de la Corte Suprema, como precedente, para casos sucesivos.

Por otra parte ocurre, que en el artículo 376 de la Constitución, se contiene una disposición transitoria de este tenor: <<…Todas la leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos. Órdenes y demás disposiciones que estuvieren en vigor al promulgarse ésta Constitución, continuarán observándose en cuanto no se opongan a ella, o mientras no fueren legalmente derogados o modificados…>>.

Esta norma es expresión de la regla general de derogación de las normas anteriores por las posteriores que sean incompatibles con aquellas, de modo que la denominada *inconstitucionalidad sobrevenida* de una norma preconstitucional puede ser apreciada por el juzgado del caso, sin necesidad de deferir la cuestión a la Corte Suprema de Justicia. Así se reconoció claramente, partiendo de una disposición constitucional derogatoria equivalente a la hondureña, por el Tribunal Constitucional español, por más que se recomiende que los jueces ordinarios también planteen la duda ante él en tales casos. A fin de facilitar una resolución con eficacia general *(erga omnes),* que trascienda del caso concreto.

La sentencia 4/1981, de 2 de febrero de 1981, del Tribunal Constitucional español, planteó con gran claridad esta doble perspectiva: la legislación preconstitucional queda derogada por la Constitución, en todo aquello en que la primera y la segunda sean incompatibles, no por prevalencia de la Ley Fundamental como norma de rango superior, sino por aplicación del principio general de derogación de las leyes anteriores por las posteriores que las contradigan, expresa o tácitamente (<<lex posterior derogat priori>>).El problema surge, a continuación, por la necesidad de esclarecer si esta dualidad de perspectivas ha de obligar a que

en todo caso intervenga el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad (por más que sobrevenida) de la ley; si ha de ser cuestión reservada al juzgador del caso (porque, antes que problema de constitucionalidad, es un problema de conflicto entre normas cronológicamente sucesivas); o si uno y otro son competentes, aunque la eficacia de la solución dada sea distinta, porque, de provenir del Tribunal Constitucional, se impone a todos (<<*erga omnes*>>*),* mientras que la resolución dictada por el juzgador del caso tiene una eficacia limitada al ámbito del conflicto concreto y a las partes que en él intervienen.

La sentencia 4/1981, del tribunal Constitucional español, contiene una interesante síntesis del estado de la cuestión en otros países del entorno jurídico europeo continental, que, por su valor informativo, merece la pena reproducir:

… [En] el sistema italiano –cuya Constitución no contiene cláusula derogatoria- el problema se ha planteado sustancialmente en las cuestiones de inconstitucionalidad en relación a la delimitación de la competencia del tribunal Constitucional y de los Jueces y Tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional afirmó inicialmente su competencia, aunque no con carácter exclusivo (S 14 junio 1956, núm. 1); a partir de aquí, la evolución se produce en el sentido de afirmarla con tal carácter (S 27 junio 1958, núm. 40, entre otras), si bien en los supuestos en que los jueces y Tribunales ordinarios han considerado ya que la norma ha sido derogada por la Constitución, se afirma que el proceso constitucional propuesto encuentra su causa jurídica propia en el interés general concurrente en la eliminación de una vez para siempre y <<erga omnes>> de la duda que da origen al proceso (S 27 enero 1959, núm. 1).

<<En cuanto al sistema de Alemania Federal, debe hacerse notar que la Ley Fundamental de Bonn si contiene una cláusula de tipo derogatorio (art. 123) y, que el Tribunal Constitucional Federal se ha declarado competente para entender del recurso directo de inconstitucionalidad en relación a Leyes anteriores a la Fundamental (S 24 febrero 1953), competencia que ha ejercido declarando la nulidad de alguna de tales leyes (S 5 agosto 1966). En cambio, se ha considerado incompetente en las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a leyes preconstitucionales, salvo el supuesto en que hubieran sido voluntariamente asumidas por el legislador preconstitucional…>>

La sentencia 4/1981, por su parte, termina reconociendo la posibilidad de la doble vía de apreciación de la pérdida de vigencia de una ley por efecto de la denominada inconstitucionalidad sobrevenida. He aquí sus argumentos:

… El Tribunal Constitucional –art. .161.1.1) CE- es competente para conocer

de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y Tribunales de acuerdo con el art. 163 CE.
Mediante estos procedimientos, dice el art. 27 de su Ley orgánica, <<el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados>>.

De acuerdo con los preceptos expuestos, no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el art. 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su constitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria.

A mayor abundamiento debe señalarse que la afirmación de la competencia del Tribunal Constitucional para entender de la constitucionalidad de las Leyes preconstitucionales ha sido la solución acogida tanto en el sistema italiano como en el alemán, invocados por el comisionado y la representación del Gobierno, respectivamente, en apoyo se sus tesis…>>.

En síntesis:

Así como frente a las Leyes preconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden en caso de duda, someter este tema al tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad –es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda- no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial; los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador –al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistentes-, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que –por ello- son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder Legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional…>>.

Esta solución dual por la que se inicia el Tribunal Constitucional español, en sintonía con una opinión muy extendida entre Constitucionalistas y administrativistas, podría ser perfectamente trasladable para interpretar las normas de la Constitución hondureña.

La vinculación judicial al principio de jerarquía normativa se expresa contundentemente en el párrafo segundo del artículo 315 de la Constitución hondureña:

…Igualmente [El juez] aplicará la norma legal sobre toda otra norma subalterna…>>.

Por tanto la Ley formal, situada inmediatamente por debajo de la Constitución en la *pirámide normativa* (utilizando la conocida y plástica imagen del normativismo kelseniano), tiene una fuerza superior a las demás normas de rango inferior.

El juez del caso tiene competencia para decidir motivadamente la inaplicación de cualquier norma subalterna contraria a otra legal, sin necesidad de deferir el conflicto a la Corte Suprema a otro tribunal superior.

Hay sin embargo, normas que, sin ser constitucionales, tienen un rango prevalente frente a las con rango de ley formal que las contradigan. A tenor del artículo 18 de la Constitución, <<…En caso del conflicto entre el Tratado o Convención y la Ley prevalecerá el primero…>>.[24]

Igual prevalencia se prevé en las Constituciones de El Salvador (artículo 144), Costa Rica (artículo 17), Colombia (artículo 93) y Paraguay (artículo 137), en la Ley Amparo. Exhibición Personal y de Constitucionalidad de la República Dominicana (artículo 3), y en la Constitución de Guatemala (artículo 46), en materia de derechos humanos. En Europa, las Constituciones francesa de 1958 (artículo 55) y la holandesa (artículo 93) que confieren a las normas convencionales internacionales un rango superior al de las Leyes ordinarias, aunque algunas de ellas sometan a aquellas a alguna fórmula de recepción formal.

El profesor Hernández Alcerro explica la diferente solución constitucional según que un tratado o convención entre en conflicto con la Constitución o con una Ley ordinaria>>… La Constitución señala con claridad la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno secundario.

Si en el caso de conflicto entre la Constitución y el tratado, el texto fundamental pone en marcha un mecanismo de adaptación, que al final podría

---

24 El Artículo 7 del Nuevo Código Procesal Penal de Honduras (NCPP), expresivamente y de forma ordenada, recoge al hablar de jueces y magistrados independientes e imparciales, que estarán solo sometidos: (1) a la Constitución de la República, (2) a los tratados y (3) a las leyes.

resultar en la primacía del tratado, en el caso del conflicto entre el tratado y la ley, no existe duda alguna que los tribunales y autoridades deberán cumplir y aplicar el tratado y no la ley que se opone a éste. La nueva Ley de la Administración Pública establece que los tratados tienen jerarquía normativa inferior a la Constitución y superior a la ley (art. 15)…>>.

Si, pues, los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del Derecho Interno (a tenor del párrafo)segundo del artículo 16 de la Constitución hondureña) con rango normativo inferior al de la Ley Fundamental, pero superior al de la Ley ordinaria (de acuerdo con el artículo 18 de aquélla), fácilmente se comprende el doble carácter-integrador y limitativo- del Derecho Convencional internacional.

Tiene carácter limitativo de la Ley ordinaria, porque los Tratados y Convenciones prevalecen sobre ella. Y, puesto que, a diferencia de lo establecido a propósito del juicio de constitucionalidad, no existe norma alguna que reserve a un órgano determinado la competencia para llevar a cabo semejante contraste, podrá ser efectuado por el juzgador ordinario del caso en que se promueva el conflicto normativo.

Pero, a la vez, en la medida en que los Tratados y Convenios Internacionales forman parte del Derecho Interno hondureño, con ese especial rango normativo que les reconoce el artículo 18 de la Constitución, despliegan una peculiar eficacia integradora de lagunas legales, allá donde se produzcan.

Por último hemos de señalar el especial valor que tienen las normas de Derecho Internacional público contenidas en los tratados internacionales referidos a la protección de los Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de sus órganos de control, precisamente en una materia como es la procesal penal, caracterizada por ser un espacio formal de restricción de derechos humanos bajo control judicial.

2. Independencia ¿frente a quien?. A esta pregunta responde Claudio Movilla afirmando que efectivamente la independencia es un concepto relacional, en el sentido de que se es independiente sólo y siempre de algo, y que de lo único que no podría ser independiente el juez es del plan político general estructurado en el Estado, ni tampoco frente al Derecho, al ser aquel precisamente expresión de un poder Jurídico. Tampoco, por supuesto, el juez puede ser independiente o ajeno a la sociedad a la que se debe. No es concebible la figura del juez actuando como cómodo inquilino de una torre de marfil a la que ni siquiera rozan los problemas y turbaciones de la comunidad, una concepción de juez que se ha mantenido durante muchos años en razón de su evidente funcionalidad ideológica, configurando el aparato judicial, en opinión de S. Senese:

<<como una zona de poder separado de la sociedad pero por desgracia no independiente de quien tenía que serlo>>. No obstante, resulta cierto que la <<influencia>> de la sociedad civil sobre el juez no será de forma directa, si no a través de los principios y valores vigentes en ella y que han tenido proyección y acogimiento constitucional con los que debe quedar comprometido como juez.

Puede tener y lo tienen en muchas ocasiones una función de contrapoder frente a otros poderes del Estado, con los que eventualmente podría entrar en conflicto en cuanto que es también un poder del Estado, si bien concebido como un poder mucho más difuso que los otros y con formas de actuación que le son propias, tales como el que realiza sus actuaciones dentro del marco de un procedimiento, actuando en virtud de una demanda externa, y para la resolución de un conflicto instaurado: es el principio de pasividad; actuando de acuerdo a normas jurídicas preexistentes, es decir de acuerdo a criterios cognoscibles para aquellos que demandan la justicia; principio de legalidad; debe escuchar las pretensiones de las partes antes e tomar una decisión: principio de debate contradictorio; y en fin a diferencia del legislador, el juez debe explicar las razones de hecho y derecho que justifican su resolución, de una forma que no deje paso a sus opiniones personales, y de tal manera que su decisión aparezca como imparcial.

La independencia igualmente puede abordarse desde varias perspectivas, una primera que llamaremos independencia externa que es la que afirma frente a los otros poderes del Estado, o las fuerzas económicas, sociales o políticas y las propias partes del proceso y otra segunda que denominamos independencia interna frente a los demás órganos judiciales o de gobierno del Poder Judicial..

La independencia externa frente a los otros poderes del Estado habitualmente viene dotada de garantías institucionales claras, estableciéndose normas en las constituciones o en las leyes del poder judicial en las que se regula: la separación de poderes, las relaciones entre ellos, los conflictos y la imposibilidad de invasión de uno sobre las competencias de otros y específicamente, como poder más frágil, entre otras razones por su carácter difuso, las injerencias en el poder judicial.

Más complicadas son las relaciones del juez con la sociedad.
Nos referimos ahora a que es preciso que el juez no esté en una relación que determine una vinculación extrasistema con fuerzas o intereses de carácter económico, político, religioso o social que puedan determinar un deterioro de la obligada imparcialidad. A tal fin se establece en todos los sistemas jurídicos una serie de incompatibilidades y prohibiciones que trataremos posteriormente.

Dimensiones de la independencia judicial.
Esquemáticamente poder distinguir una independencia institucional equivalente a la

independencia interna señalada, ya que se trata de una independencia estructural, específicamente del conjunto de los órganos que integran el denominado Poder Judicial, diferente de una independencia funcional predicable de todos y cada uno de los tribunales de Justicia y de los Jueces que los integran.

Desde el estricto punto de vista personal del juez (independencia personal), cabe apreciar una dimensión individual, de la independencia que se referiría al <<*talante*>> personal de cada juez, que condiciona fundamentalmente la calidad y el sesgo de su trabajo profesional y es, por ello, por lo que tiene en este caso, gran importancia la selección de los jueces. Habrá de garantizar, desde luego, su preparación técnica y la posesión de un margen mínimo de experiencia, personal y jurídica; pero también será preciso que su personalidad responda al <<perfil>> psicológico considerado como ideal de Juez.

Igualmente una dimensión estatutaria, en cuanto que el estatuto profesional del Juez puede condicionar considerablemente su independencia:
La forma de su designación y, en su caso, de su renovación, los mecanismos de promoción, su retribución y el régimen de su responsabilidad tienen mucho que ver con el grado efectivo de aquella[25] .

La dimensión sociológica de independencia judicial:

A) La quimera de la <<*separación*>> como supuesta garantía de neutralidad.

Tradicionalmente se pretendió asegurar la imparcialidad de los Jueces procurando situarlos en un lugar utópico, acorazado frente a las presiones del medio social en que debían desarrollar su labor[26] .

En contraposición con esta perspectiva, existe una poderosa corriente de opinión (patrocinada, en su día, en Italia, por la doctrina de <<*uso alternativo del Derecho*>> y por la asociación judicial <<*Magistratura Democrática*>> *,* que tanto influyó, en España, en algunos significados miembros del movimiento <<*Justicia Democrática*>>, y de la asociación judicial <<*Jueces para la Democracia*>>*,* después) que propone la <<*inmersión*>> del Juez en su sociedad, como condicionante de su compromiso con los derechos humanos. Al conocido dilema de Norberto Bobbio, se responde patrocinando que, en caso de conflicto, el Juez se sitúe siempre <<*ex parte Populi*>>*,* y no <<*ex parte Principis*>>*.*

El régimen de incompatibilidades como <<*profilaxis*>> de la independencia judicial:

---

25 Resultan muy ilustrativas estas palabras de Achile Battaglia: …Está lejos el tiempo en que los gobernantes, para obtener de los Jueces sentencias favorables, se veían obligados a encarcelarlos. Ahora basta corromperlos; y desde que el Juez es funcionario del Estado, no hay medio más eficaz para su corrupción que disponer de sus ascensos, disciplina y trasladados…

a) El establecimiento legal de un régimen estatutario de incompatibilidades que afecten a quienes desempeñen cargos judiciales se considera garantía de <<*asepsia*>> judicial. EL Párrafo primero del artículo 311 de la Constitución de la República de Honduras establece tajantemente: <<…La calidad de Juez o Magistrado en funciones es incompatible con el libre ejercicio de la profesión del Derecho y con la de funcionario o empleado de otros poderes públicos, excepto la de docente y de diplomático ad-Hoc..>> desarrollando este precepto constitucional, el artículo 50 de la Ley de la Carrera Judicial (Decreto Número 953, emitido el 18 de junio de 1980) dispone. <<…Los cargos en el ramo judicial y del Ministerio Público no son acumulables y son incompatibles con el desempeño de cualquier otro cargo retribuido, con la gestión profesional de negocios ajenos, con los cargos de elección popular y los de representación política con el ejercicio del comercio, con la calidad de ministro de cualquier culto, con la milicia activa, salvo en la jurisdicción penal militar, con toda participación en el ejercicio de la Abogacía y el Notariado, con los cargos de curador dativo y auxiliares de la justicia y con la dirección y fiscalización de sociedades comerciales. La prohibición de litigar y ejercer cargo de auxiliar se extiende a quien esté en uso de licencia. Se exceptúan de la presente disposición a los Magistrados suplentes y representantes del Ministerio Público, los cargos docentes hasta un límite de diez horas semanales, siempre que no se afecte la marcha regular del trabajo…>>

b) La prohibición de militancia partidista y sindical: Se trataría de una muy especial manifestación del principio de incompatibilidad del Juez con el desempeño de cualquier tarea que pueda comprometer la serenidad e imparcialidad de su juicio, o distraerle de la dedicación precisa para el eficaz cumplimiento de sus deberes profesionales. Son posibles tres modelos básicos:

-Sistema de tolerancia absoluta (de militancia y de dirección), completada por la posibilidad de recusación por las partes.

-Régimen mixto, combinación de permiso de militancia y prohibición de desempeño de cargos directivos. Por este sistema intermedio se optó, por ejemplo, en Italia.

-La prohibición absoluta (de militancia y de dirección): por este sistema optó la vigente Constitución Española, cuyo artículo 127.1 prescribe:
<<…Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos…>>. La defensa de los intereses corporativos se encomienda al asociacionismo judicial, organizado bajo el principio de libertad de asociación de los integrantes de la Carrera Judicial.

Este es el sistema por el que opta igualmente la vigente Constitución de Honduras. A tenor del párrafo segundo de su artículo 311, <<……..…Los Jueces y Magistrados en funciones no podrán participar por motivo alguno

en actividades políticas partidistas de cualquier clase, excepto la de emitir su voto personal, tampoco podrán sindicalizarse ni declararse en Huelga…>>.
De forma coherente con la norma constitucional, el artículo 49 de la Ley de la Carrera Judicial establece: <<…Los funcionarios del ramo Judicial no podrán ser miembros activos de partidos políticos ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio…>>

B) La independencia del Juez frente a los <<*poderes fácticos*>>. El Juez ha de ser y sentirse independiente de centros de poder no institucionalizado, pero no por ello menos influyentes, que operan en el seno de la sociedad, desde los grupos de presión (*lobbys),* cualquiera que sea su naturaleza, hasta organizaciones delictivas de signo mafioso o paramilitares.

Especial atención merecen las estructuras del denominado <<*poder mediático*>>. Los <<*media*>>, los medios de comunicación, se han revelado como poderosos instrumentos de dominación. Hace años en, España, Luis Racionero no dudó en considerarlos como el mecanismo de dominación característico de las sociedades capitalistas postindustriales.

En relación con la función jurisdiccional se detectan tres tipos de problemas. Por una parte, se multiplican los denominados <<*juicios paralelos*>> en los medios de comunicación, perturbando el desarrollo de los procesos judiciales. En segundo lugar la interrelación de <<*media*>>, política y Economía pueden dar lugar a patologías en el desempeño de la función jurisdiccional en conflictos en materias en que aquellos aspectos se entremezclan. Una última, pero no menos importante, perspectiva pone en contacto el poder mitótico y los derechos humanos. Los medios de comunicación han demostrado su enorme capacidad para invadir la vida privada *(<<privacy>>)* de las personas, y el riesgo se incrementa cuando se añade el atractivo que despierta la intervención de la persona afectada en un caso judicial de interés público.
Los Jueces se convierten, entonces, en instancias que han de equilibrar los diferentes intereses en juego. La evolución de la Jurisprudencia Norteamericana a propósito de la Primera Enmienda puede constituir una ilustrativa fuente de ejemplos de cómo afrontar esa delicada tarea.

Lo anterior no supone ningún límite indebido a los derechos de libre expresión y emisión y recepción, no menos libres, de información.
Obliga, únicamente, a ponderar los intereses en juego y decidir, en cada caso, en consecuencia. Hemos de decir, no obstante, que quizá haya que desmitificar los efectos sobre la jurisdicción de los comportamientos normales, no patológicos, de los mas media y afirmar al respecto que, en principio, la existencia de un determinado clima de opinión en relación con un caso judicial no tiene por qué incidir definitivamente en el ánimo del jugador ni violentar su independencia y sometimiento a la ley, ni llevar consigo una violación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Esto es algo que le es abiertamente exigible al juez, como implícito en su profesión de juez. Al respecto, Quintero Olivares ha señalado recientemente que sería absurdo sostener que un juicio paralelo tuviera la capacidad de turbar la independencia judicial, puesto que ésta no tiene por qué sentirse turbada por lo que se diga extramuros del proceso, salvo que la jurisdicción esté a cargo de personas inadecuadas para ejercerla.

La defensa institucional de la independencia de los Jueces y Magistrados.

El artículo 14 de la Ley Orgánica española 6/1985, de 1 de Junio, del Poder Judicial, establece: <<…1. Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial…>> porque entre sus funciones constitucionales se encuentra <<…velar por la independencia de los Tribunales…>> (artículo 124.1 CE).

El artículo 7 del Nuevo Código Procesal Penal de Honduras fija una doble vía de denuncia de supuestas interferencias de órganos estatales en el desarrollo del proceso.

Como regla general, se prevé la información del juez afectado a la Corte Suprema de Justicia.

Excepcionalmente, si la supuesta interferencia o presión proviniera de la propia Corte Suprema, de alguno de sus Magistrados o de otro Tribunal, le informe será presentado en este caso al Pleno de la Corte Suprema de Justicia por conducto del Fiscal General de la República.

Protección penal de la independencia de los Jueces y Magistrados.

Por último hacer referencia al artículo 22 del nuevo Código Procesal Penal de Honduras que contiene una específica protección penal de la independencia judicial y así se refiere a la prohibición que el limitar o interferir la actividad judicial y que se expresa en los siguientes términos, introduciendo una norma penal: <<*queda terminantemente prohibido a los particulares, funcionarios y empleados públicos, realizar actos tendentes a limitar o impedir el ejercicio de la función jurisdiccional.*

La contravención de esta norma se sancionará con la pena prevista para el

delito de sedición.

Los particulares, funcionarios y empleados públicos, civiles o militares, tampoco podrán hacer insinuaciones o recomendaciones de cualquier naturaleza a los jueces y magistrados, que puedan interferir o coartar la libre conducta o el criterio del juzgador.

La violación de esta norma se sancionará con las penas previstas en el Código Penal.".

*** * ***

ANEXO

Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de Septiembre de 1985, ONU Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 p. 59 (1985).

Considerando que , en la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos del mundo afirman, entre otras cosas, su voluntad de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y realizarse la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin hacer distinción alguna,

Considerando que, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de la igualdad ante la Ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.

Considerando que, el pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos garantizan el ejercicio de esos derechos, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza además el derecho a ser juzgado sin demora indebida.

Considerando que, todavía es frecuente que la situación real no corresponda a los ideales en que se apoyan esos principios.

Considerando que, la organización y la Administración de la Justicia en cada país deben inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para hacerlos plenamente realidad.

Considerando que, las normas que rigen el ejercicio de los cargos judiciales deben tener por objeto que los jueces puedan actuar de conformidad con esos principios.

Considerando que, los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes los bienes de los ciudadanos.

Considerando que, el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16, pidió al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que incluyera entre sus tareas prioritarias la elaboración de directrices en materia de independencia de los jueces y selección, capacitación y condición jurídica de los Jueces y Fiscales.

Considerando que, por consiguiente, es pertinente que se examine en primer lugar la función de los jueces en relación con el sistema de justicia y la importancia de su selección, capacitación y conducta.

Los siguientes principios básicos. Formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se han elaborado teniendo presentes principalmente a los jueces profesionales, pero se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces legos donde éstos existan.

Independencia de la judicatura

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la Judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

4. no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales.

Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión

judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.

7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

Libertad de expresión y Asociación

8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.

9. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de Jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho de afiliarse a ellas.

Competencia profesional, selección y formación

10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los Jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

Condiciones de servicio e inamovilidad

11. La Ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.

12. Se garantiza la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.

13. El sistema de asensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y experiencia.

14. La asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.

Secreto profesional e inmunidad

15. Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos.

16. Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente.
En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

18. Los jueces solo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.

19. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial.

20. Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares.

Artículo 8. Finalidad del proceso. La finalidad del proceso será la realización pronta y efectiva de la justicia penal.

COMENTARIO

La constitución de la República en su Artículo primero recuerda que uno de los fines de Estado es el de asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social. El orden jurídico es pues la proyección del orden Social, la justicia es la base fundamental de la paz, y la justicia solo podrá alcanzarse mediante un sistema que establezca las fórmulas de convivencia desde la perspectiva de un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego.

Por todo lo anterior, resulta como una obligación del Estado establecer las normas jurídicas necesarias para que esa aspiración de la norma constitucional sea una realidad. Entre esas normas se encuentran por supuesto todas aquellas que integran el derecho penal tanto en su vertiente material como procesal, nace entonces el ordenamiento jurídico, uno de los soportes más importantes de éste es el derecho penal en todas sus dimensiones (sustantiva y procesal).El derecho penal sustantivo o material se encarga de establecer aquellas conductas que se consideran contrarias a la convivencia humana y las sanciona con la imposición de una pena, pero como esas penas no se pueden imponer en forma arbitraria, se impone entonces la necesidad de establecer un proceso, o lo que es lo mismo, un conjunto de reglas que respeten todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución, por medio de las cuales los órganos del Estado puedan hacer la realidad el *ius puniendi.* Es decir, el derecho penal sólo se puede realizar a través de un proceso legal con todas las garantías.

Congruente con lo que establece la ley Fundamental, este Artículo 8 establece que la finalidad del proceso será la realización pronta y efectiva de la justicia penal. Pero la justicia no solamente debe realizarse, debe ser pronta y efectiva, justicia pronta solamente podrá ser aquella que se administra dentro de los plazos que la misma ley procesal establece, por eso, los encargados de hacer, posible la realización de la justicia penal (jueces, magistrados y fiscales) deben desplegar todos sus esfuerzos, cumpliendo los términos y plazos para que el proceso llegue a su finalización.

Que la justicia penal sea administrada prontamente es un derecho reconocido en los convenios internacionales de protección de los Derechos Humanos, así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su Artículo 9.3
"Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser *juzgada dentro de un plazo razonable…". La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 8.1, proclama, "Toda persona*

tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, *y dentro de un plazo razonable, …".* Se puede decir entonces, que el hecho de que la justicia sea realizada en forma pronta y cumplida es un principio fundamental de todo ordenamiento procesal de un Estado Democrático de Derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a este derecho proclamado por la Convención, lo ha interpretado tal como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien ha insistido que en la determinación del plazo razonable debe comprenderse tres aspectos:
a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y, c) la conducta de las autoridades judiciales.

El Tribunal interamericano, en su sentencia de 12 de noviembre de 1997, dejó sentado lo siguiente: *"El principio de* "plazo razonable" *al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente… Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. Cour eur. D.H., arret Guincho du 10 juliet 1984, serie A nº 81, parr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse… Esta corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30 Párr 77; y Eur .Court H.R. Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, Párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Serie A No. 262, Párr. 30). ".*[Serie C: Resoluciones y Sentencias, nº 35, Caso Suárez Rosero].

Pues bien la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ha sido acogida por el Tribunal Constitucional Español que ha matizado toda una doctrina en torno a lo que la Constitución Española consagra como el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas proclamado en el artículo 24.1. La sentencia de 8 de mayo de 1989, dice: *"Siguiendo esa doctrina hemos de reiterar que la expresión <<sin dilaciones indebidas>> que utiliza el art. 24 CE alude a un concepto indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser alcanzado mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Estos factores pueden quedar reducidos a los siguientes: la complejidad del litigio, os márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo el interés que en que arriesga el demandante de amparo, especialmente relevante en el proceso penal, su conducta procesal y, finalmente la conducta de las autoridades y la consideración de los medios disponibles…""*.[STC. Nº 81/1989; ED. 89/4797].

La anterior doctrina también ha sido acogida por el Tribunal Supremo Español en numerosas Sentencias. Así en la más reciente, la de 18 de septiembre de 1998, tras recordad lo dicho por la sentencia antes citada y otras que se pronuncian en el mismo sentido, dejó dicho lo siguiente: "Procede, asimismo, acoger favorablemente el tercer motivo del recurso en que, al amparo procesal del art. 5.4 *LOPJ, se denuncia la infracción del derecho fundamental en un proceso sin dilaciones indebidas que reconoce a todos el art. 24.2 CE. Ell derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es similar, según han declarado las SSTC 5/1985 y 223/1988 al que consagra, con la fórmula <<derecho a que la casa sea oída dentro de un plazo razonable>>, el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos Humanos y de las Libertades Políticas. Por ello, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 CE sobre el valor interpretativo de los acuerdos y tratados internacionales suscritos por España, es de capital importancia, para perfilar el significado de la expresión <<proceso sin dilaciones indebidas>>, atender a la jurisprudencia pronunciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al esclarecer el concepto de<<plazo razonable>>, sobre cuyo tema existe ya un verdadero <<corpus>> doctrinal como fruto, sobre todo, de las sentencias Bucholz de 6-5-81, Foti y otros de 10-12-82 y Zimmermann y Steiner de 13-6-83…".* [STS. Nº 998/1998; ED. 98/14252].

Pero de acuerdo al artículo que comentamos, la finalidad del proceso no solo es la realización pronta de la justicia penal, sino también la efectividad de la misma, lo que equivale a decir que las resoluciones emanadas de los tribunales, por ser la expresión de la soberanía del pueblo, deberán ser acatadas y ejecutadas por todos aquellos a quienes van dirigidas; de no ser así, que razón habría en dictar una sentencia que al final no va a ser cumplida en todos sus términos, y tiene razón este precepto, pues la Constitución de la República en su Articulo 314 ha consagrado como una facultad de los jueces la de "Juzgar y ejecutar lo juzgado".

Así pues, para lograr que la justicia sea realizada en los términos antes mencionados, el Código Procesal Penal, dentro de los principios que lo inspiran, desarrolla los procedimientos por medio de los cuales, sin menoscabar los derechos fundamentales de los ciudadanos, en razón de plazos razonables y en proporción a la gravedad y complejidad de los casos, pueda darse por terminada una contienda, bien sea condenando o absolviendo a un acusado. Por otra parte, también establece los mecanismos y los procedimientos para que esas sentencias sean efectivamente cumplidas, obteniéndose así la seguridad jurídica y derivada de ésta, la paz social que es una de las más grandes aspiraciones de toda sociedad.

ARTÍCULO -. <u>Saneamiento de irregularidades procesales.</u> Los Jueces y Magistrados adoptarán las providencias que sean precisas para corregir las irregularidades que adviertan en los procesos, a fin de impedir la nulidad de las actuaciones o la realización de cualquier acto que tenga como propósito, dilatar indebidamente los procedimientos.

En el cumplimiento de ésta función, actuarán con estricto respeto de los

derechos que corresponden a los sujetos procesales.

COMENTARIO

El presente Artículo tiene como finalidad evitar que los procesos penales puedan prolongarse indefinidamente, bien por el comportamiento de las partes, o por los sujetos encargados de dirigir el procedimiento, con el consiguiente perjuicio que ello puede ocasionar en algunos casos al propio imputado, y a la sociedad en otros casos, si mediante una nulidad de actuaciones se trunca el Derecho del Estado a sancionar aquellas infracciones que alteren la paz social. Por todo ello se otorga a los jueces y magistrados las facultades suficientes para que, en el ejercicio de su función, adopten todo tipo de providencias a efecto de corregir aquellas irregularidades que adviertan en el proceso a fin de evitar cualquier nulidad que lleve a dilatar indebidamente el mismo.

Podemos decir a la luz de la doctrina y la jurisprudencia que, nulidad es toda aquella irregularidad procesal o defecto de forma en la tramitación del proceso que implique la ausencia de un requisito indispensable y que por ello determine indefensión a las partes. De acuerdo a lo antes dicho, se puede precisar que no toda irregularidad procesal genera en sí misma indefensión, ya que habrá casos en que efectivamente se produce una irregularidad por haberse violado una norma o regla del procedimiento, no obstante dicha irregularidad no pone en precario el derecho a la defensa, por haberse convalidado por el consentimiento expreso de la parte que pudo afectar.

Tal como escribe PALACIOS MEJIA[27] , para declarar una nulidad hay que tener presente varios aspectos, a saber: a) No toda irregularidad en el procedimiento deberá ser sancionada con la nulidad, ya que puede ser perfectamente convalidada por el consentimiento expreso o tácito de las partes; b) Que la resolución cuestionada de nulidad, no haya alcanzado los fines previstos para la marcha normal del proceso, y c) Que no puede reclamar la nulidad aquella parte que la haya provocado. Para el autor antes citado, los jueces solo deben declarar una nulidad cuando, se afecte el derecho de defensa de una de las partes; cuando resulten lesionados los intereses de una de ellas; cuando se omitan trámites de naturaleza esencial en el proceso, sin los cuales no puede mantenerse en pie la estructura toda del mismo; y por último, cuando quien intervenga ejerciendo la función jurisdiccional no esté legitimado para ello.

El propósito de éste Articulo es el de evitar que las partes, en menoscabo de los intereses de la otra, frustren la finalidad del proceso provocando dilaciones indebidas del procedimiento.
No está de más recordar que ésta ha sido y es en la actualidad una practica consuetudinaria de los Profesionales del Derecho de nuestro país; no han sido pocos los que han recurrido a este expediente para conseguir que un procesado eluda la acción de la

---

27 PALACIOS MEJIA; José Maria; *DE LITIGANTE A MAGISTRADO, Tras la realización de un sueño, Baktún Editorial, primera edición .1998, Tegucigalpa, Honduras, pag. 130.*

justicia, por haberse anulado la totalidad de las actuaciones, cuando aquellas son de imposible reproducción, o por el lado contrario hay abogados que mediante este mismo procedimiento han conseguido que un proceso, de por sí largo, sea declarado nulo por la Corte Suprema de Justicia, al conocer del mismo en casación, en perjuicio únicamente del procesado, teniendo que soportar, mantenido en prisión preventiva, que el proceso se repita desde la primera instancia.

El problema de la nulidad de actuaciones ya ha sido abordado por la Corte Suprema de Justicia, sentando ya los principios de una doctrina, al efecto en varias sentencias ha dejado sentado lo siguiente: "*Que los procesos deben tramitarse con el más absoluto apego a las normas contenidas en los ordenamientos procesales correspondientes, porque de obviarse tales procedimientos se estaría llevando el proceder judicial a una verdadera anarquía, pero no debe olvidarse que lo fundamental es que las partes tengan conocimiento de cuales son los caminos que deben seguir, y que no exista la posibilidad de que una de ellas sea sorprendida porque la otra se le adelantó por un atajo no previsto, ni previsible, todo con el fin de que las partes vean garantizado plenamente el derecho a defender sus intereses en un plano de igualdad, sin que haya margen para las tretas y ardides.*
Pero ello no obliga a que siempre, en todo caso, tenga que declararse la nulidad de aquellas actuaciones en las que de una u otra manera, no se hayan aplicado rigurosamente las formas señaladas por la ley procesal, pues solamente cabe la declaratoria de nulidad el los casos en que se haya atentado contra el derecho de defensa de una de las partes, en que se le haya perjudicado en sus intereses o en que se haya omitido un trámite de tal naturaleza que sin él la estructura del proceso se viene al suelo…".

En la parte final este precepto recuerda a los jueces y magistrados, que deben actuar con el debido respeto a los sujetos procesales cuando en el cumplimiento de esta función eviten la nulidad de los actos procesales, lo que implica que todo cuanto hagan deberán hacerlo con la única finalidad de garantizar el debido proceso y no con la de beneficiar a alguna de las partes en perjuicio de la otra.

Por último diremos, que el Título V de éste Código trata de la nulidad de actuaciones, en sus Artículos 165 a 171, establece desde el principio de excepcionalidad de la nulidad, las causas que motivan la nulidad de actos del procedimiento, quienes están legitimados para reclamar la nulidad, el alcance de la nulidad y la subsanación de los actos viciados, pero todo ello es objeto de comentarios en las secciones correspondientes a las cuales conviene remitirse.

ARTÍCULO 10. **Neutralización de los efectos del delito.** Los jueces y los magistrados adoptarán las medidas necesarias para que cesen los efectos producidos por la comisión del hecho punible y para las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de que los mismos se hubieran producido.

COMENTARIO

El presente Artículo faculta a los jueces y magistrados que conocen de las causas penales para que en el ejercicio de sus atribuciones adopten todas aquellas medidas en caminadas a evitar que los efectos del delito trasciendan más allá de los límites alcanzados y de ser posible hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban. El antecedente más próximo a éste artículo parece ser el artículo 159 del Código de procedimientos penales de 1985 que establecía que los jueces con competencia en materia penal ordenarían según los casos la curación del herido, el enterramiento de cadáver después que se le hubiere practicado la autopsia, agregaba aquel precepto, que podía dictar todas las medidas conducentes a extinguir el incendio, dándole facultades para devolver todas aquellas cosas e instrumentos a quienes se presentaren como dueños.

Como el proceso penal hondureño, durante la vigencia de aquel Código, no era de tipo acusatorio los jueces tenían amplias facultades para intervenir desde el momento en que tenían conocimiento de la comisión de un delito, siendo ellos quienes dirigían la investigación, las anteriores facultades podían ser ejercidas de oficio, pero de conformidad con sistema acusatorio que inspira el presente código, los jueces solamente podrán actuar el requerimiento del Ministerio Público, por lo que, a mi criterio, las facultades se le conceden a los jueces y magistrados contradice el principio acusatorio ya que concede facultades que el Código ha delimitado y concedido al Ministerio Público.

No obstante lo dicho, al parecer la intensión del legislador es que los jueces y los magistrados hagan uso de dichas facultades únicamente cuando se lo solicite el órgano investigador en aquellos casos en los que éste no pueda hacer uso de dichas facultades porque el hacerlo por su cuenta vulneraría algún derecho fundamental, como sería el caso de tener que practicar una allanamiento de morada para recuperar efectos de un delito para ser entregados a sus dueños, lo mismo que ordenar y practicar un desalojo en los casos de delito de usurpación para devolver la posesión del bien inmueble a su legítimo propietario, y en definitiva cualquier otra actuación procesal que el Fiscal no pueda ordenar por estarle prohibido.
De manera que les corresponderá a los jueces y a los magistrados, solamente a petición de parte, adoptar todas las medidas necesarias a fin de evitar que los efectos perniciosos del delito causen más daño del producido, sólo de ésta manera el presente Artículo tiene razón de ser, ya que el Código deja a los Fiscales la obligación de investigar los delitos y a los jueces y magistrados la función de juzgar y ejecutar lo juzgado.

ARTÍCULO 11. <u>Prohibición del doble juzgamiento.</u> Ninguna persona podrá ser nuevamente juzgada por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos, aunque se modifique su calificación o se aleguen nuevas circunstancias.

COMENTARIO

Con el epígrafe del doble juzgamiento, este Artículo

consagra el principio general del derecho conocido como *nom bis in idem o, ne bis in indem,* según el cual unos mismos hechos no pueden ser objeto de más de un enjuiciamiento. Este principio aparece reconocido como un derecho fundamental en nuestra Constitución, que en su Artículo 95 establece: *"Ninguna persona… podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos"",* derecho fundamental que se encuentra en íntima relación con los de legalidad penal material consagrado en el mismo Articulo 95 y los de legalidad procesal y de debido proceso del Artículo 90 del mismo texto constitucional.

De acuerdo a lo anterior, el derecho a no ser sometido a juicio más de una vez por los mismos hechos punibles, de un derecho fundamental pasa a ser un principio estructural de proceso penal. La manifestación esencial de éste principio es la cosa juzgada ya que tras la sentencia firme se cierra para siempre el proceso penal. Podemos decir entonces, conforme a lo que ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que la aplicación de dicho principio supone que las autoridades de un mismo orden a través de distintos procedimientos, no puedan sancionar repetidamente una conducta delictiva ya que ésta duplicación de sanciones, o simplemente de procedimientos, entrañaría una inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Así las cosas produciéndose un pronunciamiento de carácter firme por los tribunales, ya sea de condena o de absolución la cosa juzgada que se produce despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye una verdad jurídica incuestionable, y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca nuevamente un pronunciamiento sobre el mismo tema. Como escribe VIVES ANTÖN[28] , dado que a la jurisdicción corresponde "decir" el derecho de modo *"definitivo,* solo puede decirlo *una vez.*

El principio comentado también se encuentra consagrado en convenios internacionales de protección de los Derechos Humanos, empezando por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su Artículo 14.7 establece: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 8.4, se expresa en los términos siguientes: *"El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".*

Con respecto al comentado principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 17 de Septiembre de 1997, se expresó en los siguientes términos:
"Este principio [Nom bis in idem] *busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.*

---

[28] VIVES ANTON; Tomás S.; << *Ne bis in idem, en los principios del Proceso Penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pág. 18*

A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, Artículo 14.7, que se refiere al mismo "delito"), la Convención Americana utiliza la misma expresión "los mismo hechos", *que es un término más amplio en beneficio de la víctima".*
[Serie C: Resoluciones y Sentencias, nº 33, Caso Loayza Tamayo].

A) DOBLE JUICIO O DOBLE ENJUICIAMIENTO. El artículo en estudio claramente se refiere a un doble enjuiciamiento, entendemos no obstante, que al hacer referencia a enjuiciamiento se refiere al término amplio de procesamiento, entendido no como la fase de juicio propiamente dicho, ya que pueden darse los casos de que un proceso no pase de la etapa preparatoria finalizando con un sobreseimiento definitivo conforme al artículo 296 de este Código. En estos casos aunque los hechos no fueron sometidos a una contienda entre partes en un juicio oral y público, en realidad han sido ya objeto de enjuiciamiento ya que el juzgador ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a ellos haciendo una valoración de los mismos, y la resolución que le puso fin al proceso, una vez que sea firme, tiene el valor de cosa juzgada. Así las cosas, el hecho de iniciar un nuevo proceso por estos mismos hechos, alegando no haber sido objeto de juicio vulneraría sin lugar a dudas este principio de *ne bis in idem.*

Contrario a lo dicho antes, no nos encontraremos ante un nuevo juzgamiento, cuando mediante el recurso de casación se declara la nulidad total del juicio mandado que aquel se vuelva a repetir, pues en estos casos, si bien es verdad, por los mismos hechos el justiciable es sentado en el banquillo, la sentencia que recayó en el primer juicio no adquirió firmeza, por lo que la majestad de la cosa juzgada no surte efectos, o mejor dicho, nunca se produjo.

B) HECHO PUNIBLE. El código, lo mismo que nuestra Constitución hacen referencia a un *hecho punible,* o lo que es lo mismo, todo hecho que se encuentre claramente tipificado como delito dentro del Código Penal, este hecho por consiguiente constituye el objeto del proceso.

El presente Artículo, en su parte final, es categórico en afirmar que unos hechos que ya fueron objeto de juicio no pueden serlo en otro enjuiciamiento, aunque la calificación jurídica de los mismos se modificara o se alegaran nuevas circunstancias. La claridad de la norma es importante ya que podría darse el caso de llevar a juicio a un determinado ciudadano acusándolo de un hurto pero en el camino procesal se constata la falta de tipicidad de tales hechos como constitutivos de aquel delito dictándose sobreseimiento definitivo, por lo cual la acusación lo emprende de nuevo contra el mismo acusándolo ya no por un delito de hurto sino por uno de estafa, obviamente se trataría del mismo hecho disfrazado de una nueva calificación jurídica. Incluso podría alegarse nuevas circunstancias con relación a su perpetración, no obstante se trataría de unos mismos hechos que ya fueron llevados a estrados judiciales, por todo ello, este nuevo procedimiento es inadmisible por vulnerar este principio general del

proceso y a la vez derecho fundamental, aquí el *íus puniendi* del Estado encuentra su límite frente a la cosa juzgada ya que la jurisdicción ha dicho que los hechos no existen, no pudiendo después de la misma jurisdicción declararlos existentes.

ARTÍCULO 12. Lealtad para con la justicia. Los Juzgados y demás Tribunales en el proceso penal actuarán con absoluta lealtad a la justicia.

Los órganos jurisdiccionales rechazarán fundamentalmente las pretensiones, incidentes y excepciones que se formulen contradiciendo las reglas de la buena fe o con manifiesto abuso de derecho o en fraude de ley sustantiva o procesal.

La infracción dolosa de esta disposición, especialmente en los casos de ocultación de pruebas o la presentación de pruebas falsas, será sancionada con suspensión en el ejercicio profesional hasta por un término de un (1) año de acuerdo a la gravedad de la infracción, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que se incurra.

La resolución de suspensión y sus antecedentes se remitirá en consulta al Tribunal superior jerárquico respectivo.

La acción para depurar la responsabilidad correspondiente y para imponer, en su caso, la sanción sólo podrá ejercitarse cuando en el procedimiento penal recaiga resolución judicial que aprecie la infracción.

COMENTARIO

El ejercicio de la jurisdicción es una actividad del Estado, llevada a cabo por medio de los órganos competentes (juzgados y tribunales) con la finalidad principal y última de administrar justicia en nombre del Estado, por esta razón el Artículo 8 de este Código, establece que la finalidad del proceso es la realización pronta y efectiva de la justicia penal. Mediante el precepto que comentamos, se impone a todos aquellos que intervienen en el procedimiento, no solamente a los jueces y tribunales, la obligación de hacerlo con lealtad ante la justicia. Actuar con lealtad implica hacerlo con el respeto absoluto ante la jurisdicción y ante los órganos de la misma, que por mandato de la Constitución, tiene la potestad de impartir justicia.

Si bien es cierto, la norma que ahora se comenta exige a los juzgados y tribunales actuar con absoluta lealtad para con la justicia, la realidad es que del texto de la misma se deduce que la lealtad deben observarla todos aquellos que intervienen en el proceso penal, pues los intervinientes en el proceso son, por un lado, los acusadores privados y el Ministerio Público, este último en su condición de representante de la sociedad y por otro lado, la defensa de los imputados.

El Ministerio Público, de acuerdo a lo que establece su ley orgánica, tiene como finalidad principal la de representar, defender y proteger los intereses generales de la sociedad ante los tribunales de la república, en

cumplimiento de esta finalidad tiene como función la de ejercer la acción penal pública en nombre de la sociedad, además velará porque en los procesos judiciales se apliquen los principios del debido proceso, por esta razón el Ministerio Público cuando intervenga como parte en el proceso debe hacerlo con absoluta lealtad ante la justicia.

Los acusadores privados y los defensores técnicos de las partes acusadas, si bien es verdad, para ellos por estar defendiendo intereses de índole privado, no les es exigible que actúen absolutamente con objetividad, como lo es para los Miembros del Ministerio Público, pero no lo es menos, que deben actuar con absoluta lealtad ante la justicia, pues su función no es la de lograr a toda costa y cualquier precio que los asuntos a ellos encomendados se resuelvan de acuerdo a sus intereses, actuar de esta manera equivale a un acto de deslealtad para la administración de justicia y ello lo prohíbe el Código de Ética del Profesional Hondureño del Derecho que proclama en su artículo 11 lo siguiente: "*El Abogado deberá abstenerse de emplear recursos y procedimientos legales innecesarios, con el sólo fin de entorpecer o retardar el curso del juicio. Asimismo se abstendrá de toda alegación inútil y superflua".*

Por todo lo anterior, este Artículo faculta a los jueces y tribunales para que en forma fundada rechacen todas aquellas pretensiones incidentes y excepciones que las partes formulen contradiciendo las reglas de la buena fe, con manifiesto abuso del derecho o en fraude de ley o procesal, entendiéndose por fraude de ley o fraude procesal, toda aquella actuación de las partes traspasando los límites de la equidad y de la buena fe, tendente a lograr de la administración de justicia un resultado a favor de sus intereses, pero contrario al orden jurídico, logrado mediante la ocultación de unos hechos que de haber sido conocidos por el órgano jurisdiccional hubieran generado diferentes consecuencias jurídicas. Lo anterior significa pues, toda maquinación fraudulenta, engaño o ardid con evidente perjuicio para la administración de justicia.

El párrafo tercero de este Artículo añade, que cuando la infracción al mismo se produzca de forma dolosa, especialmente en la ocultación o en la presentación de pruebas falsas, se sancionará con suspensión en el ejercicio profesional hasta por un término de un (1) año, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que se incurra, de acuerdo a la gravedad de la infracción. La gravedad de la sanción que se impone en estos casos, es consecuencia del grave daño que entraña para el normal funcionamiento de la administración de justicia que se ve menoscabada en su integridad cada vez que se producen actos de tal naturaleza, pues la ocultación de pruebas o la presentación de pruebas falsas significa, además de un acto de deslealtad, un menosprecio para los órganos jurisdiccionales, y porque no decirlo, para los titulares de dichos órganos, por esta razón dicha conducta, además de sancionarse administrativamente, constituye una forma de cometer el delito de falso testimonio en el caso de que la prueba falsa sea la testifical y los testigos de hayan pronunciado con falsedad, tal es lo establecido por el Artículo 386 del Código Penal.

El párrafo cuarto, crea un mecanismo de control, al establecer que la resolución de suspensión deberá ser revisada por el supervisor jerárquico del órgano jurisdiccional que impone la sanción, con ello se garantiza el derecho de defensa consustancial con el Estado de Derecho.

Es importante destacar que, de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo final, solamente se podrá exigir la responsabilidad disciplinaria y por ende imponerse la sanción que corresponda, si previamente a recaído resolución judicial en el procedimiento y apreciada que haya sido la infracción. Lo anterior se entiende en el sentido de que los jueces y tribunales deberán pronunciarse en el procedimiento penal de que conozcan, sobre faltas cometidas por los intervinientes, apreciando la infracción cometida.

ARTÍCULO 13. <u>Igualdad de los intervinientes.</u> Los jueces y magistrados velarán por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso.

COMENTARIO

Nuestra Constitución en su Artículo 60, establece que todos los hombres nacen libres e iguales en derechos, a continuación en el Artículo 61, declara: "La Constitución garantiza a los hondureños y extranjeros residentes en el país, el derecho… *a la igualdad ante la ley…".* Consagra de esta manera el principio general y amplio de igualdad ante la ley. La ley Fundamental, aunque no establece de forma taxativa el derecho a la igualdad de los intervinientes en el proceso, más conocido como derecho de igualdad de armas, se puede afirmar que este derecho aparece como una proyección del genérico derecho de igualdad que proclama la ley fundamental en los preceptos antes mencionados, integrado en el derecho a un debido proceso o proceso con todas las garantías contenido en su Artículo 90 párrafo primero, el que ahora no vamos a transcribir por parecernos innecesario.

Como consecuencia de todo lo anterior, una vez que las partes en el proceso (acusador y acusado ejercitan sus derechos de acción y de defensa, se hace necesario que lo hagan en condiciones de igualdad procesal, por lo que es justo que tanto el acusador como el imputado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa. Por esta razón, los jueces y tribunales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de una manera igualitaria que garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese *equilibrio e igualdad* entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer aquel equilibrio e igualdad.

Esto último lo decimos, ya que si bien es verdad, constitucionalmente se está obligado a dar trato igual a todos los intervinientes en el proceso,

pero resulta que en el proceso penal el paralelismo entre las partes solamente puede darse al cien por cien en la fase del juicio oral, no es así en la fase inicial del proceso o etapa preparatoria donde esta igualdad muchas veces resulta difícil de concretarse por razones de justicia y de la propia finalidad del proceso. Como dice DE LA OLIVA SANTOS[29] , en la fase previa al juicio hay una aparente desigualdad en contra del sospechoso o inculpado.
Por nuestra parte diremos que es una desigualdad relativa, pues como esta fase inicial es sólo una fase preparatoria del juicio, la aparente desigualdad desfavorable al sujeto pasivo se explica como razonable, pues el presunto delincuente goza de una ventaja, ya que al haberse puesto en contra de la legalidad, ideando la perpetración del delito y la manera de sustraerse a la acción de la justicia, el poder público se coloca en la misma posición de la víctima, por lo cual es razonable que al menos en esta etapa crítica del proceso del Estado goce de alguna ventaja, que todo caso no debe en manera alguna perjudicar injustamente al imputado.

Esa ventaja relativa, de que goza el Estado en la fase de las diligencias iniciales, sólo puede verse como garantía de una eficaz represión jurídica de la criminalidad a favor de la sociedad, la relativa desigualdad en que se encuentra el sospechoso o inculpado trata de compensarla el presente Código concediéndola en cuanto sean posible todas las posibilidades para que, por si mismo o por medio de su defensor, presente ante el fiscal todos los elementos probatorios de que disponga, así lo prevé el Artículo4 del Código.

Por otra parte el Artículo 14 en su parte final claramente deja establecido que los órganos encargados de la persecución penal tiene la obligación de hacer constar celosamente, además de aquellos hechos y circunstancias que establezcan y agraven su responsabilidad, todos aquellos que lo eximan de ella, la extingan o la atenúen, todo ello como una garantía del derecho de defensa con el que se encuentra íntimamente ligado el principio de igualdad de armas.

Don Manuel Alonso Martínez, quien en 1882 era ministro de Justicia de España, al redactar la exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decía que el establecimiento del principio de igualdad en la fase de sumario desde el momento mismo en que se inicia, no era más que un *ideal* de la ciencia, al cual tendía a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos, y se preguntaba asimismo, si se realizaría algún día. Más de cien años han transcurrido desde aquella fecha y sin embargo se sigue sosteniendo por la doctrina y la jurisprudencia española la imposibilidad de que se dé en el sumario la igualdad de armas procesal.
Transcribimos a continuación, por ser de interés, algunos párrafos de aquella brillante Exposición de Motivos;

"El Ministro que suscribe lo duda mucho. [Que la igualdad de partes

---

29 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; *Derecho Procesal Penal, edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1997, 3ª. Edición, pag. 36.*

en el sumario llegue a ser realidad] Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una situación análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser mas que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor. Pero sea de esto lo que quiera, la verdad es que sólo el porvenir puede resolver el problema de si llegará o no a realizarse aquel ideal".

El Tribunal Constitucional español en sentencia de 15 de noviembre de 1990, dijo: "*En el proceso penal , además, la necesidad de la contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia y el principio acusatorio que también forma parte de las garantías substanciales del proceso- que, entre otras exigencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea cometida por un sujeto distinto al órgano decisor (nemo iudex sine acusatore) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones. Del principio de <<igualdad de armas>>, lógico corolario de la contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba de impugnación –por todas SSTC 47/87 y 66/89-, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en la fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 13/85, 176/88 y 66/89)".* .[STC. Nº. 186/1990, DE. 90/10428]

El principio de igualdad de armas, que es básico de todo sistema procesal penal de un Estado Democrático de Derecho, a la vez reconocido como un derecho fundamental, que en nuestro país ha sido irrespetado por los operadores de la justicia, por los múltiples problemas que se derivan de la aplicación de un sistema procesal de corte inquisitivo como el que postulaba el antiguo Código de Procedimientos Penales de 1985, viene a robustecer al presente Código, así pues, con lo establecido por este artículo los órganos judiciales tienen la obligación de promover el debate procesal

en condiciones que respeten la igualdad y la contradicción de la acusación y la defensa.

ARTÍCULO 14. <u>Inviolabilidad del derecho a la defensa.</u> EL derecho de defensa es inviolable.

El imputado y su defensor tienen derecho a estar presentes en los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que consideren oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario de la autoridad correspondiente, cuando los derechos en referencia perjudiquen el curso normal de los actos o del proceso.

Los órganos encargados de la persecución penal estarán obligados a hacer valer con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del imputado, si no también, las que lo eximan de ella, la extingan o atenúen.

COMENTARIO

El derecho de defensa, es concebido por GIMENO SENDRA[30] , como el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su defensor para comparecer de forma inmediata en la instrucción y en todo el proceso a fin de contestar con toda eficacia la imputación o acusación que contra aquel existe. Se trata pues de un derecho fundamental, es decir, no solamente está concebido como una garantía procesal, sino que forma parte del conjunto de derechos y garantías reconocidos por la Constitución de la República, en efecto el Artículo 82 de nuestra Constitución establece: "*El derecho de defensa es inviolable. Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes".*

Como derecho fundamental, el de defensa se integra con otros derechos de igual categoría formando un completo catálogo de garantías, de esta manera se encuentra íntimamente vinculado con los derechos a la libertad contenido en los Artículos 69 y 84; derecho de ser informado de los hechos en el acto de la detención contenido en el Artículo 84; derecho a no declararse culpable del Artículo 88; derecho a la inocencia del artículo 89; derecho de igualdad y de legalidad contenidos en el Artículo 90, de la Carta Magna entre otros. Por otra parte el derecho de defensa adquiere especial relevancia por cuanto es susceptible de Amparo de acuerdo a lo que establece el Artículo 183 de la Constitución.

El derecho de defensa, viene siendo proclamado como un derecho esencial por las convenciones internacionales de protección de los derechos humanos, empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, que lo coloca como un pilar básico de todo Estado Democrático

---

30 GIMENO SENDRA, Vicente; *DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Colex, Tercera edición 1997, pag. 68.*

de Derecho. Por esta razón en su Artículo 11, este instrumento nos dice que toda persona acusada de delito tendrá derecho a defenderse en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias.
En el Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos (Roma 1966) el derecho a la defensa aparece englobado en el conjunto de las garantías mínimas a las que toda persona acusada tiene derecho, es así que en su Artículo 14 este valiosísimo instrumento nos recuerda que, durante el proceso toda persona acusada de delito, tendrá derecho a plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si carece de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra si misma ni a confesarse culpable.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Articulo 8, consagra el derecho de defensa como parte de las garantías judiciales, dentro de ese conjunto de garantías mínimas el convenio declara que toda persona acusada de delito tiene derecho a las siguientes garantías:

a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
f. Derecho de la Defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g. Derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni declararse culpable, y
h. Derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

DOBLE SIGNIFICADO DEL CONCEPTO. El derecho de defensa tal como se encuentra concebido tiene un doble significado, pues desde un punto de vista amplio comprende la defensa material y la defensa técnica.
En ésta línea de pensamiento podemos decir, que la primera es aquella que el imputado por sí solo tiene derecho de ejercer, empezando por ejercitar el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, así como el de ser informado de sus derechos y de los motivos de su detención en el momento de serlo. El segundo dignificado, es lo que conocemos como defensa técnica, es decir aquella que realiza un abogado en nombre y representación del imputado, este tipo de defensa es la que conocemos también como defensa letrada.

El precepto que comentamos tiene relación con el Artículo 101 de este Código sobre los derechos del imputado, en su penúltimo párrafo dicho precepto establece el derecho de éste (imputado) a estar presente en todos los actos del proceso que impliquen incorporación de pruebas con las salvedades ya establecidas. Pero la importancia del principio, objeto de comentario, radica en que el imputado, gracias al reconocimiento de este sagrado derecho a la defensa; no solo tiene derecho a estar presente en aquellos actos procesales destinados a la incorporación de elementos de prueba sino que tienen derecho a formular peticiones y observaciones con relación a dichos actos.

De conformidad a lo dispuesto en este Artículo, el imputado desde el inicio de las investigaciones preliminares y una vez reconocida su condición de tal conforme al Artículo 101, puede si lo estima necesario, presentarse voluntariamente ante la autoridad investigadora a fin de que se le escuche con relación a los hechos, podrá igualmente comparecer a aquellos reconocimientos, registros, inspecciones y a cualquiera actuación que tenga por objeto la incorporación de elementos de prueba.

De conformidad al Artículo 277 de este Código, en caso de practicarse pruebas anticipadas, el imputado tiene derecho a estar presente en la práctica de las mismas pudiendo ejercer el derecho que le otorga el artículo que estamos comentando. Por otra parte, en la audiencia preliminar de que tratan los artículos 300 y 301, el imputado tiene el derecho de hacer uso del derecho de defensa, pues en ella las partes pueden proponer y producir pruebas, y que no decir en el acto del juicio oral y público en el

cual la presencia del imputado es imprescindible, en esta etapa esencial del proceso el imputado puede, además de su defensor, hacer las observaciones y peticiones oportunas.

Conforme a lo dicho, se puede comprender fácilmente que el imputado tiene dentro del proceso penal, un papel activo como en realidad debe ser en un proceso llevado a cabo con todas las garantías. No obstante que el reconocimiento del derecho a la defensa, es esencial y básico de un sistema procesal de un estado democrático de derecho, este precepto de encarga de regular el uso correcto del mismo para que no sea manejado arbitrariamente por el propio imputado y su defensa técnica, consecuente con ello se establece que la autoridad correspondiente debe ejercer todo su poder disciplinario cuando advierta que se esté dando un mal uso al mismo, pues no debe olvidarse que la finalidad del proceso es la realización pronta y efectiva de la justicia penal, por lo cual el derecho a la defensa no debe ser utilizado por el imputado para obstruir la buena marcha del proceso y que ponga en precario los derechos de los demás intervinientes.

Por último, el Artículo comentado reiterado una vez más el derecho a la defensa recuerda a los encargados de la persecución penal, la obligación que tiene de hacer constar a favor del imputado cuando pueda favorecerle incluso a toda aquella circunstancia que pueda eximirlo de responsabilidad.

ARTÍCULO 15. <u>Asistencia Técnica y Defensa.</u> Toda persona deberá contar con la asistencia y defensa técnica de un Profesional del Derecho, desde que es detenida como supuesto partícipe en un hecho delictivo o en el momento en que voluntariamente rinda declaración, hasta que la sentencia haya sido plenamente ejecutada.

Si el imputado no designa defensor, la autoridad judicial solicitará de inmediato el nombramiento de uno a la defensa pública o, en su defecto, lo nombrará ella misma.

Este derecho es irrenunciable. Su violación producirá la nulidad absoluta de los actos que se produzcan sin la participación del Defensor del imputado.

COMENTARIO

Tal como aparece epigrafiado, el presente Artículo trata de la defensa técnica como parte del derecho del imputado a gozar de una defensa adecuada a lo largo de todo el proceso, es decir desde el primer acto de procedimiento hasta que la sentencia haya sido ejecutada completamente.
Como ya antes se ha dicho, la Constitución de la República proclama el principio de no indefensión, al que se encuentra íntimamente ligado el derecho a la asistencia de letrado o de asistencia técnica como se le denomina en este precepto.

Es importante reparar en que el Código se refiere a asistencia de letrado, lo cual nos lleva a afirmar que, siendo que este derecho proviene de un mandato constitucional es obvio que a esta asistencia ha extenderse

la necesidad de efectividad o eficacia de la misma so pena de considerarla como un derecho vacío o meramente formal, es decir, la asistencia de letrado no implica el simple hecho de contar con un abogado público o privado como requisito formal del proceso, sino que, sugiere la necesidad que entre el imputado y defensor exista una comunicación interpersonal inteligible e incluso fluida, pues no debe olvidarse que al abogado tendrá que confiársele, no solamente el hecho sino también vivencias y apreciaciones, por parte del acusado, para que en su momento sean propuestos como medios de prueba en el juicio oral.

Que la asistencia letrada sea efectiva, ha sido ya interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sent. 13-5-80, Caso Ártico) que con relación al Artículo 6.3 c) del Convenio de roma, precepto similar al Artículo 8.2 e) del Pacto de San José, ha dicho que la obligación del Estado de prever en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación de abogados del turno de oficio, pues sostiene dicho tribunal, que dicho precepto del Convenio no habla de "nombramiento" sino de "asistencia" , expresión idéntica a la que utiliza el Artículo 83 de la Constitución cuando dice "darán a ellos asistencia legal y los representarán judicialmente en la defensa de su libertad individual y demás derechos", de donde se infiere que lo que la norma constitucional dispone es que el acusado tenga derecho a gozar de una "asistencia técnica efectiva".

A) LA ASISTENCIA LETRADA COMO DERECHO INVIOLABLE. El derecho a la inviolabilidad de la defensa que consagra el Artículo 82 de la Constitución de la República y que reitera el Artículo 14 de este Código, se encuentra reforzado por le derecho a la asistencia de letrado o de abogado a lo largo de todo el proceso penal que se consigna en el presente Artículo, de acuerdo al mismo, toda persona desde el momento que es detenida como partícipe en la comisión de un hecho punible, o bien desde el momento de su presentación voluntaria a rendir declaración como acusada deberá contar de manera obligatoria con la asistencia y defensa de un abogado.

Habiendo consagrado los Artículos 4 y 13 de este texto procesal, de manera respectiva, los principios de contradicción y de igualdad de los intervinientes en el proceso, estableciendo el último, que es obligación de los jueces y magistrados velar por que esa igualdad de armas sean efectivamente cumplida, el presente Artículo viene a reafirmar lo establecido por aquellos preceptos, al establecer de manera preceptiva el derecho a la asistencia de abogado o de letrado. Se pretende pues, que la igualdad de armas sea una realidad objetiva no un mero requisito formal. Por otra parte, el principio de contradicción no sería una realidad si no se estableciera de manera preceptiva el derecho a contar con la asistencia de un abogado a lo largo de todos los actos del proceso, pues solamente se esta forma es posible que la otra persona acusada de delito pueda controvertir y desvirtuar la prueba de cargo con la que el fiscal o acusador particular tratará de demostrar la culpabilidad.

Podría decirse con toda seguridad, que el derecho a la inviolabilidad de la defensa así como el de igualdad de armas, serían simples garantías ilusorias sin la existencia de este precepto tan importante, basta recordar que durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1985, el derecho a la inviolabilidad de la defensa estaba consagrada por la Constitución de la República, no obstante el derogado Código de procedimientos no establecía de forma preceptiva la asistencia de abogado desde el momento en que una persona era detenida como presunto responsable de un hecho delictivo, por esta razón durante toda la vigencia de aquel texto procesal, el derecho a una efectiva defensa no pudo ser una realidad, por esta razón siempre se creyó, y ello era una realidad, que dicho Código contenía preceptos inconstitucionales.

Por todo lo anterior, es necesario reiterar que el derecho a la asistencia letrada tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de eliminar desequilibrios entre la posición procesal de las partes.

B) ASISTENCIA LETRADA COMO DERECHO IRRENUNCIABLE. El presente Artículo, al establecer que toda persona desde el primer momento en que rinda declaración como acusada de la comisión de un delito deberá contar con la asistencia y defensa técnica de un abogado, proclama que dicho derecho es irrenunciable y no solamente esto, sino que el mismo no solamente es de interés del imputado, pues interesa a los demás órganos procesales, especialmente a los jueces por cuyo cumplimiento deben velar, por ello la norma comentada sanciona la violación de este derecho con la nulidad absoluta de los actos que se produzcan sin la observancia de la norma.

De lo anterior se deriva que, dicho derecho constituye además un presupuesto imprescindible para la constitución del proceso penal, ello resulta de lo que establece el Artículo 166 de este mismo Código, relativo a la nulidad de los actos del procedimiento, en efecto, el mencionado precepto nos dice que serán nulos los actos realizados con inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención y participación del imputado en el procedimiento y a las relativas a su representación y defensa.

Por las anteriores razones, el presente Código ha considerado como un presupuesto imprescindible para la validez de los actos del procedimiento la asistencia de abogado durante los actos procesales. Para confirmar lo antes dicho, basta con dar un vistazo al Artículo 286 con relación a la declaración del imputado, dice el mencionado precepto, que cuando el defensor no compareciere al acto deberá ser requerido por el medio más rápido, si dentro de una hora no hace acto de presencia, el juez se verá obligado a requerir al imputado para que designe otro, si ello no fuere posible se nombrará uno de oficio. Lo establecido en el mencionado precepto se corresponde con lo que establece Artículo que comentamos.

Por todo lo que se ha dicho, resulta obligado decir, que la asistencia de letrado durante el proceso penal, además de ser un derecho del imputado al cual no puede ni siquiera renunciar, es también un requisito procesal por cuya efectividad y cumplimiento los órganos judiciales están obligados a velar.

Sobre este particular el Tribunal Constitucional Español desde la sentencia de 5 de julio 1982 ha proclamado lo siguiente*: "La asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y demás (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, precediendo directamente al nombramiento del Abogado y Procurador.*
En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso". [STC nº 42/1982; ED. 82/42]

* * *

Julio Jasende Calvo
Magistrado

DERECHO DE DEFENSA

El derecho al **debido proceso**, o a un **juicio justo**, implica que este se produzca con **todas las garantías**, según proclama el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A su vez estas garantías procesales han de orientarse a asegurar y a hacer posible la defensa de las partes y, en particular, del acusado cuando de una causa penal se trata. El **Derecho** inviolable **de defensa**, y su manifestación más inmediata de libre acceso a los tribunales, aparece constitucionalmente reconocido en el art. 82, e indisolublemente unido al esencial principio de **contradicción**, que establece de manera implícita el art. 94 de la Constitución y expresamente el art. 4 del Código Procesal Penal, en relación con su art. 14, en el que se desarrolla la inviolabilidad del derecho de defensa. La íntima correlación que existe en el ámbito del proceso penal entre estos derechos básicos y fundamentales permite hablar de un **sistema complejo de garantías** vinculadas entre si. El **derecho de defensa contradictoria** de las partes supone que ha de dárseles la oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses legítimos, y se complementa con el de **igualdad de armas** procesales, que ha de ser real y efectiva para las partes comparecidas. Son los órganos jurisdiccionales los obligados a preservar ese derecho de defensa, procurando que se dé la necesaria contradicción, con idénticas posibilidades de alegación y prueba para las partes, en toda clase de procedimientos y en cada una de sus diferentes instancias. El art. 13 del Código Procesal Penal sienta claramente este **deber jurisdiccional** de velar por la igualdad de los intervinientes en el proceso penal, mientras que el art. 20 afirma la **aplicación general** a todos los procesos penales de dichas garantías y principios.

Además, los órganos encargados de la persecución penal están

obligados a mantener una cuidadosa posición de **neutralidad o imparcialidad** ante el imputado, haciendo valer con igual celo, no solo los hechos o circunstancias que le son perjudiciales, si no también las que le favorezcan (arts. 14, párrafo ultimo, C.P.P.). El derecho de **libre acceso a los tribunales** corresponde no solo al imputado (art. 14 y 101 del C.P.P.), sino también a las víctimas y a los perjudicados por un delito o falta mediante la acusación privada (arts. 16 y 96 y ss. C.P.P.). Sin embargo no podemos considerar el derecho de defensa como un derecho de titularidad privada sino pública, ya que todos los intervinientes en el proceso penal, jueces, magistrados y fiscales, están obligados a su tutela efectiva.

Entre los concretos derechos instrumentales **que posibilitan** el positivo ejercicio de la defensa y que aparece asociado al principio acusatorio, que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal, destaca, en primer lugar, el **derecho a ser informado de la acusación**. Esta garantía resulta indispensable para poder ejercer el derecho de defensa, ya que no hay posibilidad de defenderse de algo que se ignora. Precisamente el derecho de defensa nace con el conocimiento de la imputación o acusación por el sujeto pasivo del proceso, siendo este conocimiento, que se produce con la comunicación o notificación al imputado de la atribución que se le hace de un hecho punible, ya sea formal o materialmente, presupuesto de la misma defensa. Su contenido consiste en la información, en el plazo más breve posible y de manera detallada y comprensible, de la naturaleza y la causa de la acusación formulada.

Además del derecho a conocer la imputación, vinculado normalmente al requerimiento fiscal, que integra el estatuto del imputado (arts. 101 y 287 C.P.P.) y será examinado en el tema correspondiente, el derecho a ser informado de la acusación supone, en un momento procesal más avanzado, que el acusado, antes de celebrarse el juicio oral y a fin de poder articular una defensa contradictoria eficaz, ha de conocer con claridad y detalle los hechos que sirven de base a la acusación y el delito o infracción penal que se le imputa, siendo a la **acusación**, formulada en la audiencia preliminar y regulada en el art. 301 del Código Procesal Penal, a la que corresponde la función de delimitar expresamente el ámbito del debate procesal, fijando los hechos que constituyen su objeto y sobre los cuales ha de versar la actividad probatoria de las partes en el juicio oral, e indicando al acusado, sin ocultación ni ambigüedad alguna, cual es la dirección del ataque legal. Para que éste pueda preparar adecuadamente su defensa, también deberá **conocer las pruebas** de las que intenta valerse la acusación, información que tendrá lugar en la audiencia para la proposición de prueba, prevista en el art. 317 del Código Procesal Penal. La formulación expresa de la acusación resulta incompatible con la indefinición de los hechos punibles imputados, la cual podría constituir una acusación imprecisa, vaga o insuficiente, capaz de producir una situación de indefensión, pues no cabe admitir las **acusaciones presuntas**, deducidas de la propia condena, o **implícitas**, como con aquellas en las que no existe la imputación de una infracción concreta, o la solicitud de una determinada pena, En este sentido, el art. 301 Código Procesal Penal contiene esta exigencia de **precisión** en la exposición acusatoria.

Otra de las consecuencias que implica la vigencia del principio acusatorio vinculada también al derecho de defensa, es que exista una **correlación entre acusación y sentencia**, lo cual supone: a) que exista una **identidad fáctica** esencial, de manera que el hecho punible imputado por la acusación debatido en el juicio, y declarado probado en la sentencia, sea el mismo; y b) que se dé una **vinculación jurídica** entre el delito apreciado por la acusación y el que es objeto de condena en la sentencia, de modo que exista una homogeneidad entre ambos. El Tribunal goza de libertad para calificar los hechos comprendidos en la acusación de forma distinta que las partes acusadoras, a condición de que no varié la esencia de las conductas debatidas y su mismo contenido material, y que el delito apreciado en la sentencia, además de ser de la misma naturaleza y especie que el imputado, dándose una absoluta identidad en el bien o interés jurídico protegido, no se halle mas gravemente penado que esté. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de la limitada facultad, reconocida en el art. 321 del Código procesal Penal, de **modificar** o **ampliar la acusación** sobre determinados extremos, en el acto del juicio oral, siempre que nos suponga la introducción de hechos nuevos.

Este deber de **congruencia**, de la sentencia con la acusación, aparece proclamado expresamente en el art. 337 del Código Procesal Penal. En definitiva, se entenderá vulnerado el principio acusatorio y del derecho de defensa, cuando la sentencia condene por un hecho que no ha sido objeto de acusación, por un delito de naturaleza heterogénea respecto al calificado por la acusación, o más grave que éste aún siendo homogéneo, y también cuando las partes acusadoras, en sus conclusiones al cierre del debate (art. 334 C.P.P.), amplian la acusación a nuevos hechos sobre los que no se han practicado prueba en el juicio oral. Naturalmente, esta correlación entre acusación y sentencia ha de ser, no solo **objetiva**, si no también **subjetiva**, de suerte que los escritos de acusación deben fijar definitivamente la legitimación pasiva en el proceso penal, puesto que nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado.

La vinculación generada por el principio acusatorio y el de congruencia se extiende también a los **recursos**, puesto que el derecho de la defensa ha de garantizarse en cada instancia, de manera que la sentencia que resuelva un recurso únicamente podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación, y solo cabrá modificar la resolución impugnada en perjuicio del imputado cuando así lo interese la parte recurrente, siempre que no agrave lo ya pretendido ante el Tribunal «***a quo»,*** quedando prohibida, en todo caso, la **reforma peyorativa** o «reformatio in peius», que agrava la resolución impugnada en perjuicio del propio recurrente (art. 350 C.P.P.).

El derecho de defensa, y mas en concreto el **derecho a la existencia técnica** (arts. 15, 101.3, 111 y ss. C.P.P.), que será objeto de examen al hablar de las garantías del imputado, tiene como presupuesto el **derecho a la preparación de la defensa**, que implica la posibilidad de disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para tal preparación.

En este sentido para que la asistencia técnica cumpla su finalidad de procurar una **defensa adecuada y efectiva**, es necesario que el defensor pueda mantener **consultas**

previas con su cliente, caracterizadas por la confidencialidad, ya que salvo casos excepcionales en los que se sospeche la posible comisión de un delito, deben realizarse de forma reservada y sin la fiscalización de las autoridades (art. 101.4 C.P.P.). También es preciso que el acusado y su defensor puedan **examinar las actuaciones** procesales que se siguen contra él.

El **derecho a la presencia física del acusado en el juicio**, aparece también englobado en el derecho de defensa y a un juicio justo, pues difícilmente puede tener lugar el debate contradictorio si el acusado no puede asistir al juicio. Por ello, si bien no se considera imprescindible dicha presencia física en los actos procesales que únicamente tiene por objeto cuestiones jurídicas, en cuyo caso bastara la asistencia del defensor, si es necesaria cuando el debate o el acto versan sobre aspectos fácticos y probatorios. Este derecho tiene, en determinados aspectos, carácter **renunciable**, y no puede invocarse cuando conste de manera inequívoca, y no meramente presuntiva, que la ausencia es voluntaria, como ocurre en los casos previstos en los arts. 306 y 307 del Código Procesal Penal. Compete a los tribunales un deber de diligencia para comprobar que se ha practicado la citación en forma **a juicio del interesado**. La ausencia injustificada del acusado parece que no debe impedir o suspender la celebración del juicio por faltas, en virtud de lo dispuesto en el art. 427 del Código Procesal Penal. Pero para ello, o para que se puedan adoptar las medidas cautelares previstas en los arts. 307 y 410, a fin de asegurar su presencia en el juicio ordinario o común, es necesario que conste habérsele citado con las formalidades legales, ya que en tal caso la posible indefensión causada por la ausencia, o por la restricción de la libertad personal, es solo imputable a su propia omisión o negligencia. Por el contrario, si la citación no se ha llevado a cabo, o no cumple los requisitos legales, la celebración del juicio sin la presencia del acusado, o la adopción de dichas medidas, vulnera su derecho de defensa. Para que la citación sea válida, y no susceptible de generar indefensión, no basta con el cumplimiento de las exigencias formales expresadas en los arts. 154 y 155 del Código Procesal Penal. La finalidad esencial de dicha citación es la de garantizar la contradicción y defensa efectivas del acusado en el juicio, por lo que no puede reducirse a ser considerada como un simple requisito o presupuesto formal para la válida realización del acto procesal que constituye su objeto. Lo decisivo es que haya constancia procesal de que la citación realizada, y su correspondiente cédula, contenía esos requisitos, y de que ha sido realmente recibida por su destinatario. Cualquiera que sea su forma, la citación ha de hacerse de modo que asegure en la mayor medida posible que la misma ha llegado a poder del interesado, proporcionando al órgano judicial los datos precisos para identificar de manera suficiente al receptor de la cedula. Por ello, si no se entrega directamente al destinatario, es necesario que se haga constar la identidad de la persona que la recibe y las obligaciones que ésta contrae. La ley sanciona la contravención de las normas que rigen los actos de comunicación procesal con la nulidad, de acuerdo con lo establecido en el art. 159 del Código Procesal Penal.

El derecho de defensa y a ser juzgado equitativamente conlleva, a lo largo de todo el proceso y sobre todo el acto del juicio oral, el respeto a los principios de **contradicción** e **igualdad de armas** en la obtención y desarrollo de las **pruebas**. Además del derecho fundamental a no ser condenado sin haber sido previamente oído y vencido en juicio (art. 94 de la constitución), y de la singular intervención del imputado en el procedimiento que ello implica, la efectividad de la contradicción requiere que acusación y acusado posean los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades de utilizar los medios de prueba pertinentes, garantizándose un equilibrio en evitación de que se produzcan situaciones procesales desventajosas para el acusado o de privilegio para la acusación (art. 13 C.P.P.). El acusado tiene derecho a **proponer prueba** en las mismas condiciones que la parte acusadora, y a discutir o impugnar las propuestas por ésta, si bien corresponde en todo caso al Tribunal decidir sobre su pertinencia o necesidad (arts. 199, 317, 320, y 333 C.P.P.). También durante el desarrollo de la **practica de la prueba**, la defensa ha de disponer de iguales posibilidades de contradecir las pruebas aportadas por la acusación, teniendo derecho a interrogar a los peritos y a los testigos de cargo, y a que se cite e interrogue a los testigos o peritos de la defensa, en las mismas condiciones que a los propuestos por la acusación (arts. 326 y 328 y ss C.P.P.).El mismo derecho de defensa es el que garantiza la existencia de contradicción e igualdad en la práctica de **pruebas anticipadas** durante la investigación preliminar (art. 277 C.P.P.). Aunque la apreciación de la prueba, como fundamento de la sentencia, es facultad exclusiva del tribunal (arts. 202 y 336 C.P.P.), las partes deben gozar de igualdad de oportunidades a la hora de **informar**, en la discusión final que sigue a la recepción de las pruebas (art. 334 C.P.P.), sobre su eficacia, valor o credibilidad. Otra manifestación de la igualdad de armas es que, tanto el acusado, como la victima, tienen el **derecho a ser oídos al final del juicio** y antes de que se declare cerrado el debate (art. 334). Finalmente, la efectividad de la defensa aparece vinculada al principio general de que las pruebas han de practicarse en el plenario, y por ello con las garantías de **Inmediación, concentración, publicidad y oralidad** que este acto impone (arts. 306, 308 y 310 C.P.P.), teniendo la lectura de las diligencias realizadas antes del debate un carácter excepcional, ya que solo pueden ser incorporadas al juicio por este medio en los supuestos que contempla el art. 311 del Código Procesal penal. También el principio de **presunción o estado de inocencia**, que reconoce el art. 89 de la Constitución y el art. 2 del Código Procesal Penal, se encuentra íntimamente unido al derecho de defensa, por cuanto produce el efecto de desplazar la carga material de la prueba a las partes acusadoras, siendo éstas las que han de acreditar los elementos constitutivos de la infracción penal, entre ellos la culpabilidad del reo, y no éste su inocencia, que debe ser presumida «iuris tantum». De manera que solo cabe desvirtuar esta presunción mediante una actividad probatoria de signo incriminatorio o de cargo, en le plano material, y que haya sido obtenida lícitamente y con todas las garantías, en el plano formal (art. 200 C.P.P.).

Otra manifestación del derecho de defensa y de libre acceso a los tribunales es el **derecho a los recursos**, en virtud del cual toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que la sentencia condenatoria

sea sometida a un tribunal, según proclama el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. Este derecho conlleva al de comparecer ante un tribunal o instancia superior y obtener una sentencia de fondo, y de ahí que su conculcación se produzca, no solamente cuando la ley no prevea recurso alguno en determinados casos, sino cuando el recurso se inadmita de plano o mediante la invocación de defectos puramente formales fácilmente subsanables. Un presupuesto esencial para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa frente a una sentencia en vía de recurso es el cumplimiento del deber de **motivación** de las resoluciones judiciales, establecido en el art. 141, en relación con el art. 338 del Código Procesal Penal, ya que, solo conociendo con plenitud la fundamentación de la sentencia así como las pruebas que han forjado la convicción judicial, a través de la exteriorización del proceso lógico-jurídico que ha conducido al fallo, es posible el control jurídico y de razonabilidad de la decisión recurrida por parte del tribunal superior.

En cuanto a los **efectos** que produce la **vulneración** del derecho de defensa y de sus principios o garantías instrumentales, el art. 166 del Código Procesal Penal previene, con carácter general, la **nulidad** de los actos procesales que infrinjan tales derechos «siempre que hayan producido una efectiva **indefensión**». Ahora bien, para que pueda decretarse esta grave consecuencia, dada su excepcionalidad y alcance restrictivo (arts. 165 y 169 C.P.P.), además de la naturaleza insubsanable del efecto y de su imposibilidad de subsanación o saneamiento (arts. 170 y 171 C.P.P.), es necesario ponderar la entidad o relevancia del vicio observado, distinguiendo entre **indefensión formal**, consistente en el mero incumplimiento o violación de la norma procesal **e indefensión material**, caracterizada por el entorpecimiento o limitación sustancial en la defensa de los derechos e intereses de una de las partes, o por la sensible ruptura del equilibrio existente entre ellas. Así, aunque la indefensión formal opera como condición necesaria, no es suficiente para entender vulnerado el expresado derecho, ya que ello exige que, además, se produzca una situación de efectivo y real menoscabo del derecho de defensa contradictoria, con el consiguiente perjuicio para los intereses del afectado, que es lo que llamamos indefensión material o positiva, determinante de la nulidad procedimental, con el alcance necesario para establecer el derecho conculcado (art. 169).

* * *

Félix Antonio Ávila Ortiz

ARTÍCULO 16. **Derechos de la victima de un delito o falta.** La victima de un delito o falta tendrá derecho a:

1. Constituirse en acusador privado o querellante y a intervenir como tal en todo el proceso conforme lo establecido en el presente Código.
   Para lograr lo anterior, si lo necesita, tendrá derecho a ser asistido por el Ministerio Publico en el caso de carecer de medios económicos.

2. Ser informada de los resultados del proceso aún cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;

3. Ser escuchada antes de cada resolución que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;

4. Participar en las audiencias publicas conforme lo establecido por este Código;

5. Objetar ante el superior del Fiscal que interviene en el proceso el archivo administrativo indebido de las diligencias, en los casos previstos en el presente Código;

6. Lo demás consignados en otras leyes; y,

7. La victima será informada sobre sus derechos en el momento de presentar su denuncia ante el Ministerio Publico o la acusación, o la querella ante el Juez competente o en el momento de su primera intervención en el proceso.

COMENTARIO.

El Articulo 82 de la Constitución en su párrafo segundo, dice que los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes, este derecho fundamental viene a constituir lo que llamaríamos una tutela judicial efectiva que los tribunales de justicia deben garantizar a los habitantes de la república. No existe ninguna duda, que el imputado, o simplemente sospechoso de la comisión de un hecho punible, goza de una serie de garantías procesales que se derivan del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia, por estas razones el presente Código, digno de un Estado Democrático de Derecho, no podía olvidar los derechos de aquellas personas que se consideran victimas de una infracción.

Con el epígrafe de derechos de la victima de un delito o falta, el presente Artículo viene a configurar un catalogo de derechos que asisten a toda persona que se puede considerar victima de una infracción penal, entendiendo por tales aquellas personas físicas o jurídicas directamente agraviadas, los parientes de los directamente perjudicados por una infracción, tal es el caso de los familiares de la victima de un homicidio, los perjudicados por aquellos delitos que afectan intereses de la comunidad, conocidos también como intereses difusos, nos referimos a ciertos delitos contra el medio ambiente, o bien aquellas asociaciones de protección de Derechos Humanos, en algunos casos de violación de estos derechos fundamentales.

Derecho de constituirse como acusador privado. Como puede apreciarse fácilmente, el presente Código no sigue estrictamente el sistema monopolista de la acción penal por parte del Ministerio Público, sino que, para dar más garantías a los directamente perjudicados por la comisión de un delito o falta, contempla varias posibilidades a fin de que puedan también por su cuenta ejercitar la acción penal publica, es así como, el primer derecho enumerado en este Artículo es el de constituirse en acusador privado o querellante, independientemente que el Ministerio Público tenga a su cargo

el ejercicio de la acción penal. Pero el derecho de la victima no se agota solamente con ser acusador o querellante, y de poder intervenir como tal en todo o largo del proceso penal, sino que la ley les garantiza ser asistidos por el propio Ministerio Público en el caso de que no posean medios económicos para pagar un profesional del derecho. Tan importante es que el órgano acusador de la sociedad persiga la infracción penal, como que la propia victima lo haga ya que persigue un interés directo y legitimo.

Este derecho de las victimas se encuentra también reiterado por el Artículo 25 del presente Código que establece que el ejercicio de la acción penal pública le corresponde también a las victimas del delito en su caso, mas adelante el Articulo 26 enumera los delitos que el Ministerio Público puede perseguir a instancia de la victima de los mismos, y el 27 se refiere a los delitos que solamente pueden ser perseguidos por las victimas o perjudicados.

Derecho a ser informadas de los resultados del proceso. No obstante el derecho a ejercitar la acción penal, puede suceder que la victima o victimas de un delito no quieran ejercitarla por estimar que el órgano acusador de la sociedad debe hacerlo, ello no inhibe a aquellas para que en los momentos que lo requieran sean informadas de los resultados del proceso. Este derecho tiene importancia capital ya que de esta manera, ante los malos manejos que podrían darse a las diligencias por parte de los Agentes del Ministerio Público que tengan a su cargo la investigación, las Victimas pueden presentar las quejas ante el superior jerárquico de aquellos, para que, en su caso, se tomen las medidas que sean necesarias a fin de corregir las faltas que pudieran resultar.

Derecho a ser escuchadas antes de decidir sobre la extinción de la acción penal. Las victimas tienen también el derecho a ser escuchadas antes de que se dicte cualquier resolución que pueda implicar la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite. Respecto a este derecho, tómese en cuenta que de conformidad al numeral 2) del Articulo 42, la acción penal quedara extinguida por la abstención de la acción penal por aplicación de un criterio de oportunidad, por esta razón el Articulo 30, establece que se dará audiencia a la victima antes de decretar el Archivo Administrativo del caso. Por otra parte, en caso de la suspensión condicional de la persecución penal, la victima que no éste de acuerdo con dicha medida, por entender que no se cumplen los requisitos, o por que no se ha reparado el daño causado, podrá objetar la decisión que se adopte y en su caso interponer los recursos que procedan.

Derecho a participar en las audiencias públicas. De conformidad a los derechos que se le conceden a la victima, éste tiene derecho a participar en las audiencias públicas, con ello se pretende, que al igual que el pueblo, el perjudicado con más razón tenga pleno conocimiento de todo lo que acontezca durante los actos del proceso. Este derecho es consecuencia del principio general de publicidad que informa a este sistema procesal penal, de esta manera se estará ejerciendo un control de la actividad de los juzgadores.

Derecho a objetar la decisión del Archivo Administrativo. Ante el eventual Archivo Administrativo del expediente por parte del Ministerio Público de conformidad con el Artículo 30, por aplicación de un criterio de oportunidad y 284, una vez concluida la investigación, las victimas tienen el derecho de objetar dicha decisión ante el superior del Fiscal. Para los efectos del Artículo 30, el Código señala que se le dará audiencia a la victima antes de adoptar la decisión, en el caso del 284, no se establece un procedimiento, pero es de entender que el que se ha señalado en el 30 será de aplicación para todos los casos. Con lo anterior, se garantiza que la decisión final que se adopte sea dictada conforme a derecho.

Por último, sólo resta señalar que todos los derechos que asisten a la victima, de la misma manera que a los imputados, deben ser dados a conocer a aquella desde el primer momento en que se presenta como tal ante las autoridades competentes, que pueden ser, el Ministerio Público en cualquiera de sus dependencias, cualquier órgano de la Policía Nacional o bien los Tribunales de Justicia, en su caso.

* * *

EL PAPEL DE LA VICTIMA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.

CONCEPTO LEGAL DE VICTIMA

Francisco de Jorge Mesas
Magistrado

El Código Procesal Penal distingue con claridad entre los conceptos de victima y de perjudicado. El segundo se refiere únicamente a aquellos sujetos de además de ser víctimas están legitimados para el ejercicio principal de la acción civil. El primero se refiere a la cualidad de sujeto principal de las consecuencias del delito que permite a quienes son reconocidos legalmente como tales disfrutar de ciertos derechos en el proceso penal. No todo el que se considere afectado por el delito podrá ser tenido como victima, sino sólo aquellos que estén incluidos en la definición legal de victima recogida en el artículo 17 C.P.P. Según éste, «tendrá el carácter de victima:

1. El directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y además entes públicos y privados.

2. El cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo por afinidad y los herederos testamentarios en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido; y

3. Los socios respecto de los delitos que afectan a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio pro indiviso».

El Código Procesal Penal incorpora a su contenido un concepto normativo de victima bajo la indudable influencia de las aportaciones de la victimología, rama de la criminología que ha tenido un espectacular desarrollo en el último tercio de este siglo que termina, y de la doctrina jurídica inspirada en sus tesis científicas. También puede apreciarse la influencia de las recomendaciones internacionales en la materia, singularmente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. El término víctima, convertido en concepto jurídico, aparece en numerosas ocasiones configurándose así la posición procesal de la víctima como uno de los sujetos fundamentales del proceso penal, junto al imputado, el Ministerio Público o el propio órgano Jurisdiccional.

El concepto legal de Víctima parte del concepto científico positivo elaborado por la victimología pero, como es lógico en Derecho, sólo otorga relevancia jurídica a una parte de los sujetos que para la victimología empírica pueden considerarse como víctimas, no a todos. Algunos de los que desde la perspectiva de la ciencia empírica pueden ser considerados como víctimas, sin embargo no son tenidos en cuenta para el Derecho. No obstante la enumeración de los que se consideran víctimas está concebida en términos que cabe calificar de muy amplios.

El artículo 17 del Código Procesal Penal atribuye el carácter de víctima en primer lugar, «al directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y demás entes públicos y privados». Por ofendido hay que entender el titular del bien jurídico protegido que resulta afectado o puesto en peligro por el delito. Es decir, el sujeto pasivo del delito: el propietario de los efectos sustraídos, en delitos contra el patrimonio; el fallecido en el delito de homicidio; el lesionado en el de lesiones, etc. ([31]). El Estado y los entes públicos sólo tendrán la condición de ofendidos cuando resulten afectados derechos que sean de su titularidad (tales como su propiedad en un delito de daños o en un hurto que afecten a bienes del Estado) pero no cuando el delito afecte a bienes jurídicos comunitarios el medio ambiente, el correcto funcionamiento del mercado, u otros de los llamados intereses difusos) o a intereses del Estado que no pueden ser considerados como derechos subjetivos en sentido estricto (el orden público, la fe pública la seguridad del tráfico, etc.). La referencia a los «entes privados» subraya el carácter de víctima directa u ofendido de las personas jurídicas, en caso de que éstas sean titulares del bien jurídico afectado.

Cuando la propiedad de algún bien pertenezca pro indiviso a varias personas, todos ellos son también ofendidos, aunque el artículo 17 del Código Procesal los recoja en la definición de victima separadamente de los ofendidos.

---

[31] Véase el concepto de ofendido, por ejemplo, en COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal parte general, editado por Universidad de Valencia, Valencia, 1984, Pagina 308 y 309.

Además de las victimas directas u ofendidos, los efectos del delito se proyectan sobre otras personas que no son el sujeto pasivo del mismo. La acción delictiva, en estos casos, se dirige o recae primeramente sobre los derechos de otro y sólo indirectamente trasciendes a aquellas personas, en forma de perjuicio patrimonial ligado a una lesión de derechos ajenos o de padecimientos diversos contemplados como daño moral por el Derecho. Así sucede cuando se da muerte a otro. La victima directa es el fallecido pero su muerte causa dolor e incluso perjuicios patrimoniales a sus allegados, tales como el viudo o viuda, los hijos o los padres. Por ello el código incluye también en la definición de víctimas al cónyuge, legalmente casado o de hecho (compañero de vida), o los hijos, los padres, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo por afinidad y los herederos testamentarios, en los delitos con resultado de muerte. Los padres por naturaleza no son mencionados expresamente, pero obviamente quedan incluidos entre los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

A la condición de víctima directa (ofendido) o victima indirecta (fundamentalmente, ciertos parientes para el caso de muerte, según prevé el C.P.P.) hay que superponer otra cualidad jurídica que puede concurrir o no en ambas clases de victimas, que es la de perjudicado. El ofendido (victima directa) será también el perjudicado cuando como consecuencia del delito experimente un perjuicio patrimonial o un daño moral valorable en dinero. Si el delito no produce tal perjuicio patrimonial ni el daño moral es considerado como relevante por el Derecho, el ofendido no tendrá la cualidad de perjudicado. Cuando exista el perjuicio (material o moral valorable en dinero), éste recaerá normalmente sobre el ofendido, [32] quien tendrá al mismo tiempo la consideración de perjudicado.

También las victimas indirectas (ciertos parientes en caso de muerte) pueden tener o no la condición de perjudicado. Si la acción delictiva no ha causado para ellas ningún perjuicio patrimonial y el daño moral que puedan haber sufrido no es considerado relevante para ser valorado en dinero y compensado económicamente, no podrá serles reconocido el carácter de perjudicado. Si, por el contrario, el delito les ha producido un perjuicio patrimonial o sus sufrimientos son considerados como merecedores de una indemnización económica, entonces las victimas indirectas serán perjudicados (aunque no ofendidos).

Todas estas consideraciones han de ser muy especialmente tenidas en cuenta al interpretar el número 2 del artículo 17 del Código Procesal Penal de Honduras, ya que al contener una amplia enumeración de parientes a los que incluye en el concepto legal de victima para caso de muerte, se hace preciso determinar si todos ellos podrán ejercitar simultáneamente

[32] No sucederá así, sin embargo, en el caso del homicidio, en el que el ofendido no coincide con el perjudicado. Como afirma COBO y VIVES, cuando se da muerte a una persona se lesionan también los legítimos intereses que otros terceros distintos del ofendido – el fallecido – pudieran tener, como por ejemplo sus hijos menores. Estos serán en este caso perjudicados no ofendidos. Véase COBO-VIVES, ob. cit. pág. 309.

los derechos reconocidos por el Código a las victimas, o se existe un orden jerárquico entre los mismos, de modo que unos solo los ostentarán en defecto de otros de rango preferente.

En primer lugar, puede entenderse que todos estos parientes tendrán la consideración de victimas únicamente cuando el Derecho sustantivo les atribuya el derecho a obtener indemnización por el daño moral o patrimonial ocasionado por el fallecimiento del difunto. Habrá de acudirse a las normas sustantivas para determinar quién o quiénes de entre estas personas pueden atribuirse el derecho a la indemnización y la legitimación para el ejercicio de acciones y el resto de los derechos que el código otorga a las victimas. Solo quien pueda invocar para si el derecho al resarcimiento económico será en cada caso concreto reconocido como victima indirecta, si se sigue esta interpretación. Entendido de esta manera; el numero 2 del articulo 17 del C.P.P. atribuirá a estas personas la condición de victimas a efectos procesales, cuando puedan ser considerados perjudicados o herederos legitimados para el ejercicio de la acción civil según lo dispuesto en el articulo 49 del C.P.P. Según esta primera forma de interpretar el artículo 17 nº 2 C.P.P., sólo podrían reconocérsele los derechos a intervenir en el proceso como víctima (derecho a ejercitar la acción penal, a ser oído, etc.) a aquel pariente, de entre todos los enumerados en la referida norma, al que según las normas civiles sustantivas le correspondiese el derecho a una indemnización por el daño moral o material sufrido a causa de la muerte del ofendido.

En caso de no optarse por esta interpretación, habrá de reconocerse el derecho de todos los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, incluido los padres, mas el conyugue y los herederos, a ser oídos o participar en las audiencias en los casos previstos en el artículo 16, así como al ejercicio de los demás derechos reconocidos en dicho precepto. Esta segunda opción interpretativa consiste, por lo tanto, en considerar atribuidos los derechos a la participación en el proceso a los parientes del articulo 17 C.P.P. con independencia de que tengan o no derecho al resarcimiento. Puede entenderse que por virtud del número 2 del artículo 17 del C.P.P. se reconocen los derechos ligados a la condición de victima a todos los parientes enumerados, al mismo tiempo y sin distinción de rango excluyente de unos respecto a los otros. Siguiendo esta línea quedaría configurado un grupo de personas a las que se les reconocen derechos en el proceso penal, incluso el ejercicio de acciones penales; y dentro de este grupo algunos de ellos, los que tengan la condición de perjudicados estarían legitimados también para el ejercicio de la acción civil en ejecución de sentencia.

Aparecerían así en los artículos 17 y 49 C.P.P. dos condiciones jurídicas diferentes a las que se ligan efectos jurídicos distintos: la de victima y la de perjudicado. A la victima se le reconocen derechos de intervención como parte penal y de participación e información. Al perjudicado se le reconoce el derecho al ejercicio de la acción civil, además de disfrutar de todos los derechos como victima.

Las victimas, directas o indirectas, comprendidas en la enumeración del artículo 17 del CPP tendrán derecho al ejercicio de la acción civil cuando sean perjudicados, pero en todo caso conservaran sus derechos de participación en el proceso, aunque no hayan sufrido perjuicio valorable en dinero. No toda victima podrá ser considerada perjudicado. Solamente podrá serlo cuando haya sufrido un daño o perjuicio patrimonial, o un daño moral que el ordenamiento jurídico considere relevante y valorable en dinero, No será perjudicado un ofendido que no tenga ningún menoscabo patrimonial, o cuyo daño moral no sea tenido en cuenta por el Derecho sustantivo como valorable en dinero. Tampoco lo será una víctima indirecta (uno de los parientes mencionados en el numero 2 del artículo 17 CPP) que no haya soportado un perjuicio patrimonial propio y cuyo daño moral (el sufrimiento por la muerte del ser querido) no sea considerado relevante jurídicamente, al ser propuesto el posible derecho al resarcimiento económico ante la existencia de otro pariente al que el Derecho sustantivo considere de mejor condición, tal como sucede con el conyugue o los hijos, frente a los padres o colaterales. Sin embargo, aunque no puedan considerarse perjudicados y no pueden ejercitar la acción civil, todos los parientes enumerados en el número 2 del artículo 17 CPP gozaran de los derechos a la participación en el proceso reconocidos a las victimas en el artículo 16 CPP, por disposición expresa del referido artículo 17; sin excluirse unos parientes a otros. Esta solución resulta sumamente atractiva y permite mantener un concepto legal de víctima bastante generoso de.

Son también víctimas a los efectos del proceso penal, los socios por los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil. En este supuesto nos encontramos ante una víctima indirecta y no ante una víctima directa u ofendido, como correctamente diferencia el Código, ya que el titular de los derechos lesionados será normalmente la persona jurídica, aunque indirectamente sus efectos repercutan también en el patrimonio de los socios.

LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS

Los derechos cuyo concreto contenido queda detallado en el artículo 16 CPP pueden clasificarse en dos grupos: los derechos de intervención como parte en el proceso, en primer lugar; y los derechos de información e intervención sin la cualidad de parte, en segundo lugar. Todos ellos podrían considerarse englobados en la categoría genérica de derechos de participación en el proceso.

A. Derechos relativos a la intervención como parte en el proceso.

Dentro de este grupo podemos distinguir, a su vez, entre los siguientes.

1. El derecho a constituirse en acusador privado en los delitos de acción pública, junto al Ministerio Público y, en su caso, a la Procuraduría General de la República, tal como se prevé en el artículo 25 y siguientes del CPP.

Hay que recordar además que en algunos de los delitos de acción pública, concretamente los recogidos en el artículo 26 del C.P.P., sólo podrá

iniciarse el procedimiento penal previa denuncia o acusación de la víctima, salvo que el delito se haya cometido contra un menor o incapaz.

El extremo opuesto, dentro de los delitos de acción pública, lo constituyen los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones contra los derechos humanos. En estos casos cualquier persona, natural o jurídica, podrá constituirse como acusador privado aunque no haya sido victima del delito (artículo 96 p 3 CPP).

La victima que ejercite la acción penal como acusador privado habrá de valerse de abogado y tendrá todos los derechos procesales como parte (artículo 96 CPP), pudiendo proponer la práctica de actuaciones (artículo 97 CPP). El directamente ofendido podrá atribuir la representación para el ejercicio de la acción penal a una asociación, en la forma prevista en el artículo 98 CPP. Este derecho a ser representado por una asociación no corresponderá a los parientes del número 2 del artículo 17, ni a los socios por delitos cometidos contra la sociedad civil o mercantil, por no ser los directamente ofendidos.

La acusación privada, como acto iniciador del procedimiento habrá de cumplir siempre los requisitos formales del articulo 99 CPP.

2. El derecho al ejercicio de la acción penal en los delitos de acción privada, lo que habrá de tener lugar por medio de querella, en la forma y con los requisitos previstos en el artículo 405 CPP y sus concordantes. Las acciones públicas podrán ser ejercitadas como privadas en los casos previstos en el artículo 41 del Código. El primero de ellos es el de archivo administrativo por razones de oportunidad. El segundo, parece referirse, a pesar de que el texto legal adolece de una cierta imprecisión en este punto, al supuesto de que por el Ministerio Público se acuerde el archivo administrativo de las actuaciones, por considerar que no hay base suficiente para su continuación (art. 284 n 1 CPP), En tal caso, si el delito es de acción pública dependiente de instancia particular, el acusador privado podrá optar por proponer por escrito las actuaciones que considere oportunas (art. 97 CPP), acudiendo ante el Juez de Letras si le son denegadas; o ejercitar la acción penal con independencia del Ministerio Público, como si fuese una acción privada.

3. El derecho a ser asistido por el Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal por medio de acusación privada (delitos de acción pública) o por medio de querella (delitos de acción privada), si carece de medios económicos.

B. Derechos de información e intervención sin la condición de parte.

Los que hemos denominado derechos de información e intervención sin la condición de parte se refieren a la victima que no se ha personado en las actuaciones, puesto que de haberse personado le corresponderían la plenitud de los derechos procesales como parte. Los derechos no vinculados a la condición de parte son los siguientes:

1. El derecho a ser informado de los resultados del proceso, siempre que la victima lo solicite. Este derecho abarca toda la duración del proceso en todas sus fases y ha de entenderse que incluye también la posibilidad de obtener información sobre la excarcelación del condenado o la concesión de permisos penitenciarios durante la ejecución de la sentencia.

2. El derecho a ser escuchado antes de cada resolución que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite. El ejercicio de este derecho queda condicionado a que conste en las actuaciones la solicitud de la victima de ser escuchada. No es preciso que la victima dirija una solicitud concreta solicitando ser oída antes de una determinada resolución que implique la extinción o suspensión de la acción penal, sino que basta con que en cualquier momento del procedimiento, normalmente en los momentos iníciales de la etapa preparatoria, la víctima exprese su deseo de hacer uso de este derecho si se fuera a considerar más adelante la posibilidad de dictar una resolución de esa naturaleza, haciéndolo constar por escrito o por medio de comparecencia ante la autoridad judicial o el Ministerio Público que conozca del procedimiento. Lógicamente, el momento mas adecuado para formular la solicitud será el de la interposición de la denuncia, después de ser informada de este derecho.

3. El derecho a participar en las audiencias públicas en los casos previstos en el CPP. La expresión «conforme a lo establecido por este código» indica que la victima no tiene un derecho absoluto y general a participar en todas las audiencias, si no es parte en el procedimiento, sino sólo aquellos casos en los que esté expresamente previsto. Así sucede con el juicio, al regular el artículo 334 p 6 CPP el momento en le cual la víctima podrá hacer uso de la palabra, «aunque no hubiera intervenido en el proceso», La víctima deberá ser citada al juicio de oficio para posibilitar el uso de este derecho. Hay que tener presente que en los casos de muerte, la condición de víctima puede recaer en una pluralidad de personas, a la vista de lo establecido en el artículo 17 n 2 CPP.

Las víctimas habrán de ser todas citadas cuando se convoque el juicio pudiendo considerarse que la omisión de la citación será causa de nulidad conforme al artículo 166 n 6, por considerar que la declaración legal de este derecho confiere a la victima un estatuto casi de parte en el proceso, o semejante al de las partes y por lo tanto se produce indefensión por su falta de citación.

4. El de objetar al archivo administrativo de las actuaciones.

Pese al tenor literal del numero 5 del artículo 16 CPP, en realidad existen dos procedimientos diferenciados para objetar el archivo administrativo.

a) Archivo administrativo por razones de oportunidad. El artículo 30 CPP establece que antes de resolver sobre el archivo administrativo por razones de oportunidad se habrá de dar audiencia a la victima, a quien deberá notificársele la resolución en la que se acuerde. En los cinco días

hábiles siguientes a la notificación del archivo, podrá instar del Juez de Letras competente para el control de la investigación preparatoria, que lo deje sin efecto (artículo 32 CPP). Cumplido el trámite de informe por parte del Ministerio Público sobre las razones de su decisión, el Juez ratificara el archivo o lo dejara sin efecto. No obstante, si resulta confirmado la víctima podrá ejercitar la acción penal por el procedimiento de conversión, si lo hace dentro del plazo de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación de la resolución del Juez de Letras. En tal caso, conforme a lo dispuesto en este artículo y en el artículo 34 CPP, la acción se ejercitará como privada por los trámites de los artículos 405 y ss. Si transcurriera el anterior plazo sin haberse acudido al procedimiento de conversión ya no podrá ejercitarse la acción penal.

b) Archivo administrativo en cualquier otro caso.

No tratándose de archivo por razones de oportunidad, el procedimiento para objetar el archivo es el que se desprende del número 5 del artículo 16 CPP. La victima podrá dirigirse al superior jerárquico del Fiscal, solicitando que se deje sin efecto. Si la decisión de archivo es confirmada por éste, no le quedará otras opciones que la de mostrarse parte de la causa como acusador privado y proponer diligencias, acudiendo ante el Juez de Letras si el Ministerio Público se niega a su practica con arreglo al artículo 97 CPP; o la de acudir al procedimiento de la conversión de acciones públicas en acciones privadas, cuando se trate de alguno de los delitos de acción pública dependiente de instancia particular del artículo 26 del código.

5. El derecho a recibir información sobre os derechos legalmente reconocidos a las víctimas.

El artículo 16 CPP, en su último párrafo, dispone preceptivamente que la víctima será informada sobre sus derechos en el momento de presentar su denuncia ante el Ministerio Público, o la acusación o la querella ante el Juez competente, o en el momento de su primera intervención en el proceso. La información de derechos al formular la acusación o la querella seguramente no será ya, en realidad, de gran utilidad, puesto que el acusador privado o querellante ha de estar asistido de abogado y goza de la plenitud de derechos procesales como parte. Sin embargo tiene una extraordinaria importancia en los demás casos. Será obligatorio llevarla a cabo cuando la víctima interpone denuncia o es citado por primera vez a declarar en el procedimiento o ha de intervenir en cualquier diligencia en la investigación preliminar. Incluso, cuando la victima comparezca ante el Ministerio Público para ejercitar su derecho a ser informado sobre el estado del procedimiento o a ser oído.

Nada se dice expresamente acerca de si la información de derechos ha de tener lugar necesariamente, aunque la víctima no haya interpuesto denuncia, querella ni acusación, ni tampoco haya declarado en la causa.

Puede ocurrir que el procedimiento se haya iniciado de oficio o por denuncia de otra persona y que el instructor no haya considerado necesario recibirle

declaración (por ejemplo ante el reconocimiento de hechos por el imputado). Si se hace una lectura superficial del texto legal podría llegar a pensarse que en tal caso es legítimo prescindir de la información de derechos puesto que no se manda expresamente que se haga fuera de los casos de denuncia, querella, acusación o declaración. Incluso, podría producirse una decisión de sobreseimiento sin audiencia a la víctima, que perfectamente podría desconocer que tiene derecho a ser oída si lo solicita. Sin embargo esta interpretación resulta contraria al espíritu y finalidad de la norma si se piensa que el contenido esencial de la misma es la obligatoriedad de que todas las víctimas tenga una pronta y completa información sobre sus derechos, como medio para que éstos sean reales. Lo accesorio sería, desde esta perspectiva, el momento en el cual se produzca esta información. La inexistencia de lo accesorio-el momento de la denuncia, primera declaración, etc.-no puede llevar a dejar vacio de contenido lo esencial –la necesidad de la información de derechos-. El párrafo segundo del artículo 16 CPP presenta una gran similitud con el artículo 109 de la ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, vigente en la actualidad. A este respecto puede ser ilustrativa la evolución de la jurisprudencia en España referente a este artículo. Si bien durante mucho tiempo se han mantenido las vacilaciones sobre el carácter imperativo del ofrecimiento de acciones y sus consecuencias en el procedimiento, en los últimos se ha consolidado definitivamente la línea auspiciada por el Tribunal Constitucional que entiende que es un requisito ineludible y que su falta ocasiona la nulidad de lo actuado. Por ello los Tribunales españoles vienen obligados a adoptar una actitud activa para cumplir el ofrecimiento de acciones en todo caso. De aceptarse esta línea también en Honduras, todos los que tengan la consideración legal de víctimas tendrán que ser informados de sus derechos procesales. Incluido el derecho a solicitar ser oído y a participar en audiencias públicas, desde los momentos iníciales del procedimiento, incluso aunque no haya de serles recibida declaración o no hayan sido los denunciantes. Ello implicará que en ocasiones será preciso hacer llegar la información a una pluralidad de personas, como puede suceder con los distintos parientes incluidos en la definición de víctima del CPP en caso de muerte del ofendido.

6. El derecho a intervenir en la ejecución.

La victima, personada o no como acusación privada o querellante, tendrá derecho a intervenir en la ejecución, según dispone el artículo 384 CPP, promoviendo los incidentes a los que se refiere el artículo 387 del mismo código o solicitando al Juez de Ejecución que en caso de promoverse, tales incidentes por el Ministerio Público o el condenado, se pongan en sus conocimiento y se posibilite su participación.

LA NEUTRALIZACION DE LOS EFECTOS DEL DELITO

El artículo 10 CPP establece que «los Jueces y Magistrados adoptarán las medidas necesarias para que cesen los efectos producidos por el hecho punible y para que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban

antes de su producción». La protección a las victimas, en general, es una obligación del estado, y por lo tanto del Ministerio Público, cuerpos policiales y Tribunales, que ha de actuarse de oficio, a tenor del mandato contenido en el artículo 5 del Código Procesal Penal, que obliga a prestarles la asistencia y protección que requieran.

La competencia para la adopción de las medidas necesarias para hacer cesar los efectos del delito y para el restablecimiento del estado de cosas anterior, corresponde exclusivamente a los Jueces y Magistrados, por lo que los Fiscales o la victima personada como acusador privado deberán solicitar de ellos tales medidas. Normalmente habrán de solicitarse al juez de Letras (artículo 58-1 CPP), aunque por razones de urgencia podrán ser sustituidos por el Juez de Paz. En algún caso puede plantearse la necesidad de las medidas cuando el procedimiento se encuentre ante el Tribunal de Sentencia, o excepcionalmente ante la Corte de Apelación o Corte Suprema, cuando actúen como Tribunal de primera instancia.

El abanico de medidas posibles que caben dentro del artículo 10 es muy amplio y ha de descartarse que el Código Procesal Penal, impone a los Jueces y Magistrados el deber de adoptarlas. Así, cabrá acordar la restitución urgente y provisional de un inmueble usurpado, o la restitución urgente de las cosas muebles objeto del delito (ya prevista en el artículo 136 CPP); la suspensión de la custodia o la patria potestad en los casos de violencia o agresiones sexuales sobre menores en el interior de la familia; la protección de la seguridad personal imponiendo al imputado alguna de las medidas cautelares del artículo 173 CPP, singularmente las que permitan mantener al imputado alejado de la víctima, supongan confinamiento o le impidan concurrir al lugar donde aquella resida (localidad, barrio, calle, etc.). También podrá quizás acordarse un embargo preventivo de bienes, antes de la ejecución de sentencia, para asegurar la eficacia de la condena al pago de una indemnización a favor de la víctima y permitir interponer con éxito la demanda de responsabilidad civil cuando llegue el momento.

Aunque el Código no lo diga, el imputado deberá ser oído antes o inmediatamente después de acordarse cualquiera de las anteriores medidas para salvar el principio de contradicción. También la Policía está obligada a prestar el auxilio inmediato a la víctima (artículo 280-5 y 281 CPP).

La protección de la seguridad personal de la víctima o de sus parientes puede exigir en ocasiones la aplicación de las medidas de protección de testigos previstas en el artículo (artículo nuevo siguiente al art. 237), para lo cual se ha de adoptar un criterio amplio respecto a la extensión del concepto de testigo que permita incluir en él también, incluso cuando se encuentre personada en la causa como acusador particular o querellante, siempre que por su actuación en el procedimiento, y singularmente por sus declaraciones, se encuentre en una situación de peligro grave.

EL EJERCICIO DE LA ACCION CIVIL POR EL PERJUDICADO

Cuando alguna de las personas que se encuentran incluidas entre las que el artículo 17 CP considera victimas haya sufrido también un perjuicio patrimonial o en perjuicio moral valorable en dinero, tendrá además la condición de perjudicado que le permitirá interponer la demanda de responsabilidad civil en ejecución de sentencia, tal como se deduce de los artículos 49 y 432 del CPP. El primero de ellos se refiere claramente al «perjudicado o sus herederos» y de su texto se deduce que podrán demandar sólo en los casos en lo que proceda la indemnización de los daños y perjuicios; es decir sólo cuando el Derecho sustantivo les reconozca ese derecho. Así pues, no todos los parientes podrán demandar en caso de fallecimiento, sino solo aquellos de entre ellos a los que el Derecho sustantivo les reconozca el derecho al percibo de la indemnización.

* * *

Félix Antonio Ávila Ortiz

ARTICULO 17. <u>Quienes tienen el carácter de victimas.</u> Tendrá el carácter de victima:

1. El directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y demás entes públicos o privados.

2. El cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido; y,

3. Los socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio proindiviso.

COMENTARIO

Como el Artículo anterior establece los derechos de las víctimas de un delito o falta, para ejercitar los derechos, de naturaleza procesal que se consagran, es necesario ostentar el carácter de víctima, por esta razón el presente Artículo señala claramente a quienes se deben considerar como tales. Víctimas de un delito no pueden ser otras que las personas o entidades señaladas por este precepto.

La norma en cuestión señala, en primer lugar, que se considerará víctima al directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y demás entes públicos. Se trata pues del perjudicado en forma directa por la infracción, es decir, el que ha sufrido el agravio, o lo que es lo mismo, el titular del bien, jurídicamente protegido, ya se trate de la vida y la integridad corporal, el honor o bien, la propiedad.

Se incluye en este caso también al Estado, pues no cabe duda que también es titular de más de algún bien jurídico protegido, bien puede ser la propiedad, la salud de la

población en los delitos que tienen relación con el tráfico de drogas, y, su seguridad interior o exterior, etc.

La norma se refiere al Estado, por lo que dentro de dicho concepto quedan incluidos todos los órganos de gobierno, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, pero también se extiende el concepto a los demás entes públicos, que serian todos aquellos que por su naturaleza no pueden ubicarse dentro de ninguno de los órganos señalados, tal es el caso del propio Ministerio Público, o bien, la institución del Comisionado de Protección de los Derechos Humanos. Las instituciones autónomas y las corporaciones municipales forman parte de la administración pública descentralizada, en consecuencia se ha estimado que forman parte del poder ejecutivo y por ende el Estado.

En segundo término, se debe considerar como víctima al cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos testamentarios en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido. Esto solamente puede ocurrir en aquellos delitos contra la vida siempre y cuando el directamente ofendido haya fallecido, es claro pues, que el titular del bien jurídico vida no podrá ostentar el carácter de víctima para efectos procesales, aunque lo haya sido en realidad, por esta razón la ley considera como víctimas a los anteriormente señalados, que comprende entre otros a los parientes por consanguinidad y por afinidad en sus respectivos grados, además a los herederos testamentarios aunque no tengan ningún parentesco con el ofendido.

En tercer lugar, se estima como víctima de un delito, a los socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio pro indiviso, por lo que, conforme a lo establecido, en caso de que una sociedad mercantil sea víctima de una infracción, a la sociedad como tal no se le podrá tener como víctima sino que a uno o varios de sus socios, esto es importante tenerlo presente ya que se ha acostumbrado que sea la sociedad la que por medio de mandatario comparece ante los tribunales como víctima. Conforme a las reglas de este Código, cualquier socio de una sociedad mercantil, acreditando tal carácter, podrá constituirse en querellante particular y ser parte en el proceso penal, no será necesario que lo haga la sociedad en su conjunto y con la voluntad mayoritaria de sus socios. Respecto a los comuneros con respecto al patrimonio pro indiviso, se puede entender con facilidad que los dueños de aquella propiedad común serán víctimas por afectar la infracción no solamente a uno de ellos sino a la totalidad de los comuneros.

No se ve ningún problema en cuanto a los titulares de bienes jurídicos concretos como ser la vida, la propiedad, el honor etc., pero no es lo mismo en aquellos casos en los que el bien jurídico protegido es de aquellos que afectan a los llamados *intereses difusos,* tal es el caso del medio ambiente, para poner un ejemplo.

En estos casos, al darse un atentado contra uno de estos bienes, «a quien debe considerarse victima» Sabemos que todos los habitantes de la República tenemos derecho a un medio ambiente sano y el Estado tiene el deber de velar y proteger el

medio ambiente, la respuesta por tanto, no es sencilla, ya que podrían ser víctimas todos los habitantes de la República aunque no hayan sufrido en absoluto por la infracción cometida. Existen sin embargo, varias organizaciones que no son sociedades que persiguen fines de lucro, ni son entes gubernamentales, pero que su finalidad principal es la de proteger estos derechos o intereses de la comunidad, como lo es el medio ambiente, se trata de las llamadas organizaciones no gubernamentales, mas conocidas como las ONG, estos organismos, en mi opinión, por proteger aquellos derechos y representar de alguna manera a ciertos grupos de ciudadanos, podrían considerarse como victimas de un delito de la naturaleza que se ha señalado.

ARTICULO 18. Interpretación de pasajes oscuros de la ley. Los pasajes oscuros o contradictorios de la ley penal se interpretaran del modo que más favorezca a la persona imputada.

COMENTARIO

En la actualidad, en el derecho penal rige el principio de intervención mínima, según el cual el Estado solamente reaccionara ante aquellas conductas punibles cuando pongan en serio peligro los bienes jurídicamente protegidos. El derecho penal así visto, constituye la *última ratio*, contrario al principio de legalidad, de acuerdo al cual todas las conductas por ínfimas que sean deben ser investigadas y sancionadas por el aparato sancionador del Estado. Por lo anterior, las leyes penales son vistas como normas odiosas a las que solamente hay que recurrir cuando ya no hay otra solución aplicable, y siendo entonces materia odiosa debe ser interpretada restrictivamente y solo cuando se produzcan dudas sobre su alcance y significado. Este principio ha sido denominado como de *Odiosa sunt restringenda*, o dicho de otra manera, interpretación restrictiva de las normas penales.

Por todas estas razones, el presente Artículo nos proporciona una regla de interpretación de las normas penales. Al decir que los pasajes oscuros y contradictorios de una ley se interpretaran del modo que más favorezca al imputado, se está reconociendo el principio a que antes nos hemos referido, y ello también es así por que en derecho penal, todo lo que al imputado le favorezca debe ser aplicado antes de aquello que le perjudique.

Sobre el principio a que nos estamos refiriendo debe recordarse lo dicho en el comentario del Artículo 2 sobre la persecución de inocencia, no siendo ocioso reiterar que entre ambos principios existe cierta proximidad pero nunca debe confundírseles, pues al que aquí nos estamos refiriendo es una regla de interpretación dada al juzgador cuando se encuentre ante una *norma odiosa*, debiendo en consecuencia interpretarla de modo que más favorezca al imputado; mientras que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que debe operar ante la ausencia total de prueba.

De la misma manera, no debe confundirse el principio de *Odiosa sunt restringenda* con el de *in dubio pro reo*, ya que éste tiene aplicación por el juzgador en el momento de valorar las pruebas y ante la eventual duda de si debe condenar o absolver, como ya antes hemos dicho, es más

que todo una regla de moral o consejo del legislador para el juez para que, en caso de duda razonable lo absuelva de responsabilidad.

ARTICULO 19. Fuentes auxiliares de la actividad judicial. La jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina en cuanto fuentes auxiliares del derecho, serán tenidos también en cuenta en la actividad judicial.

COMENTARIO

De acuerdo a lo establecido en el presente Artículo se reconocen como fuentes auxiliares del derecho, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina de los autores, no gozan de dicho carácter la analogía y la costumbre ya que el precepto es claro. Es importante destacar, que el precepto se refiere a fuentes auxiliares del derecho, por lo tanto, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina servirán como un auxilio de vital importancia para los operadores de la justicia penal, ante la ausencia u obscuridad de la norma escrita.

LA JURISPRUDENCIA. La ley dictada por el órgano legislativo por ser obra humana puede adolecer de vacíos u obscuridades, algunas veces aunque parezca clara necesariamente debe ser interpretada por el juzgador, de ahí que, necesariamente surgirán diferentes interpretaciones sobre una misma norma, ya que un juez o tribunal tendrá un criterio diferente a los demás. Por esta razón, surge la necesidad de unificar la doctrina del máximo tribunal de justicia de la República, que en definitiva es quien mediante el recurso de casación resuelve de manera definitiva un asunto. Por todo lo anterior, resulta que la jurisprudencia es el producto de los diferentes fallos dictados por el tribunal supremo, es decir, los diferentes precedentes forman la jurisprudencia.

Cuando el juez interpreta la ley y la aplica al caso concreto dictando la sentencia surge por decirlo así, una norma jurídica cuyo cumplimento es obligatorio para las partes vinculadas al asunto, pero la repetición del mismo criterio origina la doctrina judicial, que es algo así como una norma jurídica, ya no de carácter particular sino que tiene carácter vinculante para todos, es decir, se impone *erga omnes*. En sentido estricto, la jurisprudencia no es mas que los criterios sentados por la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias que resuelvan una cuestión substancialmente igual, pero en un sentido amplio jurisprudencia es tan sólo una sentencia dictada por el máximo tribunal si no hay otra que la contradiga. La doctrina legal será entonces la reiteración de un mismo criterio por la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con el artículo 360 del presente Código, se entenderá por doctrina legal la reconocida como tal por la Corte Suprema de Justicia por medio de tres (3) sentencias conformes sobre un mismo asunto, igual definición ofrece el Artículo 920 nº. 8, del Código de Procedimientos Civiles.

La doctrina jurisprudencial, de acuerdo a lo establecido por la presente norma, es de importancia capital ya que mediante ella los tribunales podrán interpretar y aplicar el derecho, dándole por tanto el

sentido exacto del mismo. Pero la doctrina jurisprudencial no es inmutable como la norma escrita, de hecho la Corte Suprema puede apartarse de su propia doctrina, pero para hacerlo, deberá invocar las razones lógicas y necesarias para ello, ya que hacerlo de manera antojadiza y arbitraria solamente llevaría a una inseguridad jurídica contraria a un Estado democrático de derecho.

Existe otro tipo de jurisprudencia que también tiene fuerza vinculante para los tribunales de justicia, me refiero a la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuya competencia Honduras ha aceptado. Así pues, la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, servirá para complementar el ordenamiento jurídico en lo que sea aplicable, siendo a mi criterio de carácter vinculante. Ello se afirma pues, la propia Constitución de la República lo establece en su Artículo 15, cuando dice que Honduras hace suyos los principios y practicas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, agregando que Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbítrales y judiciales de carácter internacional. Por todo ello, los jueces y tribunales hondureños al momento de interpretar la ley, deberán auxiliarse además de las normas internacionales, de la jurisprudencia emanada de los tribunales supranacionales en lo que sea aplicable.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. Concepto tan difícil de definir pero que muchos autores a lo largo de la historia lo han definido de diversa manera, pero coincidiendo en que dichos principios no son más, que máximas o axiomas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones, es decir, los principios generales del derecho no son más que reglas jurídicas universales aceptadas por la humanidad como fuente del derecho, tienen su origen generalmente en el derecho natural, la equidad y la razón. Autores como CABANELLAS[16] al referirse a los principios generales del derecho, ha dicho que son los dictados de la razón, admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento, también los define como una autorización o invitación de la ley para la libre creación del derecho por el Juez.

De mucha importancia es esta ultima definición, por cuanto nuestro Código Procesal Penal, en el Artículo que comentamos, al establecer que esos principios generales como fuente auxiliar del derecho, serán tenidos en cuenta en la actividad judicial, está dando una autorización al juzgador para que en apreciación de aquellos principios o reglas de equidad, de justicia y de moral, a falta de claridad del texto positivo, interprete la ley creando así lo que bien podría llamarse un nuevo derecho, mismo que estaría inspirado en aquellos principios o reglas que emanan de un derecho natural. Y ello tiene que ser así, ya que el juez cuando se encuentre ante una ley imprecisa u obscura, y ante la falta también

16 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas;Edit. Heliasta,Tomo:VI.

de doctrina jurisprudencial, deberá ser un Ministro de la equidad, ésta lo hará volver a la ley natural, a las reglas de la moral y de los usos aceptados por la ley positiva. No hay manera pues, para que el juzgador en materia penal pueda poner como pretexto la obscuridad e insuficiencia de una ley para proferir un fallo, el presente precepto lo invita y lo autoriza para que interprete la ley al amparo, no solamente de su propia letra y de la jurisprudencia sino que también de esos principios que no son más que un derecho universal, inmutable y fuente de todas las leyes positivas. Consecuente con lo anterior, el Código Penal vigente en su Artículo 380 nº1), sanciona al juez que se niegue a fallar pretextando, obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

LA DOCTRINA. La doctrina científica, es decir, las opiniones de los jurisconsultos, de acuerdo a lo señalado por el presente Artículo, constituye fuente auxiliar de la actividad judicial, cierto es que la doctrina científica por muy autorizada que sea no es ni puede ser fuente creadora de derecho, aunque en muchas ocasiones ha servido de pauta para que el Estado por medio del órgano competente emita un nuevo ordenamiento jurídico. No obstante que la doctrina de los autores sirve de fuente auxiliar para los operadores del proceso penal, no debe olvidarse que no puede ser considerada como verdad, así pues, por muy autorizada que sea la opinión de un autor no puede vincular al juez para decidir un asunto, de manera que el dador de justicia debe atenerse únicamente al texto de la ley positiva interpretándola junto a la jurisprudencia y en definitiva recurrir a la doctrina científica como un auxilio únicamente. La doctrina servirá pues, para ilustrar al intérprete de la ley dándole mas vigor, pero no debe cometerse el error de transcribir en sus resoluciones las opiniones de aquellos. Respecto al tema que nos ocupa, desde hace mucho tiempo JIMÈNEZ DE ASÙA[17] señalaba que el valor de la doctrina es relevante pues no se puede divorciar la teoría de la practica ya que ello conduciría a lo absurdo, pero agregaba dicho autor que darle demasiada importancia a la opinión de los jurisconsultos supondría volver a la época de Roma cuando se le daba gran valía a las opiniones de aquellos, criticaba este autor, la manera como en los países de Hispanoamérica se le daba gran importancia a la opinión de los autores extranjeros hasta el punto de apuntalar las leyes y las sentencia con citas de autores, de esta manera las sentencias toman un carácter distinto del aspecto imperativo que han de tener, asumiendo mas bien la índole de una monografía, seguía diciendo el autor, que las sentencias han de tener un aspecto terminante y claro y que las invocaciones de autores extranjeros mas empañan que aclaran si contenido jurídico.

ARTÌCULO 20. <u>Generalidad de las garantías y principios procesales.</u> Las garantías y principios en este Código serán observados en todos los procedimientos, cuando como consecuencia de ellos se deban aplicar sanciones penales o medidas restrictivas de la libertad a una persona.

[17] JIMÈNEZ de ASÙA, Luis; Lecciones de Derecho Penal; Biblioteca Clásicos del derecho penal, Tomo 3, Edit. Harla. Pag.

COMENTARIO

A diferencia del anterior Código de Procedimientos Penales, en el cual se hacía remisión expresa a las reglas del Código de Procedimientos Comunes, cuando las reglas de aquel fueran insuficientes para resolver el asunto, tal como lo establecía el Artículo 13 del primero, al decir que en lo no previsto en el mismo, los Tribunales y las partes se ajustarían a las reglas que para casos similares establezca el Código de Procedimientos Civiles, este nuevo Código Procesal Penal, introduce por primera vez disposiciones según las cuales, sus reglas deberán ser observados supletoriamente por otras leyes que establezcan procedimientos de carácter penal.

De acuerdo a lo preceptuado en este Artículo, las reglas de procedimiento y principios de este Código son normas de carácter general para todo lo relativo a la materia penal, si como consecuencia de ello se imponen penas y medidas cautelares restrictivas de la libertad, ello supone pues, que no tendrá que hacerse uso de otras normas supletorias, sino que, por el contrario, las reglas y principios del mismo se extiende a todos los procedimientos establecidos en otras leyes.

De esta manera, los procedimientos contemplados en el Código de Procedimientos Penales en materia militar, que niega varios principios básicos de un debido proceso como ser, el estado de inocencia de los imputados, la contradicción, y establece la prisión como regla general, deberán adaptarse a los principios de este Código, ya que por medio de aquel se imponen penas y medidas restrictivas de la libertad.

Otro tanto ocurre con los procedimientos establecidos en el Código de la Niñez y de la Adolescencia y de la Ley contra la Violencia Domestica, que como sabemos, por medio de ellos se establecen sanciones de carácter penal y medidas cautelares restrictivas de la libertad. Todos los procedimientos a que nos referimos, para que puedan alcanzar los estándares de un debido proceso, como lo requieren los textos internacionales de protección de los derechos humanos, deberán adaptarse a las reglas y principios del presente Código.

ARTÌCULO 21. <u>Respeto a los Jueces y Magistrados y acatamiento de sus decisiones.</u> Los Funcionarios, empleados públicos y personas particulares, guardaran a los Jueces y Magistrados el respeto y consideración que por su alta investidura merecen.

Las sentencias, resoluciones, providencias u órdenes de los jueces, tribunales de sentencia y magistrados dicten en el ejercicio de sus funciones serán acatadas sin tardanza ni condiciones. La violación de estos preceptos se sancionara cuando proceda conforme lo prescrito por el Código Penal.

COMENTARIO

Será necesario recordar lo dicho en el comentario del Artículo 7 con relación a la independencia del juez, por cuanto decíamos que estos deben dictar sus resoluciones con arreglo a derecho sin que tengan que recibir

ordenes, instrucciones, sugerencias ni presiones de ningún sector de la sociedad, ni de los poderes públicos. Cuando el juez se encuentre alejado de todas estas intromisiones podemos decir entonces, que nos encontramos ante un juez y un poder judicial independiente.

La independencia judicial implica que, por contra de todo lo que ha ocurrido en la historia del poder judicial hondureño, las personas particulares y los representantes de los poderes públicos, es decir los empleados y funcionarios, deben observar para con los jueces y los magistrados el respeto y consideración que por su alta investidura merecen. Y es que, habiendo atribuido el legislador constituyente la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado a los juzgados y tribunales de la República, colocó a los titulares de dichos órganos como altas personalidades del Estado, otorgándoles un mandato supremo, mandato que únicamente ellos pueden cumplir, es decir, decidir sobre los bienes y la libertad de los ciudadanos, por esta razón los jueces y magistrados deben ser vistos como los garantes de la seguridad jurídica de un Estado de Derecho, por ende, la sociedad y los representantes de los otros poderes públicos deberán colaborar para que la altísima función que desempeñan no se vea menoscabada.

PRINCIPIO DE AUTORIDAD O DE IMPERIO DE LA JURISDICCION. El Artículo primero de nuestra Constitución, proclama que Honduras es un Estado de Derecho, constituido como república, libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia y la libertad; el 303 de la misma establece que la potestad de impartir justicia emana del pueblo y que se administra en nombre del Estado por jueces y magistrados independientes; el 314 declara que la facultad de juzgar y de ejecutar lo juzgado corresponde a los tribunales de justicia; y, el 313 impone con carácter general la obligación de cumplir las sentencias y demás resoluciones de los jueces y tribunales.

Los anteriores, son preceptos suficientemente claros y expresivos que consagran el fundamento del Estado Constitucional de derecho, la sumisión de todos, incluidos los Poderes del Estado, al imperio de la ley y la posición prevalente de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados para todos los ciudadanos.

El legislador secundario, consciente de lo proclamado en el texto constitucional, dejó establecido en el presente Artículo la obligatoriedad de todos para el cumplimiento absoluto de las decisiones de los jueces y magistrados, proclamando de esta manera el principio de autoridad o de imperio de la jurisdicción, principio éste que comprende; por un lado la coertio, que es la facultad de disponer de la fuerza pública para obtener el exacto cumplimiento de las decisiones dictadas durante la tramitación del proceso, y la executio, o poder o facultad de usar la fuerza pública para la ejecución de las sentencias definitivas[18].

---

[18] El Artículo 313 de la Constitución establece lo siguiente: «Los Tribunales de Justicia requerirán el auxilio de la Fuerza Pública para el cumplimiento de sus resoluciones; si les fuere negado o no lo hubiera disponible, lo exigirán de los ciudadanos».

El presente Artículo establece que la contravención de lo preceptuado será sancionado conforme al Código Penal vigente. La ley penal sustantiva en su Artículo 346, sanciona con la pena de uno a tres años a quien desobedezca a una autoridad negándose abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencia, resoluciones u ordenes dictadas dentro de los limites de su competencia y revestidas de las formalidades legales; y, el 349 sanciona con la pena de tres a seis años al funcionario o empleado público que se niegue a dar el debido cumplimiento a órdenes, sentencias, providencias y resoluciones dictadas por las autoridades judiciales dentro de los limites de sus respetiva competencia y con las formalidades legales.

Por lo dicho antes y siendo que los jueces y los magistrados administran justicia por delegación del pueblo, que es el soberano, podemos decir que cada vez que un juez en el ejercicio de sus funciones dicta una sentencia o una resolución esta haciendo uso de una facultad otorgada por el pueblo. En consecuencia ejecuta un acto de soberanía que solamente él puede ejercer, de ahí resulta la gran importancia de la función jurisdiccional, que implica que todas sus decisiones deber ser respetadas, acatadas y por ende cumplidas sin tardanza, de no ser así, las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones, la satisfacción de las pretensiones legítimamente tuteladas por la sentencia serian ilusorias, se frustrarían los valores de certeza y seguridad jurídica consustanciales a la cosa juzgada y se vulneraria el mandato contenido en el Artículo 314 de nuestra Constitución.

ARTÌCULO 22. <u>Prohibición de limitar o interferir la actividad judicial.</u> Queda terminantemente prohibido a los particulares, funcionarios y empleados públicos, realizar actos tendentes a limitar o impedir el ejercicio de la función jurisdiccional. La contravención de esta norma se sancionara con la pena prevista para el delito de sedición.

Los particulares, funcionarios y empleados públicos, civiles o militares, tampoco podrán hacer insinuaciones o recomendaciones de cualquier naturaleza a los jueces y magistrados, que puedan interferir o coartar la libre conducta o el criterio del juzgador.

La violación de esta norma se sancionará con la prevista en el Código Penal.

COMENTARIO

Habiendo establecido el legislador en el Artículo anterior, que los funcionarios y empleados públicos, así como los particulares deben guardar respeto y consideración a los jueces y magistrados, y que sus resoluciones de cualquier tipo deben ser acatadas sin demora alguna, el presente Artículo prohíbe a los particulares y a los representantes de los poderes públicos realizar cualquier acto tendente a limitar o impedir el ejercicio de la función jurisdiccional, estableciendo que la contravención a dicha prohibición será sancionada con la pena prevista para el delito de sedición.

En este Artículo, el legislador ha creado una nueva figura delictiva que no es un delito de sedición contemplado en el Artículo 337 del Código Penal, puesto que lo que caracteriza a este delito, es el hecho de que el agente o agentes se alcen pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales los fines que se describen en los seis numerales del precepto que los contiene. La prohibición contenida en el párrafo primero del precepto que comentamos no encaja con el concepto básico del delito de sedición, ya que lo prohibido es realizar actos tendentes a limitar o impedir el ejercicio de la función jurisdiccional, nos encontramos pues, ante una ley penal de las llamadas incompletas o imperfectas ya que se describe en el texto procesal el precepto o presupuesto remitiéndose al texto de la ley sustantiva para determinar la sanción.

El párrafo segundo de la norma que comentamos, al prohibir a los funcionarios y empleados públicos, ya sea civiles o militares, hacer cualquier tipo de insinuaciones o recomendaciones a los jueces y magistrados, que puedan interferir o coartar la libre conducta o el criterio de éstos, también está creando una nueva conducta delictiva diferente a las establecidas en los Artículos 369-A Y 369-B del Código Penal. La diferencia básica entre los delitos descritos en estos dos últimos Artículos, radica en que éstos requieren que los agentes tengan como propósito conseguir que el funcionario público (juez o magistrado) dicte una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier tipo, mientras que la conducta prohibida por el presente Artículo se contrae únicamente a las insinuaciones o recomendaciones que puedan interferir a coartar la libre conducta o el criterio del juzgador. Como puede apreciarse fácilmente, la diferencia es patente, se trata de un delito de tráfico de influencias que del mismo modo que el descrito en el párrafo primero se remite al Código Penal para la sanción o consecuencia.

ARTICULO 23. Instructivos. La Corte Suprema de Justicia dictara los instructivos que sean necesarios para la aplicación de este Código, sin que en ningún caso puedan contravenir, disminuir, restringir o tergiversar lo dispuesto en la Constitución de la República, los Tratados de los cuales Honduras forma parte, este Código y demás leyes.

COMENTARIO

El epígrafe del presente Artículo nos da la idea de que el mismo tiene por finalidad que el poder judicial dicte reglas especiales para la mejor aplicación del presente Código, ello es lógico ya que se trata de una ley trascendental para el impartimiento de la justicia penal y para la consolidación del Estado de derecho, además de ser una normativa que instaura por primera vez un sistema procesal de tipo acusatorio, implicando una nueva forma de hacer justicia.

Conforme a lo que establece el precepto, corresponde al poder judicial por medio de la Corte Suprema de Justicia, establecer reglas para la mas correcta aplicación de este Código, las que podrán ser dictadas de oficio por el Tribunal Supremo, en la medida en que surjan problemas derivados

con la aplicación de la nueva ley. El texto aprobado por el legislador difiere del propuesto por la Comisión dictaminadora, por cuanto aquella proponía que los instructivos fueran dictados, también a propuesta de los demás tribunales competentes en materia penal, del Ministerio Público, e incluso de cualquier persona interesada. Al respecto, sostenemos que nada impide que, a excepción de los particulares, serán los tribunales inferiores y el Ministerio Público los que en definitiva elevaran a la Corte Suprema de Justicia las peticiones para que se dicten los instructivos que sean necesarios.

Se puede entender que los instructivos a que se refiere el precepto tiene que ver con la correcta aplicación de la presente ley, no se trata en manera alguna de autos acordados de los que la Corte Suprema de Justicia dicta en aplicación de la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales, se trata más bien como se ha dicho de ciertas reglas que serán necesarias una vez que se inicie la aplicación del Código y se sienta la necesidad de reglamentar algunas cuestiones prácticas. El presente Artículo previene que estos instructivos o normas prácticas no pueden en ningún caso contravenir, disminuir, restringir y tergiversar lo dispuesto en la Constitución, el presente Código y demás leyes. Conforme a lo que se previene, la Corte Suprema de Justicia, no podrá dictar instructivos mediante los cuales se les diga a los jueces que pueden delegar sus funciones en los auxiliares, ya que ello implica tergiversar lo que establece el Código. Tampoco podrá dictar regulaciones en el sentido de permitir que el juicio oral se desarrolle sin la presencia de cualquiera de las partes, ya que ello supondría violar el principio de contradicción y el derecho fundamental a la defensa.

TITULO II
DE LAS ACCIONES PENALES Y CIVILES

CAPITULO I
DE LA CLASIFICACIÒN Y EJERCICIO DE LAS ACCIONES PENALES

ARTÌCULO 24. <u>Clasificación de las Acciones Penales.</u> Las acciones penales son públicas o privadas.

COMENTARIO

El presente Artículo trata de la clasificación de las acciones penales, la norma es clara al decir que las mismas se dividen en públicas y privadas, no obstante la claridad del precepto, creemos necesario referirnos a lo que se entiende por acción judicial, en sentido amplio y en un sentido más restringido al ámbito penal.

CONCEPTO DE ACCIÒN JUDICIAL. Se entiende por acción judicial en sentido amplio, aquel derecho subjetivo deducido en juicio y puesto en movimiento por medio de una demanda o una querella, según el caso.

Así pues, en derecho civil el derecho de acción se ejercita por quien tiene un derecho de carácter subjetivo y se encuentra legitimado activamente para hacer la reclamación contra otro por medio de la demanda. En derecho

penal el derecho de acción nace de la violación de la ley penal y esa violación da derecho al ofendido por el ilícito a poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado para el castigo del culpable. Es un principio del derecho penal que de todo delito o falta nace acción penal para la sanción del culpable, y acción civil para las restituciones, reparaciones e indemnizaciones.

CONCEPTO DE ACCIÒN PENAL. Existen muchas definiciones del termino acción, no obstante, de acuerdo con lo expresado por GIMENO SENDRA[19] diremos que el derecho de acción penal es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho, y se ejercita mediante la puesta en conocimiento del órgano investigador de una noticia *criminis*, haciendo surgir en éste la obligación de dictar una resolución motivada y fundada sobre su admisión a tramite o su desestimación.

De acuerdo a lo anterior, podemos decir que originariamente tienen acción penal todas aquellas personas directamente ofendidas por la infracción, quienes la ejercen desde el momento en que se presentan ante el Ministerio Público o ante una dependencia de la Policía Nacional a poner en conocimiento la noticia *criminis*, es a partir de este momento, que el Ministerio Público en nombre de la sociedad se convierte en titular de la acción penal quien tiene la obligación ineludible de ejercitarla ante los tribunales de justicia[20].

LA ACCIÒN PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL. El derecho de acción penal es un verdadero derecho fundamental previsto y consagrado en el Artículo 82 de a Constitución de la República, que establece en su párrafo segundo que los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar las acciones en la forma que señalan las leyes. Mediante el derecho fundamental del libre acceso a los tribunales, los ciudadanos pueden hacer uso de la acción penal y obtener de aquellos una resolución motivada, fundada en derecho, congruente con la petición.

Por ser un derecho fundamental, el derecho de acción conlleva importantes consecuencias prácticas. La más significante es la que, su infracción abre las puertas al recurso de amparo, que puede ser interpuesto por aquellas personas que no estando de acuerdo con lo resuelto por el tribunal en cuanto no se les concedió el derecho a ejercitar la acción penal, por habérseles cerrado el paso desde el inicio del procedimiento por una inadmisión indebida de la querella[21], recurso que también puede ser interpuesto por el Ministerio Público en nombre de la sociedad según lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia, según reiterada jurisprudencia sentada en varios fallos.

ACCIONES PENALES PÙBLICAS. Las acciones penales públicas son

---

19 GIMENO SENDRA, Vicente; Derecho Procesal Penal; Editorial Colex, 2ª Edición, Madrid 1997, Pág. 59.

20 Véanse los artículos 6 y 16 nº 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

21 *Véanse los artículos 183 nº 1 de la Constitución de la República, y 1º nº 1 de la Ley de Amparo.*

aquellas que se derivan o se originan de infracciones de carácter público, denominadas así porque la infracción al bien jurídicamente tutelado es de interés común, es decir no solamente le interesa a las personas directamente lesionadas por la infracción sino también a toda la sociedad. Por todo lo anterior, las acciones penales de orden público, en un inicio pueden ser ejercitadas por cualquier ciudadano para el solo efecto de poner en conocimiento del Ministerio Público la noticia *criminis*, a partir de ese momento, su ejercicio le corresponderá a este órgano, o a la persona o personas directamente ofendidas.

De acuerdo con el presente Código, las acciones públicas se dividen en acciones públicas de ejercicio público y acciones públicas de ejercicio particular. Las primeras son aquellas derivadas de delitos que por su naturaleza y el impacto social que producen en la comunidad no pueden ser ignorados, de donde se deriva que el Ministerio Público puede ejercer la acción con la sola noticia de la comisión de los mismos obtenida por cualquier medio, ya sea por delación de un particular, por la noticia difundida por un medio de comunicación, o incluso una llamada de carácter anónima. Las segundas son aquellas que se derivan de la comisión de delitos que no obstante ser de carácter público, el impacto social que producen es menor con relación a los señalados anteriormente. El bien jurídico tutelado puede ser el mismo que se protege en los delitos de acción pública de ejercicio público, pero el daño producido en los mismos es de menor intensidad, por esta razón el Ministerio Público solamente podrá ejercer la acción penal si el directamente ofendido se lo solicita, de ellas se ocupa el Artículo 26 del presente Código del que más adelante nos ocuparemos.

ACCIONES PENALES PRIVADAS. Las acciones penales privadas son aquellas que se derivan de infracciones penales de naturaleza privada, es decir, ante la comisión de una infracción de este carácter solamente el directamente ofendido puede poner en movimiento el aparato jurisdiccional. Por regla general, las acciones de orden privado se derivan de delitos que afectan el honor y la honra de las personas, es decir, se trata de hechos que por su naturaleza solamente interesan a los directamente ofendidos. De las acciones privadas, se ocupa el Artículo 27 del presente Código, las que serán objeto de análisis mas adelante.

ARTÌCULO 25. <u>Ejercicio de la acción pública</u>. El ejercicio de la acción pública le corresponderá al Ministerio Público, el cual podrá proceder de oficio o a instancia de parte interesada. En los asuntos de su competencia, tal acción será ejercitada por la Procuraduría General de la República sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público. También podrá ser ejercitada por las victimas del delito, en su caso.

Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público todos los delitos, excepto los comprendidos en los Artículos 26 y 27 de este Código.

COMENTARIO

Ya nos hemos referido antes a las acciones públicas en cuanto, que se entiende por ellas. El presente Artículo trata de la titularidad de las

acciones penales públicas, es decir, a quienes les corresponde su ejercicio pues bien, de acuerdo a lo expresado en este precepto en relación con el ejercicio de la acción penal pública, rige en el sistema procesal penal hondureño los principios de **OFICIALIDAD NO EXCLUSIVA,** y el principio de **OPORTUNIDAD O DE DISCRECIONALIDAD,** de este último se ocupa el Artículo 28 y los siguientes.

El principio de oficialidad no exclusiva, consiste en que el ejercicio de la acción penal se le confía a un órgano independiente, objetivo e imparcial, distinto de los tribunales de justicia, en el caso nuestro es el Ministerio Público, pero no en forma exclusiva, pudiendo la víctima, en el sentido que le da el Artículo 17, ejercer la acción penal al constituirse en querellante particular según lo expuesto en ese precepto y en el 16, del presente Código.

El principio de oficialidad no exclusiva de las acciones penales se contrapone al principio de oficialidad exclusiva o de monopolio de la acción penal, como ocurre en otros países, los Estados Unidos de Norte América, por ejemplo, según el cual se le niega a los particulares el ejercicio de la acción penal pública. Se funda este principio en el hecho de que, los particulares ofendidos por ser partes interesadas no tienen objetividad, y al ejercer la acción penal no lo harán para salvaguardar la legalidad, sino que por motivaciones no acordes con la justicia, el deseo de venganza por una parte, o bien la obtención de una indemnización, como ejemplos. No obstante el Ministerio Público por ser un ente estatal, dotado de autonomía funcional, además objetivo e imparcial, perseguirá el delito y al delincuente alejado de aquellas motivaciones.

El sistema seguido por este Código, parece ser el más adecuado para un país como el nuestro, pues no se puede excluir del ejercicio de la acción penal de manera absoluta a la víctima, ya que es sabido que al órgano estatal, que por regla general se encuentra recargado de trabajo, no le es posible perseguir la totalidad de los delitos que se cometen, y por ende no pondrá en la persecución de los mismos, el mismo empeño que la víctima, de ahí la imperiosa necesidad de que ésta colabore con el Ministerio Público ejerciendo ella por su cuenta la acción penal pública.

Dicho todo lo anterior, de conformidad a lo establecido por este Artículo, son titulares del ejercicio de la acción penal pública, el Ministerio Público en todos los delitos, excepto los señalados en el Artículo 27, las víctimas, en aquellos delitos de orden público cuando sean ofendidos, y la Procuraduría General de la República en los asuntos de su competencia.

EL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público es el representante de la sociedad, le corresponde por ende, representar, defender y proteger los intereses generales de la misma; colabora y vela por la pronta, recta

y eficaz administración de justicia, especialmente en el ámbito penal[22]. La misión de este órgano es la de velar por la legalidad, por esta razón el ejercicio de la acción penal pública implica para el mismo, más que un derecho una obligación, nos encontramos pues, ante un **DERECHO- DEBER,** y esto es lo que de acuerdo con GIMENO SENDRA[23], diferencia el derecho de acción de los particulares con el del Ministerio Público, mientras la víctima tiene el derecho de acusar, aquel órgano tiene además la obligación de acusar, claro está, que deberá hacerlo de acuerdo al principio de objetividad, no como un acusador a ultranza.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Este órgano por ser el representante del Estado, deberá ejercer la acción penal pública cuando el Estado resulte directamente ofendido. De conformidad a lo establecido por el Artículo 230 de la Constitución de la República, la Procuraduría General de la República deberá ejercer las acciones civiles y criminales que resultaren de las intervenciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República, exceptuando aquellas que tengan relación con las Municipalidades. Asimismo, este órgano es titular de la acción penal derivada de los delitos cometidos en perjuicio de la salud de la población del Estado de Honduras, establecidos en la Ley Sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas, en virtud de que, se considera que la salud de la población hondureña es un bien jurídico del Estado. En los casos que intervenga este órgano, también el Ministerio público como representante de la sociedad en general, puede ejercer la acción penal.

LAS VÍCTIMAS. **DE** acuerdo al Artículo 16, la víctima de una infracción penal tiene el derecho de constituirse en acusador privado o en querellante particular, y así intervenir como parte en el proceso de conformidad a lo que establece el presente Código. El Artículo 17 ya comentado se encarga de establecer a quienes se debe considerar como víctimas, resulta así que son víctimas las personas físicas y las personas jurídicas.

FORMA DE EJERCITAR LA ACCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO. De acuerdo a lo dispuesto por este Artículo, el órgano estatal de persecución penal, podrá proceder de oficio o a instancia de parte interesada. Procede de oficio cuando ejerce la acción sin ser requerido para ello, basta que tenga conocimiento de la perpetración de un hecho en apariencia delictivo para que ponga en movimiento todo el mecanismo investigador. Lo anterior es producto de la obligación que le impone su ley orgánica. La segunda manera de proceder, se da cuando es requerido por la víctima de la infracción, tal es el caso de los delitos señalados en el Artículo 26, en este caso, no es necesario que el requirente se constituya en parte, basta con que ponga en conocimiento la **NOTICIA CRIMINIS,** para que el Ministerio Público ejercite la acción penal.

---

[22] ***Véase el Artículo n° 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.***

[23] ***Op. Cit. Pag. 61.***

ARTÍCULO 26. **Acciones públicas dependientes de instancia particular**. Los siguientes delitos sólo podrán ser perseguidos por el Ministerio Público a instancia de la víctima:

1. Las lesiones leves, las menos graves y las culposas;
2. Las amenazas;
3. El estupro, el incesto, el rapto, los abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de catorce años. Antes de esta edad el delito será perseguible de oficio por el Ministerio Público;
4. El hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo más bajo vigente en la región del país en que se haya cometido el delito;
5. La estafa y otros fraudes, excepto cuando el sujeto pasivo sea el Estado, en cuyo caso la acción puede ser ejercida igualmente por la Procuraduría General de la República;
6. La usurpación;
7. Los daños; y,
8. Los relativos a la propiedad intelectual o industrial y a los derechos de Autor.

De los casos determinados en los numerales 1) y 2) se exceptúan los de violencia intrafamiliar, definidos en el Código Penal, que podrán ser perseguidos por el Ministerio Público sin que preceda instancia de la víctima

Con todo, el Ministerio Público ejercitará la acción penal sin necesidad de requerimiento de parte interesada, cuando el delito haya sido cometido contra un menor o incapaz.

Formalizada la acusación, el desistimiento de la víctima no impedirá que continúe el proceso.

COMENTARIO

Se regula mediante este precepto la manera de ejercitar la acción penal por parte del Ministerio Público, respecto a aquellas infracciones que si bien es verdad son de carácter público, el impacto social de las mismas es de menor importancia que las demás infracciones, por lo general se trata de delitos leves en los que se aprecia un grado de antijurícidad menor. Se pueden señalar varios grupos, el primero formado por delitos contra la integridad corporal de las personas, tal es el caso de las lesiones leves, menos graves y las culposas. Es evidente que en estos casos, la sociedad no se ve afectada en la medida que pudiera serlo si el daño a la integridad corporal de las personas fuera mayor, priva más el interés de la víctima que el de la sociedad. El segundo grupo se encuentra constituido por infracciones en las que el bien jurídico protegido. es la propiedad, tal es el caso de los hurtos cuya cuantía, no exceda el valor ce diez (10) salarios mínimos, las estafas y otros fraudes cualquiera que sea su cuantía, las usurpaciones, los daños y los delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

Respecto a éstos se puede decir, sobre la base de la experiencia, que el interés de las partes agraviadas se centra en la recuperación de los

bienes, la reparación de los daños causados, es posible que a las víctimas más les interese llegar a un acuerdo con el autor del hecho para la reparación del agravio, por lo tanto estas infracciones atacan intereses de naturaleza privada de las partes, en los que la sociedad tiene menor interés. Lo dicho anteriormente no es aplicable al caso de que el agraviado sea el Estado, pudiendo actuar también la Procuraduría General de la República.

El otro grupo de delitos, está constituido por infracciones que por lo general han sido considerados como de naturaleza privada, tales como el estupro, el incesto, el rapto y los abusos deshonestos, el interés del legislador en considerar estas infracciones, ya no como delitos de acción privada en forma exclusiva, es para que las víctimas puedan en cierta medida contar con la protección del Estado quien podrá tutelar sus derechos. Por otra parte, siendo que la experiencia señala que en la mayoría de los casos, cuando las víctimas por sí solas ejercitan la acción penal, llega un momento en que la misma es abandonada o renunciada por haber cedido ante ofrecimientos de tipo económico y muchas veces ante amenazas y coacciones por parte de los acusados, por lo que resulta positivo que el Ministerio Público actúe, si la parte agraviada se lo solicita.

Es importante señalar respecto a este grupo de infracciones, que cuando las víctimas sean menores de catorce años, la acción penal será ejercitada de oficio por el Ministerio Público, pero tratándose de una relación sexual con persona menor de catorce años, el hecho de por sí es un delito de violación, delito que es de acción pública.

Por otra parte, el penúltimo párrafo señala que en los casos de lesiones leves, menos graves y las amenazas, cuando sean consecuencia de violencia intrafamiliar según el Código Penal, el Ministerio Público debe ejercitar la acción sin que la parte agraviada se lo solicite. Ello es así, pues la violencia intrafamiliar, es un delito de acción pública, y si el delito principal es de acción pública, los delitos que lo acompañen, no pueden depender de instancia privada.

Lo mismo ocurre, en los casos en que el ofendido sea un menor, un incapaz que no tenga padres o representantes legales o cuando el autor del delito sea alguno de sus ascendientes o su representante legal. Cuando se trata de un hecho, en el que la víctima es un menor, es evidente que el grado de antijuricidad es mayor, lo mismo que la culpabilidad del autor, por lo que el hecho causa mayor impacto en la sociedad siendo entonces lógico que el Ministerio Público ejercite la acción penal.

En todos los demás casos, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal toda vez que la parte agraviada lo solicite, sin esta solicitud, aquel órgano deberá abstenerse de actuar, pero una vez formalizada la acusación en la forma prevista por la ley, el desistimiento por parte de la víctima no impedirá que el proceso continúe.

Por otra parte, es importante recordar que el Ministerio Público, tiene entre sus atribuciones, la de presentar querellas y formalizar acusación en

representación de los menores que habiendo sido sujetos pasivos de delitos de acción privada, no recibieren la protección de la justicia por negligencia, o pobreza de sus padres o representantes legales[24].

ARTÍCULO 27. Delitos perseguibles sólo por acción privada. Sólo serán perseguibles por acción de la víctima los delitos siguientes:

1. Los relativos al honor;
2. La violación de secretos, su revelación y el chantaje;
3. La negación de asistencia familiar a personas mayores de edad;
4. La estafa consistente en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión.

COMENTARIO

El presente Artículo establece las infracciones que solamente pueden ser perseguidas por la acción privada de la víctima, por lo general se trata de infracciones que atacan ciertos atributos de las personas tales como el honor, y ciertos actos de la vida familiar, en donde por lo general la sociedad como tal no tiene nada que ver, por lo tanto el agravio causado sólo afecta a !a víctima. La ley agrega al catálogo de infracciones de acción privada las estafas que se cometan mediante el libramiento de cheques sin la suficiente provisión de fondos, la violación de secretos, su revelación y el chantaje. Respecto a todas ellas es necesario hacer ciertas consideraciones a continuación.

DELITOS CONTRA EL HONOR. Respecto a estos delitos, los mismos se encuentran regulados en el Título III del libro segundo del Código Penal, se trata pues de las calumnias, las injurias y la difamación. No cabe ninguna duda, que el honor o el prestigio únicamente interesa a la persona titular de dicho atributo, por lo que la sociedad no se ve afectada cuando se comete un delito de esta naturaleza, corresponde pues únicamente al agraviado decidir si acusa o no a quien lo haya calumniado o injuriado.

VIOLACIÓN Y REVELACIÓN DE SECRETOS. Son infracciones que atacan la seguridad de las personas. Conforme el Código Penal, la acción típica de este delito consiste en la violación de la correspondencia, ya sea postal o telegráfica, el apoderamiento de papeles,' y la interceptación de las comunicaciones, todos ellos derechos protegidos por la Constitución de la República. La ley penal considera estas infracciones como muy graves, sancionando al culpable con la pena de seis (6) a ocho (8) años de reclusión, y si es cometido por un funcionario público, la pena será de ocho (8) a doce (12) años. No se encuentra pues, una razón lógica para que las señaladas infracciones tengan que perseguirse únicamente por la acción privada ya que las mismas revisten mucha gravedad.

Se trata pues, de violaciones a derechos fundamentales que en la mayoría de los casos son cometidos por funcionarios públicos, no se trata

---

[24] ***Véase el Articulo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.***

nada más de violar o revelar secretos que hayan sido confiados por una persona, se trata como se ha dicho de la violación de derechos protegidos por la Constitución, por lo que, lo correcto sería que el Ministerio Público ejercite la acción penal, ello supondría hacer una mejor investigación de actos muchas veces difíciles de establecer para las personas particulares.

EL CHANTAJE. Lo ubica el Código Penal como un delito contra la propiedad de las personas. De acuerdo a su tipicidad, con el chantaje se produce un ataque a la libertad' psíquica para cometer luego un ataque a la propiedad, quizás lo que el legislador ha tenido en cuenta es que las acciones típicas del delito de chantaje van determinadas por las amenazas de imputaciones contra el honor o el prestigio, o de violación o divulgación de secretos, y por ende las mismas sólo afectarían a las personas involucradas, pero más allá de este ataque al honor y al prestigio, está el ataque a la propiedad que es lo que en definitiva protege la ley penal, sancionando a los culpables con penas nada leves que van hasta los nueve (9) años de reclusión. Por lo anterior, considero como un error el hecho que el Código establezca que este delito sea perseguido únicamente mediante la acción privada de la víctima.

NEGACIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR. Esta conducta antijurídica se encuentra regulada en el Título IV del libro segundo del Código Penal, como delito contra el estado civil y el orden de la familia. La negación de asistencia familiar ha sido considerada en los ordenamientos procesales anteriores como un delito de acción privada por lo que no es de extrañar que el presente Código lo regule como tal, no obstante que el Código Penal en la reforma de 31 de octubre de 1996, establece que dicho delito será de acción pública. Sin embargo, cuando el perjudicado u ofendido sea menor de edad, es decir menor de 21 años, el delito será de acción pública.

El proyecto y dictamen no hacían diferencia al respecto, sin embargo, consideramos positiva la redacción definitiva de la norma, por cuanto en aquellos casos de menores de edad carentes de protección económica, es necesaria la intervención del Ministerio Público, lo que está en consonancia con la atribución catorceava del Artículo 16 de la Ley Orgánica de este ente.

ESTAFA MEDIANTE EL LIBRAMIENTO DE CHEQUES SIN PROVISIÓN DE FONDOS. El Código de Comercio señala que, librar cheques sin la respectiva provisión de fondos constituye el delito de estafa de conformidad con el Código Penal, obviamente que no basta que el Código de Comercio señale tal conducta para que el delito se considere cometido, es necesario que la acción se pueda subsumir en el tipo penal que establece tal conducta.

Es evidente que el libramiento de cheques sin la respectiva provisión de fondos, con la intención de defraudar a otro, puede ser un delito estafa, pero como en la mayoría de los casos estas acciones serán producto de las relaciones de comercio que se suscitan muy a menudo, el interés

de la parte agraviada será la de que se le repare o indemnice los daños sufridos, más privará este interés que el castigo del autor del hecho, por lo que es razonable entonces que le toque a la parte agraviada llevar por su cuenta la acción penal, de esta manera en cualquier momento puede renunciar a la misma en forma expresa o tácita. La experiencia vivida señala que esto es así, pues cuando los tribunales conocen de estos asuntos y el Ministerio Público ha intervenido, como parte de buena fe, ha sido evidente el abandono de la acción por parte de la parte agraviada, una vez satisfecha su pretensión económica.

* * *

CAPÍTULO II
DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD

LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD

Jesús Fernández Entralgo
Magistrado

***1. El principio de legalidad (u obligatoriedad)* en el proceso penal**.

En el modelo procesal continental tradicional, construido en torno al sistema mixto napoleónico, el Ministerio Fiscal o Ministerio Público aparecía configurado como una institución legitimada para ejercitar la acusación pública, aunque bajo el principio de neutralidad, que significaba que debía esforzarse por tener en cuenta tanto los aspectos que podían perjudicar a la persona sospechosa, imputada o definitivamente acusada, como aquellos otros que podrían beneficiarla.

La legitimación del Ministerio Fiscal como parte acusadora pública no era sólo un poder sino también una obligación; constituía un ***«OFFICIUM»*** o ***«DERECHO-DEBER».***

Bajo el epígrafe ***«PRINCIPIO DE LEGALIDAD»*** se englobaban dos criterios rectores básicos de la intervención del Ministerio Público en el procedimiento penal:

a) obligatoriedad de incoar la apertura y el desarrollo del procedimiento penal y de formular la acusación cuando existían buenas razones para hacerlo; y

b) estricta vinculación a la Ley tanto al promover la incoación del procedimiento, como al intervenir en la instrucción, y al acusar y al defender la acusación en juicio.

Miguel Fenech lo describe de este modo: «...La pretensión punitiva del Estado fundada en un hecho que reviste los caracteres de delito debe hacerse valer por el órgano público adecuado, siempre que en un caso

concreto concurran las condiciones que exige la ley, con exclusión de toda facultad discrecional y de toda consideración de oportunidad...».

En definitiva si el Ministerio Público o Ministerio Fiscal es el órgano del Estado encargado de hacer cumplir la Ley penal, instando, al efecto, la actuación del aparato judicial del Estado, está, en toda su actuación, vinculado por las exigencias legales y, puesto que gestiona intereses ajenos (públicos) no puede abstenerse de intervenir en todos aquellos casos en que, dada la información disponible, estime que es probable que se haya realizado, injustificada y culpablemente, un hecho tipificado como infracción penal. Pedraz Penalva insiste en el criterio de la probabilidad; porque la certeza más allá de toda duda razonable sólo podrá alcanzarse tras el juicio, en el que habrá de practicarse la prueba propuesta al efecto. La vigencia de la Ley para toda la Sociedad estatal, sin posibilidad de discriminación arbitraria, explica la obligatoriedad de actuar siempre que concurran los presupuestos legales, sin concesión alguna a criterios de oportunidad. Junto a la perspectiva positiva del principio de legalidad (que exige, como presupuesto de la imposición de la pena, la previa tipificación legal de la conducta como infracción penal), su perspectiva negativa exige -en palabras de Ruiz Vadillo- «...que se persigan y sancionen todos los hechos que revistan los caracteres de infracción penal...».

El artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española es un buen exponente de este modelo tradicional. A su tenor, los funcionarios del Ministerio Fiscal «...tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada [delitos contra el honor, a saber, calumnia e injuria: articulo 215.1 del vigente Código Penal]. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad [previsión que desarrolla el artículo 191 del vigente Código Penal]...». Esta necesaria actuación del Ministerio Fiscal se pone actualmente en relación con el artículo 124.1 de la vigente Constitución Española, con arreglo al cual «...[el] Ministerio Fiscal ... tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad...».

Comentándolo, escribe Gómez Orbaneja estas ilustrativas palabras: «...El MF está obligado a ejercitar la acción por todo hecho con caracteres de delito..., conforme a la ley penal sustantiva, de que tenga noticia, quedando excluida toda discrecionalidad sobre la conveniencia u oportunidad de la persecución en el caso concreto ...Con otras palabras; no es dable al MF, por razones de finalidad ajenas a las que han encontrado expresión en la ley misma, dejar sin perseguir hechos delictivos respecto de los que concurran los supuestos de punibilidad. Ni la nimiedad de la infracción **(MÍNIMA NON CURAT PRAETOR),** ni el peligro de consecuencias inconvenientes de la actuación del derecho, excluyen el interés público de la persecución.

El criterio del órgano de la acusación, lo mismo que el del jurisdiccional, debe ser, siempre y exclusivamente, el de la ley. El MF es un órgano estatal en función de la justicia y no de la política o de la razón de Estado; lo que se le encomienda, como al juez, es una actividad dirigida al mantenimiento del orden público y no, más allá de ese orden, una actividad dirigida a la satisfacción de intereses comunes...».

La propia Fiscalía lo entendió muy pronto así. En la Circular de 2 de septiembre de 1884 se afirmaba tajantemente: «...Lo que para los ciudadanos constituye un derecho, es ***DEBER INELUDIBLE*** del MF...».

Por supuesto, incluso bajo la vigencia del principio estricto de legalidad, el Ministerio Fiscal contaba con un cierto margen de discrecionalidad, porque no siempre que se ponía en su conocimiento un hecho supuestamente delictivo estaba obligado a iniciar el procedimiento y a formular la acusación.

Ahora bien, como advierte Gómez Orbaneja, «...[la] discrecionalidad excluida por el principio de legalidad no tiene nada que ver con los criterios de valoración en hecho y en derecho que ha de usar el MF para considerar el ejercicio de la acción como «procedente...». El Ministerio Fiscal está legitimado, en los sistemas regidos por el principio de legalidad, para valorar preliminarmente si es verosímil la denuncia del supuesto hecho, y si éste parece, a primera vista, penalmente relevante. Si, ya en esta fase inicial, resulta clara la inverosimilitud del hecho o su irrelevancia penal, el Ministerio Fiscal no sólo puede, sino que debe abstenerse de intervenir, so pena de incurrir en un auténtico abuso del procedimiento.

De igual modo, concluida la investigación o instrucción, el Ministerio Fiscal ponderará su resultado, con un inevitable margen de discrecionalidad, y sólo deberá interesar la apertura de la fase de debate o juicio oral, cuando tenga buenas razones para ello. «...Para promover los actos de comprobación -escribe Gómez Orbaneja- basta la «posibilidad» del delito; para que la apertura del juicio aparezca como procedente, se requiere la «probabilidad», no sólo de la perpetración de un hecho con caracteres de delito, sino de la responsabilidad criminal por él del sujeto pasivo de la acción. No es necesario que el MF esté seguro de que la prueba de la culpabilidad (en sentido amplio) ha de quedar hecha, pero sí que estime que podrá hacerse...,). Lo imponen así no sólo razones de estrategia procesal sino la exigencia de que una persona no sea sometida a juicio (con todos los inconvenientes que ello le acarreará) sino cuando concurran motivos suficientes que hagan probable su culpable participación en un hecho delictivo. Actuar de otro modo constituiría un ejercicio abusivo del poder de acusar y una subversión de los legítimos fines que justifican la existencia del proceso mismo. La posibilidad de paralizar la tramitación de la causa por falta de suficiente fundamentación de la acusación es; admitida por la moderna jurisprudencia inglesa, apelando a la proscripción del abuso del procedimiento.

2. *El modelo procesal angloamericano: el principio de oportunidad plena.*

En el mundo jurídico angloamericano, en cambio, el Ministerio Fiscal goza no sólo de legitimación procesal para acusar, sino también de una prácticamente absoluta disponibilidad del objeto del proceso penal, lo que hace posible que pueda no sólo seleccionar los casos en que **MERECE LA PENA** acusar, sino también que esté en condiciones de negociar con la Defensa del acusado con vistas a lograr una admisión de culpabilidad por parte de éste, que haga innecesario el juicio.

El criterio de oportunidad se justifica como quinta esencia del principio acusatorio. La parte legitimada para acusar -pública o privada, da igual-valor a la oportunidad de hacerlo y actúa en consecuencia.

No se puede perder de vista que, en el mundo del **COMMON LAW** se deja, en principio, a la iniciativa privada la puesta en marcha del mecanismo de la Justicia Penal, hasta el punto que la acusación pública se idea -y justifica- como recurso sustitutivo de esa iniciativa, en caso de desinterés general por perseguir una posible infracción penal gravemente lesiva para el normal funcionamiento de la comunidad.

El acusador oficial angloamericano (los distintos niveles del **CROWN PROSECUTION SERVICE** inglés, las diversas modalidades del **PROSECUTOR** norteamericano) goza, por ello, de una radical discrecionalidad a la hora de decidir si persigue, o no, un concreto delito. Y es opinión generalizada que su función promotora de la actuación de la Justicia no quiere decir que haya de ejercitar la acción penal en todos los casos en que pueda haberse producido una violación de la Ley.

La discrecionalidad del Fiscal norteamericano se ve, además, robustecida por la legitimidad que le proporciona su elección por el Pueblo, titular del poder penal. Por eso es tan libre en su actuación, de la que responde únicamente ante sus propios superiores y ante aquel Pueblo.

Más modernamente, el denominado **ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO («ECONOMIC ANALYSIS OF LAW»),** desarrollado, especialmente a partir de la publicación, en 1974, de la obra fundamental de Richard Posner, y muy vinculado a las posiciones de los economistas de la llamada **«ESCUELA DE CHICAGO»,** patroneada por Milton Friedman, proporciona una nueva cobertura al paradigma radical de la oportunidad como criterio rector de la actuación del acusador público.

Para Becker, o Ehrlich o EasterbrooK (por citar algunos nombres significativos) el sistema procesal se ha de construir, de acuerdo con los principios que rigen el mercado económico, como un método de distribución de recursos escasos que procura disuadir a potenciales delincuentes haciendo del delito «un mal negocio», porque los beneficios que pueda reportar no compensan el riesgo lo más probable posible de imposición - deseablemente,

a corto plazo- de una pena. El aparato de la Justicia Penal -orientado hacia el máximo de disuasión **(«DETERRANCE»)** ha de procurar conseguir el máximo de eficacia posible al mínimo costo, lo que se trata de lograr mediante una triple estrategia:

a) absteniéndose de acusar cuando se trata de **BAGATELAS;**

b) negociando una admisión de culpabilidad a cambio de alguna contraprestación («plea **BARGAINING»)** que evite tener que llegar a juicio; y

c) no acusando, finalmente, sino cuando se tengan fundadas probabilidades de sostener, con éxito, la acusación en juicio.

3. El denominado principio de oportunidad reglada

Tras la Segunda Guerra Mundial, el mejor conocimiento, en Europa, del sistema procesal penal angloamericano y la seducción que ejerció el hondo sentido democrático que latía en el modelo acusatorio **(«ADVERSARY SYSTEM»)** propició reformas procesales que se inspiraron en él, y que, empezando en la República Federal Alemana, se extendieron a Italia y a Portugal.

En realidad, la idea de oportunidad ya había arraigado en Alemania desde mucho antes. Beling ya expuso que «...aceptándose el principio de la investigación oficial combinada con el de acusación formal, se plantea si La cuestión de si la autoridad encargada de la acusación, en los casos en los que la ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente; por ejemplo, por razón de la nimiedad de la infracción **(MÍNIMA NON CURAT PRAETOR)** o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de legalidad niega tal libertad a la autoridad encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede...»
Un conocido procesalista italiano (Amodio) pudo, así, diagnosticar que las nuevas reformas del proceso penal estaban **«PINTADAS CON LOS COLORES DE LA BANDERA NORTEAMERICANA».**

Sin embargo, tal cosa distaba mucho de ajustarse a la realidad. Las reformas europeas no adoptaron en su totalidad el sistema angloamericano, sino que lo adaptaron a la peculiar mentalidad continental, construyendo, de este modo, lo que se ha dado en denominar un **«SISTEMA DE OPORTUNIDAD [LEGALMENTE] REGLADA».**

La gran reforma procesal penal operada en la República Federal Alemana en 1974 mantuvo (desarrollando una línea de política procesal que data del primer cuarto del siglo XX), como regla general, la vigencia del denominado principio de legalidad de la actuación de la Fiscalía, en su doble vertiente: en caso de que existan sospechas fundadas de haberse perpetrado un hecho delictivo, el Ministerio Fiscal está obligado por Ley

a practicar las investigaciones oportunas para el esclarecimiento del caso; como está obligado a acusar, en caso de que, tras la instrucción, existan buenas razones para considerar que una persona ha participado culpablemente en un hecho constitutivo de delito.

La vigencia de este principio de legalidad de la actuación del Ministerio Público es tan indiscutida como que ya no se enuncia en términos tan absolutos como en el modelo clásico continental de corte napoleónico.

En efecto, actualmente, de acuerdo con la Ley Procesal Penal Alemana, la Fiscalía no está obligada a perseguir y acusar cualquier infracción penal. En palabras de un estudioso de dicho texto legal (Gómez Colomer), «...razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que el principio significa...».

Por eso en dicha Ley se prevén casos concretos en los que el Fiscal puede prescindir de la persecución de determinados delitos leves **(«BAGATELLSACHEN»,** bagatelas), cuando la culpabilidad del autor sea mínima y no exista interés público en su persecución; o de otros que, dentro de los límites marcados legalmente, considere inconveniente perseguir: ciertos hechos cometidos en el extranjero, o cuya persecución o enjuiciamiento pudiera entrañar un grave peligro para el Estado o para intereses públicos superiores; o en caso de arrepentimiento del culpable, cuando colabore activa y eficazmente para evitar o reducir el grave daño causado por el delito; o cuando se trate de hechos punibles secundarios, accesorios de otro principal, cuya pena sea tan grave que haga innecesaria la imposición de las penas menores correspondientes a aquellas infracciones. En ocasiones, se exige aprobación judicial de la abstención de acusación.

La abstención de acusación puede ser pura o condicionada al' cumplimiento de determinados deberes de conducta.

Consideraciones de oportunidad y de consenso son perceptibles en el Código portugués del Proceso Penal, de 1987 (abstención de acusación condicionada al cumplimiento de deberes de conducta), y en algunas previsiones legislativas de otros países, en el ámbito de la delincuencia relacionada con el tráfico de drogas de abuso. En esta materia, precisamente, el principio de oportunidad reglada ha llegado a la misma Francia, donde, a partir de una Ley de 1970, de lucha contra la toxicomanía, se permite que el Fiscal no inste la incoación del procedimiento si el toxicómano se somete voluntariamente a un tratamiento recuperador.

En España, puede comprobarse la existencia de una opinión, avalada por especialistas muy prestigiosos (Gimero Sendra, Vives Antón, Moreno Catena, Conde-Pumpido Ferreiro...), favorable a la introducción del principio de oportunidad legalmente reglada. Otros (De la Oliva, Andrés Ibáñez, Ruiz Vadillo, Armenta Deu), lo ven con aprensión, por temor a que, incluso en esa modalidad limitada por la Ley, la concesión de un margen de

discrecionalidad al Ministerio Fiscal termine -como apunta un sector de procesalistas italianos- por servir de portillo a la subordinación del funcionamiento del aparato punitivo del Estado a criterios de pura oportunidad política.

En defensa de la introducción del principio de oportunidad se afirma que, del mismo modo que el Poder Legislativo tiene un amplio margen de discrecionalidad para tomar sus decisiones de **CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA** (delimitando genéricamente qué conductas han de constituir infracción penal y con qué penas han de castigarse respectivamente), puede configurar no menos discrecionalmente los límites de la **CRIMINALIZACIÓN SECUNDARIA** (persecución y enjuiciamiento de conductas supuestamente delictivas); de modo que, si tiene legítimo poder para fijar los casos en que el Ministerio Público sólo puede intervenir previa instancia de la persona ofendida (titular del bien jurídico tutelado), y aun reservar la persecución a la iniciativa procesal de esa persona, negando legitimación procesal activa al Fiscal, lo tiene, también, para determinar aquellos otros en los que el acusador público puede abstenerse de ejercitar la acción penal, o suspender condicionalmente su ejercicio, por concurrir alguna de las circunstancias que la propia Ley se cuida de concretar.

Analizado en profundidad, el criterio de la oportunidad reglada, en unos casos no hace sino completar las previsiones generales de las normas penales que tipifican las conductas constitutivas de infracción penal y las causas genéricas de exención de responsabilidad por ausencia de alguno de los elementos estructurales del concepto de delito (antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad), con nuevos criterios que permitan una mayor precisión en la tarea de ponderar las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Buena parte de las pautas legales a tener en cuenta para ponderar la justificación de la abstención de la persecución o de la acusación se encaminan a verificar si, en último término, falta, en el hecho, «merecimiento de pena» **(«MANGELNDE STRAFWÜRDIGKEIT»,** a que se refiere el Código Penal austríaco), dadas las circunstancias concretas del caso.

Conde-Pumpido Ferreiro lo explica muy bien. Las diferentes descripciones de conductas constitutivas de delitos o faltas «...se hacen en abstracto y para la masa de las acciones subsumibles en el tipo. Por ello puede ocurrir que en la práctica se presenten casos concretos -tanto más frecuentes cuando menor contenido antisocial tenga la acción prevista como delictiva- en que no se dé o una lesión tutelable del bien jurídico o una lesión no tutelable por otros medios del ordenamiento jurídico. En tales casos no sólo no debe haber inconveniente alguno en permitir una renuncia del ejercicio del «ius puniendi», sino que incluso los propios principios de ***SUBSIDIARIEDAD*** y ***PROPORCIONALIDAD*** que rigen el Derecho penal moderno deben conducir a no utilizar la máxima sanción jurídica, esto es la pena, en supuestos en que por otros medios puede alcanzarse el fin de tutela jurídica que el legislador tenía presente al tipificar penalmente aquella conducta...».

Otras veces, la abstención de la persecución o de la acusación,

condicionada al cumplimiento aceptado de deberes de conducta no es sino un adelantamiento de medidas que, en otro caso, se adoptan tras la investigación, acusación, juicio y condena. Mediante soluciones consensuadas, que implican la asunción de responsabilidad por el imputado (de otro modo, carecería de sentido imponerle medida alguna), «...se pretende... -de nuevo, son palabras de Conde-Pumpido Ferreiro- preservar al sujeto pacificado no sólo de los efectos negativos de la pena privativa de libertad -criterio tradicional de aplicación de sustitutivos **TRAS** el proceso, sino también de los efectos de «estigmatización» o «etiquetamiento» que origina el proceso. Se dice que, siendo el fin del proceso penal la imposición de una pena por el hecho enjuiciado, desarrollar todo el aparato del proceso y el «teatro» del juicio oral, para finalmente no ejecutar la pena impuesta, sustituyéndola por una medida no penal, constituiría no sólo una quiebra de la economía procesal sino también una innecesaria agresión a la personalidad del sujeto sometido al proceso, y que, por ya resocializado, no requiere de la imposición de la pena que es objeto de aquél...».

En la medida en que la Ley ha de predeterminar los diferentes casos y condiciones en que quepa al Ministerio Fiscal abstenerse de iniciar o proseguir la investigación, o de acusar, se produce una adecuación entre las ventajas de la posibilidad de actuación por consideraciones de oportunidad en el caso concreto y las exigencias del principio de legalidad.

Incluso se abre paso la idea de que, en definitiva, el denominado criterio de oportunidad reglada tiene más de legalidad que de oportunidad, como apuntan especialistas alemanes (Henkel, Baumann) y españoles (Ruiz Vadillo, De la Oliva). En definitiva, corno pone de relieve Delgado Barrio, cuando la norma legal selecciona las causas justificativas de la inactividad del Ministerio Fiscal, no concede a éste un poder de decisión según sea oportuno en el caso concreto: «...persecución o no persecución del delito no son soluciones igualmente justas, no son jurídicamente indiferentes...». La inexistencia de interés público en la persecución o la culpabilidad ínfima (por poner dos ejemplos de factores justificativos de la abstención del acusador público) «...son conceptos jurídicos indeterminados que, como tales, admiten una única solución justa: o la culpabilidad es ínfima o no lo es, o no existe interés público en la persecución o existe. Sólo hay una solución justa...», y ésta aparece perfilada por los criterios proporcionados por la Ley.

Ciertamente, como, desde diferentes perspectivas, apuntan Delgado Barrio y Pedraz, al fijar legalmente las hipótesis que legitiman la abstención del Ministerio Fiscal, parece inevitable el manejo de conceptos jurídicamente indeterminados y **«PRECEPTOS ELÁSTICOS»** o **«CLÁUSULAS GENERALES» («CLÁUSULAS VÁLVULA»),** que pueden poner en peligro la seguridad jurídica. Sin embargo, su utilización no implica necesariamente la concesión de un margen de discrecionalidad al Ministerio Fiscal, como critica Tiedemann. Si por discrecionalidad se entiende poder de apreciación no fiscalizable (Delgado Barrio, Armenta Deu), todo cambiará en cuanto se abra un portillo a la fiscalización de la decisión del Ministerio Fiscal o, alternativa

o cumulativamente, a la posibilidad de que otra persona se vea legitimada para suplir su inactividad.

De ahí que en los sistemas continentales en que se ha introducido el criterio de oportunidad reglada, se haya visto complementado por dos medidas:

a) la exigencia de control u homologación judiciales; y

b) el poder de la víctima (en sentido amplio) para suplir la pasividad del acusador público, bien provocando su intervención bien interviniendo aquélla directamente como parte acusadora.

Hay quienes creen que el ejercicio del poder de abstención concedido al acusador público ha de ser en todo caso controlado judicialmente; y así se exige en ciertas legislaciones. Sin embargo, otros especialistas entienden que es preferible contentarse con el control que representa la posibilidad de que un acusador privado pueda comparecer é instar la apertura del proceso, decidiendo, entonces, el juez, a la vista de las razones respectivamente alegadas por las partes en conflicto.

No conviene, a su juicio, comprometer al juez cuando se trata de ejercitar la acción penal, porque esta cuestión es ajena al contenido de la función jurisdiccional, que precisamente presupone la existencia de una parte dispuesta a intervenir como acusadora. Carecería de sentido obligar al Ministerio Público a iniciar un procedimiento penal sin futuro, ante la ausencia de voluntad de mantener la acusación. Se trataría de un **PROCEDIMIENTO SUICIDA,** de antemano condenado a su truncamiento a corto o medio plazo, con el consiguiente despilfarro de esfuerzos y medios. Como profilaxis frente a una indebida pasividad del Fiscal, se propone un doble mecanismo: la necesidad de que la abstención de persecución se vea confirmada por la cúpula de la Fiscalía, y la posibilidad de intervención sustitutoria de la víctima.

El Fiscal portugués Mario Torres, tras un análisis comparado de las diferentes soluciones legislativas sobre esta cuestión, explica que las razones justificativas del poder de abstención del Ministerio Público pueden agruparse en cinco grandes categorías:

A) Razones relacionadas con el orden jurídico general:

A.1. Prevalencia del interés del Estado: razones de seguridad interior, orden público, seguridad del Estado, evitación de trastornos sociales o económicos o de conflictos internacionales.
A.2. Existencia de proyectos despenalizadores en curso.
A.3. Falta de suficiente interés nacional (por ejemplo, en caso de expulsión de un extranjero)
A.4. Injusticia notoria (así, en caso de promulgación de una nueva legislación muy compleja)

A.5. Falta de trascendencia para el estado de vigencia efectiva de las leyes

A.6. Ausencia de relevancia desde el punto de vista penológico (como cuando el culpable ya ha sido previamente condenado', por otro delito, a la pena máxima posible)

B) Razones relativas al mismo delito:

B.1. Escasa gravedad del hecho

B.2. Mínima participación del sujeto (en caso de codelincuencia)

B.3. Concurrencia de una causa de justificación incompleta

B.4. Antigüedad del hecho (casi prescrito)

B.5. Situación de conflicto ideológico (social, económico o político)

C) Razones relacionadas con el infractor:

C.1.Delincuente:primario

C.2. Edad juvenil o senil

C.3. Repercusión perjudicial del delito sobre el infractor (motorista imprudente gravemente herido en el accidente por él provocado)

C.4. Precario estado de salud

C.5. Sumisión a tratamiento o alteración positiva del comportamiento

D) Razones conexas con las relaciones entre la víctima y el infractor:

D.1. Provocación de la víctima

D.2. Relación próxima entre víctima e infractor

D.3. Restitución o reparación del daño causado

E) Razones atinentes al uso de medias alternativas (civiles, fiscales, administrativas o disciplinares).

Para Gimeno Sendra, el principio de oportunidad encuentra su justificación en razones de utilidad pública o de interés social:

A) La escasa lesión social efectivamente ocasionada por el hecho determina una falta de interés en su persecución penal.

B) La abstención de la acusación puede estimular la pronta reparación a la víctima, cuando ésta es condición de aquélla.

C) Dicha abstención (pura o condicionada) puede servir para evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad;

D) Para promover el voluntario sometimiento del sujeto a un tratamiento; o

E) Para conseguir la reinserción social de terroristas que demuestren, con su colaboración con el aparato del Estado, su arrepentimiento.

En febrero de 1986, expertos de veintiséis países europeos se reunieron en Helsinki y llegaron a estas conclusiones:

...El Ministerio Público o «prosecutor» debe tener posibilidades de abstenerse de acusar con base en ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.

...Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de las condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de la abstención.

...El objetivo principal de estas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción.

...Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.

...Las condiciones que pueden ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que puedan ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.

...Particularmente, en el caso de infracciones relacionadas con el uso de drogas o de alcohol, debería ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia...».

Y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, por su parte, en su Recomendación R (87)18, de 17 de Septiembre de 1987, ha patrocinado abiertamente la introducción del principio de oportunidad en los siguientes términos:

...1. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado, o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permitan el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros; en otro caso, convendría prever otras medidas que respondan a la misma finalidad de ese principio.

2. La facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por Ley.

3. La decisión de renunciar al ejercicio de la acción penal, en virtud de este principio, solamente debe adoptarse cuando la autoridad a la que compete ese ejercicio disponga de indicios suficientes de culpabilidad.

4. Este principio deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público.

5. Al ejercer esta facultad, la autoridad competente debe inspirarse especialmente, de conformidad con el Derecho nacional, en el principio de

igualdad de todos ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta:

- la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción,
- la personalidad del denunciado,
- la condena que pudiera imponerse,
- los efectos de esta condena sobre el denunciado, y
- la situación de la víctima.

6. El archivo de las actuaciones por oportunidad podrá ser puro o simple -acompañado de una advertencia, reprensión o amonestación- o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, el pago de una suma de dinero, la indemnización a la víctima o su puesta a «prueba» **[«PROBATION»].**

7. El consentimiento del- denunciado sería necesario en todos los casos en que se prevea un archivo bajo condición. En ausencia de este consentimiento, la autoridad a la que corresponda el ejercicio de la acción penal debe iniciar el procedimiento contra el denunciado excepto cuando renuncie a la acusación por otra causa.

Podrán equipararse al consentimiento la no oposición del denunciado a la medida adoptada y el cumplimiento de alguna condición impuesta a tenor del párrafo 6.

Será necesario establecer normas que aseguren que el consentimiento se da con conocimiento de causa, libremente y sin coacción.

8. Por regla general, la supresión del procedimiento podrá ser temporal, hasta la prescripción de la acción penal, o definitiva.

9. Cuando se trate de archivo bajo condición, la suspensión del procedimiento será definitiva desde que conste el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

La decisión de archivo solamente podrá ser equiparada a una decisión jurisdiccional, y se ajustará a las normas establecidas para éstas, especialmente en lo que respecta a su inscripción en el Registro de antecedentes penales, cuando el presunto delincuente haya reconocido su culpabilidad.

10. En la medida de lo posible, deberá notificarse al denunciante la decisión de archivo de las actuaciones.

11. La víctima deberá tener acción para obtener la reparación de los daños causados por la infracción, ante un Tribunal civil o penal.

12. No será necesaria la notificación al denunciado del archivo de las actuaciones cuando éste revista la forma de una renuncia pura y simple

al ejercicio de la acción penal...».

En el Comentario que sigue a la Recomendación, se justifica la introducción del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal porque, «... [por su] reconocimiento» ...los Estados Miembros pueden:

- Reducir la presión que se ejerce sobre el sistema judicial.
- Evitar iniciar procedimientos penales cuando éstos no responden al interés público.
- Ofrecer un medio más apropiado y más rápido para tratar infracciones penales, teniendo en cuenta el interés de la víctima.
- Sacar el mejor partido de los medios disponibles...».

Pero contiene también una advertencia importantísima. Es frecuente promocionar la introducción del principio de oportunidad alegando que, de este modo, se puede descongestionar de trabajo a los órganos del aparato de la Justicia Penal. Frente a este utilitarismo extremo, el Consejo de Europa advierte: «...La aplicación del principio no debe basarse únicamente en la idea de que sustrayendo un cierto número de asuntos al procedimiento tradicional se permite reducir los retrasos. Como tampoco debe exagerarse el deseo de eliminar asuntos por los medios más eficaces posibles. Los derechos humanos no deben, en modo alguno, ser sacrificados a la rapidez de la justicia y a los intereses del Estado. La regla del respeto a los derechos del sospechoso, y especialmente el derecho a la igualdad ante la ley, ha de ser mantenida. Es importante subordinar cuidadosamente a condiciones estrictas el ejercicio de los poderes conferidos a las autoridades en sus relaciones con los individuos, con el fin de salvaguardar la libertad individual y garantizar los derechos fundamentales del hombre...».

4. Legalidad y oportunidad en el espacio jurídico latinoamericano.

En España, se ha introducido subrepticiamente el principio de oportunidad en el modelo de juicio de faltas. De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 969 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, «...[el] Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado con arreglo al artículo 962. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. En esos casos la denuncia tendrá valor de acusación, sin perjuicio de entender, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que deba ser castigado, que remite ambos extremos al criterio del Juez, salvo que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones...». Nótese que, en lugar de establecer, la Ley, los casos en que el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de intervenir en juicio así como los requisitos legitimadores de esa abstención, se deja su fijación en manos del Fiscal General del Estado, quien impartirá instrucciones al efecto. La Sentencia 56/94, de 24 de febrero de 1994, del Tribunal Constitucional Español, no encontró

objeciones de constitucionalidad en el nuevo sistema, pero dicha sentencia no fue dictada por unanimidad, formulándose un voto particular disidente muy crítica hacia la reforma legal y frente a la opinión de la mayoría. En la práctica, la ausencia del Ministerio Fiscal ha repercutido negativamente, a menudo, en el nivel de protección de los derechos de las personas perjudicadas por la infracción.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica parte del principio de obligatoriedad de la persecución penal por el Ministerio Público «...sin necesidad de excitación extraña y sin atender a criterio alguno de oportunidad, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley...» (Artículo o punto 229.1)

Los redactores de este Código Procesal Penal Modelo fueron de la opinión que «...[los] criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal:..». Lo que no impidió que incluyeran modelos de normas que pudieran incluirse en los Códigos Procesales Penales.

...En las acciones que deben ser ejercidas por el ministerio público, él con el consentimiento del juez competente, podrá decidir la clausura del procedimiento, en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare de hechos que por su insignificancia o su falta de frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los tres años de privación de libertad o el delito haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. Cuando la contribución o la culpabilidad del agente en la comisión del hecho sea leve y no exista ningún interés público gravemente comprometido en su persecución, salvo que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

3. Cuando se tratare de casos que reúnen los presupuestos bajo los cuales el tribunal puede prescindir de la pena.

4. Cuando para evitar la consumación de un hecho o para facilitar su persecución penal, ' resultare idóneo prescindir de la persecución de otro hecho o de una contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo.

5. Cuando alguna de varias infracciones legales, que han sido cometidas por una misma acción o por varias acciones, carecen de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que probablemente se aplicará,

se podrá limitar la persecución a la otra u otras infracciones restantes; de la misma manera se procederá cuando la pena o medida de seguridad y corrección que se espera por un hecho punible carece de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad y corrección ya ejecutoriada o a la que se debe esperar en un proceso tramitado en el extranjero, y procede la extradición y entrega, del imputado al país extranjero; en este mismo caso, se podrá prescindir de la extradición activa. En estos supuestos, el procedimiento podrá ser reabierto y se podrá proseguir la persecución penal, si la pena o medida de seguridad esperada no se ejecuta o impone...».

He aquí el régimen propuesto para la posibilidad de que el Ministerio Fiscal se abstenga pura y simplemente de acusar.

Sin embargo, cabe que esa abstención se configure como una suspensión condicionada de la prosecución de la causa.

Los redactores del Código Procesal Penal Modelo entienden que la regulación jurídica de la posibilidad de «...suspender el proceso a prueba, sintéticamente ***PROBATION*****,** es materia de la ley penal,...pues constituye un aspecto material del ejercicio de la persecución penal...Ordinariamente, toda su regulación tiene relación expresa con la condena condicional, la remisión de la pena o la suspensión condicional de la pena...».

Esto no obstante, proporciona un esquema de regulación en el marco de un Código Procesal Penal, del siguiente tenor:

...*SUSPENSIÓN A PRUEBA DEL TRÁMITE DE LA CAUSA*. Si, en casos en los que es admisible la condena condicional, la suspensión condicional de la pena o la remisión de la pena, el ministerio público propone la suspensión de la persecución penal y el acusado presta conformidad, admitiendo la veracidad de los hechos que se le imputan, el tribunal podrá disponer la paralización a prueba del trámite de la causa, siempre que el acusado hubiere reparado el daño convenientemente; afianzare suficientemente esa reparación; demostrare la absoluta imposibilidad de hacerlo; o asumiere formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades y como parte de las condiciones de prueba.

***PLAZO DE PRUEBA*.** Al resolver la paralización, el juez fijará prudentemente un plazo de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a cinco, durante el cual el imputado será sometido a un régimen análogo al de la condena condicional, la suspensión condicional de la pena o la remisión de la pena. Vencido el plazo de prueba sin que la paralización sea revocada, el juez declarará extinguida la acción penal. El plazo de prueba suspende la prescripción de la acción.

***CONDICIONES*.** El Tribunal dispondrá que el imputado, durante el período de prueba, se someta a una o varias reglas de conducta [que se detallan] y vigilará el cumplimiento de las condiciones impuestas...

REVOCACIÓN Y SUSPENSIÓN. Cuando el imputado se apartare considerablemente, en forma injustificada, de las condiciones impuestas o cometiere un nuevo delito, se revocará la suspensión y la causa continuará su curso.

El Tribunal podrá disponer un período accesorio de prueba, conforme a la gravedad y persistencia de la falta, que nunca podrá superar el plazo máximo de cinco años previsto anteriormente.

El plazo de prueba se suspenderá mientras el procesado se encuentre privado de su libertad en otro proceso. Cuando el procesado estuviere sometido a otro proceso y no se le privare de libertad, el plazo seguirá corriendo, pero se suspenderá la declaración de extinción de la acción penal hasta que quede firme la resolución que lo exime de responsabilidad o hacer cesar indefinidamente, a su respecto, el otro proceso.

La revocación de la suspensión a prueba del trámite de la causa no impedirá la condenación condicional, la suspensión de la pena o la remisión de la pena, ni impedirá la aplicación de alguna de las penas que puedan reemplazar a la privativa de libertad...».

Es fácil descubrir en este modelo, una suerte de proceso abreviadísimo, basado en la .asunción de la autoría culpable del hecho delictivo y en el consenso entre las partes procesales, homologado judicialmente.

Consideraciones de oportunidad y de consenso se incluyen en modernos Códigos del área, como los de Costa Rica, Guatemala y El Salvador, pero también en los de Perú y Paraguay, en términos sensiblemente coincidentes con el Código Procesal Penal Modelo.

5. El denominado principio de oportunidad reglada en el Código Procesal Penal. Principios rectores.

5.1. EL PRINCIPIO DE PERSECUCIÓN OBLIGADA COMO REGLA GENERAL.

Se parte, en efecto, de la afirmación del principio de legalidad, esto es, de obligada persecución, por el Ministerio Público, de todas aquellas infracciones respecto de las que dicha persecución no esté condicionada por la instancia de la víctima o reservada a ella.

A tenor del artículo 28 CPP, el Ministerio Público «...tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente...»

5.2. LA ABSTENCIÓN DE ACUSAR, COMO EXCEPCIÓN.

El artículo 28 CPP contiene la enumeración taxativa de casos en que, excepcionalmente, el Ministerio Público puede abstenerse, pura y simplemente, de perseguir el hecho supuestamente constitutivo de infracción penal.

...No obstante, podrá abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a alguna de las infracciones o a alguno de los imputados, en los casos siguientes:

1) Cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, la afectación del interés público sea mínima y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad....

Puede sorprender que el tope máximo de pena llegue hasta los cinco años (en Guatemala, por ejemplo, se restringe a dos), pero se ha tenido en cuenta el promedio estadístico de penas conminadas en nuestro Código Penal.

Se exige que la afectación del interés público sea mínima. No se proporcionan las pautas para realizar ese juicio. Habrá que valorar la entidad del bien jurídico protegido, la intensidad de su lesión *o* de su puesta en peligro, la sensibilidad social en relación con el tipo de infracción, consideraciones de política criminal (por ejemplo, la necesidad de reaccionar frente a casos muy frecuentes de delincuencia, que, por lo mismo, estén afectando muy negativamente a los sentimientos de seguridad colectiva y de confianza en la vigencia efectiva de las normas) y también la personalidad y condición del autor, que explica que se exceptúen -así, en Guatemala y Costa Rica- delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.

La novedosa referencia a la ausencia de peligrosidad de la persona imputada tiene como objetivo evitar que la aplicación del principio funcione como factor de recaída en el delito, suscitando una imagen de falta de vigencia efectiva del sistema penal.

... 2) Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance para impedir la consumación o los efectos del delito [en cuyo caso, la renuncia a la acción penal constituye el premio a una actitud del sujeto que evidencia su positiva voluntad de restauración del orden jurídico, a la vez que puede funcionar como incentivo disuasorio de la progresión en el desarrollo del hecho delictivo (perspectiva preventiva) y como medida de promoción del resarcimiento de la víctima (perspectiva tutelar victímológica)], con la misma salvedad del caso anterior [a saber, que, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad]... En el Código de El Salvador se incluye una causa similar de abstención de acusación.

... 3) Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o moral grave...

Se trata de una hipótesis de equidad o humanidad (también conocida en los Códigos de El Salvador, Guatemala y Costa Rica, referida únicamente al imputado): el imputado ha

recibido ya, como consecuencia de su delito, un mal tan aflictivo o más, quizá, que el que le representaría la pena.

... 4) Cuando la pena a aplicar por un delito sea de menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe imponer a la misma persona por otro delito conexo...; para evitar la hipertrofia punitiva: a partir de cierta medida, la pena deja de tener sentido, absorbiendo, la más grave, a las otras, de gravedad menor, por infracciones conexas, siendo, este criterio de conexión, el dato que proporciona sentido a la absorción punitiva. Una causa de abstención equivalente se incluye en los Códigos de El Salvador y de Costa Rica.

... 5) Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se trate resulte más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. En este caso se aplicarán, en lo procedente, las disposiciones relativas a la suspensión condicional de la persecución penal... Responde, esta causa de abstención (conocida asimismo en Costa Rica), a un criterio claramente utilitarista, aplicado por muchos sistemas penales de otros países, como regla general o introduciendo reglas específicas para ***«ARREPENTIDOS»*** de determinados delitos, como los de narcotráfico o terrorismo] que ofrece un incentivo penal, articulado como renuncia a la acción, en atención al mayor beneficio colectivo que se consigue mediante la colaboración del delincuente.

5.3. Mecanismos de fiscalización del ejercicio del poder de abstención de persecución por razones de oportunidad.

No se ha optado por la generalización de la exigencia de aprobación judicial, sólo exigible en caso de conflicto entre el Ministerio Público y la víctima. En su lugar se prevén dos distintos mecanismos fiscalizadores.

5.3.1. La necesidad de homologación superior, como mecanismo de fiscalización interna.

> A tenor del artículo 29.1 CPP, la aplicación del criterio de oportunidad «...deberá ser autorizada por el Fiscal General de la República, quien podrá delegar esta facultad en el Director de Fiscales y éste en el sentido descendente de la jerarquía, excepto en el caso previsto en el numeral 5) del Artículo 28, cuya autorización deberá darla el titular de la Fiscalía General de la República...».

5.3.2. La posibilidad de actuación supletoria de la víctima, como garantía de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y control político del Ministerio Público (como destaca, en España, respecto de la acción popular en sentido amplio, Almagro Nosete):

El artículo 30 CPP dispone: «...La aplicación del criterio de oportunidad dará lugar al archivo administrativo del caso, previa audiencia de la víctima, a quien deberá notificársele una vez dispuesto...».

Porque la víctima cuenta con la oportunidad de ejercitar una «...acción para dejar sin efecto el Archivo...», como reza el epígrafe del artículo 32 CPP. A su tenor, «...[dentro] de los cinco (5) días hábiles a contar del siguiente de la notificación del archivo, la víctima podrá instar, del Juez de Letras competente para el control de la investigación preparatoria, que lo deje sin efecto, por no concurrir alguno de los requisitos legales para que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal...».

Las consecuencias de esta iniciativa de la víctima se determinan en el párrafo siguiente del mismo precepto: «...El Juez de Letras requerirá al Ministerio Público para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, explique las razones de su abstención, y transcurrido dicho plazo, resolverá, en los tres (3) días siguientes, ratificando o dejando sin efecto la decisión del archivo...».

Como el Ministerio Público no puede abstenerse discrecionalmente de acusar, sino sólo en los casos predeterminados legalmente, el Juez puede controlar este aspecto reglado de la decisión de aquél.

...En caso de revocación del archivo -dispone el artículo 33- el Ministerio Público está obligado a ejercitar la acción penal, con' independencia de que la víctima la ejercite también, constituyéndose en acusador privado...».

La confirmación judicial del archivo, «...por estimarse que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, no será obstáculo para que la víctima, dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a contar del siguiente a dicha notificación, pueda ejercitar la acción penal correspondiente conforme al procedimiento de conversión...».

Porque el artículo 41 CPP (epigrafiado «Conversión de las acciones públicas») dispone que las acciones públicas «...podrán ser ejercitadas conforme al procedimiento especial previsto...para las acciones privadas. 1) Cuando el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal conforme el articulo 28...».

Claro que, en aras de la seguridad jurídica, la legitimación de la víctima para ejercitar la acción penal está sujeta a un plazo de caducidad. Transcurrido el indicado plazo de cuarenta y cinco días, sin que aquélla la ejercite, la acción penal quedará extinguida, por imperativo del párrafo segundo del artículo 34.

5.4. SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA.

Además de la posibilidad de suplir la pasividad del Ministerio Público, en caso de aplicación pura del principio de oportunidad, se garantiza el derecho de la víctima al resarcimiento.

Con arreglo al párrafo segundo del artículo 29 CPP, «...[si], como consecuencia de un delito, se hayan producido daños o perjuicios, será necesario, para aplicar el criterio de oportunidad, que el imputado haya reparado el daño causado o se haya puesto de acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación...».

A tenor del artículo 31 CPP, «...[cuando] se incumpla el acuerdo sobre la reparación del daño causado, quedará sin efecto el archivo, y el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal, si no hubiere transcurrido el plazo de prescripción...»

5.5. El artículo 35 CPP remata con una regla importantísima, en cuanto consagra lo que Habermas denomina «principio del discurso exento de dominación»:

> «...El criterio de oportunidad no deberá usarse para obtener la confesión del imputado...»

5.6. La suspensión condicional de la persecución penal se articula como mecanismo de **«DIVERSIÓN»**, esto es, de alternativa a la ejecución efectiva de la pena, anticipada al momento inicial del procedimiento, configurado -en los artículos 36 y siguientes CPP- como una transacción entre partes, homologada judicialmente.

> También en este caso el interés de la víctima es objeto de atención del legislador. A tenor del artículo 36 CPP, el Ministerio Fiscal, antes de presentar la solicitud de suspensión condicional de la persecución penal, «...comprobará que la víctima y el imputado se han puesto de acuerdo sobre la reparación del daño causado, sobre el afianzamiento suficiente de la reparación o sobre la asunción formal de la obligación de repararlo por parte del imputado...».

5.7. Las posibilidades -legalmente regladas- de actuación del Ministerio Fiscal en función de consideraciones de oportunidad condicionan (y así se reconoce en la bibliografía especializada: López Barja de Quiroga) el éxito de los mecanismos de mediación y conciliación como los previstos por el artículo 45 CPP. Así se demostró, en España, a raíz de las primeras experiencias llevadas a cabo en materia de conciliación, concentradas fundamentalmente en la **JUSTICIA DE MENORES,** aprovechando las oportunidades que brinda la legislación especial en esta materia, y muy especialmente, el artículo 15.6.1.2 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores («...Atendiendo a la poca gravedad de los hechas, a las condiciones a circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia a intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones...»). Nótese que -a deferencia de la vaguedad de la fórmula del artículo 969 de la Ley española

de Enjuiciamiento Criminal- en la legislación de menores se introducen legalmente los presupuestos legitimadores de la fórmula conciliadora.

En el artículo 45 CPP:

[a] Se limitan los casos en que es posible la conciliación a

* Infracciones de escasa importancia: las faltas
* Infracciones cuyo enjuiciamiento está absoluta o relativamente privatizado (por lo que el grado de disponibilidad del objeto del proceso es mayor): delitos de acción privada y de acción pública dependiente de instancia particular; no obstante en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de niños y en las agresiones domésticas, el órgano jurisdiccional no debe procurar la conciliación entre las partes, si no lo solicita en forma expresa la víctima o sus apoderados legales.
* Infracciones cuyo enjuiciamiento incluye la aplicación de criterios de oportunidad: los que admitan la suspensión condicional de la persecución penal.

[b] Se protegen los intereses de la víctima, la cual ha de prestar su consentimiento a la fórmula de conciliación, bien porque se considere satisfecha anticipadamente bien en vista de sus expectativas de serlo en un futuro inmediato; y, si el imputado no cumpliere, sin justa causa, las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado.

[c] La conciliación ha de ser aprobada judicialmente, y se presupone que los tratos han estado presididos por los principios de buena fe, libertad e igualdad en la negociación; por eso, el órgano jurisdiccional no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar, o ha actuado bajo coacción o amenaza.

* * *

Félix Antonio Ávila Ortiz

ARTÍCULO 28. <u>Casos en que procede</u>. El Ministerio Público tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente. No obstante, podrá abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a alguna de las infracciones o a alguno de los imputados; en los casos siguientes:

Cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, la afectación del interés público sea mínima y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad;

Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance, para impedir la consumación de los efectos del delito, si de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad

Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción, haya sufrido, como consecuencia directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave;

Cuando la pena a aplicar por un delito, sea de menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe imponer a la misma persona por otro delito conexo; y,

Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, de criminalidad violenta protagonizada por grupos o bandas de delincuentes, o de delitos graves de realización compleja que dificulte su investigación y persecución y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información especial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de terceras personas, siempre que la acción penal de la cual se trate, resulte más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. En este caso, serán aplicables, en lo procedente, las disposiciones relativas a la imposición de medidas cuando proceda la suspensión condicional de la persecución penal.

En los casos de los numerales 1) y 2) de este Artículo, el Ministerio Público podrá optar, alternativamente, atendidas las circunstancias del hecho y de la persona imputada, por suspender condicionalmente la persecución penal, en los términos establecidos en el artículo 36 de este Código.

En el caso del numeral 4) de este Artículo, si el procedimiento concluyere por resolución definitiva no declaratoria de culpabilidad de la persona imputada del delito perseguido por el Ministerio Público, podrá éste, perseguir el delito o delitos menores dejados de perseguir, si entre tanto no hubiere transcurrido el plazo de su prescripción.

COMENTARIO

Este Artículo y los demás ubicados dentro del capítulo II del título II, epigrafiado con la rúbrica de **CRITERIO DE OPORTUNIDAD,** se encuentran sustentados en el **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD** que rige en la mayoría de los sistemas procesales penales de la Europa continental, y en los países anglosajones.- En los primeros, dicho principio se observa de manera limitada, constituyendo la excepción al principio de legalidad, en los últimos, Estados Unidos de Norte América por ejemplo, dicho principio es aplicado como regla general para todos los casos.

El principio de oportunidad se contrapone al de legalidad procesal, según el cual, todo delito que se cometa, por insignificante que sea, debe ser investigado y sancionado. De acuerdo a este principio, el Estado tiene la obligación, a través de sus organos correspondientes,

de investigar, perseguir y sancionar de oficio todas y cada una de las infracciones que se cometan en la sociedad, con la sola excepción de aquellas de naturaleza privada, tales como las cometidas contra del honor de las personas.

El fundamento del principio de legalidad, de acuerdo a lo dicho por GIMENO SENDRA[25] hay que encontrarlo en el "positivismo legal científico" y en el movimiento codificador del siglo XIX, en el que, sentada la ficción de "plenitud del ordenamiento jurídico", el juez tenía un papel reducido a un aplicador autómata de la ley, cuando se hubieran cumplido sus presupuestos. Debido a esta concepción, y unida a las doctrinas retribucionistas, la mayoría de las legislaciones procesales penales de los países europeos estaban inspirados en el principio de legalidad, en la actualidad España mantiene en su centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal la vigencia del principio de legalidad, suavizado apenas por algunos criterios de discrecionalidad como son la conformidad del acusado en la fase previa al juicio[26]. De las legislaciones procesales de la Europa continental, el principio de legalidad pasó a los países de Iberoamérica, quienes lo adoptaron a sus textos procesales, es así como en nuestro país ha pasado desde los Códigos de Procedimientos Comunes de 1880, el de 1906 que tuvo vigencia hasta 1985 al emitirse el derogado Código de Procedimientos Penales, que recogió el principio de legalidad como regla única para la persecución y castigo de los delitos.

No obstante la larga vigencia del principio de legalidad procesal, se ha comprobado que en los momentos actuales ya no se justifica, la realidad nos dice que ni aún los países más avanzados pueden lograr enjuiciar todas las infracciones que se cometen en su seno. Los órganos de persecución penal no cuentan con los recursos necesarios para hacer frente a toda la avalancha de delitos que se suscitan a diario, por esta razón no están en la capacidad de realizar una investigación eficaz en todos los casos.

Debido a lo anterior, los organismos de persecución penal, la Policía Judicial y el Ministerio Público en su caso, han adoptado un sistema de selección de casos de manera arbitraria, decimos arbitraria por cuanto no hay ley que lo prescriba y por que en la mayoría de los casos se soslaya la investigación de los delitos más graves, procediendo a la investigación de los más leves, lo que debería ser al revés, como sucede con el principio de oportunidad. En nuestro país se ha practicado esta selección arbitraria de casos por parte de la Policía, llevando a los tribunales aquellos delitos de menor importancia, dejando de lado muchos delitos de mayor lesividad, a este sistema arbitrario de selección se le ha llamado por algunos especialistas como "derecho penal subterráneo".

---

[25] GIMENO SENDRA, Vicente; Op. Cit. Pag. 65.

[26] El artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, establece: «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable..:» lo cual implica que necesariamente deberá castigarse al autor de una infracción.

El principio de legalidad procesal así analizado, en lo que respecta a nuestra realidad, lo que ha provocado es una saturación en los tribunales de justicia y en los órganos de persecución penal, se puede decir con seguridad que desde hace muchos años este sistema se encuentra colapsado. De lo anterior surge la necesidad de racionalizar las formas de selección de los casos a enjuiciar, de manera que el Estado concentre todos sus esfuerzos en la investigación de aquellos delitos de mayor lesividad, incluso a costa de dejar a un lado los delitos de menor impacto social. Surge entonces la conveniencia de adoptar y poner en práctica el principio de oportunidad, como medio eficaz para evitar que el sistema procesal penal colapse de nuevo.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. ***Concepto.*** El principio de oportunidad puede ser conceptualizado como aquella facultad concedida al Ministerio Público, para que en atención al interés de la sociedad, pueda abstenerse total o parcialmente de ejercer la acción penal pública en los casos establecidos por la ley. Por su parte ROXIN[27], señala que el principio de oportunidad: "es la contraposición teórica del principio de legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso, cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, no ha cometido un delito".

2. ***Fundamento.*** El fundamento básico para la vigencia del principio de oportunidad, se resume en razones de utilidad pública y de interés social. Mediante este principio, el Estado por medio de su órgano de persecución penal toma en consideración los valores en juego en el momento de decidir si persigue o no una determinada infracción penal, todo ello con el propósito de que dicha persecución no vaya a acarrear a la sociedad o al propio imputado un perjuicio mayor que el causado por la infracción cometida.

3. ***Sistemas de regulación.*** Se distinguen en la doctrina dos sistemas de regulación del principio de oportunidad, se les conoce como el sistema de oportunidad libre y el sistema de oportunidad reglada.

3.a) El sistema de oportunidad libre. Es aquel, según el cual se le concede al órgano de persecución penal del Estado, la facultad absoluta de disponer de la acción penal a su conveniencia, impera este sistema en los países anglosajones, principalmente en los Estados Unidos. Bajo el imperio de este sistema, el Fiscal después de negociar con el acusado o su representante legal, puede ejercer o no la acción penal. Este sistema ha dado resultado en países con una larguísima tradición democrática, se dice que el 90% de los casos se resuelven mediante la negociación, la diferencia es la llevada a los tribunales penales.

---

[27] *Citado por Arsenio Oré Guardia;* Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Alternativas: 1* Edición, Lima, 1996.

3.b) El sistema de oportunidad reglada. Es aquel, según el cual se le concede al Ministerio Público un margen de discrecionalidad para que, en interés de la sociedad, pueda prescindir del ejercicio de la acción penal en ciertos casos Se caracteriza este sistema por el hecho de que la ley se encarga de señalar al Fiscal los supuestos bajo los cuales puede declinar la persecución de los delitos, de tal manera que se ejerce no de manera absoluta sino que limitada. Las limitaciones van desde establecer en la ley procesal, a que delitos se debe aplicar el criterio de oportunidad, hasta un control efectivo de dicho criterio por parte de un juez de garantías. Este sistema es el que impera en la mayoría de los países de Europa continental como ser Alemania, Francia, Italia, Holanda y Portugal, los Españoles aún no adoptan en su sistema procesal penal el principio de oportunidad, aunque como ya se dijo, se aplica con alguna timidez más que algún criterio de oportunidad.

El principio de oportunidad reglada es el que la doctrina considera más adecuado, por cuanto los controles que se le imponen, aseguran que el ejercicio de la acción no quedará al arbitrio de un solo órgano. Ello es así pues una sociedad que se asienta en el ejercicio de la democracia no puede admitir un sistema procesal en el que impere el principio de oportunidad en su más pura expresión, es decir sin límite alguno, pues sería equivalente a consagrar la arbitrariedad, por esta razón, el legislador debe especificar en la Ley los casos en que debe aplicarse.

CRITERIO DE OPORTUNIDAD

Consciente con la realidad que vive en la actualidad nuestra sociedad, el legislador al elaborar el presente Código Procesal Penal, adoptó el principio de oportunidad reglada, consagrándolo en el presente Artículo y los siguientes. En este Artículo 28 se deja sentado que el Ministerio Público, si bien tiene la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos, puede no obstante, abstenerse de ejercitarla, bien sea de manera total o parcialmente, limitar su ejercicio a alguna dé las infracciones o a algunos de los imputados, en todos los casos especificados por el mencionado precepto.

Si bien es verdad, de acuerdo al precepto el Ministerio Público para aplicar un criterio de oportunidad no necesita la autorización del órgano jurisdiccional tal como estaba contemplado en el proyecto original de 1995[28], no lo es menos, que la resolución mediante la cual se adopte dicho criterio de oportunidad y el consiguiente Archivo Administrativo, puede ser objeto de revocatoria por parte del Juez de control la etapa preparatoria, si ello es solicitado por la parte interesada, salvo la excepción del numeral 5).

---

[28] El Código Procesal Penal de 1995, prescribía en su Artículo 29: «El Ministerio Público. con autorización del Tribunal, podrá abstenerse de ejercer la acción penal, total o parcialmente; limitarla a alguna de las infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho; modificarla, en cuanto a la calificación del hecho, grado de participación o pena requerida, o suspenderla, en los casos siguientes..,».

De acuerdo a lo dispuesto en el presente Artículo, el criterio de oportunidad se podrá aplicar en los siguientes supuestos:

A) Menor afectación del interés público. El primer supuesto de aplicación del criterio de oportunidad tendrá lugar cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años y la afectación del interés público sea mínima. Lo que se pretende en este caso es que el Estado concentre todos sus esfuerzos en investigar aquellos delitos de mayor lesividad y que causan mayor impacto en la sociedad, dejando a un lado aquellas infracciones de poca importancia, es decir, los delitos denominados por algunos autores, como **"DELITOS DE BAGATELA",** que en la realidad son la mayoría y que son lo que colapsan el aparato sancionador del Estado. Con ello el legislador ofrece una solución procesal al problema del congestionamiento en los tribunales de justicia, debido precisamente a la atención que tiene que dársele a este tipo de delincuencia. Por otra parte, se pretende evitar que los centros penitenciarios continúen saturándose al máximo por el ingreso en prisión de estos delincuentes de poca monta.

Es importante señalar, que conforme a la redacción final aprobada de este precepto, para que se pueda aplicar el criterio de oportunidad según este supuesto, deberá procederse a la ponderación de la peligrosidad de la persona del imputado, en este caso este juicio sobre la peligrosidad deberá hacerlo el Fiscal que interviene en la investigación. La falta de peligrosidad de que trata este supuesto deberá hacerse tomando en cuenta los antecedentes y circunstancias personales de imputado, todo ello con relación al hecho cometido.

Por otra parte, tanto en éste como en el siguiente supuesto, el Ministerio Público tiene la opción de elegir entre el criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal, de acuerdo a las circunstancias del hecho investigado y de la persona imputada.

B) colaboración del agente para impedir el daño causado. CUANDO EL IMPUTADO HAYA HECHO CUANTO ESTABA A SU ALCANCE PARA IMPEDIR LA CONSUMACIÓN O LOS EFECTOS DEL DELITO, ES UN CASO DA LUGAR A LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD. LO QUE SE PRETENDE EN ESTE SUPUESTO, ES DAR UNA OPORTUNIDAD A AQUELLA PERSONA, QUE SI BIEN ES VERDAD COMETIÓ EL DELITO, HIZO CUANTO PUDO PARA EVITAR QUE EL MISMO LLEGARA A CONSUMARSE, O AL MENOS QUE LOS EFECTOS PERNICIOSOS DEL MISMO SE EXTENDIERAN, BIEN HAYA SIDO POR SU PROPIO ARREPENTIMIENTO O POR CUALQUIER OTRA CAUSA.

LAS RAZONES PARA LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE OPORTUNIDAD EN ESTE CASO, OBEDECEN A UNA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA, PUES BIEN SE SABE QUE EL DERECHO PENAL MODERNO, DE ACUERDO AL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA, DEBE SER LA ÚLTIMA RATIO, SOLAMENTE DEBE RECURRIRSE A ÉL CUÁNDO NO EXISTAN OTRAS FÓRMULAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS, EN DEFINITIVA, SU FINALIDAD NO ES EL CASTIGO DEL CULPABLE, SINO LOGRAR LA REINSERCIÓN DEL DELINCUENTE EN LA SOCIEDAD.

EN TODO CASO, DEBERÁ PONDERARSE LA ESCASA PELIGROSIDAD DEL

IMPUTADO PARA QUE PUEDA APLICARSE EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD, AL IGUAL QUE EL SUPUESTO ANTERIOR CORRESPONDE AL FISCAL A CUYO CARGO ESTÉ LA INVESTIGACIÓN HACER DICHA PONDERACIÓN DE ACUERDO A LOS ANTECEDENTES Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL IMPUTADO.

C) Autor- Victima. En el inciso tercero del presente Artículo, se establece este supuesto de aplicación del criterio de oportunidad, cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción haya sufrido, como consecuencia directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave. A diferencia del texto propuesto en el proyecto y dictamen, que no tenía limitación alguna en cuanto al tipo de infracción, por cuanto se refería al hecho, el texto aprobado por el legislador lo limita exclusivamente a los delitos culposos. De sobra se sabe, cuales son los delitos que pueden cometerse mediante culpa, y de cuya consecuencia el autor pueda sufrir un daño físico o moral grave, se trata pues, de los homicidios y lesiones culposas, principalmente.

Es necesario valorar en este caso la afectación directa, lo que significa que sea consecuencia directa e inmediata del delito. La afectación directa del imputado o sus parientes puede ser física o moral, será moral, cuando sufre por ejemplo, la pérdida de un ser querido como consecuencia de un delito no intencional, será física, en el caso que, como consecuencia del delito, el mismo imputado o sus parientes sufran un daño en su salud física.

Para entender mejor el supuesto, solo tenemos que imaginarnos el caso de un padre de familia que al conducir su vehículo causa la muerte de su hijo o su compañera de hogar, y al mismo tiempo queda imposibilitado físicamente de por vida, en este caso, el hecho de tener que permanecer en una silla de ruedas de por vida, es suficiente castigo para el causante del daño, lo mismo que la pérdida de su hijo o su esposa, por lo que la imposición de una pena por el delito cometido es innecesaria ya que la misma no cumplirá sus fines.

D) Escasa importancia de la pena a aplicar. En el inciso cuarto de este Artículo se contempla el supuesto de la escasa importancia de la pena a aplicar al imputado en comparación con la que ya se le ha impuesto o se le debe imponer por otro delito. Puede ser aplicado un criterio de oportunidad cuando la pena a imponer por un delito sea de menor importancia en relación con la que se le impuso o se le debe imponer al mismo imputado por otro delito, siempre que entre los mismos exista conexidad. Se trata aquí de aquellos casos en que el imputado se encuentra sufriendo condena por un delito grave, y se le sigue un nuevo proceso por uno de menor gravedad, o bien que al mismo tiempo se le sigan procesos por varios delitos, pero siempre será necesario que entre las diversas infracciones exista conexidad.

> El Ministerio Público podrá optar por un criterio de oportunidad para no perseguir la infracción de menor importancia, pues bastará que se le

sancione o que se le haya sancionado ya por el delito de mayor gravedad, no siendo necesaria la imposición de otra pena, ya que su cumplimiento se tornaría ilusorio.

Conforme a la redacción definitiva del texto, la aplicación del criterio de oportunidad no procede en aquellos casos en que, entre las diversas infracciones no exista conexidad, ello no lo establecía el proyecto, pues bastaba con que se tratara de cualquier infracción, lo importante era que la pena a aplicar fuese de menor importancia en comparación con la pena a imponer o la ya impuesta.

Un ejemplo fácil de entender, puede ser el caso de una persona condenada al máximo de años permitido por la Constitución por la comisión de varios delitos de tráfico de estupefacientes, y que, posteriormente es acusada por un delito evasión, si se le condena por la comisión de este delito, el cumplimiento de la pena sería imposible ya que se rebasarían los límites permitidos por la Constitución, por estas razones en los casos señalados no se justifica en manera alguna la persecución de dichas infracciones. Claro está que no solamente en casos como el ejemplo se deberá aplicar, pues los supuestos pueden ser varios.

Otro aspecto relevante en este supuesto y que no estaba contemplado en el proyecto y dictamen, es lo establecido en el último párrafo de éste Artículo, en el sentido de que, si el procedimiento concluyere por resolución definitiva no declaratoria de culpabilidad, es decir por absolución, podrá el Ministerio Público perseguir la infracción que haya dejado de perseguir, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de la prescripción. Es de mucha importancia lo que establece éste párrafo, pues pueden ser muchos los casos que, sin que haya recaído sentencia en el proceso seguido por el delito que se estima más grave, y el Ministerio Público prescinda de la acción por el delito de menor importancia, resultando que el primer procedimiento termina por una sentencia absolutoria, por lo que es razonable que el Ministerio Público persiga aquella otra infracción.

D) Colaboración del imputado en la investigación del ilícito. El quinto supuesto de aplicación de un criterio de oportunidad, tiene por finalidad principal dotar al órgano de persecución penal de un medio eficaz para luchar contra la delincuencia organizada y la criminalidad violenta, para la rápida resolución de casos complejos y graves.

Son requisitos para la aplicación del criterio de oportunidad en este supuesto:

D.a) Tipo de delito. El delito de que se trate, deberá ser de aquellos relacionados con la delincuencia organizada, dentro de los que podemos mencionar, los relacionados con el tráfico de estupefacientes, lavado de activos y otros delitos afines, el robo o hurto de vehículos, los secuestros de personas cuando sean cometidos por una banda organizada.

Los robos mediante la modalidad de asaltos bancarios y a otros establecimientos

comerciales, y cualquier otro delito que- sea cometido mediante esta modalidad. Por criminalidad violenta, se puede entender aquellas infracciones que causan mucha conmoción en la sociedad, tal sería el caso de hechos de sangre perpetrados por pandillas organizadas. Delitos graves de realización compleja que dificulte la investigación, pueden ser, delitos contra la vida en cuya perpetración han participado varias personas y cuya investigación sea difícil, también se puede tratar de ciertos delitos contra los intereses económicos del Estado, en los que se encuentren involucrados funcionarios o ex funcionarios públicos, y que por lo tanto su tramitación también sea complicada.

D.b) Eficaz colaboración del imputado. Es necesario que el imputado a quien se pretende favorecer con este criterio de oportunidad haya colaborado de manera eficaz en la investigación del ilícito. Que la colaboración sea eficaz, implica que la información proporcionada por el imputado haya llevado al Ministerio Público a descubrir pruebas que puedan dar con aquellos individuos que dirigen y controlan las organizaciones criminales. Por otra parte, se podrá aplicar el supuesto, cuando el imputado, brinde información esencial o eficaz para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ello será posible en la lucha contra el tráfico de estupefacientes.

D.c) Escasa participación del imputado en los delitos investigados. Será necesario que la participación del imputado que colabora con la investigación sea de menor gravedad en relación con el ilícito que se pretende esclarecer. Un ejemplo de laboratorio podría ser, el caso de los ***"camellos"*** o ***"mulas"*** del tráfico internacional de drogas, generalmente su participación en este ilícito se limita a transportar grandes o pequeñas cantidades de estupefacientes a favor de los grandes zares del negocio, en estos casos la colaboración efectiva de aquellos personajes, proporcionando información, es la única forma para llegar hasta los últimos. Pero sería imposible para el Ministerio Público obtener la información necesaria si no es garantizando a los pequeños delincuentes que los delitos por ellos cometidos no serán objeto de persecución.

ARTÍCULO 29. Aplicación del criterio. La aplicación del criterio de oportunidad deberá ser autorizada por el Fiscal General de la República, quien podrá delegar esta facultad en el Director de Fiscales y éste en el sentido descendente de la jerarquía, excepto en el caso previsto en el numeral 5) del Artículo 28 cuya autorización deberá darla el titular de la Fiscalía General de la República.

Si como consecuencia de un delito, se hubieran ocasionado daños o perjuicios, será necesario, para aplicar el criterio de oportunidad, que el imputado haya reparado el daño causado o logrado acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación.

COMENTARIO

A) Funcionario que autoriza el criterio de oportunidad.

Por regla general, la aplicación del criterio de oportunidad deberá ser autorizada por

el Fiscal General de la República por ser la máxima autoridad del Ministerio Público, no obstante, se sabe que por las múltiples funciones de este funcionario, se verá obligado en delegar tal atribución en el Director General de Fiscales, quien a su vez podrá delegar en el sentido descendente de la jerarquía, es decir, en los Fiscales Jefes de las Fiscalías, y en cualquiera de los Fiscales bajo su dirección, obviamente la delegación deberá recaer en aquel que tenga a su cargo la investigación de los hechos.

Como única excepción a la regla, se contempla el supuesto quinto, correspondiéndole *al* Fiscal General de la República otorgar dicha autorización, *ello* se justifica por la gravedad de los hechos cuyo esclarecimiento se pretende, y siendo que la decisión final no puede ser objeto de revocación por el Juez de Letras competente, y que tampoco puede darse la oportunidad a la víctima a ejercer la acción penal mediante el procedimiento de conversión de la acción, es necesario pues, que dicha decisión sea adoptada por la más alta autoridad del órgano de persecución penal del Estado.

B) La reparación del daño causado. Para la aplicación del criterio de oportunidad en todos aquellos casos en que se hayan producido daños o perjuicios, será necesario que el imputado haya reparado el daño causado o se haya puesto de acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación, este acuerdo entre el imputado y la víctima deberá constar por escrito y hacerse constar en el expediente. Lo anterior resulta lógico, ya que se sabe que al declararse la responsabilidad penal ello implica que se es responsable también civilmente, y como al aceptar el imputado la aplicación de un criterio de oportunidad acepta también su participación en el hecho, por lo que queda obligado a la reparación de los daños causados.

ARTÍCULO 30. Archivo administrativo del caso. La aplicación del criterio de oportunidad dará lugar al archivo administrativo del caso, previa audiencia de la víctima, a quien deberá notificársele una vez dispuesto.

COMENTARIO

Como lógica consecuencia de la aplicación del criterio de oportunidad, el Ministerio Público deberá proceder al Archivo Administrativo del caso, implicando la extinción de la acción penal. No obstante lo anterior, ello solamente podrá ser una vez que se le haya concedido audiencia a la víctima de la infracción, quien, en todo caso, tendrá la facultad de objetar dicho Archivo por entender que el mismo es indebido. Lo anterior es consecuencia de los derechos de la víctima que enumera el Artículo 16 de éste Código, entre los que se encuentra el de ser escuchada antes de la adopción de cualquier resolución que implique la extinción de la acción penal.

ARTÍCULO 31. Incumplimiento del acuerdo de reparación. Cuando se incumpla el acuerdo sobre la reparación del daño causado, quedará sin efecto el archivo, y el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal, si no hubiere transcurrido el plazo de prescripción.

COMENTARIO

Siendo que la reparación del daño causado es uno de los requisitos para la aplicación del criterio de oportunidad, es lógico entonces, que el incumplimiento del acuerdo de reparación, en el caso de no haberse efectuado aquella, dará lugar a que el Archivo Administrativo quede sin ningún efecto, estando el Ministerio Público en la obligación de ejercitar la acción penal correspondiente, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de la prescripción. En estos casos, el Archivo Administrativo del caso no implicará la extinción de la acción, sino que ésta solo se producirá mediante la prescripción de la acción penal, según lo que establece el numeral 2) del Artículo 42 de este Código.

ARTÍCULO* 32**. ***Acción de la víctima para dejar sin efecto el ***archivo.*** Dentro de los cinco (5) días hábiles a contar del siguiente de la notificación del archivo, la víctima podrá instar, del Juez de Letras competente para el control de la investigación preparatoria, que lo deje sin efecto, por no concurrir alguno de los requisitos legales para que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal.

El Juez de Letras requerirá al Ministerio Público para que, en el plazo de cinco días hábiles, explique las razones de su abstención, y, transcurrido dicho plazo, resolverá, en los tres días siguientes, ratificando o dejando sin efecto la decisión del archivo.

ARTÍCULO* 33. *Revocación del Archivo. En caso de revocación del archivo, el Ministerio Público está obligado a ejercitar la acción penal, *con* independencia de que la víctima la ejercite también, constituyéndose *en* Acusador Privado.

ARTÍCULO* 34. *Confirmación del Archivo. Salvo lo dispuesto en el numeral 5) del Artículo 28, la conformación del archivo por el juez, por estimarse que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, no será obstáculo para que la víctima, dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles a contar del siguiente a dicha notificación, pueda ejercitar la acción penal correspondiente conforme al procedimiento de conversión.

Transcurrido este plazo, sin que la víctima ejercite la acción penal, ésta quedará extinguida.

COMENTARIO

Control judicial del criterio de oportunidad. Además de que el texto procesal establece los casos que pueden dar lugar a la aplicación del criterio de oportunidad, el texto procesal crea un mecanismo de control judicial, los Artículos 32, 33 y 34 del presente Código, establecen ciertas reglas para los efectos del control judicial del criterio de oportunidad. Si bien es verdad, no es potestad del juez aprobar la autorización para el criterio, puede este funcionario judicial a petición de la víctima dejar sin efecto el Archivo Administrativo del caso y en consecuencia la no aplicación del criterio.

Acción de la víctima para dejar sin efecto el Archivo. De conformidad a lo que establece el Artículo 33, una vez que la víctima, a quien debe concedérsele audiencia, previo a la adopción del Archivo, se haya notificado de aquella resolución, tiene un plazo de cinco (5) días hábiles, para instar del Juez del control de la investigación la revocación del Archivo Administrativo del caso. Las causas que la víctima puede alegar para éste efecto, son la falta de cumplimiento de los requisitos legales para la adopción del criterio de oportunidad que ya señala el Artículo 28, por lo que no se pueden alegar otras, ni el juez puede basar su resolución en otras que no sean las señaladas.

El párrafo segundo de la norma mencionada al inicio de este comentario, establece el procedimiento a seguir en este caso. Una vez que la víctima, legitimada como tal, presente su petición al juez competente, éste requerirá al Ministerio Público para que, en un plazo de cinco (5) días, explique las razones de su abstención, si el Ministerio Público, dentro de dicho plazo, no da ninguna explicación, el juez resolverá dentro de los tres (3) días siguientes, revocando o confirmando la decisión de Archivo. Contra la resolución que dicte el Juez del Control de la investigación, no cabrá ningún recurso, ya que la norma no lo dice, y la norma que regula el recurso de apelación establece con toda claridad las resoluciones apelables, no encontrándose ésta entre ellas.

Efectos de la revocación del Archivo. De acuerdo a lo que prescribe el Artículo 33, la revocación del Archivo por parte del juez competente, implica para el Ministerio Público la obligación ineludible de ejercitar la acción penal correspondiente, pudiendo la víctima por su propia cuenta ejercitar la acción en su condición de acusador privado.

Efectos de la confirmación del Archivo. Si el Juez del control de la investigación confirma el Archivo Administrativo del caso, la víctima cuenta con un plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados después de la notificación de la resolución, para ejercitar la acción penal correspondiente, conforme al procedimiento de conversión que establece el Artículo 41 de este Código, una vez transcurrido dicho plazo, la acción penal quedará extinguida. No obstante lo anterior, si el Archivo Administrativo se ha adoptado por la aplicación del criterio de oportunidad del quinto supuesto del Artículo 28, la víctima no puede ejercitar la acción penal por su propia cuenta, pues ello lo prohíbe expresamente el Artículo 34, y ello es así, pues se trata de un supuesto especial, con cuya aplicación el Ministerio Público puede hacer una lucha efectiva contra cierto tipo de criminalidad, y el hecho de permitirle a las víctimas, en este caso especial, ejercitar la acción, sería privar al Ministerio Público de una herramienta valiosa contra el crimen organizado. Sería impensable que el Ministerio Público, pueda obtener esa valiosísima colaboración de los pequeños criminales, si no se les garantiza la más absoluta reserva, y ello no podría ser si se les permite a las víctimas ejercitar por su cuenta la acción penal.

ARTÍCULO 35. Confesión del Imputado. El criterio de oportunidad no deberá usarse para obtener la confesión del imputado.

COMENTARIO

De conformidad a lo prescrito en este Artículo, el criterio de oportunidad no podrá usarse como medio para obtener la confesión de un imputado. La prohibición que se establece tiene por finalidad que se respete el derecho fundamental a no ser obligado en asunto penal a declarar contra sí mismo, contenido en el párrafo segundo del Artículo 88 de la Constitución de la República. Un sistema procesal penal que se asienta en el más absoluto respeto a los derechos fundamentales no puede en manera alguna instituir procedimientos, que disfrazados de medios eficaces de solución de casos, tengan por finalidad obtener la confesión de los imputados, por esta razón el Ministerio Público deberá optar por el criterio de oportunidad única y exclusivamente en los casos señalados y con la finalidad de hacer realidad el derecho, también fundamental, de una justicia pronta y cumplida.

CAPÍTULO III
SUSPENSIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL

ARTÍCULO 36. Suspensión Condicional de la Persecución Penal. El Juez, *a* petición del Ministerio Público, podrá autorizar la suspensión de la persecución penal cuando concurran las circunstancias siguientes:

1. Que el término medio de la pena aplicable al delito no exceda de seis (6) años;
2. Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de un delito o falta; y,
3. Que la naturaleza o modalidades del hecho criminoso o el carácter o los antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al juez a la convicción de que el mismo no es peligroso.

En la situación prevista en el presente Artículo, el juez someterá al imputado a alguna de las medidas contempladas en el Artículo siguiente. La puesta en práctica de esta resolución, requerirá del consentimiento del imputado.

1. La solicitud del Ministerio Público deberá contener:
2. Los datos que sirvan para identificar al imputado;
3. El delito de que se trate;
4. Los preceptos penales aplicables;
5. Las razones justificativas de la suspensión; y,
6. Las reglas de conducta y plazos de prueba a que debería quedar sujeto el imputado.

El Ministerio Público, antes de presentar la solicitud a que se refiere el párrafo anterior, comprobará que la víctima y el imputado se han puesto de acuerdo sobre la reparación del daño causado, sobre el afianzamiento suficiente de la reparación o sobre la asunción formal de la obligación de repararlo por parte del imputado.

La solicitud podrá presentarse hasta antes de la apertura del juicio.

Si se revoca o deniega la suspensión de la persecución penal, la admisión de los hechos por el imputado, carecerá de valor probatorio en el respectivo proceso.

COMENTARIO

El presente Artículo hasta el 40 del Capítulo III, epigrafiado con la rúbrica Suspensión de la Persecución Penal, regulan una institución procesal novedosa en el sistema procesal penal hondureño, denominada ***SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PERSECUCIÓN PENAL.*** Mediante su aplicación, lo que se pretende es precisamente suspender en forma condicional la persecución de una infracción penal, cuando concurran los requisitos que la ley establece.

La suspensión condicional de la persecución penal es, al igual que el criterio de oportunidad de que se trató en el comentario de los Artículos anteriores, otra de las alternativas que el moderno derecho procesal penal ha puesto a disposición del Estado, para relativizar el ya clásico principio de legalidad procesal. Se busca pues, que el Estado pueda en ciertos casos no renunciar al ejercicio del ***IUS PUNIENDI*****,** sino que, a no ejercitar durante un tiempo aquel derecho.

A) SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL CRITERIO DE OPORTUNIDAD. La Suspensión Condicional de la Persecución Penal, se asimila al criterio de oportunidad en tanto ambos, sin lugar a dudas, son producto del **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL** que, como ya hemos dicho, se contrapone al principio de legalidad, tienen por finalidad que los órganos perseguidores del delito se ocupen de aquellas conductas de mucha relevancia y en las cuales, se aprecie respecto de los imputados un alto índice de peligrosidad. Se diferencian uno del otro, en tanto que, mediante el criterio de oportunidad el Ministerio Público no ejercita la acción penal ya sea en forma total o parcial, o la limita a alguna de las infracciones o a alguno de los imputados, y una vez aplicado, y siendo firme la decisión del Ministerio Público, ya no se puede intentar siquiera el inicio o continuación de la persecución, implicando la extinción de la acción penal conforme al Artículo 42 de este Código, lo que no ocurre en la suspensión condicional de la persecución penal.

Por otra parte, el criterio de oportunidad es aplicado directamente por el Ministerio Público, por medio de sus Agentes, el Director General de Fiscales o por el Fiscal General de la República, por lo que no requiere en absoluto la autorización del juez del control de la etapa preparatoria. Por el contrario, la suspensión condicional de la persecución penal,

consiste precisamente en suspender la persecución penal ya iniciada por el Ministerio Público, condicionada al cumplimiento de reglas por parte del imputado, ésta no tiene el mismo efecto del criterio de oportunidad, ya que puede ser revocada en cualquier momento y en estos casos el enjuiciamiento seguirá su curso y por ende no se extingue la acción penal. Por otra parte, corresponde al juez del control de la etapa preparatoria, autorizar al Ministerio Público para que suspenda condicionalmente la persecución penal, y será el mismo funcionario judicial quien someterá al imputado al cumplimiento de ciertas reglas de conducta dentro de un período de prueba.

B) SIMILITUD Y DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES. La institución que ahora tratamos no tiene antecedente alguno en nuestro derecho procesal penal. Con la única institución que tiene ciertas similitudes es con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la que aparece regulada por primera vez en el Código Penal de 1985[29], no es por tanto una institución procesal, sino que más bien forma parte de la ejecución de la pena. Coinciden ambas instituciones en que su aplicación corresponde al juez del conocimiento de la causa, quien para ello debe ponderar el juicio de peligrosidad del imputado o condenado. También coinciden ambas en que, no se concede ni la una ni la otra, a quien haya sido condenado anteriormente por delito o falta.

Las diferencias entre estas instituciones son entre otras, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, suspende condicionalmente la pena impuesta a un condenado, mientras que la suspensión de la persecución penal, suspende el ejercicio de la acción penal, con esta última se obvia todo o parte de un proceso y se beneficia al imputado a no cumplir una posible condena, con la primera solamente se beneficia a un condenado a no cumplir todo o parte de una condena ya impuesta, por ende es necesario que el juicio se lleve a cabo y que culmine con una sentencia condenatoria.

C) REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA. Son varios los requisitos que deben concurrir, tanto en el hecho como respecto del imputado, para que se pueda aplicar la suspensión de la persecución, para ello es necesario referirnos a cada uno de ellos por separado.

1. En cuanto a la gravedad de la infracción penal. La suspensión condicional de la persecución penal no se puede aplicar a todos los delitos ya que el Código establece que la misma esté limitada a aquellas infracciones cuyo término medio de pena sea hasta de seis años. Este término medio de la pena se entiende aplicable a la pena abstracta, es decir, la suma del mínimo y del máximo dividido entre dos. Decimos que el procedimiento señalado antes, será el correcto para calcular el término medio de la pena, pues es el más lógico, y es el que señala hasta ahora el Código de Procedimientos Penales de 1985, para el cálculo de la cuantía de las cauciones, y es el que se utilizó para aplicar la Ley del Reo sin sentencia.

---

[29] *Véase el Artículo 70, y los siguientes del Código Penal Hondureño.*

Conforme a lo antes dicho, la suspensión de la persecución penal, no se podrá aplicar a los imputados por delitos de robo consumado, ya que el término medio de la pena para este delito es de siete años, ni a los procesados por delitos de estafa cuya cuantía sea superior a cien mil Lempiras, para poner estos dos ejemplos.

2. Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por delito o falta. Conforme a lo que dispone el Artículo que se comenta, el beneficiario de la suspensión de la persecución penal, no debe tener una condena por delito o falta. No dice nada la norma respecto al tiempo que debe mediar entre la condena anterior y la aplicación de la medida, pues solamente dice que no haya sido condenado anteriormente por delito o falta, por lo que no cabe aplicar el concepto de la reincidencia que da el Código Penal, pues para este texto solo habría reincidencia, cuando se incurre en un nuevo delito antes de transcurridos cinco años desde la condena por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, agregando que no hay reincidencia entre delito doloso y culposo, entre delito común y militar, entre común y político, y entre delito y falta. Conforme a lo dicho, pues basta que se acredite que el imputado ha sido condenado antes por cualquier delito o falta en cualquier tiempo, para que no se pueda aplicar la suspensión condicional de la persecución penal.

3. Juicio de peligrosidad. Para la procedencia de la suspensión de la persecución penal, es necesario que el juez de la etapa preparatoria haga un juicio de peligrosidad respecto al imputado a quien se aplicará. Consiste el mismo, en que el juez se forme una convicción acerca de que el imputado no es peligroso, para ello el juzgador deberá tomar en cuenta la naturaleza o modalidades del hecho criminoso, el carácter o los antecedentes del imputado y los móviles que lo impulsaron a delinquir. Debe entenderse, que para formarse aquella convicción, el juez debe contar con todos los estudios que le permitan conocer la personalidad del procesado, siendo ineludible la práctica de una investigación sobre todos y cada uno de aquellos aspectos.

En la actualidad, un juicio de peligrosidad se requiere para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero no obstante que el texto penal establece que los aspectos mencionados antes, y que son los mismos requisitos de esta última institución, sean debidamente investigados, ello no ha sido posible por la falta de recursos idóneos para realizar los estudios pertinentes, en la práctica el juez en forma empírica pondera la peligrosidad del reo condenado y el pronóstico de delincuencia del mismo. Por lo anterior, en nuestra opinión, para conceder la suspensión condicional de la persecución penal, el Ministerio Público, por medio de los órganos competentes, deberá practicar cuanto estudio sea necesario y proceder a la investigación de los antecedentes-personales del imputado, para ponerlos a disposición del juez quien será en definitiva él que autorice tal medida.

4. Consentimiento del imputado. Conforme a lo que establece la norma procesal que se comenta, para la aplicación de la suspensión de la

persecución penal, es necesario que el imputado dé su anuencia *o* consentimiento para ello, es decir, el imputado deberá ser informado previamente sobre los beneficios que se le otorgan, así como de las obligaciones que se derivan a su aplicación. Si el imputado no está de acuerdo, por que ello implica aceptar llanamente los hechos no será posible aplicar la medida de que se trata. Que el imputado tenga que aceptar su participación culpable en la comisión de los hechos, se entiende *de lo* dicho en la parte final de la presente norma cuando señala, que la admisión de los hechos por parte del imputado no puede tomarse como una confesión en el juicio que se celebre después de haberse revocado la suspensión.

5. *Reparación de los daños causados.* Como el imputado debe aceptar los hechos por él cometidos aunque no exista una condena, en caso de ser posible, debe reparar los daños causados por su delito. De lo dicho por la norma no es necesario que al momento de concederse la suspensión, el daño haya sido reparado, basta con el acuerdo entre el imputado y la víctima o víctimas, o bien mediante la constitución de fianza suficiente para responder por los daños. Este requisito deberá ser comprobado previamente por el Ministerio Público antes de que se solicite la aplicación de la medida.

6. *Momento procesal en que debe solicitarse.* Establece el presente Artículo, que la solicitud de suspensión podrá presentarse en cualquier momento del procedimiento hasta antes de la apertura del juicio oral, en consecuencia, una vez abierta esta etapa del procedimiento no puede el Ministerio Público recurrir a la aplicación de esta institución.

ARTÍCULO 37. Medidas aplicables en caso de suspensión de la persecución penal. Plazo de Prueba. El Juez, por auto motivado, al autorizar la suspensión de la persecución penal, fijará un plazo de prueba que no podrá exceder de seis (6) años e impondrá al imputado una o más de las medidas siguientes en función de la naturaleza del hecho y de las circunstancias del imputado:

1. Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que el juez establezca;
2. La prohibición del uso o consumo de bebidas alcohólicas y de sustancias psicotrópicas o de cualquier otra naturaleza que, dadas las circunstancias de la persona imputada, puedan provocar peligro de perpetración de algún delito;
3. Finalizar la educación primaria, en su caso, adquirir una profesión u oficio o seguir los cursos de capacitación que el Juez determine;
4. Efectuar labores o prestar servicios de utilidad pública, fuera de la jornada ordinaria de trabajo, en las instituciones que el Juez señale;
5. La prohibición de salir del país sin la previa autorización del juez. Para ese efecto, se comunicará la medida a las autoridades correspondientes;
6. Someterse a tratamiento médico o psicológico;
7. La prohibición de tener o portar armas de fuego; y,
8. La prohibición de conducir vehículos automotores.

Las medidas impuestas se notificarán personalmente al imputado, con expresa advertencia sobre las consecuencias de su inobservancia.

Contra la resolución contentiva de las medidas, podrán interponerse los recursos de reposición y apelación subsidiaria en el efecto devolutivo.

COMENTARIO

El presente Artículo trata de las medidas aplicables a los casos en que proceda la suspensión de la persecución penal, del plazo o período de prueba y de la forma que deben adoptar las resoluciones en que se adopten las decisiones.

Respecto a las medidas aplicables, es importante señalar que no se trata de medidas de seguridad de las que establece el Código Penal, aunque algunas de ellas tengan los mismos efectos y los objetivos que se persigan sean los mismos. Las medidas que establece el presente Código son pues, de carácter procesal y por lo tanto son impuestas sin que medie una sentencia de condena. De acuerdo a lo dicho por esta norma, las medidas se aplicarán en función de la naturaleza del hecho y de las circunstancias del imputado, ello implica que el juez debe hacer un juicio de valoración tanto del hecho como del imputado.

No es necesario referirse de manera profunda a las medidas en cuestión por lo que solamente se hará una breve relación a las mismas.

La de residir en lugar determinado y someterse a la vigilancia judicial, tiene entre otros objetivos, que el imputado no delinca de nuevo. Igual propósito se persigue con las que consisten en la prohibición de tener o portar armas de fuego, la que prohíbe la conducción de vehículos automotores, la prohibición del uso o consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas o de cualquiera otras perjudiciales a la salud mental, lo mismo la que obliga al imputado a someterse á tratamiento médico o psicológico.

La prohibición de salir del país sin la previa autorización del juez, tiene como finalidad que el imputado este localizable, en caso de ser requerido para la práctica de alguna actuación judicial, y que por otra parte no evada la acción de la justicia, en su caso. Es importante dejar bien claro que esta prohibición no es absoluta, ya que el imputado puede salir del país cuando el juez competente se lo autorice, claro que para ello deberá justificar debidamente las razones de su ausencia temporal del país, en nuestra opinión, tener que salir fuera del país por un tratamiento médico irrealizable es Honduras es justificación válida, pero pueden haber otras también valederas.

Las otras medidas tienen como propósito, que el imputado compense de alguna manera el agravio causado a la sociedad haciendo labores en beneficio de la comunidad. Se establece pues, que el imputado realice labores o servicios de utilidad pública, así como las que se refieren a que el imputado realice estudios o cursos de capacitación.

PLAZO DE PRUEBA. La suspensión de la persecución penal no puede ser indefinida, el Código señala un plazo que no podrá superar los seis (6) años que es el término medio de la pena para el delito más grave al que se puede aplicar, por tanto el plazo puede ser inferior a éste. Por lo general el plazo de prueba será el que resulte como término medio de la pena, si el término medio de la pena es de tres años, lo más lógico es que éste sea el plazo de prueba.

FORMA DE LA RESOLUCIÓN. Por disposición expresa de la ley, la resolución en que se acuerde la suspensión de la persecución penal deberá ser un auto, el cual de conformidad con lo que dispone este Artículo y el *139* del Código, deberá contener una clara y precisa motivación. En este caso, el juez deberá razonar y ponderar todos los requisitos que se establecen para que proceda la suspensión. El auto deberá ser notificado personalmente al imputado, pero no bastara la simple notificación sino que será necesario que el juez en audiencia privada haga al imputado las advertencias acerca de la inobservancia de las medidas, de todo ello deberá quedar constancia escrita.

Por último, puede pedirse reposición y apelación subsidiaria del auto en que se impongan las medidas, la impugnación puede ser interpuesta por el Ministerio Público, o por el propio imputado, en todo caso, la impugnación no suspenderá el curso del procedimiento, debiendo ponerse en práctica lo resuelto.

ARTÍCULO 38. <u>Revocación de la suspensión de la persecución penal</u>. La suspensión de la persecución penal será revocada en los casos siguientes:

1. Cuando se incumplan las medidas impuestas, salvo causa justificada;
2. Cuando se incumpla el acuerdo sobre la reparación del daño causado; y.
3. Cuando el reo sea condenado como consecuencia de la comisión de un nuevo delito.

COMENTARIO

La norma que antecede sigue regulando la suspensión de la persecución penal, específicamente en lo que se refiere a la revocación de la misma. Como se sabe la suspensión está condicionada al cumplimiento de reglas de conducta y de compromisos entre imputado y víctimas, si las mismas son violadas la suspensión será revocada. Las causas o motivos que dan lugar a la revocación de la suspensión son tres.

La primera se refiere al incumplimiento de las medidas o reglas de conducta impuestas, salvo causa justificada, en este caso la ley acepta que el imputado pruebe que la violación de las medidas no fue intencional o dolosa, pues puede darse el caso que por motivos de fuerza mayor algunas de las medidas impuestas resulten violadas, ello puede ocurrir con

las que tienen que ver con la realización de labores en beneficio de la comunidad y la de realizar estudios o cursos, no podría justificarse el hecho de violar la prohibición del uso de drogas y alcohol, ni la de poseer o portar armas.

La segunda causa que da lugar a la revocación, es el incumplimiento del acuerdo entre el imputado y la víctima sobre la reparación del daño causado, corresponderá a la víctima, denunciar ante la autoridad correspondiente la violación del acuerdo para que el juez revoque la suspensión de la persecución penal.

La tercera causa para revocar la suspensión se dará, cuando el imputado sea condenado como consecuencia de la comisión de un nuevo delito. Se trata en este caso, que el imputado, encontrándose gozando del beneficio de la suspensión condicional de la persecución penal, incurra en un nuevo delito y que por el mismo sea condenado, el imputado pues, tendrá que cumplir la pena impuesta por el nuevo delito y afrontar un proceso por el delito cometido con anterioridad. Por último solo basta decir que la revocación de la suspensión de la persecución penal corresponderá al juez de la etapa preparatoria que la haya autorizado.

Efectos de la revocación. La revocación de la persecución penal tiene como efecto, que el proceso penal se lleve adelante hasta llegar a la sentencia ya sea condenatoria o absolutoria, siendo importante señalar que en caso de revocarse la suspensión de la persecución penal la admisión de los hechos por el imputado no tiene ninguna validez probatoria, así lo prescribe el párrafo final del Artículo 36. La prohibición que se establece es importante, ya que de no ser así, se le podría dar un mal uso a esta institución que tiene como propósito descongestionar la enorme carga procesal y dar la oportunidad a los imputados a no ser llevados a un proceso penal y a no tener que afrontar una condena.

ARTÍCULO* 39. *Suspensión del plazo de prueba. El plazo de prueba se suspenderá cuando, en virtud de otro proceso, el imputado se encontrare privado de su libertad. Si en dicho proceso no se le privare de su libertad, el plazo seguirá corriendo, pero se suspenderá la declaración de extinción de la acción penal, hasta que quede firme la resolución que lo sobresee, absuelve o hace cesar indefinidamente a su respecto el otro proceso.

COMENTARIO

Este Artículo sigue tratando de la suspensión de la persecución penal, regulando específicamente lo que respecta a la suspensión del plazo de prueba. Ya se dijo antes, que el plazo de prueba no será superior a seis (6) años, al cumplirse este plazo de conformidad a lo que establece el artículo 42 la acción penal queda extinguida.

Pero conforme a lo que establece el presente Artículo, el plazo de prueba puede ser suspendido cuando el imputado en virtud de otro proceso

se encuentre privado de su libertad. Debe entenderse, que en este caso lo que se suspende es el plazo de prueba, la suspensión de la persecución penal seguirá teniendo efectividad, es lógico que al recaer una sentencia condenatoria contra el imputado, la suspensión deberá ser revocada de conformidad a lo que dispone el Artículo anterior.

Señala la norma en análisis, que si el imputado no se encuentra privado de su libertad por un nuevo procesamiento, el plazo de prueba seguirá corriendo, pero la declaración de la extinción de la acción penal se suspenderá hasta que quede firme el sobreseimiento definitivo, o la sentencia absolutoria. Como en este caso el plazo de prueba no se suspende, al concluir éste, automáticamente la acción penal quedará extinguida, pero ello no será posible de acuerdo a lo que establece el presente Artículo, ya que si se dicta sentencia condenatoria deberá revocarse la suspensión de la persecución penal y por supuesto el proceso deberá llevarse a cabo.

Solamente cuando el imputado sea absuelto o mediante sobreseimiento definitivo se podrá tener por extinguida la responsabilidad penal.

ARTÍCULO 40. La investigación y la suspensión condicional de la persecución penal. La suspensión condicional de la persecución penal no eximirá al Ministerio Público de la obligación de realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos probatorios del delito.

COMENTARIO

De conformidad a lo dispuesto en esta norma, con el hecho de que se haya acordado la suspensión de la persecución penal, el Ministerio Público no quedará relevado de la obligación de seguir investigando los hechos, ya que puede suceder que la suspensión de la persecución penal sea revocada y por lo tanto tenga que seguirse el proceso normalmente, siendo una obligación de este órgano, asegurar los elementos necesarios para comprobar el ilícito penal.

Lo anterior no sucederá en la mayoría de los casos, pues la suspensión de la persecución penal se solicitará cuando se haya investigado el hecho, siendo necesario que se conozca, la naturaleza o modalidades del mismo, lo que obliga a que se solicite cuando se encuentre avanzada la investigación, la ley señala que se puede solicitar hasta antes de la apertura del juicio.

Como puede apreciarse, no aparece tan posible que se solicite la suspensión de la persecución penal, sin haberse comprobado antes el delito y por supuesto haberse asegurado los elementos probatorios del mismo, de todas maneras, como es una obligación ineludible del Ministerio Público investigar los hechos, resulta lógico pues, que la ley prevea esta remota posibilidad.

CAPÍTULO IV

CONVERSIÓN DE LAS ACCIONES PÚBLICAS

ARTÍCULO* 41**. ***Conversión de las acciones públicas. Las acciones públicas podrán ser ejercitadas conforme al procedimiento especial de conversión especial previsto en este código para las acciones privadas siempre que la víctima resuelva ejercitarla por su cuenta, en los casos siguientes:

1. Cuando el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal conforme el artículo 28; y,
2. En cualquiera de los casos previstos en el artículo 26.

COMENTARIO

Los artículos 26 y 27 del presente Código clasifican las acciones penales en públicas y privadas, estableciendo con claridad los casos en los que el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal pública y por ende en que casos no puede hacerlo. El presente Artículo autoriza a las víctimas, para que puedan ejercitar las acciones públicas, cuyo ejercicio corresponde al Ministerio Público, en los casos a que se refiere el presente Código.

Los casos en que procede la conversión de las acciones públicas en privadas, no pueden ser otros que las señaladas en este precepto, a saber:

1. Cuando el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal por aplicación de un criterio de oportunidad. En este caso y de conformidad a lo que prescribe el Artículo 30, se produce de derecho el Archivo Administrativo del caso. No obstante lo anterior, una vez confirmado el Archivo por decisión del Órgano Jurisdiccional, puede suceder que la víctima o víctimas de la Infracción, tengan interés en que el caso sea llevado a juicio, por lo que la ley les concede la posibilidad de ejercitarla por su propia cuenta, dentro del plazo que establece el Artículo 34 de este Código. En todo caso, no podrán ejercitar la acción como si se tratara de una de carácter público, sino como una de carácter privado, de esta manera, la acción que en principio era pública, debe ser convertida en una acción privada.

2. ***En el caso de acciones de instancia particular.*** De acuerdo a este supuesto, las acciones públicas dependientes de instancia particular regulados en el Artículo 26, se transforman en acciones privadas, y perseguibles a instancia de la víctima, cuando ésta estime que el Ministerio Público no intervenga en absoluto. Ya se ha dicho, que las infracciones enumeradas en el Artículo relacionado sólo serán perseguidas por el Ministerio Público a instancia de la víctima, pero no es de extrañar que habrán casos en que los perjudicados prefieran ejercitar la acción por su propia cuenta.

El procedimiento especial que regula el ejercicio de las acciones privadas aparece regulado en los artículos *405* al *413* del presente Código. *La* ventaja del procedimiento especial por los delitos de acción privada *radica* en que se obvian las etapas preparatoria e intermedia del proceso, *por* lo que, el conocimiento del hecho llega directamente al Tribunal de Sentencia, suponiendo una mayor celeridad. Por otra parte, ejercitando la *acción* en su modalidad de acción privada, el querellante puede, en cualquier momento, apartarse de la misma provocando el sobreseimiento definitivo, lo que no sucede si es el Ministerio Público quien ejercita la acción.

No obstante estas ventajas, hay una desventaja importante, y es *que,* no existiendo una etapa preparatoria, aquellos casos más o *menos* complejos requerirán de una investigación-previa para ser llevados a juicio, siendo necesario entonces que el Ministerio Público intervenga en la investigación preparatoria tal como lo previene el artículo *407* del presente Código. *La* investigación a que se refiere la norma señalada, solamente podrá hacerse a solicitud de la parte interesada y no debe confundirse con el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, siendo nada más que una colaboración hacía la víctima de la infracción, derivada del derecho concedido por el Artículo *16.*

Que se haga esta investigación, no implica que el caso será presentado al juez de la etapa preparatoria y después pasar a la etapa intermedia, solamente será para que se establezca en forma clara y precisa ***el*** hecho punible y se identifique plenamente al imputado, por lo *que,* concluida la misma, la intervención del Ministerio Público termina y el *caso* debe ser llevado directamente al tribunal de sentencia correspondiente.

CAPÍTULO V

DE *LA EXTINCIÓN* DE *LA ACCIÓN PENAL*

ARTÍCULO 42. <u>Causas de extinción de la Acción Penal</u>. La acción penal *se* extingue:

1. Por las causas que, con arreglo al Código Penal, extinguen la responsabilidad penal, y con los efectos que en dicho Código se establecen;
2. Por abstención del ejercicio de la acción penal, de conformidad con lo establecido por el Artículo 28 de este Código, salvo las excepciones establecidas en el citado Artículo;
3. Por el cumplimiento del plazo señalado en el párrafo primero del artículo *37**;***
4. Por el desistimiento o abandono de la querella respecto de los delitos de acción privada o de los de acción pública que, por conversión de ésta, a tenor de lo dispuesto en el Artículo anterior, hayan sido sometidas al procedimiento especial previsto en este

Código para las acciones privadas;

5. Cuando después de dictado el sobreseimiento provisional no se reabra la investigación dentro de los cinco años siguientes; y,
6. Por efecto de la cosa juzgada.

COMENTARIO

El presente Artículo, tal como lo señala su epígrafe, trata de la extinción de la acción penal, refiriéndose tanto a la acción penal pública que le corresponde al Ministerio Público y a los particulares, como a la acción penal que le corresponde a los particulares en aquellos casos en que el presente Código lo señala.

Son seis las causas por las que puede extinguirse la acción penal y por ende la responsabilidad penal de aquellos a quienes se les pudiera deducir. La primera de ellas es la que hasta ahora ha sido conocida, por ser la que regula el Código Penal. La segunda hasta la sexta, son causas nuevas que aparecen como consecuencia de las nuevas regulaciones del proceso penal. A continuación nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

1. La extinción de la responsabilidad penal conforme al Código Penal. El Código Penal en su título VIII de su libro primero, trata de la extinción de la responsabilidad y de sus efectos, señalando que aquella, se extingue, por la muerte del reo; por el cumplimiento de la condena; por amnistía; por indulto; por el perdón expreso del ofendido o de quien tenga la representación legal en los delitos que sólo son perseguibles en virtud, de querella o denuncia del agraviado; por la prescripción del delito; por la prescripción de la acción penal; y por la prescripción de la pena.

La muerte del reo, es una causa de extinción de la responsabilidad, que no requiere explicación ni da problema alguno, pues es claro que siendo la pena una medida personalísima no puede imponerse a otra persona que no sea el imputado o reo, y si éste ya no existe la responsabilidad penal se extingue lo mismo que la acción penal.

Por medio de la amnistía el Estado que la concede, perdona y olvida el agravio sufrido, por lo tanto, no se puede iniciar siquiera un proceso contra la persona beneficiada por la misma. Es obvio que esta gracia, sólo abarca a los procesados por delitos políticos, o delitos comunes que tengan conexión con los primeros, y corresponde concederla al Poder Legislativo[30].

En cuanto al indulto como éste es un perdón que otorga el Poder Ejecutivo a quienes hayan sido condenados por delito, se extingue la responsabilidad penal del condenado, más no la acción penal ya que la misma fue ejercitada en el proceso que se siguió en el caso concreto, otro tanto ocurre con el cumplimiento de la condena, ya que necesariamente hubo un proceso en el cual, la acción fue ejercitada.

30 Véase el numeral 16 del Artículo 205 de la Constitución de la República.

El perdón expreso del agraviado o de su representante legal extinguirá la responsabilidad penal y por ende la acción penal, es importante tener muy en cuenta lo que al efecto señala el Código Penal sobre esta causa.

En cuanto a la prescripción del delito, señala el Código Penal que el mismo prescribe al transcurrir un período igual al máximo de la pena aumentado en la mitad, en todo caso el término de prescripción no podrá ser inferior a dos años, sin perjuicio de lo que establece el Artículo 325 de la Constitución de la República

Como se puede apreciar, entre las causas de extinción de la responsabilidad penal que establece el Código Penal, se encuentra la prescripción de la acción penal. Para aquel texto de derecho penal sustantivo, la prescripción de la acción penal es una de las causas por las que se extingue la responsabilidad penal, y para el presente Código Procesal, la extinción de la responsabilidad penal es una de las causas que extinguen la acción penal.

La importancia de la regulación que establece el presente Código, en cuanto a la extinción o prescripción de la acción penal, radica en que, conforme al texto penal sustantivo ésta solamente se extinguiría por el transcurso de un período igual al máximo de duración de la sanción señalada para el delito, aumentada en la mitad, si fuere el de reclusión, sin que en ningún caso pueda ser inferior de dos años, no obstante, conforme al presente Código, puede extinguirse mucho antes, de conformidad a las nuevas causales que se establecen, y que se analizan en los siguientes apartados.

2. Por el ejercicio de un criterio de oportunidad. Ya se señaló antes, que al aplicarse un criterio de oportunidad el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal que le corresponde. El efecto de esta abstención será entonces el Archivo del caso, y por ende, la extinción de la responsabilidad penal, salvo que la víctima, mediante el procedimiento de conversión de la acción, se haga cargo de la misma, en cuyo caso, la acción solo prescribirá para el Ministerio Público.

3. Por vencimiento del plazo de prueba en la suspensión de la persecución penal. Una vez que el plazo de prueba, señalado en caso de haberse suspendido la persecución penal, haya transcurrido, la acción penal se tendrá por extinguida. No obstante, deberá tenerse en cuenta lo que señala la parte final del Artículo 39, cuando el imputado se encuentre sometido a proceso por otro delito y no se encuentre privado de su libertad, en cuyo caso, la declaración de extinción de la acción penal no se producirá con el cumplimiento de aquel plazo.

4. ***Por desistimiento o abandono de la querella.*** El Artículo 411 del presente Código, señala cuando se tendrá por desistida o abandonada la querella en el caso del procedimiento especial por delitos de acción privada, o de las acciones públicas que hayan sido transformadas a privadas conforme a lo establecido por el Código, por lo que hay que atenerse a lo que aquella norma señala.

5. ***Por sobreseimiento provisional.*** El sobreseimiento provisional cierra provisionalmente el camino del proceso penal, contrario al definitivo no tiene efectos de cosa juzgada, por lo que, durante cierto tiempo después de dictado puede reabrirse el proceso y continuarse, pero si transcurren cinco años después de dictado, sin que se haya reabierto el proceso, éste quedará cerrado definitivamente extinguiéndose la acción penal.

6. ***Por efecto de la Cosa Juzgada.*** Por cosa juzgada se puede entender lo resuelto en juicio contradictorio, ante juez o tribunal competente y con las debidas garantías, por sentencia firme contra la que no cabe recurso alguno, salvo el recurso extraordinario de revisión[31]. Como el asunto ha sido conocido y fallado por los tribunales de justicia, y la decisión ya no admite recurso alguno, la acción penal queda extinguida no pudiéndose intentar el enjuiciamiento de los mismos hechos, ya que al hacerlo, además de atentar contra la **MAJESTAD DE COSA JUZGADA,** se estaría violentando el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos que consagra el Artículo 95 de la Constitución de la República[32].

La cosa juzgada pues, constituye una verdad jurídica indiscutible e incuestionable, contradecir la misma sería atentar contra la seguridad jurídica, por esta razón, el presente Artículo la establece como una de las formas de extinción de responsabilidad penal.

ARTÍCULO 43. Efectos de la extinción de ***la Acción Penal cuando sean varios los imputados.*** Si fueren varias las personas imputadas, la extinción de la acción penal producirá sus efectos en forma individualizada para cada una de ellas.

COMENTARIO

El presente Artículo viene a aclarar cualquier duda que pudiera surgir sobre los efectos que se producen por la extinción de la acción penal. No cabe ninguna duda, que al haber pluralidad de imputados y al no encontrarse los mismos en igual situación, los efectos de la extinción de la acción penal no serán los mismos.

Lo anterior ocurriría, si en un proceso en el que hay varios imputados pero uno de ellos fallece, la responsabilidad penal se extinguirá respecto a éste no respecto a los demás. Lo mismo ocurrirá, si a favor de uno de varios imputados en un proceso se suspendió la persecución penal, al cumplirse el plazo de prueba la acción penal se extingue únicamente a favor de quien se haya suspendido la persecución penal. Estimamos que esto no ofrece mayores problemas, por lo que parece ocioso y hasta superfluo señalar más ejemplos.

ARTÍCULO 44. Renuncia o desistimiento de la Acción Penal. La

31 CABANELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, página 397, 23*. Edición, Editorial Eliasta, Buenos Aires, Argentina 1994.

32 Véase al respecto el comentario del Artículo 11, páginas 32 a 34.

renuncia o el desistimiento de la acción penal otorgada a una de las personas imputadas, aprovechará a todos los involucrados en la acción.

COMENTARIO

De lo que trata el precepto es de aquellos casos de desistimiento o renuncia de la acción penal que se produzca en forma expresa o en forma tácita. Es extremadamente claro que cuando la renuncia o el desistimiento se haya efectuado de manera expresa a favor de una persona, siempre tendrá efectos a favor de cualquier otra persona involucrada aunque no se haya mencionado. Si la renuncia o desistimiento se producen en forma tácita, de igual manera, beneficiarán a todos los que tengan alguna relación con la acción de que se trate.

Una renuncia o desistimiento expreso, se dará cuando quien renuncia a la acción lo diga en forma clara, sin que quede lugar a ninguna duda. Tácitamente se renunciará a la acción, cuando ésta sea abandonada por el querellante particular en los casos del procedimiento por delitos de acción privada, y como ya se dijo, en estos casos aprovechara a todos los que tengan relación con el proceso.

No existe ninguna duda respecto a que, en el caso de que el Ministerio Público se abstenga de ejercitar la acción penal, es decir, renunciando a su ejercicio por aplicación de un criterio de oportunidad, lo hará en forma expresa a favor de uno o varios de los imputados, no podrá hacerlo en forma general para todos lo que resulten involucrados en el hecho, por lo que estimo, que en estos casos la renuncia al ejercicio de *LA* acción no abarcará a quienes no se refiera de manera expresa, ello solamente podrá ocurrir en los casos de desistimiento o renuncia por parte del querellante particular.

ARTÍCULO 45. Conciliación. En las faltas, en los delitos de acción privada, de acción pública dependiente de instancia particular y los que admitan la suspensión condicional de la persecución penal, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento, hasta antes de la apertura a juicio.

En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el Órgano Jurisdiccional podrá exhortarlas, a efecto de que manifiesten cuales son las condiciones en que aceptarían conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, se podrá solicitar el asesoramiento de personas o entidades especializadas, o instar a los interesados, para que designen un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando se produzca la conciliación, el Órgano Jurisdiccional homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal.

Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla con todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cumpliere, sin justa causa las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado.

En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o se extinguiere éste sin que el imputado cumpla la obligación, aún por justa causa, el proceso continuará su marcha sin que puedan aplicarse de nuevo las normas de la conciliación.

El Órgano Jurisdiccional no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar, o ha actuado bajo coacción o amenaza.

No obstante lo antes expuesto, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de niños y en las agresiones domésticas, el Órgano Jurisdiccional no debe procurar la conciliación entre las partes, si no lo solicita en forma expresa la víctima o sus apoderados legales.

COMENTARIO

Se regula en este precepto una nueva institución procesal penal, que viene a significar una alternativa para la solución de los conflictos penales, con una escasa intervención judicial. La conciliación es pues, otra de las medidas de desjudicialízación que contempla el Código Procesal Penal.

A) FUNDAMENTO

Las ideas absolutistas y retribucionistas proclamadas por Kant y Hegel, en el sentido de que la pena es un sufrimiento impuesto al autor del delito, suponiendo además una compensación o retribución del daño causado, implicó que por muchos años la finalidad del derecho penal fuera la imposición de una pena al culpable de un delito, sin importar el tipo de infracción, ni la persona a quien le era impuesta[33]. Esta forma de ver las cosas, obligaba entonces al Estado a intervenir en todos aquellos casos en que el orden social se veía alterado, sin importar la magnitud de aquella alteración. Es así como, de acuerdo al principio de legalidad, en cuanto al ejercicio de la acción penal, de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable[34].

---

[33] ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel; El sistema penal ante el dilema de sus alternativas,
Editorial GRÁFICA BRENES, San José Costa Rica, 1995, páginas, 15, 16 y 17.

[34] Artículo 14 del Código de Procedimientos Penales del 1985, dice: De todo delito o falta nace acción penal para la sanción del culpable.

Con el tiempo aquellas ideas han sido superadas por nuevas corrientes filosóficas, las que sin soslayar el propósito de proteger a la sociedad de los males del delito, han concebido la pena, ya no como un castigo, ni como una redistribución del daño, sino más bien como una forma o medio para recuperar o socializar al autor del delito, y con ello restaurar y mantener el orden y la paz social. El estado pues, debe buscar otras fórmulas, distintas de la pena, para restaurar el orden, debe intervenir menos en aquellos asuntos que sean de poca relevancia, esto es lo que se llama *principio de intervención mínima,* es decir, el Estado debe reaccionar, por medio del derecho penal, ante aquellas conductas que pongan en peligro efectivo bienes jurídicamente protegidos.

En lo que al derecho penal sustantivo se refiere, este principio ya ha sido recepcionado, pues para el Código Penal, las penas y las medidas de seguridad, solo podrán imponerse cuando la conducta lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico protegido, aparte de que, tanto unas como otras se impondrán en caso de ser necesarias y proporcionales al delito[35].

Las anteriores ideas no son ajenas al derecho procesal penal, pues en este campo del derecho es donde mas se siente la necesidad de relativizar el ya clásico principio de legalidad, para dar paso a nuevas formulas de solución de conflictos, ya que para nadie es desconocido, y tal como lo plantea BARRIENTOS PELECER[36], existe un sistema paralelo al judicial para la solución de hechos delictivos que se sustraen al conocimiento judicial de manera anormal. Al margen de la legalidad, se están propiciando mecanismos de “arreglos”, “negociaciones” y todo tipo de componendas desnaturalizadas, o el simple “archivo” irregular de procesos. Es imperiosa pues, la necesidad de establecer un mecanismo legal para que las partes, cuando la alteración del orden social sea mínima, puedan conciliar sus diferencias, establecer acuerdos para la reparación de los daños causados, y de esta manera evitar que el derecho penal intervenga de manera innecesaria, reservándose para los casos de relevancia.

La conciliación tal como está concebida responde pues, además a los principios ya expuestos, a razones de economía procesal, simplificación de los procedimientos por delitos menores, para reservar la investigación completa a aquellos de mayor gravedad, y por otra parte, a asegurar la participación y garantizar los derechos de las victimas del delito en el proceso penal, pues son ellas quienes la promueven y ponen en practica.

---

35 El Código Penal vigente, a pesar de haber sido promulgado durante la mitad de la década de los años 80, y ser, a criterio de sus redactores, un moderno texto punitivo, no recogió los principios a que nos estamos refiriendo. Fue necesario esperar mas de diez años para que, mediante la reforma de 31 de octubre de 1996, se dejara establecido en los Artículos 2-C y 2-D, en forma respectiva, lo siguiente «No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico protegido por la ley penal, y las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado».

36 BARRIENTOS PELLECER, César; Derecho Procesal Penal Guatemalteco, primera edición Mayo 1995, Magna Terra Editores, Pág. 174.

B) CONCEPTO

Quizás no parezca importante dar un concepto de conciliación, pero tampoco parece ocioso señalar la definición del termino que da el diccionario de la lengua española "etimológicamente conciliar se deriva del latín conciliare que significa componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre si". De acuerdo a lo dicho por CABANELLAS [37], "Conciliación es la avenencia entre partes discordes que resuelven desistir de su actitud enemistosa por renuncias reciprocas o unilaterales, agrega este autor, que la conciliación configura un acto, un procedimiento y un posible acuerdo. Como acto representa el cambio de puntos de vista, de pretensiones y propuestas de composición entre partes que discrepan. Como procedimiento, la conciliación se integra por los trámites y formalidades de carácter convencional o de imposición legal para posibilitar una coincidencia entre los que tienen planteado un problema jurídico o un conflicto economico─ social. Como acuerdo, la conciliación representa la formula de arreglo concertado por las partes".

C) CASOS EN QUE PROCEDE.

De acuerdo a lo que establece el presente Artículo, la conciliación solamente procede en loa siguientes casos

1.- Cuando se trate de faltas. Ya se sabe pues, que las faltas o contravenciones suponen el grado mínimo de antijurídica y culpabilidad de las infracciones penales, lo cual supone una escasa agresión a bienes jurídicamente protegidos. Por lo general, en las faltas más priva el interés individual que el de la colectividad. El procedimiento especial para el juzgamiento de las faltas, no contempla, como ocurre en el Código Procesal Penal de Costa Rica, una audiencia de conciliación, por lo que, esta disposición de carácter general es de mucha importancia para la solución de estos pequeños conflictos, de que no prestarle la debida atención podría generar colapso procesal[38].

2.- En los delitos de acción privada. Al referirnos a los delitos perseguibles mediante la acción privada, se dijo que dichas infracciones,

---

37 CABENELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual, 23° Edición, Buenos Aires Argentina 1994, Editorial Eliasta, Volumen II, pagina 255 .

38 En España al no existir la conciliación en los juicios por falta, en los juzgados de primera instancia e instrucción se señalan vistas publicas para la celebración de por lo menos diez juicios por día, un buen numero de estos no llega a celebrarse porque entre el fiscal y la defensa se llega a un arreglo de «conformidad»,no obstante, en la actualidad los tribunales se encuentran colapsados, principalmente en las grandes capitales . Es curiosos el interés que demuestran las victimas de esta infracción, porque se celebre un juicio, en verdad el interés radica no en la sanción penal del culpable, sino en las indemnizaciones que por la responsabilidad civil se logre, principalmente en las producidas por hecho de trafico, en las que hay un seguro de responsabilidad de por medio, siendo mucha veces las condenas por cientos de mieles de pesetas

Por regla general, atacan ciertos atributos de la persona humana tales como el honor y la vida familiar, en los que la sociedad no tiene nada que reprochar, ampliándose este catálogo de delitos, con otros como la estafa y el chantaje. En estos casos, es natural pues, que los directamente ofendidos puedan, en cierta medida, negociar con estos atributos que a ellos únicamente interesa.

El procedimiento especial para el enjuiciamiento de los delitos de acción privada, contrario a lo que ocurre con el de faltas, contempla una fase de conciliación. De conformidad al Artículo 408. "Admitida la querella, el Tribunal de Sentencia convocará a las partes a una audiencia de conciliación, la que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del auto de admisión ante uno de los miembros de aquel o ante el Funcionario Judicial Letrado que designe el propio tribunal". La norma en cuestión establece además, que de lograrse la conciliación se dictará sobreseimiento definitivo o provisional según el caso.

Como se deja establecido, existiendo un procedimiento especial de conciliación, las partes pueden optar bien por bien por aquel procedimiento, o por el que establece el precepto que se comenta, que es de carácter general, en todo caso, las normas que éste último contempla, y que no se establecen en el primero, deben ser de aplicación en lo pertinente.

3. En los delitos de acción pública dependiente de instancia particular. En este tipo de infracciones, si bien es verdad, la acción es pública, para su ejercicio el Ministerio Público necesita el requerimiento de la víctima, dejándolo bien claro el Artículo 26, ya comentado, que una vez formalizada la acusación, el desistimiento de la víctima no impedirá que continúe el proceso. En esto último es donde entra en contraindicación el presente Artículo, pues puede suceder que en ciertos casos, el Fiscal esté interviniendo a instancia de la víctima, llevando el caso hasta la etapa intermedia, formalizando la acusación en la audiencia preliminar que establece el Artículo 292, no obstante en este momento se produce la conciliación entre la víctima y el imputado.

Conforme a lo que establece el precepto que se comenta el proceso debería paralizarse y quedar extinguida la acción penal, pero conforme a lo que establece el Artículo 26, cualquier desistimiento de la víctima, en este caso suscitado por el acuerdo de conciliación, no va a impedir que el proceso continúe.

La contraindicación evidente entre estos preceptos, a nuestro criterio, se debe a que el presente Artículo fue discutido y aprobado en el seno del Congreso Nacional, cuando ya se había aprobado el 26, y por otra parte, este precepto es muy similar al 36 del Código Procesal Penal de Costa Rica, mismo que permite que los delitos de acción pública a instancia

privada sean susceptibles de la conciliación, pero en este texto la contradicción no se da, pues el precepto (Artículo 17) que regula estos delitos, no establece la prohibición de continuar el proceso después del desistimiento de la víctima[39] Por lo anterior estimamos, que la redacción debió adecuarse a lo que establece el Artículo 26, estableciendo que la conciliación procede en cualquier momento, hasta antes de la audiencia preliminar. Lo que se ha dicho supone pues, que la conciliación no podrá aplicarse, únicamente en estos casos, cuando ya se haya formalizado la acusación. Por lo que toda negociación deberá hacerse antes de que el caso sea elevado a la etapa intermedia.

4.- Delitos que admiten la suspensión condicional de la persecución penal. Estos delitos, son todos aquellos cuyo término medio de pena sea de hasta seis (6) años de reclusión. Conforme a lo anterior, entre estas infracciones se cuentan los homicidios culposos, sancionados con penas de tres (3) a cinco (5) años; el aborto, con pena de tres (3) a seis (6); las lesiones graves, igualmente sancionadas con penas de tres (3) a seis (6) años; los hurtos cuyo valor excede de cinco mil lempiras, sancionados con penas de cuatro (4) a siete (7) años. Todas estas infracciones no son ni de acción privada ni de acción pública a instancia privada, sino que de acción pública propiamente dicha y por ende perseguibles de oficio por el Ministerio Público, por lo que también resulta otra contradicción entre el precepto que se comenta y los preceptos que regulan la acción penal de estos delitos, pues si todos ellos son de acción pública, automáticamente quedarán excluidos de la conciliación, ya que la acción penal en estos casos no depende en lo absoluto de la voluntad de los particulares.

Por todo lo anterior, resulta que solo aquellos delitos que admitiendo la suspensión condicional de la persecución penal, y que sean de acción pública a instancia privada, podrán ser objeto de conciliación. Es necesario volver a repetir que la contracción existente, se debe a que el precepto es muy similar al del Código Procesal Penal de Costa rica, con la diferencia que en este texto, se deja establecido que pueden ser objeto de conciliación los delitos que admitan la suspensión condicional de la pena, y no la suspensión condicional de la persecución penal.

D) MOMENTO PROCESAL

Conforme a lo que establece este precepto, la conciliación puede llevarse a efecto en cualquier momento (del proceso) hasta antes de la apertura del juicio oral. La apertura del juicio, conforme a lo que dispone

---

[39] Para una mayor claridad, véanse los Artículos 17, que se refiere a la denuncia por delitos de acción pública perseguibles a instancia privada, y el 18, que relaciona los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada, ambos del Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996.

el Artículo 302, tendrá lugar dentro de los tres días después de la celebración de la audiencia preliminar, por lo que cabe recordar lo que se ha dicho con relación a lo que dispone el último párrafo del Artículo 26 de este Código.

E) PROCEDIMIENTO.

Como ya se dijo antes, la conciliación supone tres aspectos distintos, un acto, un procedimiento y un acuerdo. Como procedimiento supone la puesta en marcha de los trámites que las partes estimen pertinentes. Este precepto establece que para facilitar el acuerdo, que resulte de la conciliación, se podrá solicitar el asesoramiento de personas o entidades especializadas, o la designación de un amigable componedor. Además, establece que los acuerdos deben ser homologados por el Órgano Jurisdiccional, quien puede aprobar o desaprobar los acuerdos logrados, como veremos más adelante.

F) PARTICIPANTES EN EL PROCEDIMIENTO.

La conciliación es un instituto que debe ser utilizada únicamente por las víctimas del delito y los imputados, así se entiende de lo que dispone el presente Artículo, de manera que, el Ministerio Público no puede en manera alguna intervenir en la conciliación. Por esta razón, la misma está establecida para aquellas infracciones en las que la sociedad demuestra poco interés, en las que, la acción penal ha sido dejada en manos de los particulares, o bien en aquellas en que el Ministerio Público puede intervenir pero a requerimiento de estos.

Queda claro pues, que la conciliación será un acto de los “protagonistas del conflicto”, pero ello no impide que para lograr los acuerdos, tenga que admitirse la concurrencia de terceras personas, o entidades especializadas, quienes podrán asesorar a los participantes, lo mismo que de amigables componedores. Esta participación de terceros es muy importante, pues en muchos casos, alguna de las partes no estará en condiciones efectivas para negociar, por lo que será necesario un asesoramiento efectivo sobre materias desconocidas por las partes.

G) INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO JURIDISCCIONAL

a) ***Exhortación para conciliarse.*** De acuerdo a lo que establece el precepto, si la conciliación no se ha intentado ni propuesto en el momento procesal oportuno, el juez, exhortará a las partes, (entendiéndose partes privadas) para que manifiesten cuales son las condiciones en que aceptarían conciliarse. La intervención del Órgano Jurisdiccional se limitará única y exclusivamente a hacer la Exhortación en los términos señalados, sin que tenga facultades

Para proponer condiciones o fórmulas de solución, pues de hacerlo estaría violando el principio acusatorio, pues se convertiría en parte activa en el proceso.

Ya se ha dicho que en el caso de delitos de acción privada, la conciliación debe intentarse siempre, para tal efecto el procedimiento especial establece una audiencia de *conciliación*, por lo cual, lo que este Código establece debe entenderse como una regla general para todos los casos en que la conciliación procede.

b) ***Homologación del acuerdo.*** Aparte de la exhortación, cuando procediere, al Órgano Jurisdiccional le corresponderá homologar el acuerdo logrado entre las partes. Que el acuerdo se homologue, significa que se apruebe por el juez, solo de esta manera surtirá los efectos que el mismo origina. La homologación del acuerdo quizás es la actuación más importante del Órgano Jurisdiccional, ya que no solamente se trata de aprobarlos en las condiciones que las partes ha convenido, sino que debe velar por que ninguna de ellas salga beneficiada en perjuicio de la otra, así pues, no debe aprobarse la conciliación cuando se tengan fundados motivos de que una de las partes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza. Lo que debe procurar el juez, es que haya "justicia" en el convenio, y para ello tiene facultades suficientes. La homologación o aprobación del acuerdo, deberá hacerla el juez mediante auto que dicte al efecto, este auto deberá ser motivado, y una vez firme el mismo, la acción penal quedará extinguida con las excepciones establecidas.

c) ***Casos de excepción.*** Esta actuación del Órgano Jurisdiccional, en cuanto a la iniciativa para procurar la conciliación entre las artes, tiene su excepción, y es en cuanto a los delitos de carácter sexual, los cometidos en perjuicio de los niños y en las agresiones domésticas. Tal como lo deja establecido el párrafo final de esta norma, en estos casos no debe procurarse la conciliación, salvo que las víctimas y los apoderados legales lo soliciten en forma expresa. La excepción tiene su razón de ser, y es que ya se sabe, que en este tipo de conductas las víctimas siempre se encuentran en condiciones de desigualdad para negociar, por lo que, el espíritu de la ley es que el conflicto se dirima en un juicio y que finalice con una sentencia.

No obstante que sean las partes o sus apoderados legales quienes soliciten la conciliación, caso en que el Órgano Jurisdiccional no puede oponerse, si puede en definitiva desaprobar el acuerdo, por entender racionalmente que uno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o lo haya hecho bajo coacción o amenaza.

H) CONVENIOS O ACUERDOS EN LA CONCILIACIÓN

a) ***Prestaciones económicas.*** Es obvio que como resultado de la conciliación, las partes llegarán a acuerdos o convenios que en la mayoría de los casos serán de contenido económico, y excepcionalmente de otra naturaleza como se verá más adelante. Pero lo que importa, es entender que la finalidad de la conciliación, además de obtener una justicia pronta y cumplida, es que las partes lleguen a acuerdos en los que pueda obtenerse la reparación integral del daño causado. Ello se entiende cuando la norma recomienda el asesoramiento de personas o entidades especializadas, y en definitiva la homologación o desaprobación de los acuerdos logrados.

Por otra parte, como ya se sabe, de todo delito o falta, además de la acción penal para el castigo del culpable, nace acción civil para la reparación de los daños y los perjuicios ocasionados, o lo que es lo mismo, el que incurra en responsabilidad penal por un delito o falta, lo es también, civilmente [40]. Al arribar a una conciliación satisfactoria lo más natural será que el presunto responsable se obligue para con la víctima a cumplir las obligaciones civiles, que en todo caso, ocasiona la infracción que se persigue.

El Código Penal, al regular la responsabilidad civil proveniente del delito, en su Artículo 107 señala que ésta comprenderá, la restitución, la reparación de los daños materiales y morales, y la indemnización de perjuicios por lo que conviene remitirse a lo que al efecto disponen además los artículos 108, 109 y 110 de aquel Código.

b) ***Otros acuerdos, sin compromiso de carácter económico.*** No obstante lo antes dicho, el convenio o acuerdo podrá contener otros compromisos distintos de la responsabilidad civil a que alude el Código Penal, pues como dice CHAVEZ RAMÍREZ [41], pueden surgir otros convenios relativos a prestaciones no relacionadas con el daño causado. Pone como ejemplo este autor, el hecho de que el imputado y la víctima se den por satisfechos en sus propios intereses, si el primero se obliga a una prestación alejada del daño original, citando a MAIR, agrega: “El jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo”. Además la prestación puede ser a favor de la víctima o de alguna otra persona que ella designe, inclusive puede consistir en la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

---

[40] Véanse los Artículos 105, 106, 107 y siguientes del Código Penal.

[41] CHÁVEZ RAMÍREZ, Alfonso E. La Conciliación, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., San José, Costa Rica, 1996, páginas 182 y 183.

Pueden resultar otros convenios distintos a los antes mencionados, por ejemplo la retractación pública en los delitos de calumnia e injurias, y la publicación de esta retractación, como lo señala el Artículo 163 n°1) del Código Penal. También la conciliación propiamente dicha, es decir, el perdón o aceptación de las explicaciones satisfactorias, que suponen un arreglo sin ninguna obligación de hacer o dar, lo que importa aquí es la satisfacción del agraviado ante las explicaciones dadas por el agraviante.

Los ejemplos aquí expuestos, obviamente no son los únicos que pueden surgir, en la medida en que se ponga en práctica esta institución, se desarrollarán otros distintos de los aquí mencionados, pues lo importante es que entre víctima e imputado satisfagan sus intereses, y concilien sus diferencias.

I. EFECTOS DE LA CONCILIACIÓN

Conforme a lo establecido en el párrafo cuatro de este precepto, uno de los efectos procesales de la conciliación es la extinción de la acción penal. No obstante lo anterior, el Artículo 42 que trata de los casos de extinción de la acción penal, no establece como tal a la conciliación, pero debe entenderse que aunque el precepto no lo diga, si la conciliación tiene entre sus objetivos que el conflicto entre las partes llegue a su final, lo lógico es que la acción penal se extinga, como así lo establece este precepto.

Como consecuencia de la declaratoria de extinción de la acción penal, el sobreseimiento definitivo debe dictarse, una vez que aquella produzca sus efectos, lo que parece debe hacerse de forma automática. Aparte de lo anterior, puede el Fiscal que ha conocido de unos hechos de acción pública a instancia privada, o de acción pública propiamente dicha, que admitan la suspensión condicional de la persecución penal, pedir al juez de la etapa preparatoria que dicte el sobreseimiento definitivo, al conocer que la acción penal se ha extinguido por la conciliación de las partes, todo ello de acuerdo a las peticiones que realice al tenor de lo dispuesto en el Artículo 284 inciso c) en relación con el 296 numeral 3) de este Código.

Por supuesto, que si los acuerdos deben cumplirse a plazos, la extinción de la acción penal no suerte efectos, sino hasta que los mismos se cumplan en su totalidad, en todo caso puede fijarse un plazo de hasta un (1) año, para su cumplimiento, mientras tanto la prescripción de la acción penal permanecerá en suspenso, y por ende no podrá dictarse el sobreseimiento definitivo aunque sea solicitado por el Ministerio Público, en los momentos procesales que se han señalado. El plazo que se ha dicho puede ser prorrogado hasta por seis (6) meses más, cuando haya incumplimiento justificado, pero en este caso, la víctima debe estar de acuerdo, sino lo está, el procedimiento debe continuar, no pudiéndose intentar de nuevo la conciliación.

CAPÍTULO VI

DE LAS EXCEPCIONES

Rixi Moncada Godoy [33]

ARTICULO 46. <u>Enumeración de las excepciones.</u> En el procedimiento penal sólo son admisibles como excepciones:

1. La incompetencia:
2. La falta de acción, cuando no haya debido promoverse o cuando no pueda proseguirse; y,
3. La extinción de la acción penal.

COMENTARIO

Tradicionalmente las excepciones se oponen a la acción, en materia de Derecho Civil, por ejemplo, y según lo define HUGO ALSINA en su Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil: "Son la defensa que el demandado alega para paralizar o extinguir los efectos de la Demanda.

Es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que se nieguen los hechos en que se funda la demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretenda derivarse, sea que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento". La excepción se opone a la acción, frente al ataque, la defensa. Y en relación con la primera excepción admisible conforme al nuevo Código Procesal Penal (Incompetencia), hemos encontrado un viejo principio romano que establece "El Juez de la acción es el Juez de la excepción."

En la práctica se llama excepción a toda defensa que el demandado opone para dilatar o destruir la acción del demandante teniendo en cuenta éstas dos opciones, la doctrina ha establecido una distinción, según que la defensa ataque al procedimiento o al fondo del derecho y las ha subdividido en dilatorias y perentorias, según que paralicen o extingan la acción o el derecho.

En el Código de Procedimientos Penales anterior, las excepciones aparecen como artículos de previo y especial pronunciamiento, que solo pueden proponerse dentro del término que se dá para el traslado, y podemos decir que las llamadas excepciones dilatorias se tramitan

[33] Los Artículos 46 a 53 están comentados por D. Rixi Moncada Godoy.

como los incidentes en materia civil, en tanto que las destructoras de la acción se sobreseen definitivamente.

El nuevo Código Procesal Penal, nos introduce una modalidad en cuanto a esta forma de defenderse en juicio, ya que en el Artículo que comentamos, solo son admisibles tres excepciones, veamos la primera:

1) *La incompetencia.*

Es entendido que toda acusación o querella debe interponerse ante Juez Competente y cuando de la misma resulta que el asunto no es de su competencia, inmediatamente el Juez debe rechazarlo de oficio haciendo uso de la figura de la declinatoria. Existen pues a nuestro criterio dos oportunidades para pronunciarse sobre la competencia, una al momento de presentarse el requerimiento fiscal, y dos cuando el acusado la opone en la Audiencia Inicial. El Código en un capítulo especial establece cada una de las competencias por razón de la materia y la función, así como de la competencia por conexión y la forma de promover cada una de estas cuestiones.

2) La falta de acción cuando no haya debido promoverse o cuando no pueda proseguirse.

Uno de los clásicos del Derecho Penal, FRANCISCO CARNELUTTI, nos dice “que el lenguaje jurídico procesal usa la palabra acción para significar un poder y mas precisamente un derecho subjetivo, por eso la acción del Ministerio Público, lo mismo que la del acusado y la del defensor son derechos subjetivos”.

Este nuevo cuerpo legal, establece de manera taxativa que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de la legitimación de la Procuraduría General de la República, en materias de su competencia, así mismo se le da la oportunidad al representante acusador o querellante privado de ejercitar los derechos que como víctima le corresponden constituyéndose también como tal, desde el momento de su primera intervención, siendo informada de todos sus derechos; de manera que no existe como se ha pretendido hacer creer monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Fiscal, es mas, las facultades de éste quedan claramente determinadas en concordancia con lo que establece su ley constitutiva.

Esta excepción puede oponerse por ejemplo, en los casos en que el Ministerio Público ejercite una acción Pública de instancia particular sin habérselo solicitado la víctima, ya que es requisito para el ejercicio de éstas, que el ofendido exprese su deseo de proceder. (Art. 26 CPP).

3) ***La extinción de la acción penal.***

Esta última excepción, puede considerarse como de carácter perentorio, ya que aplicada en cualquiera de los casos que establece el Artículo 42 del CPP le pone fin al proceso.

ARTICULO 47. Momento procesal y forma de interponerlas. La excepción de incompetencia podrá interponerse oralmente en la audiencia inicial y las de falta de acción y la de extinción de la acción en cualquier etapa del proceso.

La carga de la prueba recaerá sobre quien plantee la excepción.

Iniciado el juicio, las excepciones de falta de acción y de extinción de la misma, se interpondrán por escrito durante la etapa de preparación del debate, en el caso de que se funden en hechos o circunstancias que no han sido conocidas antes de la elevación de la causa a juicio.

En el trámite oral, el Tribunal de Sentencia recibirá la prueba y resolverá de inmediato. Cuando deba plantarse por escrito durante la preparación del debate, el Tribunal resolverá dentro de los tres días siguientes.

Contra esta resolución cabrá recurso de reposición y, subsidiariamente, el de apelación.

En el curso del debate, podrán interponerse las excepciones indicadas tan pronto como lleguen al conocimiento del interesado.

Si el tribunal desestima, en el acto, la excepción propuesta, la parte proponente podrá formular su protesta en el acto, a efectos del recurso que pueda interponerse contra la sentencia que se dicte en su día.

Si se reserva para su resolución en la sentencia, el recurso que se formule contra ésta podrá extenderse a este extremo.

COMENTARIO

Existen tres momentos procesales para interponer las excepciones enumeradas en este Artículo: 1) En la Audiencia Inicial, la excepción de incompetencia, esto es entendible por cuanto la Audiencia Inicial la fija el Juez de Letras una vez presentado el requerimiento fiscal y es una audiencia en la cual las partes (Acusador y Acusado) se presentan con todos los medios de prueba a su alcance, unos para justificar su acusación y otros para establecer su inocencia, correspondiendo al

Juez pronunciarse dictando un sobreseimiento definitivo o el auto de prisión, en cuyo caso debe también establecer si fijará una medida cautelar, y siendo cualquiera de estas decisiones de trascendental importancia para la continuación de proceso, es menester que tal decisión sea tomada por el Juez competente. Por ejemplo: No es posible que un Juez de Letras de la Ciudad de Comayagüela, substancie un proceso por un hecho delictivo cometido en la Ciudad de Tegucigalpa, en cuyo caso debe interponerse una EXCEPCION DE INCOMPETENCIA, que el Juez está en la obligación de resolver de manera inmediata en esta audiencia; 2) En cualquier etapa del proceso, la excepción de falta de acción y la de extinción de la acción. Esto significa que estas dos excepciones pueden interponerse bien sea en cualquiera de los actos que integran la etapa preparatoria, la intermedia y el debate o juicio oral. 3) Si el juicio ya se hubiese iniciado éstas dos excepciones pueden interponerse en el acto de preparación del debate en cuyo caso el Tribunal resolverá dentro de los tres días siguientes en el entendido que tienen que ser hábiles. Si por el contrario las excepciones que comentamos se plantean en la sustanciación del juicio oral y público, aunque el Código no lo dice claramente deberán resolverse de manera inmediata por el Tribunal de Sentencia y en caso de que éste las desestime debe obligatoriamente formularse la protesta en el acto, caso contrario esta resolución adquiere el carácter de firme.

ARTICULO 48. <u>Efectos de la admisión de la excepción de incompetencia.</u> Una vez firme la sentencia que declara la incompetencia, el órgano jurisdiccional remitirá de oficio los antecedentes al que se considere competente y pondrá a su disposición las correspondientes pruebas o piezas de convicción.

Lo anterior, no obstará para que adopte las medidas que considere urgentes y necesarias para la buena marcha del juicio. En caso de existir múltiple y simultánea persecución penal, se actuará de acuerdo con las normas que regulan las cuestiones de competencia.

COMENTARIO

La sentencia que declare incompetencia, estará firme una vez que se hayan notificado las partes, quienes deben hacerlo en el mismo momento, debiendo el Juez o Tribunal que dicte el fallo remitir los autos junto con las piezas de convicción de manera inmediata y oficiosa, sin esperar ninguna petición formal; todo con el objeto de cumplir con el principio de celeridad procesal que informa el Código.

CAPÍTULO VII

DE LA ACCION CIVIL

Rixi Moncada Godoy

ARTICULO 49. Ejercicio de la acción civil. La acción para deducir la responsabilidad civil proveniente de un hecho punible, sólo podrá ser ejercitada por el perjudicado o sus herederos.

La acción se ejercitará contra los partícipes en la comisión del delito o contra sus herederos y, en su caso, contra los terceros que resulten civilmente responsables.

COMENTARIO

Conforme a este Artículo, los legitimados por la ley procesal para hacer valer la acción resarcitoria, son el ofendido, que equivale al sujeto pasivo de la infracción; directamente perjudicado en sus bienes por el delito o falta, o en caso de que el mismo haya perdido la vida como producto del ilícito, o esté imposibilitado de manera total o parcialmente para el ejercicio de esta acción podrán hacerlo sus herederos declarados como tales previamente.

De conformidad con lo establecido en el Código Penal, en caso de ser dos o más las personas que deban responder civilmente por un delito, la sentencia deberá señalar la cuota de responsabilidad de cada una.

Los autores y los cómplices, sin embargo, cada uno dentro de su respectiva clase serán responsables solidariamente entre si por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los de la otra clase.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva primero en los bienes de los autores y después en los de los cómplices.

La acción civil se ejercitará contra los que resulten condenados en sentencia firme, por haber participado en el hecho delictuoso a cualquier título, contra sus herederos en caso de muerte de aquéllos y en su caso contra los terceros que resulten civilmente responsables, esto es por ejemplo: Son responsables civilmente con sus bienes los enfermos y deficientes mentales o sordomudos por los daños que causaren. Si fueren insolventes, responderán subsidiariamente, quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no ser que demuestren su inculpabilidad.

La responsabilidad civil se ejercitará ante el Juez de Ejecución competente y la víctima podrá hacerlo aún y cuando no haya intervenido en el proceso. El procedimiento que se utilizará, es el de la vía de apremio, tratando de hacer más expedito el cumplimiento de la acción en beneficio de los perjudicados.

ARTICULO 50. La acción civil y la Procuraduría General de la República. La acción civil será ejercitada por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que hayan dañado al Estado.

COMENTARIO

La Procuraduría General de la República, conforme la Constitución tiene la representación legal del Estado, su organización y funcionamiento se determinan de manera expresa en su ley, y corresponde a este órgano el ejercicio de las acciones civiles que resultaren de las intervenciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República, quien una vez concluida la investigación que realice en los bienes de los ex funcionarios, y si de éstos resultaren reparos provenientes de la comisión de un delito con ocasión del ejercicio de su cargo, deberá remitir el expediente que contenga la misma a efecto de que sea la Procuraduría quien ejercite tanto las acciones civiles, como las criminales; sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público en éstas últimas.

ARTICULO 51. Representación de la Procuraduría General de la República. La procuraduría General de la República podrá ejercitar la acción civil en representación de las personas que, por razones económicas, no estén en condiciones de demandar, así como, cuando la víctima carezca de mandatario o representante legal.

COMENTARIO

En virtud de corresponder a la Procuraduría General, conforme su Ley Orgánica la representación de todas aquellas personas que carecen de medios económicos para ejercitar acciones de carácter civil que se deriven de la comisión de un delito, el Código trata de remarcar esta obligación con el objetivo de evitar que las acciones de la justicia resulten desiguales por el factor puramente económico.

ARTICULO 52. Efectos de la extinción de la acción penal sobre la acción civil. La extinción de la acción penal no afectará a la acción civil.

COMENTARIO

La acción penal se extingue conforme lo dispone el Artículo 96 del Código Penal por:

1. La muerte del reo
2. El cumplimiento de la condena
3. Por amnistía
4. Por indulto
5. Por perdón expreso del ofendido con las excepciones del caso
6. Por prescripción del delito
7. Por la prescripción de la acción penal, y
8. Por la prescripción de la pena.

En todos los casos aún, y cuando la responsabilidad penal no pudiera exigirse; la acción civil queda subsistente y se podrá exigir su cumplimiento ante el mismo Juez de Ejecución, en la forma establecida por el presente código.

ARTICULO 53. <u>Responsabilidad civil en casos de extinción de la responsabilidad penal.</u> Cuando una persona oponga o se beneficie de una amnistía como causa de extinción de responsabilidad penal, quedará sujeta a la acción para deducirle la responsabilidad civil proveniente del delito, sin perjuicio de que se le apliquen las medidas de seguridad correspondientes. Si por parte del imputado o sus herederos, en caso de muerte del primero, se alega inocencia, tendrá que seguirse el juicio según el trámite ordinario previsto en este Código, para determinar si procede o no la responsabilidad civil a resultas de que el imputado haya sido o no culpable. En el caso de que el imputado hubiera muerto el juicio se seguirá con un representante que los herederos deberán designar.

COMENTARIO

La amnistía es una de las causas que extinguen la responsabilidad penal proveniente de un delito, de tal manera que al beneficiado, se le perdona la comisión de éste, pero única y exclusivamente en cuanto a la pena que corresponda imponer conforme al Código Penal (responsabilidad penal), no así, la obligación a la indemnización del daño causado por el delito, que puede ser exigida, como ya se comentó por el ofendido o sus herederos. Quien invoque esta causal de extinción de responsabilidad, no está exento que se le apliquen medidas de seguridad, las cuales tendrán como fin, asegurar su presencia en el Juicio Civil y garantizar que tal responsabilidad una vez demostrada, será hecha efectiva.

La muerte del procesado, es otra de las causales de extinción de responsabilidad penal, de conformidad con la disposición que comentamos, en el caso que los parientes del imputado aleguen su inocencia, aún y cuando no sea posible exigir la responsabilidad penal por el hecho de haber fallecido, tendrá que realizarse el juicio oral y público en el cual se determinará única y exclusivamente su culpabilidad o su inocencia, sin referirse a pena ninguna; esto pareciera un contrasentido, como que se juzga a un muerto; no obstante tiene su explicación porque la responsabilidad civil solo puede ser exigida si se es culpable del ilícito y tal culpabilidad sólo puede ser declarada en un juicio oral y público. Esta acción resulta muy justa para los herederos de la víctima, quiénes además de tener derecho a saber si el procesado, que ya murió, era o no el responsable del daño ocasionado a su causante, tienen también todo el derecho para exigir de éste, o sus herederos la indemnización de los daños causados, los cuales jamás podrán hacer efectivos ante el Juez de Ejecución competente, si no se acredita por sentencia firme, la culpabilidad del acusado.

Es importante recalcar, que el derecho de defensa queda debidamente garantizado para el procesado muerto, ya que sus herederos tienen la libertad de designarle un representante para la audiencia del juicio.

TITULO III
DE LOS SUJETOS PROCESALES

CAPITULO I
DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES

SECCION PRIMERA
DE LA JURISDICCION

[1]Lesbia Dinora Cubas Urcina
Jaime Banegas Zerón

[1]ARTICULO 54. Jurisdicción Penal. Corresponderá a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y faltas.

Los órganos de la jurisdicción penal tendrán, con exclusividad, la potestad pública para conocer los procesos penales, resolverlos y ejecutar sus sentencias.

La jurisdicción en materia penal será improrrogable y comprenderá:

1. El conocimiento de los delitos y faltas cometidas en el territorio nacional, salvo lo establecido por el Código Penal, por este Código y por las normas del Derecho Internacional vigentes en la República; y

2. El conocimiento de los delitos cometidos en el extranjero en los casos que el Código Penal señala.

El órgano jurisdiccional competente, para conocer de un delito o falta, lo será también para resolver las cuestiones incidentales que se susciten en el curso del proceso, aunque no pertenezcan al orden penal, siempre que tales cuestiones se encuentren tan íntimamente ligadas al hecho punible, que sea racionalmente imposible su separación.

La resolución de tales incidentes, sin embargo, producirá efectos únicamente en materia penal y se fundará en los preceptos legales correspondientes.

No obstante lo anterior, los litigios referentes a la determinación del estado civil de las personas, al derecho de propiedad en el caso de usurpación y las relacionadas con la naturaleza fraudulenta o culposa de la quiebra, sólo podrán ser resueltas por los tribunales civiles.

COMENTARIO

Conceptualmente en sentido amplio la jurisdicción se identifica con el poder soberano del Estado y su contenido comprende el de dictar las leyes y aplicarlas a través de los tribunales estatales que funcionan dentro del territorio nacional. Esta función y este poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando las leyes del estado constituyen en sentido estricto.

---

[1] Los artículos 54 al 91 están comentados por Dña. Lesbia Dinora Cubas Urcina y D. Jaime Banegas Zerón.

A la rama judicial le está atribuida la potestad de administrar justicia, a través de la función de juzgar o de manifestar el derecho en los casos y en los conflictos de las personas previniendo las discordias, resolviendo las controversias y manteniendo de esa forma la armonía social. (Articulo 303 314 Constitución de la República, articulo 1 Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales).

No Obstante que la jurisdicción es una sola, de acuerdo a las diferentes clase de derecho le corresponden jueces o tribunales diferentes, de allí que existan las jurisdicciones civil, penal, laboral, contencioso administrativo, de familia, de la niñez y adolescencia etc. Cada una de estas ramas constituyen otras tantas manifestaciones o especialidades de la jurisdicción.

Mediante el articulo 54 Código Procesal de le asigna a la jurisdicción penal con exclusividad el conocimiento de los delitos y faltas, siendo en tal sentido, una jurisdicción ordinaria pero especializada para esta clase de asuntos pues a ella le esta atribuido el conocimiento de los hechos que se generan por conducta consideradas violatorias de la normatividad. Jurisdicción que es declarada improrrogable porque no se encuentra sujeta a la voluntad de las partes ni aun y cuando medie acuerdo entre estas.

También se coloca dentro del ámbito de su jurisdicción de todas las cuestiones prejudiciales que se susciten en proceso cuando tenga una relación inmediata con el hecho aunque no pertenezca al orden penal, por eso estos incidentes sobre cuestiones prejudiciales no penales se llaman no devolutivos por que el propio tribunal penal lo resuelve sin enviar o devolver a las partes al órgano que por su naturaleza correspondería, de esa regla general se exceptúan los relacionados a la determinación del estado civil de las personas, los litigios sobre propiedad en materia de usurpación, y la calificación de la quiebra como fraudulenta o culposa.

SECCION SEGUNDA
DE LA COMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA Y DE LA FUNCION

ARTICULO 55. <u>Competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia.</u>
La Corte Suprema de Justicia conocerá, en forma exclusiva:

1. De los procesos que tiene como finalidad deducirle responsabilidad a la personas que gocen de inmunidad de acuerdo con la Constitución de la República y demás leyes;
2. De los conflictos de competencia que deba resolver conforme a la ley;
3. Del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias que las Cortes de Apelaciones dicten en primera instancia;
4. Del recurso de casación penal;
5. de la revisión en materia penal; y
6. de los demás asuntos que determinen la Constitución de la República, el presente Código y demás leyes.

COMENTARIO

Este recoge y establece genéricamente los asuntos sometidos a la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, y de manera especial al conocimiento del procedimiento en los casos en que se atribuye responsabilidad criminal, a las personas que gozan de prerrogativas de acuerdo a la Constitución de la República y las demás leyes.

ARTICULO 56. Competencia exclusiva de las Cortes de Apelaciones.
Las Cortes de Apelaciones, con competencia en materia penal, conocerán:

1) De los casos especiales en que, de conformidad con la ley, deban actuar como tribunal de primera instancia;
2) Del recurso de apelación previsto en este Código; y
3) De los demás asuntos que determinen el presente Código y demás leyes.

COMENTARIO

Este recoge y establece específicamente los asuntos sometidos a la competencia exclusiva de las Cortes de Apelaciones en materia penal.

ARTICULO 57. Competencia exclusiva de los Tribunales de Sentencia.
Los Tribunales de Sentencia, integrados por cuatro jueces, conocerán del juicio oral y público a que este Código se refiere. En cada juicio intervendrán solamente tres de ellos; el cuarto deberá estar siempre presente en el debate para sustituir a alguno de aquellos en caso de impedimento grave.

COMENTARIO

Reconoce la existencia innovadora de los tribunales de Sentencia conformados de cuatro Jueces de los que intervienen tres en el Juicio Oral y Público, a quienes les compete en forma colegiada el Juzgamiento. Se asegura el principio de inmediación en el proceso, a través de la presencia sin intervención del cuarto Juez, para el caso de que uno de lo que participan deba separarse o retirarse mediando causa legal de impedimento enfermedad o calamidad domestica debidamente comprobada o por otra razón legal.

ARTICULO 58. Competencia exclusiva de los jueces de Letras. Los jueces de letras conocerán:

1) De las peticiones y requerimiento planteados por el Ministerio Público, los acusadores privados, los querellantes y las victimas conforme lo prescrito por el presente Código;
2) De la sustanciación y resolución de los asuntos propios de las etapas preparatorias e intermedia;
3) De la sustanciación y resolución de los asuntos propios del procedimiento abreviado y de la suspensión condicional del proceso;
4) De los antejuicios promovidos contra jueces de paz;
5) De las acusaciones contra jueces de Paz, jueces de Letras y magistrados de Cortes de Apelaciones para hacer efectiva criminalmente su responsabilidad oficial, una vez declarada con lugar la acusación en el respectivo antejuicio.

En este caso, el Juez de Letras conocerá solamente de los trámites señalados en los numerales 2) y 3) de este Artículo; y

6) De los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia, por el Juez de Paz en juicio por faltas.

COMENTARIO

La innovación es que desaparece el Juez Instructor, y se le da vida a un juez cuya competencia se circunscribe a garantizar los principios Constitucionales que reconocen y declaran la Dignidad Humana y el Debido Proceso en todas las actuaciones y fases previas al debate.

Igualmente se la atribuyen la facultad de Juzgar a plenitud únicamente en aquellos casos en que se aplique la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado contenido en los artículos 36, 37, 403 y 404.

ARTICULO 59. Competencia exclusiva de los Jueces de Paz. Los jueces de paz serán competentes para:

1) Conocer de las peticiones y requerimiento del Ministerio Público, los acusadores privados, los querellantes y las victimas cuando no sea posible lograr la intervención inmediata del juzgado de Letras competente;
2) Efectuar el levantamiento e identificación de cadáveres en ausencia del fiscal;
3) Sustanciar los juicios por faltas; y
4) En los lugares en los que no existan oficinas del Ministerio Público, ni Juzgados de Letras o Tribunales de Sentencia, recibir las denuncias y querellas que se presenten y remitir las primeras al Ministerio Público, para que practique las investigaciones correspondiente y las otras al Tribunal de Sentencia respectivo.

COMENTARIO

Además de las actuaciones puramente jurisdiccionales, al juez de Paz se le concederá facultades que de acuerdo a lo establecido en este Código Procesal que en forma exclusiva son atribuidas al Ministerio Público, Jueces de Letras y Tribunales de Sentencias estableciéndose además como competencia exclusiva la substanciación del Juicio por faltas.

ARTICULO 60. Competencia exclusiva de los Jueces de Ejecución. Los Jueces de Ejecución de las penas y medidas de seguridad, tendrán a su cargo la verificación de que la prisión preventiva, al ejecución de las sentencias y la suspensión condicional del proceso, se realicen de conformidad con la ley y las resoluciones judiciales, así como, la sustanciación, decisión y seguimiento de la libertad condicional y de todos los incidente que se produzca durante la etapa de ejecución de la penas y medida de seguridad.

Será competencia de los jueces de ejecución determinar la procedencia de las medidas de seguridad, que puedan imponerse legalmente después de cumplida la pena privativa de libertad o después de excarcelado.

Tendrá a su cargo, igualmente, velar por el cumplimiento de las finalidades de la pena y de las medidas de seguridad. Lo mismo que la defensa de los derechos de los condenados

También será de la competencia de los Jueces de Ejecución conocer de las demandas en que se exija la responsabilidad civil proveniente de los delitos.

COMENTARIO

Créanse por este medio los Tribunales de Ejecución a quienes se les atribuye la ejecución de la penas y las medidas de seguridad, velar por el fiel cumplimiento de las finalidades de la pena, cual es la resocialización y todo lo relacionado a la tutela de los derechos del condenado, asimismo la verificación de que las medidas cautelares personales, la ejecución de sentencias y la suspensión condicional del proceso se realicen de conformidad a la ley.

Otra de las novedades es que se le somete al juez de ejecución la oportunidad desconocer de las demandas en que se exija la responsabilidad civil proveniente de los delitos.

SECCION TERCERA
DE LA COMPETENCIA

ARTICULO 61. Competencia de las autoridades judiciales. Los órganos jurisdiccionales serán competentes para conocer de los delitos y faltas que se cometan en el territorio en que ejercen jurisdicción.

COMENATRIO

“Si no hubiera más que un solo Juez o un solo Tribunal para el conocimiento de todos los negocios, jurisdiccionales y la Competencia serian la misma cosa. Y lo mismo sucedería si existiendo muchos Jueces y Tribunales La Ley les atribuyera a todos indistintamente el conocimiento de todos los negocios”. El artículo 137 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales define la competencia como la facultad que tiene cada Juez o Tribunal para conocer de los negocios que las leyes han colocado en la esfera de sus atribuciones, la anterior disposición es una derivación del principio contenido en el artículo 90 de la constitución de la República, que dice “Que nadie puede ser juzgado sino por juez o Tribunal competente con las formalidades derechos y garantías que la ley establece”.

Partimos de la idea de que todos los jueces del área penal son de plena competencia, que el objetivo de los procesos es determinar la responsabilidad criminal de los presuntos responsables, que los sujetos sometidos a este son aquellos que han violado la ley; que existe una competencia circunscrita en territorio la que determina a que Juez o tribunal corresponde el conocimiento.

Excepciones, no obstante lo anterior, es necesario señalar que la competencia territorial interna en razón del principio de inmediación no es absoluta, los artículos 126 y 127, 149, 232 y 235, y 314 establecen las excepciones a la competencia en ese sentido, sin embargo éstas únicamente procederán cuando ponderándose los intereses en juego se determine: A) Que sea indispensable conocer en forma directa los elementos probatorios de especial importancia para la causa y no existan otros con los cuales puedan

Llegar al mismo convencimiento. B) Posibilidad cierta de que se altere el orden público en el sitio habilitado para el tribunal de sentencia. C) Que no existan garantías para la adecuada defensa de cualquiera de las partes. D) Cuando uno o varios testigos sufran de incapacidad física que le imposibilite su traslado al asiento del tribunal, y E) A petición de la parte interesada cuando la declaración del testigo sea útil y proporcional, y su recibimiento por otro medio provoque demora procesal.

ARTICULO 62. Lugar de la comisión de un delito o falta. Para los efectos de lo dispuesto en el Artículo anterior, el delito se considerara cometido en los lugares determinados por el Código Penal.

COMENTARIO

El Código Penal en sus artículos 3, 4, y 5 mediante la territorialidad y la extra territorialidad establece la aplicabilidad de la ley penal hondureña a toda persona que cometa un hecho punible en el territorio nacional y demás lugares sujetos a la jurisdicción de Honduras; a las personas que hubiesen cometido delitos en el extranjero contra la salud y la fe pública, la economía o la seguridad exterior o interior del estado o bien a aquellos que se hubiesen cometido en el extranjero y el imputado se hallare en Honduras, señalado en este caso las circunstancias que deben concurrir para ser competentes.

ARTICULO 63. Autoridad competente para conocer de delitos cometidos en lugar ignorado. Cuando se ignore el lugar en que se ha cometido un delito, será el órgano jurisdiccional competente para conocer de las causas, según corresponda:

1) El lugar en que se hayan descubiertos pruebas materiales del delito;
2) El lugar de aprehensión del inculpado;
3) El lugar de residencia o domicilio del inculpado; y
4) El que sea requerido por el representante del Ministerio Publico para realizar actos urgentes.

Las cuestiones de competencia entre dos órganos jurisdiccionales se decidirán reconociendo competencia a aquél que le corresponda según el orden establecido en los numerales anteriores.

Tan luego como conste el lugar en que se cometido el delito, se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional competente y se pondrá a su disposición los detenidos y los efectos decomisados.

COMENTARIOS

El sitio o lugar en que el delito haya sido cometido es el factor (punto de conexión) principal que determina la competencia de no poder determinarse, este artículo establece taxativamente y según corresponda las circunstancias que facultan al funcionario o tribunal correspondiente para ser competente de su conocimiento, y lo seguirá siendo si posteriormente no se lograre determinar el sitio en que se cometió el delito.

ARTICULO 64. Cobertura de la competencia en materia penal. Los órganos jurisdiccionales competentes para el conocimiento de una causa, lo serán también de todas las incidencias que se produzca durante el curso de aquella.

COMENTARIO

El curso normal del procedimiento penal se puede ver alterado por la aparición de problemas procesales (incidencias) Para el conocimiento de estas también será competente el órgano judicial que conozca del procedimiento principal.

(Concordancia: articulo 140 Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales).

ARTICULO 65. Conocimiento a prevención. Cuando según las leyes sean competentes para conocer de un mismo asunto dos o más órganos jurisdiccionales, ninguno de ellos podrá excusarse de intervenir aduciendo que otros pueden hacerlo; pero el que este conociendo a prevención, excluirá a los demás.

COMETARIO

Consagra el fuero general de la competencia territorial, cuando un delito sea cometido en territorio asignado a dos tribunales, ninguno de ellos puede abstenerse del conocimiento una vez requerida su intervención. Sin embargo no puede existir duplicidad de allí, que el conocimiento de uno excluye el del otro (relación con el artículo 141 de la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales).

ARTICULO 66. Competencia para conocer de los delitos cometidos en el extranjero. Será Juez competente para instruir las causas por los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando el proceso pueda o deba seguirse en la República, el del lugar del último domicilio o residencia del imputado. Si este no ha residido en el país, lo será el juez del lugar al que arribe o en que se encuentre el imputado.

COMENTARIO

Cuando los delitos fueran cometidos fuera del territorio nacional y el proceso pueda o deba seguirse en el país, se le atribuye competencia al tribunal nacional en el que el imputado hubiese tenido su ultimo domicilio o residencia a efecto de asegurarle a éste las facilidades para que pueda ejercer su derecho a la defensa, pues se presume que es este el lugar en donde el imputado ha tenido arraigo; por las mismas razones se considera competente en su defecto al Tribunal del lugar al que arribe o en que se encuentre el imputado si este no ha residido o ha estado domiciliado en el país.

SECCION CUARTA
DE LA COMPETENCIA POR CONEXIÓN

ARTICULO 67. Competencia por conexión. El órgano jurisdiccional competente para conocer de un delito, conocerá de los demás que sean conexos con aquél.

Las faltas aunque sean conexas serán enjuiciadas separadamente con arreglo a un procedimiento especial.

COMENTARIO

Por regla general para cada acción u omisión dolosa o culposa necesariamente debe iniciarse un procedimiento penal, por vía de excepción esta regla de este artículo determina que existe posibilidad de que una pluralidad de hechos sea objeto de un mismo procedimiento, y se enjuicien y decidan en una misma sentencia cuando se dé entre ellos uno o varios factores de conexión.

Para terminar se debe analizar si la acumulación daría lugar a un proceso complejo difícil de manejar, en cuyo caso sería preferible la formación de piezas separadas que permitan simplificar y activar el procedimiento.

ARTICULO 68. Los Delitos Conexos. Son delitos conexos:

1) Los cometidos simultáneamente por dos o más personas en forma conjunta;
2) Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o momentos, si ha precedido concierto para cometerlos;
3) Los cometidos como medio de perpetrar o facilitar la ejecución de otros delitos;
4) Los cometidos para procurar la impunidad en otros delitos; y
5) Los diversos delitos que se imputen a un procesado al incoársele causa por cualquiera de ellos, si no han sido hasta entonces, objetos de proceso.

COMENTARIO

La acumulación en un solo procedimiento tiene lugar cuando entre los distintos hechos supuestamente delictivos existan elementos comunes, ya sea en relación con los imputados o cuando, de acuerdo a la generalidad de los autores concurra alguna de estas causas de conexión. La primera se relaciona con el principio de economía procesal pues así se evita la multiplicación de los juicios; la segunda que responde a la necesidad de impedir que se dicten sentencias contradictorias sobre cuestiones idénticas o análogas, rompiendo la continencia de la causa; y en tercer lugar cuando la aplicación de la norma natural así lo exija, este tipo de conexión será el que se da en los casos señalados en los artículos 35 y 36 del Código Penal.

En cuanto a los delitos que se imputan a un procesado que no ha sido objeto de juicio, es conveniente señalar que aun y cuando esta circunstancia es factible, debe previamente examinarse por un lado la conexión de sentido entre uno y otros, y por otro, el estado en que se encuentra pues si de uno ya se tienen los elementos suficientes para el debate y el otro se encuentra en fase de investigación preliminar, la acumulación lesionaría el bien jurídico protegido, y entre el interés del estado por ejecutar la acción penal y la protección de los derechos del individuo debe primar este ultimo.

ARTICULO 69. Competencia para conocer de los delitos conexos. En los procedimientos por delito de acción pública conexos, se conocerá un solo órgano jurisdiccional. Será competente, por su orden.

1) El del territorio en que se haya cometido el delito al que deba aplicársele la mayor pena;

2) El que primero haya iniciado la causa si a todos los delitos se les debe aplicar una pena igual;
3) El que designe la correspondiente Corte de Apelaciones, Con el único fin de atender a la mejor o mas pronta administración de justicia, si las causas se iniciaron al mismo tiempo o no consta cual se inicio primero; y
4) El que, en el caso de numeral anterior, designe la Corte Suprema de Justicia, si las causas se iniciaron en órganos jurisdiccionales sujetos a la jurisdicción de diferentes cortes de apelaciones.

COMENTARIO

Mediante este articulo se define y estableen las circunstancias que servirán para determinar a que Tribunal corresponde el conocimiento del proceso en el caso de los delitos conexos de acción pública, tomando como base los criterios de competencia territorial y mayor pena, misma que se aplican de acuerdo al orden establecido en los numerales que al efecto se señalan en esta sección.

ARTICULO 70. Improcedencia de la acumulación. La acumulación de procesos, cuando se trate de delitos conexos, será improcedente si ha de producir un grave retraso en el trámite de alguno de ellos.

Lo dispuesto en los Artículos precedentes de esta sección, será aplicable a los procesos por delitos de acción privada, pero estos no podrán acumularse con procesos por delito de acción pública.

COMENTARIO

Este artículo declara la improcedencia de la conexidad cuando con ella se traiga como consecuencia un grave retardo en el trámite por cuanto al producirse este se violente las garantías judiciales contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Exceptuase de la regla de conexión la acumulación de los procesos seguidos por delitos de acción privada y acción pública dado los intereses que con ellas se protegen.

SECCION QUINTA
DE LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

ARTICULO 71. Forma de promover las cuestiones de competencia.
Las cuestiones de competencia pueden promoverse por inhibitoria o por declinatoria.

El litigante que haya optado por uno de estos medios no podrá después abandonar para recurrir al otro. Tampoco podrá emplear los dos simultánea ni sucesivamente. Las cuestiones de competencia también podrán ser promovidas de oficio por el respectivo órgano jurisdiccional.

COMENTARIO

Las cuestiones de competencia pueden promoverse o bien ante el Tribunal

que este conociendo o bien ante quien las partes consideren que compete el conocimiento, de allí la facultad para promover las cuestiones de competencia cuya invocación debe elegirse previamente pues la utilización de una excluye a la otra prohibiéndose inclusive la simultaneidad en su empleo.

Que considerando la competencia como factor que integra los presupuestos procesales, es obligatorio para el juez la revisión de los procesos sometidos a su conocimiento respecto a esta, de lo que resulta, que estableciéndose la incompetencia a merced de dicha revisión procede de oficio su promoción. Por cuanto de resultar incompetente adolecería el procedimiento de uno de sus requisitos esenciales por lo que es procedente su adelantamiento por parte del juez, para evitar posteriores nulidades y desgastes innecesarios del sistema.

ARTICULO 72. La inhibitoria. La inhibitoria se intentara ante el órgano jurisdiccional al que se crea competente, pidiéndole que se dirija al que este conociendo del asunto para que se inhiba y le remita los autos.

Si el interesado pretende acreditar con documentos su derecho, deberá acompañarlo a la solicitud de inhibitoria o pedir en ella los testimonios correspondientes.

COMENTARIO

Se conoce como cuestión de competencia por inhibitoria la que se promueve ante el juzgado o tribunal que se considera competente, a quien por este medio se le pide que se dirija al que este conociendo para que se inhiba y remita los autos. Se obliga por este medio al interesado, además de exponer los hechos básicos en que se funda, la obligación de acompañar a dicha solicitud los documentos con que pretende acreditar su derecho o bien pedir en ella los testimonios correspondientes para facilitar la labor del juzgado o tribunal y no incurrir en vaguedades que puedan producir decisiones contrarias a los fines perseguidos, adelantándose también de esa forma el procedimiento para obtener una decisión pronta y expedita.

ARTICULO 73. La inhibitoria y las autoridades judiciales. Con el merito de lo que la parte exponga y de los documentos que presente o de los que el órgano jurisdiccional mande agregar de oficio, se accederá a la solicitud o se declarara sin lugar.

El auto que declare sin lugar la solicitud de inhibitoria será apelable.

COMENATRIO

Amén del contenido sobre el comentario al artículo anterior es facultad del Tribunal ordenar prueba de oficio mandando traer otros documentos con los cuales accederá a la solicitud o declara no haber lugar a ella siendo susceptible tal resolución del recurso de apelación.

ARTICULO 74. Aceptación de la solicitud de inhibitoria. Si el órgano jurisdiccional accede, dirigirá al que estuviere conociendo del asunto la correspondiente comunicación, con inserción de la solicitud de la parte y de los demás documentos que estime necesario para fundar su competencia.

COMENTARIO

Considerándose competente el tribunal ante el cual se promueve la inhibitoria, este remitirá mediante la correspondiente comunicación insertando en ella la solicitud de la parte, acompañando a ella los documentos que sirvieron para motivar su resolución.

ARTICULO 75. Trámite de la solicitud de inhibitoria. Recibida la comunicación, el órgano jurisdiccional requerido oirá dentro del tercer día a la parte que ante el litigue, y con el merito que arrojen los documentos que presente o que el órgano jurisdiccional mande agregar de oficio, accederá a la inhibitoria o la declarara sin lugar en un término no mayor de tres (3) días.

El auto en que el órgano jurisdiccional requerido acceda a la inhibición será apelable.

Si el órgano jurisdiccional requerido accede a la inhibición y ésta es consentida, remitirá los autos al requirente. Si la deniega, lo comunicara al mismo órgano jurisdiccional, acompañándole testimonios de la resolución adoptada, de lo que haya expuesto la parte y de lo demás que estime necesario en apoyo de su competencia.

COMENTARIO

Estable el trámite a seguir por el tribunal requerido una vez que este recibe la comunicación y los términos que se le conceden a la parte que ante el tribunal a litigado, a efecto de asegurar el derecho a la defensa.

ARTICULO 76. Insistencia del órgano jurisdiccional requirente. Si el órgano jurisdiccional requirente insiste en la inhibición, lo comunicara al requerido y lo excitara para que remita las diligencias que haya practicado al tribunal superior común inmediato, competente para dirimir la discordia. Igual remisión hará de las diligencias que hayan tenido lugar en el mismo.

La remisión de las diligencias se hará dentro de los tres (3) días hábiles siguientes del recibimiento de la comunicación, con citación de las partes.

COMENTARIO

En este artículo se determina la posibilidad de que el tribunal persista en la inhibición solicitando al tribunal que se considera incompetente para su remisión.

ARTICULO 77. Resolución del diferendo en caso de Insistencia. Recibidas las actuaciones por la correspondiente Corte de Apelaciones o por la Corte Suprema de Justicia, según el caso, resolverá el diferido dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de recepción de los antecedentes. Si hubieren hechos que probar, se abrirá la causa a pruebas por tres (3) días.

COMENTARIO

En el artículo se establece el término fijado para resolver el defirendo planteado una vez recibidas por la Corte competente en su caso.

ARTICULO 78. Recurso contra auto que admita la inhibitoria. El auto en que el órgano jurisdiccional requirente, se conforme con lo resuelto por el órgano jurisdiccional requerido, será apelable.

COMENTARIO

Contra la resolución que resuelva la cuestión de competencia por inhibitoria será objeto de recurso de apelación.

ARTICULO 79. Conformidad de requirente con lo resuelto por el requerido. Si el órgano jurisdiccional requirente se conforma con lo resulto por el requerido y esta solución fuere consentida, lo comunicara a este órgano jurisdiccional para que continué en el conocimiento del asunto.

COMENTARIO

En este artículo existe un consentimiento de parte del tribunal requeriente, y este deberá seguir el proceso puesto que con el fallo la cuestión de competencia quedo definitivamente resuelta.

ARTICULO 80. La declinatoria. La declinatoria se propondrá ante el órgano jurisdiccional al que se cree incompetente y que este conociendo del asunto, indicándole el órgano jurisdiccional al que se cree competente y pidiéndole se abstenga de seguir conociendo el asunto.

En todo lo demás, la declinatoria se substanciara y resolverá conforme a lo dispuesto en los Artículos precedentes de esta sección, en lo que corresponda.

COMENTARIO

En el caso de la cuestión de competencia por declinatoria existe un solo Tribunal que está siendo objeto de juego y es el mismo que está conociendo el proceso principal, al cual se le estima incompetente, para que deje de conocer el asunto y decline en el conocimiento. En este acaso es preciso explicar ante este Tribunal cual es el Juzgado que se considera competente para conocer del asunto.

ARTICULO 81. Efectos de las cuestiones de competencia. Las cuestiones de competencia no suspenderán la etapa preparatoria del proceso, ni afectaran la validez de los actos que en ella se realicen.

Mientras la cuestión planteada no haya sido resuelta, no podrá dictarse resoluciones definitivas.

COMENTARIO

Es menester considerar que las cuestiones de competencia señaladas en esta sección, no suspenderán la etapa preparatoria del proceso con el fin de no entorpecer la investigación a cargo del Ministerio Público.

ARTICULO 82. Devolución de las actuaciones. Resuelta la cuestión de competencia, se remitirán las actuaciones, sin tardanza, al órgano jurisdiccional declarado competente.

COMENTARIO

Resueltas las cuestiones de competencia sin más trámite deberán devolverse las actuaciones al Juez o Tribunal declarado competente con el fin de no dilatar el proceso innecesariamente

SECCION SEXTA
DE LAS RECUSACIONES Y EXCUSAS

ARTICULO 83. Causas de recusación. Los Jueces y magistrados y los auxiliares de los órganos jurisdiccionales solo podrán ser recusados por causa legítima.

Son causas legítimas de recusación:

1) Ser cónyuge, conviviente o compañero de hogar, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o de adopción o segundo de afinidad de alguna de las partes o de su mandatario o representante legal:
2) Estar o haber sido acusado, denunciado o querellado por alguna de las partes como autor o cómplice de un delito o falta;
3) Haber sido Juez o integrante de un tribunal en una etapa anterior del proceso;
4) Haber sido Defensor de alguna de las partes o intervenido en el caso como Fiscal, perito o testigo;
5) Ser o haber sido denunciante, Acusador Privado o querellante de quien recusa;
6) Ser o haber sido tutor o curador de alguna de las partes;
7) Haber estado bajo tutela o cúratela de alguna de las partes,
8) Tener el Juez, su cónyuge o compañera de hogar o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, litigio pendiente con el recusante;
9) Ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes;
10) Haber aconsejado o manifestado extrajudicialmente de alguna manera su opinión sobre la causa;
11) Tener amistad intima o enemistad manifiesta con alguna de las partes;
12) Haber recibido o esperar recibir en forma personal o directa o haberlo hecho su cónyuge o compañera de hogar, sus partes o hijos u otras persona, que vivan a su cargo, beneficios de cualquier clase de alguna de las partes, o haber recibido las mismas personas, después de haberse iniciado el proceso, presente o dadivas de cualquier valor de una de las partes; y,
13) Haber intervenido o estar interviniendo como Juez en el mismo asunto, algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por adopción o el cónyuge o persona con quien hace vida marital.

Se consideran partes, para los fines de este Artículo, al imputado y a la víctima, aunque esta última no figure como tal en el proceso, lo mismo que a sus mandatarios o representante legales.

COMENTARIO

Para que exista Recusación de un Juez o Tribunal, deberán necesariamente señalar específicamente cualesquiera de las causales legítimas de recusación misma que se describen a lo largo de este artículo.

El legislador se ha asegurado que el proceso prime la imparcialidad al separar al tribunal de sentencias de la actividad investigativa, atribuyéndole como

función única la jurisdiccional de juzgar, sin embargo la imparcialidad no de la estructura sino del hombre que la conforma puede verse afectada no solo por la intervención que el Juez pueda haber tenido con anterioridad en el proceso, para el caso del Juez de letras que pasa a formar parte del tribunal de sentencias o porque de alguna forma haya estado en contacto con el material recogido en la investigación preliminar, por haber sido defensor o haber intervenido de alguna forma en el caso, y también por motivos o situaciones de índole personal. A las primeras la doctrina la denomina causas funcionales u objetivas, siendo estas aquellas que no permiten una decisión legítima por existir presupuestos negativos determinados que conllevan a una resolución preconcebida (inciso 3 y 4) y personales y subjetivas a las segundas que por el hecho de tratarse de relaciones económicas, de consanguinidad, afinidad, adopción, amistad o enemistad de alguna de las partes podrían despertar sospecha sobre la existencia de un interés directo o indirecto (1,2,5 y restantes). A fin de apartar del camino al juez incompatible con ese elemento generador de confianza en al ciudadanía, que quiere y requiere de hombres libres de sospechas ejerciendo la actividad jurisdiccional, se establecen las causa de recusación como un mecanismo para que le ciudadano interviniente pueda separar del proceso a aquel funcionario en quien concurra. Cualquiera de las causales aquí enumeradas o bien para que éste consciente de sus funciones y de lo que de él espera la sociedad se separe voluntariamente de éste, cuando crea que consciente o inconscientemente puedan influir en su ánimo al momento de decidir en su caso concreto.

ARTICULO 84. Obligaciones de abstención de los funcionarios recusados. Los jueces o magistrados que se consideren comprendidos en alguna de las causas de recusación señaladas en el Artículo anterior, se excusarán sin tardanza y se apartarán del conociendo del proceso sin esperar a que se les recuse. Lo mismo hará los auxiliares de los órganos jurisdiccionales, en igual caso.

La excusa de los magistrados deberá ser previamente aprobada por el respectivo tribunal, de conformidad con lo prescrito por el Artículo 87 de este Código el cual, cuando proceda, designara al reemplazante.

Contra estas excusas, no se admitirá recurso alguno, pero si fueren indebidas los respectivos jueces o magistrados quedaran sujetos a las medidas disciplinarias establecidas por la ley o por la Corte Suprema de Justicia.

COMENTARIO

Dentro de las obligaciones del Juez o Tribunal que se considere comprendido en alguna causa de recusación de conformidad a las reglas éticas existe una obligación ineludible y apartarse del conocimiento sin esperar que se promueva la recusación respectiva de la causa, la cual deberá comunicarse a la autoridad judicial competente.

ARTICULO 85. Personas que pueden recusar. La recusación solo podrá ser intentada por las partes, el Ministerio Público incluido, o por sus mandatarios o representantes legales y por quienes puedan resultar civilmente responsable por el delito.

COMENTARIO

Pueden recusar quienes tengan interés directo en la causa que se juzga. En ese sentido es importante resaltar que la recusación es una institución que requiere ser tutelada directamente por el agraviado penal o civilmente en el proceso en el que interviene el funcionario judicial recusado.

ARTICULO 86. Momento procesal y formas en que puede recusarse.
La recusación propondrá, en la etapa preparatoria del juicio, antes de la conclusión de aquella; durante el juicio, en la preparación del debate; cuando se haya ejercitado un recurso, en el momento de la interposición de éste, y en cualquier momento durante la ejecución de la sentencia.

La recusación se propondrá por escrito, indicándole, bajo pena de inadmisibilidad, concreta y claramente los motivos en que se funda.

La recusación se presentara acompañada de las pruebas que la justifican, si son anteriores al pleito o las conoce el recusante. Si son posteriores o anteriores y no ha tenido conocimiento de ellas el recusante, se presentara dentro de la veinticuatro (24) horas siguientes al momento en que llegaron a su conocimiento. No justificándose este extremo, será desestimada la recusación.

Durante las audiencias, la recusación será propuesta oralmente, aunque estará sujeta a las condiciones de admisibilidad establecidas en el párrafo anterior. De su presentación y causas, se dejara constancia en el acta.

COMENTARIO

La interposición de la recusación se pondrá normalmente por escrito, manifestándose en el mismo la motivación de esta, salvo en el caso de las audiencias del Juicio Oral las que se harán en forma verbal. La recusación estará sujeta a la reglas de admisibilidad en las etapas definidas en este artículo junto con las pruebas de justificación.

ARTICULO 87. Autoridades competentes para conocer de las recusaciones.
De las excusas o recusaciones de los Jueces de Paz conocerá el respectivo Juez de Letras; de las de estos y Jueces de Ejecución, la correspondiente Corte de Apelaciones y de las excusas o recusaciones de los Magistrados de las Cortes de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, conocerá el tribunal mismo, con exclusión del miembro o miembros de cuya excusa o recusación se trate.

Cuando en un asunto se excuse o sean recusados uno o más jueces de sentencias conocerá el tribunal jerárquicamente superior. De ser aprobada la excusa o declarada con lugar la recusación, la Corte Suprema de Justicia designará los sustitutos.

COMENTARIOS

El conocimiento que el código le confiere de las recusaciones a los distintos jueces y tribunales está regido por el criterio de jerarquía superior con respecto al inferior, lo mismo sucede en el caso de la designación de los sustitutos

en el caso de ser aprobada la excusa o declarada con lugar la recusación.

ARTICULO 88. Trámite y resolución de las recusaciones. Propuesta la recusación, se pedirá informe al Juez o magistrado contra quien se dirija, el que deberá rendirlo dentro de las veinticuatro horas siguientes a la fecha de su recepción.

Si la causa invocada no figura entre las que enumera el Artículo 83, se rechazará de plano la solicitud.

Si en su informe el recusado estima procedente la causa alegada por ser cierta y legítima, se inhibirá del conocimiento del proceso, para lo cual él o el tribunal de que forme parte, dictara resolución, si el procedimiento fuere escrito y levantara acta, si el procedimiento fuere verbal, dándose, desde luego, por recusado, y mandado que pasen las diligencias a quien deba reemplazarlo. Si no admite la recusación, el órgano jurisdiccional competente resolverá dentro de los tres días siguientes a la fecha de recepción del informe.

Si hubiere hecho qué probar, se señalara audiencia para dentro del tercer día, y al final de la misma se resolverá lo procedente.

Si se admite la recusación, conocerá del asunto el subrogante, que será designado por el órgano jurisdiccional que haya conocido de aquélla.

COMENTARIO

En cuanto al trámite a seguir en las recusaciones se establece una substanciación verdaderamente sumaria para la definición del mismo, en donde se garantiza la defensa del funcionario, pudiendo, en caso que hubieren hecho que probar, resolver lo procedente señalado audiencia para la evacuación de la misma. Si la recusación es admitida se designara el Juez o tribunal que conocerá el asunto.

ARTICULO 89. Efectos de las recusaciones y excusa sobre el proceso. La recusación o la excusa no detendrán el curso del proceso, excepto cuando se plantee durante una audiencia oral o durante el trámite de un recurso, casos en los cuales el incidente será resuelto inmediatamente después de su planteamiento.

COMENTARIO

Resulta que por regla general tanto la recusación como la excusa no detienen el transcurso del proceso, sin embargo existe un factor de mitigación y es el caso de que estas se plateen en una audiencia oral o durante el trámite de un recurso, siendo que en este caso deberá resolverse primero lo planteado.

ARTICULO 90. Efectos de las recusaciones. Durante la sustanciación de la excusa o de la recusación, el Juez o magistrado correspondiente, no podrá intervenir en el intervenir en el incidente ni en el pleito, bajo pena de nulidad de lo actuado, salvo en caso urgentes que, debido a las circunstancias, no puedan ser atendidos por el reemplazante.

Aprobada la excusa o declarada con lugar la recusación, la intervención de los nuevos jueces o magistrados será definitiva respecto de la causa de que se trate, aunque posteriormente desaparezcan los motivos que determinaron el reemplazo.

COMENTARIO

En el transcurso del trámite de la recusación la intervención de los jueces o Magistrados en el incidente o pleito principal se ve restringida el fin de asegurar la imparcialidad judicial, salvo casos debidamente calificados que el reemplazante no pueda atender.

ARTICULO 91. Excusa y recusación de los auxiliares judiciales. Los auxiliares de los órganos jurisdiccionales podrán excusarse o ser recusados por las mismas causas que los jueces y magistrados. El órgano jurisdiccional al que prestan sus servicios hará las averiguaciones pertinentes en forma breve y sumaria y decidirá lo que corresponda en resolución motivada, contra la que no se admitirá recurso alguno.

COMENTARIO

En el caso de que los auxiliares del poder judicial deban excusarse o ser objeto de recusación deberá ser por los mismos motivos que legítimamente puede ser recusado un Juez o tribunal, siendo un procedimiento sencillo y sumario.

* * *

CAPÌTULO II

DEL MINISTERIO PÚBLICO

Rixi Moncada Godoy

[2] **ARTICULO 92. Función.** Corresponderá al Ministerio Publico, por medio de sus funcionarios y órganos auxiliares, investigar los hechos punibles y promover la acción penal publica en representación de la sociedad, sin perjuicio de la legitimación de la Procuraduría General de República, para ejercitar la acción penal en materias propias de su competencia. Con tal propósito, realizara todos los actos que sean necesarios para preparar la acusación y participar en el proceso, de conformidad con las disposiciones de su respectiva ley y del presente Código.

COMENTARIO

Esta disposición, resulta sumamente importante, por cuanto resuelve el gran problema existente entre la Procuraduría General del Estado y el Ministerio Publico, a quienes desde el inicio de sus funciones, la Procuraduría ha acusado de que están actuando en una esfera que no les corresponde, especialmente cuando investiguen delitos que tiene que ver con enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, para los cuales dice la procuraduría, es necesario se siga el procedimiento administrativo que tenemos señalado, es

[2] Los artículos 92 a 124 están comentados por D. Rixi Moncada Godoy.

decir que primero debe investigar la oficina de la probidad administrativa, quien si encuentra merito debe remitir los expedientes a aquel órgano para que sea el que proceda.

Este articulo recalca el deber que tiene el Ministerio Publico de investigar y promover la acción penal pública, como representante de la sociedad, de investigar y prepararse también, formando su propio expediente, para participar en todo aquellos casos cuya legitimidad exclusiva pertenece a la Procuraduría General de la República, teniendo siempre como limites, las disposiciones de su ley constitutiva e ingresando al proceso, una vez que la acción haya sido entablada por el representante del estado.

ARTICULO 93. Objetividad. En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Publico actuara con absoluta objetividad y velara por la correcta aplicación de las leyes penales.

Deberá investigar no solo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sean causas de exención o de atenuación de responsabilidad del imputado; asimismo, deberá formular sus requerimientos conforme a ese criterio, aun a favor del imputado.

Los fiscales formularan oralmente, en forma clara, precisa y motivada sus requerimientos, solicitudes y conclusiones en la audiencia inicial, a si como, en el debate y en las demás audiencias que convoquen los jueces o magistrados.
En los demás casos, lo harán por escrito.

COMENTARIO

El deber de objetividad que aquí se señala, debe ser una de las más importantes cualidades que debe reunir un agente fiscal, ya que una de las funciones que constitucionalmente tiene asignada es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.
Esta función, le exige esa objetividad tanto en el proceso de investigación de una causa, como en su substanciación en los Juzgados y Tribunales, de manera tal que deben procurar todas las pruebas que contribuyan a realizar un proceso limpio, transparente y justo, no importa si las pruebas que produce son en beneficio del encausado, pues precisamente esa es la objetividad.

El Ministerio Publico es el representante de la sociedad, para la defensa de los derechos de todos, que somos ofendidos por el delito, y como tal debe realizar sus investigaciones y ejercitar su acción contra el que cree es responsable, ya que no solo representa la pretensión punitiva del Estado, sino como ya se dijo, la sociedad dentro de la cual se encuentra el mismo procesado.

Esta disposición también nos permite aclarar, que no existe tal monopolio de la acción penal publica por parte del M.P. y que las acciones pueden ser ejercidas, bien por la victima o su representante, por cualquier persona natural o jurídica, contra los funcionarios que en el ejercicio violen derechos humanos, así como también por la Procuraduría General de la República, cuando las acciones resulten de las intervenciones fiscalizadoras de la Contraloría General, en cuyo caso el M.P. podrá participar en los términos que lo señalan su Ley Constitutiva.

ARTICULO 94. Ilegalidad de la pruebas.- Cuando los fiscales tenga en sus poder pruebas y sepan que fueron obtenidas por métodos ilícitos, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y otros abusos de los derechos humanos, se abstendrán de utilizarlas; procederán contra quienes hayan empleado esos métodos para obtenerlas si consideran que se ha incurrido en responsabilidad penal; y adoptaran todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables comparezcan ante la justicia.

COMENTARIO

Este articulo está dirigido no solo a las pruebas que han de ser evacuadas en la audiencia de juicio oral y público, y a las que se incorporarán por lectura o las que anticipen, sino también a los medios de pruebas que debe evacuarse en la audiencia inicial, para establecer los indicios racionales de participación de un imputado en un hecho delictivo, y tiene que ser así porque no es posible fundamentar una sentencia o una resolución provisional con fundamentos en pruebas obtenidas violentado los derechos humanos del ciudadano. Los miembros de la policía en general, quienes en muchos de los casos intervendrán y procuraran ciertas pruebas, deberán hacerlo con especial cuidado y siempre que sea posible siguiendo estrictamente las instrucciones del fiscal, quién será el que sustente la acción penal pública y en caso de enterarse que las misma se han obtenido por medio ilícito a sabiendas de las responsabilidad, no la utilizara y deberá proceder de inmediato asegurándose que el responsable comparezca ante la justicia.

La norma en comento señala como métodos ilícitos para obtener pruebas: las torturas, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y otros abusos de los derechos humanos, vale la pena mencionar que las “doctrinas sobre derechos fundaméntale han coincidido en reconocer a los mismos su condición de universales, inviolables, intransferibles, imprescriptibles, irrenunciables, interdependientes, integrales y complementarios, en tanto que Naciones Unidas plantea como definición de derechos humanos, la siguiente: Derechos que son inherentes a nuestra naturaleza y sin los cuales no podemos vivir como seres humanos. Los derechos humanos y libertades fundamentales nos permiten desarrollar y emplear cabalmente nuestras cualidades humanas, nuestra inteligencia, nuestro talento y nuestra conciencia y satisfacer nuestras variadas necesidades, entre ellas las necesidades espirituales. Se basa en una exigencia cada vez mayor de la humanidad de una vida en la cual la dignidad y el valor inherente de cada ser humano recibe respeto y protección”. (Derechos humanos, preguntas y respuestas. Naciones Unidas, sita de CIPRODEH, serie derechos fundamentales).

ARTICULO 95. Excusa y recusación de los fiscales. Los fiscales podrán excusarse o ser recusados por las mismas causa que los jueces y magistrados.

No les serán aplicables, sin embargo, las de haber intervenido en el proceso como fiscal o haber manifestado su opinión sobre la causa.

La excusa o recusación será resuelta por el correspondiente superior jerárquico, conforme a procedimiento establecido para la recusación de los jueces y magistrados, en lo aplicable.

Contra lo resuelto no se admitirá ningún recurso.

COMENTARIO

La imparcialidad es una condición indispensable para los agentes de los M.P. cumplan debidamente su función y para evitarles al fiscal los conflictos que se pudieren producir si tuviere que decidir sobre asunto que no lo son ajenos a título personal, la ley procesal establece aquí la abstención, que bien puede notificarla el mismo, a través de una excusa en la que exprese la razones por la cuales no puede conocer de un proceso determinado, o en su defecto y en caso de que por su propia iniciativa no lo haga, se faculta a las partes para que puedan solicitar su separación del conocimiento de la causa a través de la recusación.

No lo son aplicables sin embargo, el hecho de haber intervenido en las etapas del proceso como fiscal o el externar su opinión o punto de vista sobre la causa.

Será el superior jerárquico el que resolverá la excusa o recusación, de manera que si se trate de un fiscal auxiliar de la fiscalía contra la corrupción, corresponderá al fiscal especial del ente, su resolución, con lo que se evita el recargo de trabajo en los jueces que en el proceso actual, son los que resuelven estas peticiones.

CAPITULO III

DEL ACUSADOR PRIVADO

ARTICULO 96. <u>El Acusador Privado y los delitos de acción pública.</u>
En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal podrá provocar la persecución penal con la asistencia de un profesional del derecho debidamente colegiado y en el pleno ejercicio de su profesión, o intervenir la ya iniciada por el Ministerio Público, con todos lo derecho y facultades que le confieren la constitución de República, el presente código y las leyes especiales.

Cuando la víctima acredite carecer de medio económicos suficientes para ejercitar la acción privada, será representada por el Ministerio Público.

El mismo derecho tendrá cualquier persona, natural o jurídica, contra los funcionario o empleados públicos que, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, haya violando derechos humanos.

La participación de víctima como acusador, no impedirá que el Ministerio Publico cumpla con las funciones que le atribuye el presente código o su respectiva ley, ni lo eximirá de sus responsabilidades.

Lo dispuesto en el artículo se entenderá sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 230 de la Constitución de la República.

COMENTARIO

Se pretende con esta disposición asegurar a la victima su intervención en el proceso, bien sea provocando la persecución penal con la asistencia de un abogado debidamente colegiado, o uniéndose a la ya hincada por el M.P. la provocación de la persecución, puede promoverse ante la oficina correspondiente del M.P. o ante el juez de letras competente, y para el caso que tal persecución ya se hubiere iniciado y presentado el requerimiento fiscal, la victima a través del acusador privado tiene la posibilidad de unirse y participar de manera activa, sin que esta circunstancia sea obstáculo para la continuación de la labor del fiscal hasta la terminación del proceso.

Siendo las personas humanas el fin supremo de la sociedad y el estado, el derecho al respeto de su integridad tanto física, como moral, no puede quedar desprotegido ante los arbitrios de que pueda ser objeto por parte de un empleado o funcionario en el ejercicio, y es por eso que también se garantiza el derecho a su intervención en este tipo de procesos, en los cuales al permitirse la participación a través de personas jurídicas, que en este caso entendemos deben ser las organizaciones populares o de derechos humanos, se asegura que infinidad de acciones no queden cubiertas con el velo de la impunidad, por supuesto la conducta observada o la acción cometida, debe estar debidamente tipificada en la norma penal.

El artículo 230 constitucional señalado, en el párrafo fina, se refiere a las acciones cuyo ejercicio corresponde a la Procuraduría General de la República, como son las acciones civiles y criminales que resulten de las intervenciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República.

ARTICULO 97. <u>Proposición de actuaciones por el acusador privado.</u> Si el acusador privado pretende la práctica de una actuación no dispuestas por el Ministerio Público, requerirá a este para que las orden oportunas a efecto de que se lleve a cabo.

El Ministerio Público resolverá motivadamente, lo que estime oportuno en el plazo de 24 horas. Si denegar la práctica de la actuación requerida, el acusador privado podrá solicitar al juez de letras competente que orden su ejecución y este, en el plazo de 48 horas, decidirá lo que tenga por conveniente.

COMENTARIO

El primer párrafo se refiere a la práctica de actuaciones previas al audiencia inicial, esto es, actuaciones eminentemente investigativas las que realizara el Ministerio Publico en colaboración con la policía de investigación o en su defecto con la policía preventiva, a excepción de aquellas que vulneren derechos individúale garantizadas por la constitución, en cuyo caso necesitara la intervención de un juez de letras, quien deberá autorizar su ejecución por auto motivado.

La decisión del fiscal, ante la petición de la práctica de una actuación o diligencia administrativa planteada por el acusador privado no es absoluta, ni podrá ser arbitraria, porque en este caso el acusador privado, tendrá la

opción de solicitarlo al juez competente, que será el llamado a conocer de la acción, en conformidad con las reglas de competencia establecidas en los artículos 55 y siguientes de este código, de tal manera que las actuaciones de los fiscales estarán controladas por el juez.

ARTICULO 98. Representación de la víctima de un delito por una asociación. La persona directamente ofendida por el delito podrá conferirle su representación a un Profesional del Derecho, que preste sus servicios a una asociación de protección o ayuda dotada de personalidad jurídica y sin fines de lucro.

COMENTARIO

El artículo 98 de la oportunidad para que diversas organizaciones o asociaciones de protección de ayuda, siempre y cuando se encuentren reconocidas en conformidad con nuestra legislación, puedan representar ante los estrados judiciales, especialmente a personas carentes de recursos, o aquéllas que por temor fundado, aún y cuando son objeto de un hecho ilícito, no lo denuncian.

ARTICULO 99. Requisitos de la acusación privada. La acusación privada contendrá:

1) Establecer la suma y la designación del Tribunal, contentiva del delito por el cual se acusa;
2) El nombre, apellidos y demás generales de quien se propone actuar como Acusador Privado;
3) Una relación sucinta de los hechos;
4) El nombre, apellido y demás generales del imputado, si los conoce el acusador;
5) Indicación precisa de las pruebas con que cuente o de las que tenga noticia;
6) La petición concreta de ser tenido como parte; y
7) Manifestación expresa del poder que le confiere al Profesional del Derecho que lo asista y la firma del acusador.

Si quien comparece es el Profesional del Derecho, deberá acreditar su personería mediante escritura pública.

La falta de cualquiera de los requisitos señalados no impedirá que se admita para trámite el correspondiente escrito, pero el juez respectivo ordenará al Acusador Privado que lo enmiende dentro de los tres días siguientes, so pena de declarado sin lugar.

Si el escrito se declara sin lugar, tal hecho no será obstáculo para que se presente nuevamente la acusación.

COMENTARIO

Lo novedoso de esta disposición, es que aún y cuando exige una serie de requisitos que son básicos en todo libelo acusatorio, ofrece la oportunidad de que la acusación, para el caso de adolecer de alguno de los requisitos, se admita a trámite y se ordene la enmienda, facilitando así la celeridad procesal y por supuesto la economía.

ARTICULO 100. **Separación y abandono de la acción privada.** El Acusador Privado podrá en cualquier momento, apartarse expresamente o abandonar el proceso

La separación se hará mediante manifestación en ese sentido ante el órgano jurisdiccional competente.

El abandono se producirá cuando citado para prestar declaración, o para la ejecución de cualquier medio de prueba, para cuya práctica sea necesaria su presencia, el Acusador Privado no comparece sin justa causa o se niega a colaborar para la práctica de la diligencia. La justa causa se acreditara antes de que se decrete el abandono.

El abandono será declarado de oficio, a petición del fiscal o de partes.

La separación y el abandono impedirán toda posterior participación en el proceso, pero en ambos casos, éste continuará con la intervención del Ministerio Público.

COMENTARIO

El código clasifica las acciones penales en públicas y privadas, y regula su ejercicio distinguiendo, la acción pública, la acción pública dependiente de instancia particular y aquellos delitos que sólo son perseguibles por acción privada. La acción puramente pública puede ser ejercitada de manera oficiosa por el M.P., o por el Acusador Privado; la acción pública dependiente de instancia particular, solamente puede ser ejercitada por el Ministerio Publico, si así se lo solicita la victima; en tanto que la acción privada, cuyo procedimiento para su ejercicio se regula en los artículos 405 y siguientes, solamente puede ser ejercitada por la propia víctima en su condición de querellantes y mediante un procedimiento especial que exige la presentación y substanciación de la querella, de manera directa al Tribunal de Sentencia.

El artículo en comento, aun cuando su epígrafe es referido a la acción privada y tiende a confundirlo con las querellas por delitos de acción eminentemente privada, por su ubicación en el Capítulo III del Acusador Privado y por el señalamiento expreso de la intervención del Ministerio Público en la continuación de la causa, en los casos de separación y abandono por parte del acusador privado, no hay duda que se aplica a todos los casos de delitos de acción pública simplemente, o de acción pública dependiente de instancia particular.

* * *

CAPITULO IV
EL IMPUTADO

EL IMPUTADO

Julio Tasende Calvo
Magistrado

I. *LA CONDICIÒN DE IMPUTADO. PRESUPUESTOS.*

Una de las manifestaciones más relevantes del derecho constitucional e inviolable de **defensa,** y del **libre acceso a los Tribunales,** como su consecuencia más inmediata según proclama el art. 82 de la Constitución, que se proyecta en el proceso penal, a través del principio de contradicción, es el derecho del imputado y de su defensor «a estar presentes en los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que consideren oportunas», reconocido el art. 14 del Código Procesal Penal. Es evidente que el mecanismo dialéctico creado por el principio de **contradicción,** de carácter estructural para el procedimiento penal, y que también proclaman, la constitución en el art. 94, y el Código Procesal en su art. 4, no se limita a la fase de juicio oral ni se constriñe a la aportación probatoria. Como pudiera inferirse de una interpretación literal de este precepto, sino que supone la posibilidad efectiva de comparecer ante la jurisdicción y de participar activamente, haciendo valer las propias pretensiones en defensa de sus derechos e interese legítimos, mediante la introducción en el proceso de los hechos y las pruebas que las fundamente. Esto conlleva la exigencia de que se garantice el acceso al procedimiento de toda persona a quien se la tribuya un hecho punible, y que dicho acceso lo sea en **condición de imputada**, a fin de asegurar la plena efectividad de sus derechos a la libertad y defensa, evitando, por medio de un conjunto especifico de garantías instrumentales, que puedan producirse, aun en la etapa inicial o preparatoria del juicio, estados de indefensión. A diferencia del procedimiento penal del Antiguo Régimen. De naturaleza inquisitiva y en el que el imputado era considerado como un simple objeto del proceso y fuente de prueba autoiculpatoria, en el moderno procedimiento penal el imputado ha pasado a ser sujeto principal del mismo, a través de un «status» especifico que garantiza su defensa efectiva, su libertad personal (art. 69, 71 y 84 de la Constitución), presunción de inocencia (art. 89 C.) y, en definitiva, su situación de igualdad frente a las partes acusadoras (art. 13 C.P.P.).

La adquisición formal del «status» de parte en la causa criminal, en calidad de imputado, supone la existencia de una **imputación material previa**, consistente en la atribución de un acto punible a una persona concreta, de modo que ha de contener una doble **determinación: objetiva**, ésto es, de un hecho que revista los caracteres de infracción criminal; y **subjetiva**, de la persona que aparezca como un presunto autor o responsable. Puede realizarse por un acto de imputación formal, o a través de cualquier medida cautelar.

Otro presupuesto del estatuto del imputado es el control sobre la **verosimilitud** de la imputación. La categoría del imputado no nace con la simple interposición de una querella o la presentación de una denuncia, y tampoco basta la atribución a alguien de un hecho punible en cualquier diligencia o declaración testifical durante el proceso, de manera que, tanto el Juez o Tribunal, como el Ministerio Público o cualquier otra autoridad competente para la investigación, no se encuentre vinculados por las actuaciones de las que resulte la imputación de un delito a una persona, si no que están obligadas a valorar la confiabilidad y verosimilitud de la «notitia criminis» según establecen los art. 270, párrafo cuarto, y 273, párrafo primero, del Código Procesal Penal, debiendo efectuar una provisional ponderación del carácter verosímil o fundado de la imputación, disponiendo así de un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la cualidad de imputado, que no es automático y puede dar lugar a la inadmisibilidad de la denuncia o querella (art. 406 C.P.P.), o a considerar inconsistente cualquier otra imputación.

Una vez admitida la querella, formulado, en su caso, requerimiento fiscal, o adoptada alguna medida cautelar personal, nace la condición de imputado, cualquiera que sea su situación personal de detención o libertad (art. 101 Código Procesal Penal). El primer derecho que emerge de este estatuto jurídico procesal es el de **conocer la imputación** realizada. Estando ligado el nacimiento del derecho de defensa en toda su amplitud a la existencia de la imputación, resulta obligado ilustrar de su contenido al imputado antes de proceder a su interrogatorio o declaración sin que pueda retrasarse arbitrariamente y mas allá de lo estrictamente necesario la puesta en conocimiento de la imputación eludiendo que le sujeto pasivo asuma el «status» de parte procesal con una investigación realizada a sus espaldas y un interrogatorio sorpresivo que podría vulnerar o limitar su derecho de defensa. Esta puesta en conocimiento se produce a través del traslado o manifestación al imputado del contenido del requerimiento fiscal, mediante la correspondiente citación cuando no fuere detenido (art. 285 del C.P.P.), haciéndole saber en todo caso, de forma clara y precisa, los hecho que le imputan (arts. 101.1 y 287.1 C.P.P.), y de igual manera habrá que proceder respecto a la querella, cuyo contenido deberá ser comunicado al querellado en la citación de convocatoria a la audiencia de conciliación (art. 408 C. P. P.).

Del artículo 101, párrafo primero, del Código Procesal Penal puede inferirse que la condición de imputado nace, no solo la imputación realizada en la querella o en el requerimiento fiscal, sino que también surge de la denuncia, desde el momento que el sujeto haya sido privado cautelarmente de libertad. Aunque la plena efectividad del estatuto del imputado como parte procesal, con una intervención y postulación reales en el procedimiento, parece producirse «a partir» de dichos actos procesales, de acuerdo con la citada norma, ya durante la **investigación preliminar** la persona denunciada o que es objeto de investigación goza de la capacidad defensiva propia del imputado, aún cuando no tenga formalmente esta condición, y así, la persona que tenga conocimiento de que está siendo investigada podrá, además de presentarse voluntariamente al Ministerio Público para que se le informe de los hechos que se le atribuyen y para que se le oiga en relación con los mismos (arts. 101, párrafo tercero, y 276 C.P.P.), requerirle para que practique algún acto de investigación que interese a su defensa y que o haya sido dispuesto por aquél, y, en el caso de serle denegada su práctica, instarla motivadamente del Juez de Letras, quien decidirá lo que tenga

por conveniente (art. 101.11 C.P.P.), sin perjuicio de presentar los elementos probatorios de que disponga (art. 4 párrafo segundo, C.P.P.), debiendo ser en todo caso informada de los demás derechos que corresponden al imputado (art. 101 párrafo ultimo, C.P.P.). Por otra parte, y a fin de evitar que la investigación preliminar se convierta en una fase puramente inquisitiva, dejando a salvo aquellas actuaciones que necesariamente se deben llevar a cabo sin conocimiento del interesado para asegurar el éxito de la investigación, y con independencia de aquellas otras que requieren la presencia del mismo, como en su propia declaración, sería conveniente asegurar la efectividad de su derecho a estar presente con su defensor, no ya en las pruebas anticipadas (art. 277 C.P.P.), sino en todos los actos que incorporen o impliquen elementos de prueba (arts. 14 y 101.10 C.P.P.), que la ley reconoce incluso en esta etapa preliminar (arts. 4 y 101.11 C.P.P), comunicándole de oficio al Ministerio Público la existencia de la denuncia o imputación material deducida contra él, en cuanto sea posible hacerlo sin perjudicar los fines del proceso y sin necesidad de esperar a que comparezca voluntariamente ante dicho Ministerio. Además, sería necesario reconocer la condición de inculpado, no solo a la persona contra la que se haya adoptado una medida cautelar personal, sino también real mediante la fijación de una caución.

No hay que olvidar que uno de los objetivos esenciales del procedimiento penal es averiguar la identidad del presunto autor del delito, para **determinar** a quién corresponde la **legitimación pasiva** en la causa, pudiendo realizarse diligencias de investigación con carácter preliminar, ya sea antes de formular el requerimiento fiscal o de intentar la querella (art. 407), con la expresada finalidad, sin la cual no existe propiamente una imputación subjetiva del hecho punible, y no es posible abrir la etapa intermedia ni la de juicio oral. Pero no menos importante es la **determinación objetiva,** que se deriva de la imputación y que ha de contenerse en los mencionados actos procesales, toda vez que el hecho punible, cuya comisión se atribuye al imputado, sirve para delimitar inicialmente el objeto del proceso y de la investigación, que se ha de concretar después a través de la acusación y del auto de apertura del juicio oral, creando ya una cierta vinculación sobre el ámbito del enjuiciamiento, lo cual excluye la posibilidad de que se realicen imputaciones difusa o imprecisas que degeneren en una «inquisitio generalis» o investigación indiscriminada contra una persona, afectando a otros aspectos de su vida o intimidad. En este sentido, y como ya se ha dicho, el art. 101.1 del Código Procesal Penal contempla, como uno de los derechos del imputado, que la autoridad correspondiente le indique en el acto, «en forma clara y precisa, cuales son los hechos constitutivos de delito que se le atribuyen». Cualquier atribución de nuevos hechos delictivos debe ser puesta en conocimiento del imputado, a fin de que este ejercite, nuevamente y desde ese momento, todas las facultades y garantías defensivas que la ley le concede, y, si se entiende que ha variado el objeto del proceso, procederá iniciar una causa distinta, sin perjuicio de lo también dispuesto en el art. 321 del Código Procesal Penal sobre la ampliación de la acusación en el acto del juicio.

Es en el acto de la **declaración**, en su primera comparecencia ante el Juzgado, cuando el imputado, tras tomar conocimiento de la imputación dirigida contra él, asume formalmente la condición de imputado y comienza a ejercitar su derecho de autodefensa en el proceso judicial. El fin de esta

declaración no es solamente el de interrogar al imputado para indagar su participación en los hechos, como un acto más de investigación, sino también el de permitirle ser oído por la autoridad judicial y exculparse de los cargos formulados. Una de las garantías esenciales del derecho constitucional de defensa contradictoria es la de que nadie puede ser **acusado** sin haber sido **previamente** considerado o declarado judicialmente **imputado**, y sin haber sido **oído** por el Juez (art. 94 de la Constitución), debiendo existir una correlación, además de objetiva, subjetiva entre la imputación judicial y la acusación, todo ello con el fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el acto del juicio oral sin que se les haya dado posibilidad alguna de participar en las etapas anteriores del procedimiento, como en la audiencia inicial del art. 294 del Código Procesal Penal, y de procurar su terminación anticipada por medio del sobreseimiento, de modo que no cabe cerrar o superar válidamente la fase preparatoria sin haber comunicado con anterioridad al imputado el hecho punible que es objeto del proceso, y sin haberle oído en relación con el mismo. La **inculpación**, o imputación judicial en sentido estricto, es la que tiene lugar en las resoluciones que contempla el art. 297 del Código Procesal Penal, como alternativa del sobreseimiento. Al margen de la adopción de medidas cautelares, aquí es donde por primera vez el Juez, mediante un control de legalidad, valora el contenido y relevancia penal de la investigación llevada a cabo en la etapa preparatoria y hace, desde la perspectiva judicial, una imputación formal al sujeto pasivo del proceso, apreciando la existencia de indicios racionales de criminalidad y la suficiencia de lo actuado para formular acusación, según establece el art. 92 de la Constitución.

II. DERECHOS DEL IMPUTADO.

Antes de prestar declaración, el imputado deberá ser **informado de sus derechos** constitucionales y legales (art. 287 C.P.P.), que son los recogidos en este mismo precepto y, especialmente, en el art. 101. Esta información ha de hacerse de manera inmediata y comprensible, y constar documentada en acta, determinando su omisión la ilegalidad de la detención (art. 93, último párrafo). En particular, el imputado **detenido** tiene el derecho, constitucionalmente proclamado (art. 84, párrafo tercero, de la Constitución, en relación con el art. 101.1 y 2 del C.P.P.), de ser informado, en el mismo acto de la detención y con toda claridad, de sus derechos y de los hechos que se le imputan, y a que se le permita comunicar de inmediato su detención a la persona que desee.

Entre los derechos del imputado destaca el **derecho a la asistencia técnica**, esto es, a ser asistido por un defensor, profesional del derecho, de su elección desde que el imputado sea detenido o llamado a prestar declaración (art. 101.3 C.P.P.). Este derecho es irrenunciable por su titular, y su violación produce la nulidad absoluta de los actos realizados sin la participación del defensor del imputado (art. 15 C.P.P), y, en concreto, de la declaración prestada sin la presencia del defensor (art. 289 C.P.P). En el caso de que no se designase, por el imputado o por las personas allegadas que la ley menciona, defensor privado, el juez o tribunal procederá a nombrar un defensor público o, en su defecto, un defensor de oficio (arts. 15, 101.3 y 289). El imputado puede, durante el transcurso del proceso, designar libremente nuevo defensor (art.

116 del C.P.P.), pero el ejercicio del cargo de defensor será obligatorio para el profesional que lo acepte, el cual solo podrá renunciar por una justa causa (arts. 113 y 117 C.P.P.). Por su parte, la Dirección General de Investigación Criminal (D.G.I.C.) se encuentra obligada a permitir la intervención del defensor del inculpado en los términos previstos en el Código Procesal (art. 280.3 C.P.P.). En el caso del imputado **detenido,** éste tiene derecho a entrevistarse privadamente con su defensor, desde el inicio de su detención y antes de prestar declaración, incluso en la Policía Nacional (art. 101.4 C.P.P.).

Otro grupo fundamental de derechos del imputado es el que concierne a su **declaración**, y, por encima de todos, el **derecho a guardar silencio**, esto es, a abstenerse de formular cualquier declaración, sin que esta decisión pueda ser utilizada en su perjuicio (arts. 101.5 y 323 C.P.P.), así como el derecho constitucional **a no declarar contra sí mismo**, ni contra su cónyuge, compañero o compañera de hogar, y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (arts. 88, párrafo segundo, de la Constitución y 287.2 del C.P.P.). La declaración del imputado ha de ser, pues, enteramente voluntaria y obtenida sin emplear ningún género de violencia o método que menoscabe su libertad de decisión y su dignidad personal (arts. 88, párrafo primero, de la Constitución, 101.6 y 7, y 288 del C.P.P.). Conviene recordar que una garantía esencial que conlleva el derecho de defensa del imputado es la de no someterle al régimen de las declaraciones testifícales, y de ahí que, en cuanto se manifieste la imputación, o la sospecha fundada de que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, deba ser oído en calidad de imputado, evitando que declare o sea interrogado como testigo, el cual está obligado a prestar declaración y a decir la verdad (arts. 226, 236 y 330 C.P.P.), mientras que al imputado le asiste el derecho a no declarar, y no tiene el deber de decir la verdad al no estar sujeto a juramento (art. 288 C.P.P.).

Es evidente que el derecho constitucional de defensa y el principio de contradicción legitiman al imputado, dada su condición de parte en el proceso, para **intervenir** y **ser oído** en los diferentes actos procesales, proponiendo en su descargo lo que considere oportuno (arts. 14, 101.10 y 287.4 C.P.P.). A su vez, los órganos encargados de la persecución penal están obligados a mantener una posición de **neutralidad e imparcialidad** ante el imputado, haciendo valer con igual celo, no solo los hechos y circunstancias que establezcan o agraven su responsabilidad, sino también aquellos que la extingan o atenúen (art. 14, párrafo final, del C.P.P.). Un derecho específico del imputado-acusado es el **derecho a la última palabra**, en virtud del cual tiene la facultad de hacer uso de la palabra al término de las sesiones del juicio oral (art. 334, párrafo final, C.P.P.), como manifestación última de las garantías expresadas y del derecho constitucional a no ser condenado sin haber sido previamente oído en juicio (art. 94 de la Constitución).

En los casos de ausencia o **rebeldía** del imputado (art. 108 y ss. C.P.P.), ha de procurarse que la declaración de esta situación venga precedida por una citación realizada en tiempo y forma, que precise las consecuencias de su eventual ausencia, salvo cuando se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la justicia.

La **consecuencia** jurídico procesal que produce la vulneración de los

expresados derechos y garantías, en la medida en que produzca efectiva y material indefensión al imputado, y no pueda ser subsanada, es la nulidad de las actuaciones procesales con la extensión que sea necesaria para restablecer el derecho de defensa. Así lo establecen, respecto a la declaración del imputado, el art. 88, párrafo último, de la Constitución; el art. 101, último párrafo, del Código Procesal Penal, en relación con la ilegalidad de la detención; y el art. 166.3, 6 y 7 del mismo Código, con carácter general.

* * *

Rixi Moncada Godoy

ARTICULO 101. <u>Las personas imputadas y sus derechos</u>. Se considerará imputada toda persona a quien, en virtud de querella o por requerimiento Fiscal, se atribuya participación en la comisión de un delito o falta ante los órganos encargados de la persecución penal, ya se encuentre detenido o en libertad; o que haya sido privada cautelarmente de libertad en virtud de aprehensión, detención o prisión preventiva; como tal, a partir de ese momento, podrá ejercer todos los derechos que la Constitución de la República, los tratados o convenios internacionales y este Código le reconocen, desde el primer acto del procedimiento hasta su finalización.

A toda persona imputada se le garantiza su defensa. Tendrá derecho, en consecuencia, a:

1) Que la correspondiente autoridad le indique en el acto en forma clara y precisa, cuáles son los hechos constitutivos de delito que se le atribuyen;

2) Que se le permita comunicar de manera inmediata el hecho de su detención y el lugar en que se encuentra detenida, a la persona natural o jurídica que él desee.

Si la persona natural o jurídica destinataria de la comunicación se encontrare fuera del territorio de la República de Honduras, el hecho de la detención y el lugar en que se encuentre la persona detenida se pondrán en conocimiento de la representación diplomática o consular correspondiente.

En defecto de todos ellos, la información se dará al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

La persona detenida podrá realizar por sí misma dicha comunicación, salvo que se haya decretado la secretividad de la investigación, en cuyo caso, lo hará la autoridad o funcionario a cuya disposición se encuentre dicha persona.

3) Ser asistida, desde que sea detenida o llamada a prestar declaración, por un Profesional del Derecho. Este podrá ser designado por la persona detenida o por su cónyuge o compañero de hogar o por un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si las personas mencionadas no designan Defensor, cumplirá esta función el Defensor Público que el órgano jurisdiccional designe y, de no haberlo en la localidad, el Defensor de oficio que también designará el órgano jurisdiccional;

4) A entrevistarse privadamente con su Defensor desde el inicio de su detención, incluso en la Policía Nacional y antes de prestar declaración, si así lo desea;

5) A abstenerse de formular cualquier declaración sin que esta decisión sea utilizada en su perjuicio y si acepta hacerlo, a que su Defensor esté presente al momento de rendirla, lo mismo que en cualquier otra diligencia en que se requiera la presencia del imputado;

6) A que no se empleen en su contra, medios que de cualquier modo lastimen su dignidad personal;

7) A no ser sometida a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad, tales como: Malos tratos, amenazas, violencia corporal o psíquica, torturas, aplicación de psicofármacos, hipnosis y polígrafo o detector de mentiras;

8) A que no se empleen medios que impidan su movilidad durante la realización de las actuaciones procesales. Este derecho se entenderá sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y según el criterio del Juez o del Ministerio Público, sean necesarias;

9) A ser asistida por un intérprete o traductor si no conoce el idioma español, sea sordomudo que no pueda darse a entender por escrito o que por cualquier causa no pueda expresarse;

10) A estar presente, con su Defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario; y

11) A requerir al Ministerio Público para que practique algún acto de investigación que interese a su defensa, y que no haya sido dispuesto por aquél. En este caso, el Ministerio Público resolverá motivadamente lo que estime oportuno en el plazo de veinticuatro (24) horas. Si denegare la práctica de la actuación requerida, el Defensor de la persona imputada, podrá solicitar al Juez de Letras competente que ordene su ejecución y, éste, en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas, decidirá lo conveniente. Si estima procedente dicha actuación, ordenará al Ministerio Público que disponga su práctica.

La persona que sea objeto de investigación por el Ministerio Público, aunque no tenga la condición de imputada, tendrá derecho a presentarse, en su caso, con o sin Profesional del Derecho que lo asista, ante el Ministerio Público para que se le informe sobre los hechos que se le atribuyen y para que se le escuche.

La Policía Nacional, el Ministerio Público y los jueces, harán saber, de manera inmediata y comprensible, a la persona imputada o a la que, sin serlo aún, pero siendo objeto de investigación por el Ministerio Público, comparezca ante éste para ser oída, todos los derechos a que el presente

Artículo se refiere, lo cual se hará constar en acta que deberá ser firmada por la persona que ha comparecido o consignarse su negativa. La infracción de este Artículo hará que la detención sea considerada ilegal, solamente para los efectos de la responsabilidad penal.

COMENTARIO

El artículo 101 define de manera clara quién tendrá el carácter de imputado, que será toda persona a quién en virtud de querella o por requerimiento fiscal, se le atribuya participación en la comisión de un delito o falta, ésto explica que durante el tiempo que el Ministerio Público, mantenga en proceso una investigación, los posibles partícipes, sea que comparezcan o no a esta institución, a presentar medios probatorios, o a rendir de manera voluntaria su declaración, serán considerados como personas sometidas a investigación y no como imputados.

El reconocimiento que este artículo hace en relación al momento a partir del cual, se podrán ejercer todos los derechos que la Constitución de la República, los Tratados o Convenios Internacionales y este código establecen, se complementa con lo dispuesto en el artículo 15 anterior, mismo que regula el derecho a la asistencia técnica y defensa. Del contenido de ambas disposiciones se colige que el investigado o el imputado, podrá contar con la asistencia y defensa de un profesional del derecho desde:

El momento de su detención, si se produce infraganti, o de su captura, previa solicitud del Ministerio Público ante el Juez competente, según lo dispuesto en los numerales 1) y 2) del artículo 285;

El momento en que se presente a rendir declaración voluntaria al Ministerio Público, a sabiendas de que está siendo objeto de una investigación; y

Que el Juez lo cita para hacerle conocer los hechos y que preste declaración si desea, en los términos establecidos en el artículo 285 numeral 2).

Es importante resaltar que el derecho de defensa, desarrollado en los once incisos de esta disposición, permitirá la intervención de la defensa técnica de manera oportuna y desde el-primer momento dependiendo de la situación en que se encuentre el investigado o el imputado.

Los derechos del imputado, en garantía de su defensa, son los siguientes:

La indicación en el acto en forma clara y precisa, cuales son los hechos constitutivos del delito que se le atribuyen. Esto es lo que llamamos intimación y tiene como objetivo informar al imputado cuál es el delito que se ha cometido, el lugar, la fecha, el perjudicado u ofendido, la razón por la cual se le atribuye participación, el grado en que se le considera responsable y cualquier otro dato adicional que él solicite, siempre y cuando no entrañe peligro para la continuación de la investigación y en los términos señalados en el artículo 84, párrafo tercero de la Constitución.

El segundo derecho se refiere a la comunicación que por regla general se permitirá hacer al imputado que se haya detenido, de una manera directa, es decir en forma personal, esta comunicación debe ser de manera inmediata, de seguido, sin tardanza, y debe limitarse a la expresión de dos hechos: a) El hecho de su detención; y b) El lugar en que se encuentre detenido.

La comunicación la podrá hacer a la persona natural o jurídica que él desee.

Si el receptor de la comunicación del imputado se encuentra fuera del territorio nacional, se hará a la representación diplomática o consular correspondiente.

Excepcionalmente, en los casos que se haya decretado la secretividad de la investigación, lo hará la autoridad o funcionario a cuya disposición se encuentre, con el propósito de asegurar el éxito en la investigación, esto implica que si el imputado está a disposición de la Policía Nacional, como producto de la detención infraganti o por orden de captura dictada por autoridad competente, la Policía deberá permitirle la comunicación en los términos ya relacionados. (Véase artículo 84 de la Constitución).

Este numeral tiene íntima relación con los artículos 14 y 15 que regulan la inviolabilidad del derecho de defensa y la asistencia técnica, a la cual tiene derecho el imputado desde el momento que es detenido o llamado a prestar declaración si desea. La designación del defensor puede hacerla de manera personal, también puede hacerlo su cónyuge o compañero de hogar o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (hasta un primohermano), o segundo de afinidad (hasta el cuñado).

Se remarca aquí la garantía de que el imputado en ningún momento deberá ser sometido al proceso sin la presencia de su defensor, pues para el caso que no lo designara, cumplirá esta función el defensor público que el órgano jurisdiccional designe y de no haberlo en la localidad, el defensor de oficio que también designará el órgano jurisdiccional.

Del último párrafo resulta, que si el imputado permanece en las oficinas de la Policía Nacional por el término de las 24 horas que señala la Constitución en su artículo 71, párrafo primero, esta autoridad al enterarse que ni él, ni sus parientes le han designado defensor, deberá notificarlo al Juez competente, a efecto de que inmediatamente le designe un defensor público o de oficio; con el propósito fundamental de que se cumpla a cabalidad lo expresado en la norma fundamental, los textos internacionales y los artículos 14 y 15 de este código.

En complemento a lo antes expresado el imputado tiene derecho a entrevistarse privadamente con su defensor desde el inicio de su detención, incluso en la Policía Nacional y antes de prestar declaración, si así lo desea; lo que indica que si no designa o se le designa un defensor en el momento de la detención, la Policía Nacional debe gestionarlo en los términos que se ha indicado en el párrafo final del numeral 3. De este comentario.

El imputado por su parte y hasta no tener defensor, puede abstenerse de prestar declaración y

la Policía no podrá obligarlo, cualquier declaración bajo este término no tendría ninguna validez por cuanto los actos producidos sin la presencia del defensor son susceptibles de nulidad. (Véase en relación el artículo 289)

La declaración de un imputado de conformidad con el artículo 289 de este Código es un acto personalísimo y se prestará siempre en presencia del defensor, bajo pena de nulidad. Este Artículo tiene que ver con la regulación propia del requerimiento fiscal, no obstante si la exigencia de la presencia del defensor se produce en el órgano jurisdiccional, con mucha más razón se justifica esta presencia, en el órgano investigativo o el encargado de la persecución penal.-En cualquiera de los casos el imputado puede abstenerse de formular declaración y no podrá ejercerse sobre él violencia ni coacción de ninguna clase para forzarlo a declarar. (Artículo 88, párrafo primero de la constitución).

Se prohíbe el uso de medios que lastimen la dignidad personal del imputado, ésto es que las actuaciones de la autoridad competente, en el ejercicio de su función, deben realizarse dentro del marco del respeto que como humanos merecernos, evitando todo tipo de humillaciones, de discriminación por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, discapacidad etc.

Es suficientemente claro y explícito, su observancia tiene el carácter general para todos los actos del proceso.

Esto es, evitar que durante la actuación procesal se mantenga al imputado con las manos o los pies atados, que se le ordene permanecer sentado, sin movilidad, por ejemplo. No obstante según el criterio del Juez o del Ministerio Público, se impondrán en casos especiales medidas de seguridad que no lesione la dignidad del imputado. •

Esta asistencia debe proporcionarse de igual manera, desde el momento en que se produzca la detención, la autoridad competente, sea esta Policíaca o jurisdiccional, debe abstenerse de brindar al imputado cualquier información, hasta tanto no se encuentre presente el intérprete o traductor, quién debe tener el carácter de un perito y ser juramentado a efecto de cumplir fielmente con lo encomendado. El intérprete o traductor, puede ser nombrado de oficio por la autoridad competente o a propuesta del propio imputado.

Este numeral se encuentra en estrecha relación con lo expuesto en el artículo 14 en su párrafo segundo y con el último párrafo del artículo 15. Siendo el derecho de defensa irrenunciable, por regla general, cualquier acto del proceso que implique elementos de prueba exige la presencia del imputado y su defensor, sancionándose la inobservancia de esta disposición con la nulidad absoluta del acto producido. (Véase artículo 165 y 166, numeral 3).

En conformidad con el deber que posee el Ministerio Público de actuar con objetividad en el ejercicio de sus funciones, como así se desprende de su Ley especial y del artículo 93 de este Código, siendo un ente que vela por la correcta aplicación de las leyes penales, le corresponde investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sean

causa de exención o de atenuación de la responsabilidad al imputado, en este entendido el propio imputado o su defensor pueden solicitarle la práctica de cualquier acto de investigación que interese a la defensa y no haya sido dispuesto por aquél.

El Ministerio Público, tiene 24 horas para resolver y como un mecanismo de control de sus actuaciones, en tutela de los derechos del imputado, en caso de denegar la petición, el imputado o su defensor pueden solicitar al Juez de Letras competente que ordene la ejecución, esta autoridad en el plazo de 48 horas decidirá:

Si la solicitud es procedente, en cuyo caso ordenará al Ministerio Público su práctica;

La improcedencia de la solicitud, convalidando lo dicho por el Ministerio Público. ¿Existe posibilidad de recurrir?

Este numeral, en el párrafo penúltimo, impone al Ministerio Público la obligación de informar a toda persona que sea objeto de una investigación, aún cuando no tenga la condición de imputada, los hechos que se le atribuyen, asimismo le remarca el deber de escuchar sus argumentos, sea que comparezca o no con un Profesional del Derecho.

El último párrafo tiene también como fin que la persona imputada o aquélla que está siendo objeto de investigación se entere de manera clara y transparente cuáles son los derechos que le asisten de conformidad con este artículo, esta información deberá constar en acta, en la cual también se dejará constancia de todo lo expresado por la persona, finalizando con su firma o la constancia de su negativa.

Concluye este artículo, con un párrafo que no obstante aparecer seguido del numeral once, su aplicación es general para toda la disposición y sanciona la infracción de cualquiera de los derechos aquí enunciados, con la consideración de ilegalidad de la detención, únicamente para los efectos de la responsabilidad penal, lo cual significa que si el imputado se encuentra ya detenido y la autoridad competente infringe uno de los derechos aquí consignados, se considerará que la detención es ilegal, pero el proceso continuará su curso legal y el efecto que producirá la consideración será el de poder exigir la responsabilidad penal al infractor.

ARTICULO 102. Identificación del imputado. Es indispensable la identificación plena del imputado y se hará tomando como base su cédula de identidad. En defecto de ésta, se le identificará tomando sus datos personales relacionados con su nombre y apellidos, sexo, lugar y fecha de nacimiento, el color de la piel, ojos y pelo, estatura, impresiones digitales, señas particulares, estado civil y, en general, con cualquier otro dato que sirva para identificarlo.

Si se niega a colaborar o si suministra datos falsos o incompletos, la identificación se hará por medio de testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos o por otros medios lícitos que se estimen útiles.

COMENTARIO

La identificación del imputado, como bien lo señala el artículo, es un hecho indispensable, pues quién posee este calificativo es la persona a la cual se le atribuye la comisión de un delito o falta, ante los órganos encargados de la persecución penal, lo que supone su identificación plena, la cual se puede hacer mediante Cédula de identidad, no importando que sea de anterior vigencia, en virtud de que se tiene la posibilidad de comprobar tales datos en caso de duda en las Oficinas del Registro Nacional de las Personas a través de su patrón electoral. La identificación puede hacerse también a través de la Licencia de Conducir o del Carnet de el Instituto Hondureño de Seguridad Social, que son documentos de credibilidad ya que su extensión exige la presentación de la Cédula de Identidad. En el caso que el imputado no porte ninguno de estos tres documentos, debe procederse a su identificación tomando como base los datos personales que él mismo proporcione y en caso de negarse a colaborar o presumirse que los datos que proporciona son falsos, se debe realizar su identificación por medio de dos testigos que bajo juramento, con las prevenciones de ley, deben expresar su conocimiento. De no ser esto posible, se puede optar por tomarle una fotografía y con su fecha y lugar de nacimiento, solicitar la información al Registro de las Personas.. Con estos mismos datos y su domicilio se puede también obtener su identidad plena en las Oficinas de la Empresa Nacional de Energía Eléctrica, el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados (SANAA) o la Empresa de Telecomunicaciones; que también son lugares donde es posible obtener información general para su comprobación en el Registro Nacional de las Personas.

ARTICULO 103. <u>La identidad física del imputado y el proceso.</u> Cuando no existan dudas de que la persona imputada es en realidad la que está siendo objeto de la persecución penal, cualquier inexactitud de los datos suministrados u obtenidos de conformidad con el Artículo precedente, no alterará el curso del proceso. La autoridad competente, sin embargo, en ejecución de la pena, adoptará las medidas necesarias para que aquéllos se rectifiquen.

COMENTARIO

Es obvio, que ningún imputado puede llegar al proceso si no está plenamente identificado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 94, no obstante, si es el caso que en el proceso resulta inexacto o falso uno o varios de los datos de identificación, como por ejemplo: alguno de sus apellidos o de los nombres, etc. ésto no implicará que se detendrá, se anulará o se suspenderá el proceso hasta su comprobación, sin embargo será una obligación ineludible de la autoridad competente, que puede ser la Policía Nacional, el Ministerio Público o el Juez; rectificar tales datos, no necesariamente para la ejecución de la pena, en cuyo caso la autoridad competente es el propio JUEZ DE EJECUCIÓN, si tal rectificación es posible antes.

ARTICULO 104. <u>Domicilio o residencia del imputado</u>.

El imputado deberá, desde su primera comparecencia ante el Ministerio Público u órgano

jurisdiccional, dar cuenta de su domicilio particular y señalar el lugar y la dirección exacta en la que se le deberán hacer las notificaciones. Los cambios de domicilio o residencia, o de la dirección para hacer notificaciones, también serán comunicados a las autoridades mencionadas.

Si en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior se suministran maliciosamente datos inexactos se considerará como indicio de peligro de fuga. Si el delito no se sanciona con pena de privación de libertad, el imputado será sometido a las medidas cautelares que el órgano jurisdiccional considere procedentes.

COMENTARIO

El domicilio de una persona, es conforme el Código Civil, el lugar en donde tiene su residencia habitual. El imputado cuando comparece por primera vez al Ministerio Público, Juzgado o Tribunal, tiene la obligación de proporcionar los datos exactos de su domicilio, ésto es; ciudad,- colonia o barrio, calle, avenida, número de casa y cualquier otra referencia que facilite la práctica de las notificaciones. Nuestra realidad, en muchos casos, no permitirá que se puedan proporcionar todos los datos que enunciamos, en virtud de que no contamos con una nomenclatura adecuada, de modo que en algunos casos será necesario consignar las direcciones por referencia a determinados negocios, centros o lugares públicos, por ejemplo.

Los cambios de domicilio deben también ser notificados por el imputado, así como los cambios de dirección para hacer las notificaciones, de lo cual se infiere, que el imputado puede señalar un lugar diferente al de su domicilio, para que se le hagan las notificaciones, que puede ser su lugar de trabajo.

Es necesario que la autoridad competente le haga las advertencias al imputado, de que si proporciona datos inexactos de manera MALICIOSA se considerará ésto, como indicio de peligro de fuga, lo cual le puede ocasionar perjuicio para el caso que pudiera ser beneficiado con una medida cautelar, conforme lo establece el Artículo 173 de este código, ya que los motivos fundados para creer que el imputado se fugará (perículum in mora, Art. 172) constituyen una de las causas que da lugar a la adopción de medidas cautelares limitativas de la libertad, como ser la PRISIÓN PREVENTIVA.

En ambos casos corresponderá al Juez calificar cuando hay o no malicia.

Aunque el artículo no lo dice, consideramos, que las notificaciones pueden también hacerse en el domicilio del Apoderado Judicial del imputado, para lo cual, él también deberá dejar constancia del mismo. El contenido de estas Cédulas debe constituirlo la resolución íntegra que la autoridad desea que se conozca, y su entrega debe ser personal, por cualquier empleado que la autoridad designe.

MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Francisco José Carrillo Vinader
Magistrado

I. **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**
II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.
III. FUNDAMENTO DE LA MOTIVACIÓN.
IV. NORMATIVA BÁSICA.
V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR.
VI. EXAMEN DETALLADO DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

1. **¿QUÉ RESOLUCIONES JUDICIALES DEBEN MOTIVARSE?.**

A) **PROVIDENCIAS.**
B) AUTOS Y SENTENCIAS INTERLOCUTORES Y DEFINITIVAS.

2. MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS.
3. MOTIVACIÓN JURÍDICA.

A) **EXPOSICIÓN DOCTRINAL.**

a) **LA MOTIVACIÓN JURÍDICA GENÉRICA DE LA RESOLUCIÓN:**
a') LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA,

b') LA SUBSUNCIÓN
b) LA MOTIVACIÓN JURÍDICA DEL CONTENIDO CONCRETO DEL FALLO.

B) DERECHO POSITIVO HONDURENO.

a) **LA MOTIVACIÓN JURÍDICA GENÉRICA DE LA RESOLUCIÓN.**
b) LA MOTIVACIÓN JURÍDICA DEL CONTENIDO CONCRETO DEL FALLO.

a') MOTIVACIÓN DE LA. PENA.
b') MOTIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL,
c') MOTIVACIÓN EN MATERIA DE COSTAS,
d') MOTIVACIÓN EN RELACIÓN CON LOS OBJETOS SECUESTRADOS.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Los Estados modernos se organizan sobre la base del principio de división de poderes, distinguiendo entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (artículo 4 de la Constitución de Honduras). Se trata de poderes independientes los unos de los otros, que se limitan entre sí y consiguen de esta manera evitar el riesgo del poder absoluto. La soberanía reside en la colectividad y de ella emanan los poderes del Estado (artículo 2), que deben ejercerse con la finalidad de obtener la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social del pueblo (artículo 1 de la Constitución de Honduras).

Junto a ese esquema de la forma de organizarse la sociedad, es un principio básico de la vida social el que tanto la actuación de los individuos como la de los organismos oficiales se rige por el Derecho (artículo 1 de la Constitución), lo que se denomina Estado de Derecho, garantía de que el ejercicio de los poderes no será arbitrario, sino que estará sometido a normas preestablecidas por la colectividad, a través de sus órganos representativos, encaminadas a conseguir el cumplimiento de esos fines de valor irrenunciable para el ser humano a que hemos hecho referencia anteriormente.

El Poder Judicial, como todos los poderes públicos, emana del pueblo (artículos 2 y 303 de la Constitución), aunque la designación de sus integrantes no es directa por el pueblo, como los otros poderes, sino que tiene lugar por otros cauces, así el Congreso Nacional nombra al Presidente y a los demás integrantes de la Corte Suprema. El origen o designación de los titulares del Poder Judicial no es directamente democrático, a diferencia de lo que ocurre en los otros poderes, por ello su legitimidad, además de en su nombramiento, debe especialmente buscarse en la propia naturaleza de la función, ésto es, en el correcto y ejemplar desempeño de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de encargarse de mediar como árbitro en los conflictos que surgen en la sociedad, entre particulares, o entre éstos y la Administración. Una de las características más sobresalientes de la actual organización social es la judicialización no sólo de la vida privada, sino, incluso, de la vida pública y de las relaciones internacionales. Se pregona la absoluta sumisión de todo poder al Derecho, correspondiendo a los Tribunales decidir si tanto la actividad de los particulares como las actuaciones de los poderes públicos es o no acorde con las normas establecidas. Las resoluciones judiciales no son un mero acto de voluntad, ni la exposición de una inspiración, sino una expresión razonada y razonable de la adecuación del hecho a la norma jurídica, de ahí que sea imprescindible, consustancial a la propia decisión judicial, que la misma contenga una explicación, que exprese sus razones.

El Juez se encuentra sometido a la ley, pero ése sometimiento no es puramente mecánico, pues el Juez tiene la facultad de interpretar la ley. No se trata de una mera interpretación literal, sino de la búsqueda de su verdadero sentido, de la voluntad del legislador o de la propia norma, lo cual no supone que pueda hacerlo sin ninguna limitación, pues ello implicaría admitir que puede actuar arbitrariamente y la arbitrariedad es la negación de la esencia de lo jurídico.
Por eso, esa interpretación de la norma jurídica ha de hacerse de acuerdo con el orden

de valores materiales impuestos por la Constitución y ello exige que la propia resolución explique el camino, las razones que hayan llevado a la decisión que se alcanza, para evidenciar que no es un acto de poder arbitrario.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

En el estado más primitivo de las organizaciones sociales el poder tiene un carácter absoluto, de ahí que no existan límites al mismo, apareciendo el judicial como una manifestación más del poder político, en manos de la misma persona (el Rey absoluto).

La progresiva complejidad de la sociedad impone que el titular del poder delegue sus funciones incluso de forma permanente en otras personas, y así ocurre con la facultad de juzgar, pero, con la finalidad de evitar el ejercicio arbitrario de ese poder, a partir del siglo XIII en Europa se estatuye el sistema de prueba tasada o legal, conforme al cual la ley establecía con carácter general el valor que debía tener cada prueba, y así, a modo de ejemplo, se negaba que un hecho pudiese estar acreditado por un solo testigo. En esa época existen medias pruebas, pruebas con el valor de un cuarto o un octavo (los simples rumores). Se trataba de bases de prueba que la experiencia había acreditado como orígenes seguros de certeza. El Juez disponía de gran libertad de investigación, incluso podía recurrir a la tortura para ello, pero estaba muy limitado por normas vinculantes a la hora de valorar las pruebas obtenidas.

A partir de la Ilustración se criticó duramente ese sistema (Beccaría. Voltaire), defendiendo el sistema de la libre valoración de la prueba: El Juez podía valorar, según su íntima convicción (su conciencia), el resultado de las pruebas practicadas. La nueva concepción parte de un presupuesto político-filosófico: la renovada confianza en la razón, que lleva a una revalorización del sentido común. Ahora bien, el riesgo de este sistema es permitir el subjetivismo, que la decisión del Juez aparezca como una especie de momento místico, incontrolable, de ahí que no sea suficiente que el juzgador se limite a afirma- que ha tenido en cuenta las pruebas practicadas, ni que describa cuales sean éstas, sino que debe expresar, de forma clara y detallada, cuál ha sido el proceso que le ha llevado a esa conclusión, es decir, DEBE MOTIVAR su resolución.

III. FUNDAMENTO DE LA MOTIVACIÓN.

La motivación de las resoluciones judiciales viene, pues, a cumplir los siguientes fines:

A) Evidencia la sumisión de los Jueces y Tribunales al ordenamiento jurídico. Al Poder Judicial se le reconoce el ejercicio de un poder esencial en la comunidad, el de juzgar, pero no puede hacerlo arbitrariamente, caprichosamente, sino que ha de actuar con total sometimiento a las leyes que son expresión de la voluntad colectiva, creadas por los representantes del pueblo en los Parlamentos, y esa sumisión a la ley ha de hacerse racionalmente (de acuerdo con criterios razonables) y se ha de manifestar en la propia resolución, explicando el Juez o Tribunal el camino a través del cual ha llegado a su decisión.
Así pues, la primera de las funciones que implica la obligación de motivar las resoluciones

judiciales es la de evitar la arbitrariedad. El poder absoluto no admite discusión, de ahí que su ejercicio no exija de otra fundamentación que su origen (ha de hacerse lo que decida el titular del poder, por proceder su decisión del mismo), pero en los sistemas democráticos la soberanía reside en el pueblo y todos los poderes emanan del mismo y se ejercitan en su nombre y en su interés. Por ello, el Juez debe actuar razonablemente, de acuerdo a criterios aceptados por la colectividad como conformes a la razón, lo cual exige que el Juez no sólo emita un pronunciamiento (el fallo de la sentencia), sino que explique las razones que le han llevado a alcanzarlo. Esa obligación de motivar es, no sólo, un mecanismo de garantía para las partes en el proceso, sino, fundamentalmente, expresión de un principio político garantista, al reflejar el ejercicio de un poder esencial, el Judicial.

Además, desde el punto de vista del propio Juzgador, la necesidad de exponer los verdaderos motivos de la decisión actúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación y de la misma resolución, pues obliga a quien la ha adoptado, desde el principio, a actuar con unos parámetros mucho más exigentes de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica. No resulta bastante adoptar una decisión, sino que han de explicarse los distintos pasos dados para llegar a la misma: fijando los hechos probados y por qué se llega a señalar que lo son (qué pruebas se han valorado, por qué y cómo se han valorado), señalando el derecho aplicable y las conclusiones obtenidas.

Evidentemente se trata de una tarea muy difícil, pues no nos movemos en el terreno de las ciencias exactas, debiendo valorase declaraciones contradictorias, teniendo en cuenta las numerosas y complejas normas del ordenamiento jurídico, las doctrinas de autores y la jurisprudencia y decidir qué criterios se aplican cuando la ley permite el libre arbitrio (que no la arbitrariedad). Todo ello pone de relieve que la propia naturaleza de la función de juzgar exige que se motive la sentencia, en el sentido que ya se ha expresado.

B) Además, esa obligación de motivar cumple otro fin, al venir a poner de relieve los fundamentos de la decisión, su justicia o, al menos, su adecuación al Derecho, por lo que sirve también para convencer a las partes del procedimiento de la bondad de la misma, evitando así recursos posteriores y consiguiendo la finalización del pleito, la restauración del orden jurídico perturbado y, en definitiva, la paz social.

C) También cumple una tercera función meramente instrumental, al facilitar el control de las decisiones judiciales por los Tribunales revisores, pues al conocer los motivos por los que se adoptó la decisión, es más fácil para el Tribunal que tiene encomendada la apelación o la casación determinar si la misma es o no ajustada a Derecho, aparte de permitir a los recurrentes combatir los argumentos dados en la sentencia.

IV. NORMATIVA BÁSICA.

Aunque el nuevo Código Procesal Penal de Honduras recoge expresamente la obligación de motivar los autos y sentencias dictadas en materia penal, no se trata de una exigencia nueva en el ordenamiento jurídico de Honduras, pues la misma ya se encontraba señalada en algunos preceptos aislados (así el segundo

párrafo del artículo 69 del Código Penal respecto a la determinación de la pena) y, aunque sin mención expresa, la exigencia de esa obligación podía encontrar apoyo en determinados preceptos constitucionales, de máximo rango, como el artículo 1 de la Constitución cuando establece como primera afirmación que "Honduras es un Estado de Derecho, constituido como República... democrática", lo que ratifica el artículo 3 al declarar la nulidad y la no obligatoriedad de los actos de cualquier poder contrarios a la Constitución y a las leyes. Por ello, puede concluirse que el Poder Judicial, como cualquier otro poder, no puede ser arbitrario, sino que ha de ejercitarse en nombre del pueblo (artículo 2 de la Constitución), cumpliendo y aplicando las leyes del Estado. La sentencia judicial no es un acto de voluntad del Juez, no es la expresión de una intuición o de una inspiración, mucho menos de un capricho, sino de la aplicación racional de la norma, y ello sólo puede comprobarse si la propia sentencia contiene la expresión detallada de las razones que llevan a su fallo. La propia naturaleza del Poder Judicial ejercitado en un Estado Democrático de Derecho, exige la motivación de las resoluciones en las que se expresa el ejercicio de dicho poder, y son preceptos de rango constitucional de los que puede deducirse la necesidad de la motivación de las resoluciones judiciales, como una exigencia consustancial del ejercicio del Poder Judicial. El nuevo Código Procesal Penal de Honduras regula de manera precisa y detallada dicha obligación.

Vamos a hacer una exposición genérica de las normas previstas en esta ley referentes a esta materia, para luego hacer una exposición detallada.

El Libro Primero del citado Código, dedicado a las Disposiciones Generales, precisa en su **artículo 141** de forma clara y terminante la exigencia de la obligación de motivar, bajo la rúbrica precisamente de: **«Motivación de las resoluciones judiciales»,** estableciendo:

«Las providencias se limitarán a determinar el contenido de lo mandado, sin más fundamentos ni adiciones, aunque podrán ser sucintamente razonadas, sin sujeción a requisito alguno, cuando el órgano jurisdiccional lo estime conveniente.

Los autos y las sentencias tanto interlocutorias como definitivas, contendrán, bajo pena de nulidad, una clara y precisa motivación, la designación del tribunal que lo dicta, el lugar, fecha y la resolución respectiva.

La motivación expresará los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa la resolución, y, en su caso, las pruebas tenidas en cuenta, así **como las razones del valor probatorio que se les haya atribuido.**

La motivación de las sentencias se hará de conformidad con lo establecido en los artículos 338 **de este cuerpo legal, en sus respectivos casos.**

La simple relación de las actuaciones del proceso, la mención de los requerimientos hechos por las partes o la cita o transcripción de preceptos legales, no reemplazará a la motivación."

Por su parte en el Libro Segundo, dedicado al Procedimiento Ordinario, en su **artículo 338, regla Cuarta,** se establece:

«Cuarta: Se consignará la fundamentación del fallo de la manera siguiente:

1) Declaración de hechos probados.

En párrafos separados y numerados, se hará declaración expresa y **terminante de los hechos que se consideran probados, descritos con claridad, precisión y coherencia, sin emplear conceptos que, por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse.**

2) **Valoración de la prueba.**

Seguidamente, se expresarán las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas en el juicio y, en su **caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente declarados probados.**

3) Fundamentación jurídica.

En párrafos también separados y numerados se consignarán, de forma clara, sucinta y precisa, con indicación de los preceptos o doctrina legal aplicables, los fundamentos legales de la calificación de los hechos que se hubiesen tenido para cada uno de los procesados; de las causas de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal, en caso de que concurra alguna de ellas; y de las penas que se impongan, en caso de condena; así como, los fundamentos doctrinales y legales de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella; del pronunciamiento sobre las costas; y de las disposiciones que puedan adoptarse sobre el destino de los objetivos secuestrados».

El Libro III trata «De los recursos»:

- Nada dice respecto a las sentencias dictadas en apelación **(artículo 358**), por lo que habrá de aplicarse la norma general del artículo 141 que se remite para las sentencias al artículo 338.
- El **artículo 369**, respecto a las sentencias dictadas en recurso de casación, se remite expresamente a artículo 338.
- Respecto a la sentencia dictada en el recurso de revisión, tampoco se dice nada **(artículos 378 a 380**), siendo de aplicación la norma general supletoria.

En el Libro IV: **"De la Vigilancia y Control de la Ejecución de** las **Penas y de las Medidas de Seguridad":**

- Para la ejecución de las penas, el **artículo 387** hace referencia a que el auto que dicte el Juez en los incidentes que se planteen en esta materia ha de ser «motivado». De la misma manera se exige específica motivación para el auto sobre concesión o no de la libertad condicional (art. 388) o su revocación (art. 389).
- Para las medidas de seguridad, el **artículo 396** contiene una cláusula general de remisión a las normas previstas en el capítulo anterior (el relativo a la ejecución de las penas) y, por tanto, al artículo 387.

En el Libro V: **«De los Procedimientos Especiales»**:

- Para el procedimiento abreviado, **el artículo 404** no contiene referencia expresa a esta cuestión, por lo que son de aplicación las normas generales.
- Tampoco se dice nada respecto a la resolución que se dicte en el procedimiento por delitos de acción privada.
- En el procedimiento para procesar a altos funcionarios del Estado, la sentencia que se dicte ha de cumplir con los requisitos de la que se dicte en el procedimiento ordinario, entre ellos los relativos a la fundamentación, según la remisión genérica del penúltimo párrafo del **artículo 417.**
- Nada se precisa en este tema respecto a las sentencias que se dicten en el procedimiento penal seguido tras el antejuicio para deducir responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados **(artículo 422).**
- En el juicio por faltas, el **artículo 430** (respecto a la sentencia de primera instancia) se remite expresamente al artículo 338, estableciendo que debe acomodarse en lo sustancial a lo previsto en dicho artículo. Lo mismo se establece en el artículo **431** para la sentencia que en este procedimiento se dicte en grado de apelación.
- En el procedimiento para deducir responsabilidad civil nada se dice respecto a la resolución definitiva **(artículo 438),** pero sí habla de que debe ser «motivado» el auto de admisión de la demanda **(artículo 435, último párrafo)** y la resolución ordenando provisionalmente la restitución, reparación o indemnización **(artículo 436, párrafo 1º)**.

La falta de mención expresa en determinados procedimientos a la necesidad de motivación de las resoluciones que se dicten en los mismos no significa que en ellos no sea necesario tal requisito, pues la obligación de motivar, aparte de los principios de rango constitucional que hemos mencionado, tiene una expresa y genérica exigencia en el artículo 141, para todos los autos y, especialmente, para las sentencias (interlocutorias o definitivas), pues dicho artículo 141 se remite expresamente al artículo 338.

V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR.

La obligación de motivarlas resoluciones judiciales es un requisito esencial, no subsanable, de ahí que el artículo 141 lo exija «bajo pena de nulidad», por lo que no es posible corregirlo en vía de aclaración o adición de omisiones o corrección de errores (artículo 142), como pone de manifiesto el artículo 345 cuando para la sentencia condenatoria dictada en el procedimiento ordinario establece: **«Saneamiento de los vicios eventuales de la sentencia. Los vicios de la sentencia que no constituyan motivo de casación por quebrantamiento de forma serán saneados de oficio por el Tribunal o a petición de parte»**. Quedan así excluidos de la posibilidad de subsanación los errores que consistan en defectos susceptibles de sustentar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, entre los que el **artículo 362** señala en el **apartado 3º** la sentencia **«que carezca de motivaciones fácticas o jurídicas, que dichas motivaciones sean insuficientes o contradictorias o si en la valoración de la prueba no se observaron las reglas de la sana crítica».**

En el mismo precepto (**apartado 2º**) también se considera motivo de casación por quebrantamiento de forma que la sentencia «**se base en medios o**

elementos probatorio no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación de las normas contenidas en el Título IV del Libro Segundo de este Código o excluya o deje de considerar alguna prueba de valor decisivo». La defectuosa motivación de la sentencia dictada por los Tribunales de Sentencia es un motivo de recurso casación por quebrantamiento de forma que dará lugar a la anulación de la misma y a su devolución al Tribunal de Sentencia que la dictó para que vuelva a dictar resolución conforme a ley, esto es, suficientemente motivada, según establece el artículo 369, inciso segundo del párrafo segundo, del Código Procesal Penal de Honduras. Queda así de manifiesto que el incumplimiento de la obligación de motivar supone un vicio no subsanable de la sentencia.

¿Las Cortes de Apelación al resolver el recurso de apelación pueden acordar también la nulidad de las resoluciones recurridas y devolverlas al órgano inferior para que subsane dicho defecto? El artículo 358 no prevé expresamente dicha posibilidad, limitándose a señalar que la sentencia de la Corte de Apelación «confirmará, revocará o reformará la resolución impugnada». Puede entenderse que el carácter devolutivo del recurso de apelación (conforme al cual el Tribunal superior que lo resuelve tiene plena competencia para revisar todo el procedimiento de la primera instancia), determina que no puede devolver la causa al inferior para que subsane dicho defecto, sino que él mismo deberá corregirlo, dictando la correspondiente resolución suficientemente motivada, sin perjuicio de las correcciones disciplinarias que pueda acordar o iniciar respecto al Juez de la primera instancia. Esta solución no es pacífica, pues hay quien opina en casos similares que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que la resolución que ponga fin al procedimiento esté motivada, sin que el Tribunal de apelación pueda subsanar este defecto, ya que está impidiendo al justiciable conocer los motivos de la sentencia y, por lo tanto, hacer las oportunas alegaciones sobre los mismos ante un Tribunal encargado de la segunda instancia, impidiendo así la efectividad de la doble instancia. Conforme a esta teoría, la Corte de Apelación, si aprecia que la sentencia de primera instancia está mal motivada, o carente de toda motivación, deberá declarar la nulidad de la misma y devolverla al órgano judicial que la dictó en primera instancia para que proceda a dictar nueva resolución, salvando dicho déficit.

VI. EXAMEN DETALLADO DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

1. ¿QUÉ RESOLUCIONES JUDICIALES DEBEN MOTIVARSE?

A) LAS PROVIDENCIAS.

El artículo 141 del Código Procesal Penal de Honduras establece que las únicas resoluciones judiciales que no exigen contener una expresa y completa motivación son las providencias, «en las cuales se limitarán a determinar el contenido de lo mandado, sin más fundamentos o adiciones». Ello es así porque, según el artículo 139, la fórmula de providencia sólo puede ser adoptada por las resoluciones que ordenan diligencias de mero trámite.

Ese especial contenido, netamente procesal, en el que se acuerda la continuación del procedimiento por los trámites legalmente previstos, no exige motivación específica, por la propia

naturaleza de la resolución, ya que se trata de la simple aplicación de los trámites procedimentales, la progresión ordenada del procedimiento en sus fases previstas. Ello no obstante, el hecho de que no sea necesaria la fundamentación en las providencias no impide que los Jueces o Tribunales puedan motivarlas si así lo estiman conveniente, de forma sucinta, sin sujeción a requisito alguno, como señala el propio artículo 141, lo cual será aconsejable cuando el trámite procesal implique cierta complejidad o no sea el normalmente utilizado por la peculiaridad del caso. Además, las resoluciones (autos) que se dicten sobre cuestiones procesales cuando las inicialmente adoptadas sean recurridas en reposición, sí deberán ser, necesariamente ahora, motivadas.

B) AUTOS Y SENTENCIAS INTERLOCUTORES Y DEFINITIVAS.

Las demás resoluciones judiciales, esto es, según el artículo 139, los autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas, necesariamente han de estar motivadas. El precepto específico de esa obligación (el artículo 141) refiere que la motivación implica: Expresión de hechos y expresión de los fundamentos de derecho en que se basa la resolución. Junto a lo anterior, «en su caso», esto es, no siempre, sino tan sólo en el supuesto de que el tema enjuiciado lo precisare, también deben expresar: -las pruebas tenidas en cuenta y las razones del valor probatorio que se les haya atribuido, cuestiones éstas que sólo serán necesarias cuando se deban fijar unos hechos como base de la resolución, lo cual no ocurrirá siempre, pues la cuestión a decidir puede tener exclusivamente naturaleza jurídica.

La motivación ha de ser «clara y precisa», según establece el artículo 141, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados que habrán de precisarse en cada caso concreto.

Lo que sí hace dicho precepto es señalar determinados supuestos que no se pueden considerar equivalentes a que la motivación existe. Así, niega tal carácter a: -la simple relación de las actuaciones del proceso; -la mención de los requerimientos hechos por las partes, -la cita o transcripción de preceptos legales. Si la sentencia o auto se limita a contener esas referencias, no puede estimarse cumplido el requisito de motivación; el artículo 141 dice que «no reemplazará a la motivación», lo que pone de manifiesto que ese precepto exige algo más, mejor dicho, mucho más.

La necesidad de motivar las resoluciones judiciales no exige una agotadora exposición de argumentos y razones, siendo admisible una fundamentación escueta, siempre que de la misma se desprenda que la decisión judicial responde a una interpretación del derecho o de las pruebas que es ajena a toda arbitrariedad. El proceso de enjuiciamiento (la fijación de los hechos y la aplicación del derecho) no puede permanecer en el secreto o en el anonimato, sino que debe quedar explicitado y recibir la «necesaria y suficiente» publicidad. Esa suficiencia es un concepto jurídico indeterminado que deberá concretarse en cada caso, debiendo traducirse en la comprobación de que el ciudadano conozca las razones por las que ha resultado condenado o absuelto. Se trata de que la motivación cumpla el denominado «test de la repetición por persona distinta», según el cual la motivación de la resolución judicial ha de ser tal que otra persona que debiera juzgar el mismo supuesto, pudiera con las explicaciones contenidas en el

auto o sentencia llegar a idéntico resultado.

La necesidad de motivación no es incompatible con una economía de los razonamientos, impuesta por evidentes razones prácticas, dado el abrumador nivel de trabajo que suele pesar sobre los órganos judiciales, por lo que nadie se opone a que esos razonamientos sean escuetos, sucintos o, incluso, que quepa la posibilidad de fundamentar por remisión, sobre todo en las sentencias dictadas en los recursos, siempre que con esa motivación puedan las partes conocer las razones de la decisión. El propio Código Procesal Penal de Honduras, en su artículo 338, cuando hace referencia a la motivación jurídica, junto a la necesidad de la claridad y precisión exige que la motivación sea «sucinta». Esto no obstante, como veremos después en el supuesto de la motivación de los hechos, al valorar las pruebas indiciarías se exige una mayor extensión.

La motivación tampoco debe responder servilmente al planteamiento hecho por las partes sobre todo al planteamiento jurídico. Es cierto que las sentencias han de ser congruentes (artículo 337 del nuevo Código Procesal Penal), dar respuesta al objeto del litigio, no pudiendo dejar de resolver ninguna de las cuestiones que son sometidas a su deliberación, ni resolver otras distintas, pero sobre todo en la fundamentación jurídica no se exige que se siga el planteamiento hecho por las partes, pues se parte del principio de que el órgano judicial conoce el derecho *(jura novit curia),* por lo que, cualquiera que sea la fundamentación jurídica invocada por las partes, el Juez o Tribunal puede recurrir a la que considere más acertada, eso sí, sin alterar los términos del debate, pues en el ámbito penal rige el principio acusatorio y no podrá condenarse por delito distinto del que se ha imputado, salvo caso de delitos homogéneos.

2. MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS.

La sentencia viene a suponer que la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general se traslada y aplica a un supuesto de hecho concreto, resolviendo el conflicto social planteado. Ese proceso de concreción de la norma legal (general) en el fallo (norma individual) se manifiesta en la motivación, que tiene dos ámbitos bien definidos: la determinación de los hechos *(quaestio facti)* y la inferencia del derecho *(quaestio juris),* lo que vamos a analizar por separado.

El modo de razonar del Juez, el método que emplea para enjuiciar un hecho, se ha representado tradicionalmente (desde Beccaría) como un silogismo, en el que la norma jurídica penal la premisa mayor, el hecho es la premisa menor y el fallo o parte dispositiva de la sentencia la conclusión o deducción lógica correspondiente.

Sin embargo, desde Ferrajoli, se pone de relieve que la función de enjuiciar es más compleja y comprende tres operaciones distintas:

a) Una inferencia inductiva, conforme a la cual se concluye de las pruebas practicadas si realmente ha ocurrido o no el hecho *(quaestio facti):*

b) Una inferencia deductiva: partiendo de los hechos probados se comparan con la norma penal para llegar a la conclusión de si aquéllos tienen o no cabida en ésta *(quaestio*

jurís), y c) Un silogismo práctico: si hay prueba de que alguien ha realizado un delito y ese delito está castigado con una pena, se concluye imponiéndole tal pena, se crea la norma concreta.

Así pues, el primer momento de la actividad enjuiciadora es la determinación de los hechos, debiendo contenerse en la sentencia un relato expreso y terminante de los hechos que el Juez o Tribunal estima que han resultado probados, pues así lo establece, como ya vimos, el artículo 338 del Código Procesal Penal, en su regla 4ª. Se trata de un requisito esencial, no subsanable por vía de aclaración, cuya falta total o defecto (cuando no es clara y terminante la motivación por resultar contradictoria) es motivo de recurso de casación por quebrantamiento de forma (artículo 362, apartado 1).

La determinación de los hechos probados es el momento de mayor libertad del Juez, pues rige el sistema de la libre convicción, teniendo el Juez plena libertad para valorar la prueba y llegar a las conclusiones que crea más lógicas y razonables (sistema de la *"intime conviction"),* pero ello no puede dar paso a un total subjetivismo, el Juez no puede actuar por corazonadas o intuiciones, sin ninguna sujeción en dicha actividad, de ahí que se establezcan límites a la misma:

-De un lado el Juez viene limitado en cuanto a las pruebas que ha de valorar, pues sólo puede tener en cuenta las practicadas en el acto del juicio oral (con excepción de las anticipadas del artículo 277 y aquéllas que pueden incorporarse por la lectura anticipada según el artículo 311), y ha de tener en cuenta que esas pruebas se hayan practicado con sujeción a las normas establecidas para su validez. Hay libertad en la valoración de la prueba, pero no libertad **de** la prueba, según decía Carrara.

-Por otro lado, la actuación del Juez no puede ser arbitraria, caprichosa, debe actuar conforme a las reglas de la "sana crítica" (artículos 338 y 362, apartado 3), y con sujeción a un principio esencial, un criterio guía: la **presunción de inocencia,** que en la valoración de la prueba se traduce en el principio *in dubio pro reo,* es decir, que en caso de duda debe optarse por la conclusión más beneficiosa para el acusado, como prevé el artículo 339, párrafo 1º, al imponer la absolución del imputado en caso de duda razonable.

El Juez trabaja sobre una verdad histórica, un hecho que ya ha ocurrido anteriormente en el tiempo, por lo que él no tiene un conocimiento directo del mismo, no valora el hecho en sí, sino unas pruebas sobre el mismo, esto es, a través de terceras personas, o de las huellas o vestigios dejados por esos hechos pasados. Así, sí atendemos a los testigos, unos tendrán interés directo en lo que se ha de decidir (perjudicados), en tanto que otros pueden ser unos observadores ocasionales, normalmente desprevenidos, todo lo cual da idea de la falta de firmeza de los medios que el Juez tiene para descubrir lo que ha ocurrido, de su relativismo, ambigüedad e incertidumbre. Las conclusiones que se pueden alcanzar por el Juez no pueden tener la pretensión de ser una verdad absoluta, científica, sino meramente probable, con un alto grado de probabilidad, si el juicio racional empleado es correcto para llegar a una certeza práctica. Los márgenes de incertidumbre deben reducirse tanto como sea posible, pero hay que tener presente que lo normal es que no

pueda alcanzarse la certeza absoluta.

Los hechos que han de acreditarse son no sólo los del mundo exterior, aquellos que directamente se aprecian o perciben por los sentidos, sino también los hechos psicológicos, tales como el carácter intencional de la acción, o un determinado elemento subjetivo del delito, lo cual añade mayor dificultad, pues habrán de inferirse de otros datos externos que los revelen de forma indirecta.

El Juez, para concluir si determinados hechos han ocurrido o no, parte de una hipótesis acusatoria, que es ajena al mismo, y predetermina sobre qué hechos ha de pronunciarse. El Juez no puede añadir otros hechos distintos de los planteados por las partes (artículo 337). Partiendo de los mismos, debe el Juez valorar las pruebas válidamente practicadas para concluir si se ha acreditado o no la realidad de tales hechos. El método que ahora debe emplear se ha equiparado unas veces con el empleado por el historiador, otras con el de los médicos (a través del síntoma, como equivalente a la prueba) o al del detective. Como ya hemos señalado, hoy se sostiene que el método a seguir es el de la inferencia deductiva, según el cual se parte de un resultado, se contrasta con las pruebas practicadas, aplicando reglas (máximas de la experiencia) más o menos codificadas, más o menos precisas, más o menos experimentadas o más o menos generales, que permiten concluir si tal hipótesis está o no suficientemente acreditada

El nivel de certeza al que se llegue dependerá del mayor o menor número de pruebas, de la mayor o menor fuerza de las mismas según su mayor o menor contenido empírico, de la resistencia de esas conclusiones a las contrapruebas, y de la desvirtuación de las hipótesis alternativas, teniendo en cuenta que en el caso de que puedan alcanzarse diversas conclusiones, deberá optarse por la más simple.

Como se señalaba anteriormente, aunque el Juez tiene total libertad para valorar las pruebas válidamente practicadas, ello no equivale a que pueda hacerlo arbitrariamente, sino que habrá que hacerlo con arreglo «a las reglas de la sana crítica». Para garantizar que el Juez lo ha hecho así, se exige que en la sentencia motive el camino que ha seguido para llegar a la declaración de los hechos. Así, el artículo 141, bajo pena de nulidad, establece que los autos y sentencia, tanto interlocutorias como definitivas, contendrán una "clara y precisa motivación... que expresará los hechos..., las pruebas tenidas en cuenta, así como las razones del valor probatorio que se les haya atribuido». Por su parte, el artículo 338, respecto a la sentencia penal, en la regla 4ª, dentro del apartado «valoración de la prueba», contiene igual exigencia. Finalmente el artículo 362, entre los vicios de la sentencia que autorizan el recurso casación por quebrantamiento de forma, señala «que (la sentencia) carezca de motivaciones fácticas..., que dichas motivaciones sean insuficientes o contradictorias o que en la valoración de la prueba no se observaron las reglas de la sana crítica».

Tal exigencia de motivación detallada de las conclusiones sobre los hechos probados es de orden jurídico-constitucional, porque el Poder Judicial no puede estar sustraído al control de la norma, debiendo cada sentencia expresar las razones en que se fundamenta.

Hemos visto que el artículo 338 hace una nueva referencia expresa a la necesidad de dar explicaciones de los razonamientos utilizados para obtener conclusiones por presunción a partir de los indicios. En el ámbito penal no siempre se cuentan con pruebas directas, pues son muchos los delitos que se cometen sin testigos, de forma que hay que deducir su realidad de datos indirectos, so pena de aceptar un amplio campo de impunidad. Para ello en la doctrina se viene exigiendo que haya una pluralidad de indicios (o uno sólo de gran relevancia), que el hecho indiciario esté acreditado por una prueba directa, que los indicios converjan en un mismo sentido, debiendo existir una relación indudable de cada uno de los indicios con el hecho principal y de cada uno de los indicios entre sí, y también se exige que se apliquen las reglas de la lógica en el proceso deductivo, esto es, que la conclusión alcanzada sea lógica y razonable, teniendo en cuenta las máximas de la experiencia, eligiendo, cuando el razonamiento permite varias conclusiones, aquélla que se estima más acorde con las reglas de la sana crítica. Y todo ese proceso debe estar expresado con claridad y precisión en la propia sentencia o auto.

Por último queda por establecer en qué parte de la sentencia deben residenciarse las explicaciones sobre la valoración de la prueba. No es éste un requisito esencial y a veces resulta difícil precisar si las explicaciones sobre por qué determinados hechos se consideran acreditados han de darse en un apartado u otro de la sentencia (así ocurre con las explicaciones sobre los hechos que justifican una causa de exención, una atenuante o una agravante, o los relativos a la autoría o a algún elemento del tipo objetivo o del subjetivo), pudiendo aceptarse que, entendiendo la sentencia como un todo, unos apartados se completen con los otros, siendo lo importante que se cumpla con la obligación de motivar por qué se consideran probados los hechos, con independencia del lugar de la sentencia en que se contenga dicha motivación. Ello no obstante, la redacción del artículo 338 del Código Procesal Penal parece indicar que dentro de la «Fundamentación del Fallo» se dedicará un apartado a la «Declaración de Hechos Probados», otro a la «Valoración de la Prueba «, y otro a la « Fundamentación Jurídica «. Por lo tanto, será en ese segundo apartado donde, en principio, deba contenerse una enumeración de las pruebas tenidas en cuenta, con una explicación de su validez si ha sido puesta en duda y de por qué se ha prescindido de aquéllas que se consideraron no válidas. Además, deberá motivar la valoración de esas pruebas, expresar en base a qué razones considera que tales pruebas acreditan los hechos que se han declarado probados (con especial referencia a la prueba de indicios) o porqué esas pruebas no permiten declarar probados los hechos de los que se acusaba.

3. MOTIVACIÓN JURÍDICA.

A) EXPOSICIÓN DOCTRINAL:

Como ya hemos visto el contenido esencial de la resolución judicial consiste en la aplicación de la norma general a un caso concreto que se juzga. Esa actividad implica dos ámbitos distintos: la determinación de los hechos *(quaestio facti),* ya vista, y la del derecho *(quaestio juris),* que se examina en este momento. En uno y otro caso la decisión judicial debe estar motivada, contener las explicaciones del fallo.

La inferencia del derecho, la determinación de cuál es la norma jurídica

aplicable al caso concreto que se enjuicia, se estructura en dos momentos distintos; la determinación del contenido de la norma aplicable y la subsunción.

a) LA MOTIVACIÓN JURÍDICA GENÉRICA DE LA RESOLUCIÓN.

a') LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.

La primera tarea que debe hacer el Juzgador es la de saber cuál es el contenido de la norma, qué quiere decir la misma, determinar el concreto contenido de la norma aplicable, tarea que recibe el nombre de interpretación. Las normas no contemplan, ni deben hacerlo, casos concretos, sino supuestos generales, de ahí que de la mera lectura de la disposición legal no podamos concluir si en la misma está o no comprendido el caso enjuiciado, por ello la primera tarea del Juez o Tribunal encargado de juzgar será la de determinar qué quiere decir la norma. Para ello cuenta con diversos métodos: el gramatical, el lógico, el sistemático, el teleológico y el histórico. No puede el Juzgador limitarse al criterio interpretativo gramatical, por la propia ambigüedad del lenguaje: por el contrario ha de tratar de precisar qué quiere decir la ley, para garantizar una aplicación uniforme e igualitaria de la norma a todos los justiciables, por lo que habrá de determinar la voluntad objetiva de la ley o la subjetiva del legislador.

b') LA SUBSUNCIÓN.

El Juez o Tribunal ha realizado ya una determinación de los hechos que han ocurrido y un estudio de la norma, para conocer su verdadero contenido. Ahora, lo que debe hacer es determinar, mediante una inferencia deductiva, que el hecho probado es el que está mencionado en la norma general, tarea que se denomina subsunción.

Para llevar a cabo dicha tarea hay que partir de una definición de ese concepto empleado por la norma (matar, arma, engaño, causalidad, cosa, etc.) y luego comprobar sí en el caso concreto se dan todos y cada uno de los elementos de esa definición. Esa tarea de determinar cuál es la definición de los elementos del tipo será más fácil en los supuestos en que tales elementos sean meramente descriptivos, ésto es, de carácter empírico (que se puedan conocer por los sentidos), pues en dicho caso la subsunción consiste en determinar si concurren o no en el caso concreto los distintos elementos de esa definición, cuya realidad se determina por apreciación sensorial directa. Pero otras veces el tipo emplea elementos normativos; no se trata de una mera descripción de hechos, sino que exige una valoración por parte del Juez o Tribunal, unas veces de carácter jurídico (por ejemplo el término "bienes muebles ajenos" referido a las cosas en el delito de hurto, artículo 223 del Código Penal, o los términos documento o parientes empleados en otros lugares), pero en otras ocasiones exigirá una valoración personal del Juez, más o menos subjetiva (así en el caso de los "actos indecorosos" del artículo 147-A en los delitos contra la libertad sexual). La determinación de la definición de estos conceptos no puede consistir en una valoración subjetiva del Juez, no será indecoroso lo que el Juez piense que lo es, sino que debe partir el

Juzgador de valoraciones ético-sociales, debe buscar la voluntad del legislador y la de la propia ley penal. En este caso, la motivación del Juez, cuando exista un elemento normativo que exija una valoración judicial, es más compleja, pues debe empezar por justificar la elección de la norma ético-social, tarea nada fácil en las sociedades pluralistas, en las que tienen cabida diversas concepciones de la moral social.

Pero la descripción que contiene el tipo penal no sólo hace referencia a los elementos objetivos, a las cuestiones relativas a la conducta, los medios o formas de realizarla, sus objetos y sujetos, la relación causal y el resultado, sino que también tiene una dimensión subjetiva, la culpabilidad, en la que ha de comprenderse el examen y valoración de las facultades psíquicas del autor, el conocimiento de lo que hace y la no exigibilidad de otra conducta. Respecto de estos elementos subjetivos del tipo también debe realizarse igual tarea de subsunción, lo cual implica partir de una definición de los mismos y determinar si en el caso concreto se dan o no tales elementos (dolo, ánimo de lucro, ánimo de matar, etc.). La dificultad en este caso no es en la tarea de la subsunción, que es idéntica a la que se ha de realizar respecto a los elementos objetivos del tipo, sino en la prueba de los hechos básicos, pues pertenecen al ámbito interno de la persona, y deben descubrirse normalmente a través de signos indirectos que los exteriorizan, no directamente, pero esto pertenece a la determinación (motivación) de los hechos y no a la subsunción (motivación jurídica).

b) LA MOTIVACIÓN JURÍDICA DEL FALLO.

La motivación jurídica que se exige en las resoluciones judiciales no se limita a la relativa a la tipificación de los hechos, en su doble vertiente objetiva y subjetiva, sino que lo trascendente en la sentencia es su fallo, la conclusión a la que llega el Juzgador, y esa decisión también está reglada: la norma prevé de manera más o menos concreta las consecuencias de su infracción. Por ello la motivación jurídica también debe comprender la expresión de las razones por las que se llega a esa concreta decisión, por qué se imponen determinadas consecuencias jurídicas y no otras, Así pues, debe motivarse la pena, que normalmente viene determinada en el tipo con un máximo y un mínimo dentro del cual el Juez ha de decidir la extensión de la pena, explicando por qué lo hace en esa extensión concreta. Pero también debe motivar las restantes consecuencias jurídicas, tales como las medidas de seguridad cuando deban adoptarse, o la condena civil cuando sea procedente, o la imposición de las costas o el destino que haya de darse a los objetos secuestrados.

B) DERECHO POSITIVO HONDUREÑO.

a) LA MOTIVACIÓN JURÍDICA GENÉRICA DE LA RESOLUCIÓN.

Las normas básicas sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales en el nuevo Código Procesal Penal de Honduras vienen constituidas por los siguientes preceptos:

- Artículo 141: Con carácter general, para toda clase de resoluciones judiciales

precisando que no basta la mera transcripción de los preceptos legales.

- Artículo 338: Referido a la sentencia en el procedimiento penal ordinario (y que por remisión expresa o tácita es exigible en las demás sentencias que se dicten en los restantes procedimientos especiales), exige la motivación jurídica como uno de los apartados de la motivación del fallo, en párrafos separados y numerados, de forma clara, precisa y sucinta, .indicando los preceptos o doctrina legal aplicables. En concreto el precepto hace referencia a la necesidad de motivar lo relativo a:

- La calificación de los hechos (dentro de este apartado habrá de incluírsela motivación sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito, la participación, la imputabilidad y la relación de causalidad).
- las causas de exención, atenuación y agravación.
- la pena.
- la responsabilidad civil.
- las costas.
- el destino sobre los objetos secuestrados.

- Artículos 360 y 361: Los citados artículos regulan la casación por infracción de ley sustantiva o doctrina legal o de normas constitucionales. No se trata del mero erraren la cita del precepto o doctrina, cuando no influye en la parte dispositiva. La consecuencia de esa infracción es que la Corte de Casación revocará la sentencia recurrida y dictará nueva sentencia haciendo una correcta aplicación de la ley (constitucional u ordinaria) o doctrina legal (artículo 369).

- Artículo 362: Dentro de la casación por quebrantamiento de forma se contempla como uno de sus motivos la inexistencia de motivación jurídica o insuficiencia de la misma o que sea contradictoria dicha motivación. La consecuencia cuando concurra dicho defecto es que la Corte de Casación anulará el fallo recurrido y devolverá la causa al Tribunal de Sentencia para que dicte nueva sentencia debidamente motivada (artículo 369).

b) LA MOTIVACIÓN JURÍDICA DEL CONTENIDO DEL FALLO.

Como venimos examinando, la decisión del Juez o Tribunal es el resultado de un proceso que se inicia con la fijación de los hechos, y que sigue con la subsunción de los mismos en el precepto legal. En este silogismo la norma es la premisa mayor y los hechos la menor, siendo el fallo la conclusión lógica.

Hasta ahora hemos visto el proceso que ha de seguir el Juez o Tribunal para fijar esas premisas del fallo, examinando la cuestión desde el punto de vista de la necesidad de su fundamentación. El mecanismo para alcanzar conclusión de ese silogismo es puramente lógico: matar a otro tiene determinada pena; si A ha matado a otro, a dicho responsable le corresponde esa pena. Pero las consecuencias del hecho delictivo no es sólo la pena, pues, a veces, puede ser, de forma alternativa o complementaria, la medida de seguridad, y puede derivar del hecho una responsabilidad civil o una responsabilidad en materia de costas. Todas estas cuestiones vienen reguladas en las leyes, de ahí que

la sentencia deba contener una respuesta a las mismas y dicha respuesta ha de ser motivada, por las razones que hasta ahora hemos venido exponiendo y que básicamente se resumen en la prohibición de la arbitrariedad en el desempeño de la función judicial.

En el nuevo Código Procesal Penal Hondureño se establece la necesidad de motivar la pena en concreto, la responsabilidad civil, las costas o el destino de los objetos secuestrados (artículo 338), todo ello dentro de la motivación jurídica, no como una categoría específica, independiente, y ello es lógico, pues, en definitiva, se trata de la aplicación de normas penales, civiles y procesales.

Siguiendo la propia enunciación del precepto vamos a hacer una somera exposición de la motivación de las distintas consecuencias jurídicas del delito.

A'). MOTIVACIÓN DE LA PENA.

Los tipos penales previstos en el Código Penal contienen normalmente una pena con un máximo y un mínimo, tanto en las privativas de libertad como en las privativas de derechos o en las de multa, siendo el Juez o Tribunal el que ha de concretar en cada caso la pena individualizada
que le corresponde al culpable. Para ello ha de atender a las reglas establecidas al efecto, fundamentalmente las previstas en el Capítulo IV del Título V del Libro I del Código Penal, artículos 65 a 69 inclusive, dedicado a la "Aplicación de las penas", donde se atiende en primer lugar al grado de participación y de ejecución del delito (si se es autor o cómplice, o si se trata de un delito consumado o en grado de tentativa). Junto a ello, también debe atenderse a las reglas concúrsales (artículos 35 a 37 del Código Penal). La aplicación de tales normas nos dará, normalmente, una pena con unos límites máximo y mínimo que deberá concretarse en el caso enjuiciado.

Con carácter general el **artículo 69** del Código Penal establece: **"El Juez determinará en la sentencia la pena aplicable al indicado dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito y las circunstancias que en el mismo se hayan cometido. Para ello tendrá en cuenta sus antecedentes personales, su mayor o menor peligrosidad, las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho apreciadas tanto por su número como, sobre todo, por su magnitud e importancia, y la mayor o menor extensión de los males producidos por el delito, en particular los de naturaleza económica".** Si se trata de la pena de multa, establece el **artículo** 51 del Código Penal que, cuando tenga unos límites máximo y mínimo, debe fijarla el Juez **"teniendo en cuenta la capacidad económica del penado** y **la gravedad del daño causado por el delito".**

La gravedad del delito, las circunstancias personales del penado, su mayor o menor reprochabilidad e incluso peligrosidad, la importancia de los daños causados y el número y entidad de las circunstancias atenuantes o agravantes son los datos que ha de manejar el Juez para decidir la pena concreta que ha de imponer al condenado.

El artículo **344** del nuevo Código Procesal Penal establece: **«La sentencia condenatoria fijará con precisión las penas** y **las medidas de seguridad a que queda sujeto el reo…».**

Además, debe el Juez o Tribunal recoger en su sentencia expresamente las razones que le han llevado a dicha pena, no sólo porque así lo diga el nuevo Código Procesal Penal, sino porque ya lo establecía el propio Código Penal, que en el **párrafo segundo** de su **artículo 69** decía: **"En la motivación de las sentencias el juez consignará expresamente las circunstancias señaladas en el párrafo anterior que ha tenido en cuenta para determinar la extensión de la pena".** Esa obligación viene reforzada ahora en la nueva normativa no por su enunciación, sino por el carácter de requisito esencial que se da a la motivación, y las consecuencias que derivan de su incumplimiento (la nulidad radical de la sentencia).

Finalmente, en esta materia hay que hacer dos breves referencias; de un lado que tradicionalmente se ha incumplido la obligación de motivar la pena en concreto; de otro que la motivación presenta una mayor exigencia cuando la pena impuesta no lo es en su mínima extensión.

B'). MOTIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El responsable penal de un delito o falta lo es también civilmente, siempre que el delito haya causado un daño o perjuicio indemnizable. Incluso la absolución penal, cuando lo sea por determinadas causas (enfermedad mental, miedo insuperable o fuerza irresistible y estado de necesidad), no conlleva la absolución en la responsabilidad civil, aunque no siempre el responsable civil será la persona que ha realizado el hecho típico. El Código Penal dedica el Título IX del Libro I a la "Responsabilidad civil" (artículos 105 a 115). Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal en sus artículos 49 a 53 regula la legitimación para el ejercicio de la acción civil derivada de delito o falta y los efectos que tiene en dicha materia la extinción de la responsabilidad penal por muerte del acusado o por amnistía. También se regula en los artículos 432 a 440 el procedimiento para deducir la responsabilidad civil, que se trata de un trámite en ejecución de sentencia en el que sólo se puede discutir la legitimación para reclamar de quien lo insta, y la cuantía de la reclamación, pero no la procedencia de la misma, que habrá quedado fijada en la sentencia condenatoria (o excepcionalmente en la absolutoria en los casos en que no impide la reclamación civil).

En lo que aquí interesa, dicha resolución ha de quedar justificada debidamente en la sentencia, primero declarando probados los hechos que sustentan su procedencia y después motivando los fundamentos jurídicos de esa decisión.

Igual exigencia de motivación se contiene en las normas, que regulan la cuantificación de esa indemnización en fase ejecutoria: artículos 435 (admisión), 436 (decisión provisional) y 438 (decisión definitiva).

c'). MOTIVACIÓN EN MATERIA DE COSTAS.

El Código Penal en su **artículo 64** establece que **"la sentencia** (penal) **condenatoria comprenderá el comiso** y **el pago de las costas en los casos en que sea aplicable".** Hay que entender que el inciso "en los casos que sea aplicable" hace referencia al comiso, no a las costas, que se impondrán en todo supuesto de sentencia condenatoria por delito o falta. El contenido de las costas viene establecido en el artículo 56 de dicho Código Penal.

Por su parte el Código Procesal Penal en su artículo 338 exige que la parte resolutiva de la sentencia contenga, "además, el pronunciamiento que corresponda en materia de costas" (regla 5ª), exigencia que viene reiterada en el artículo 344 respecto de la sentencia condenatoria.

Por su parte, la regla 4ª del artículo 338 exige la motivación jurídica en materia de costas, motivación que resulta extremadamente sencilla, al menos en su procedencia, pues si la sentencia es condenatoria procederá la condena en costas y si es absolutoria no. La mayor dificultad puede venir en la determinación de los conceptos que integran las costas, pues, según afirma de manera contradictoria el comentado artículo 56 del Código Penal, llegan a integrarlas todos los gastos ocasionados en el juicio «aunque no se incluyan en las costas».

d'). MOTIVACIÓN EN RELACIÓN CON LOS OBJETOS SECUESTRADOS.

El nuevo Código Procesal Penal de Honduras entre las actuaciones de ejecución inmediata para la constatación del delito establece en los artículos 217 a 220 el secuestro de los objetos o documentos relacionados con el delito que puedan ser importantes para la investigación y los que puedan ser objeto de comiso. Tales objetos pueden ser propiedad de terceras personas ajenas al delito o ser instrumentos o efectos del propio delito. Sí estamos ante el primer caso, la sentencia deberá acordar la devolución a sus legítimos propietarios. Si se trata del segundo supuesto la sentencia acordará el comiso, pena accesoria según los artículos 38 y 64 del Código Penal, que consiste en la pérdida de los efectos del delito o de los instrumentos con que se ejecuten, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable de los hechos (artículo 55 del Código Penal).

Al igual que se ha comentado en el anterior apartado, los artículos 338 y 344 del nuevo Código Procesal Penal exigen el pronunciamiento expreso de la sentencia en estos extremos y la correspondiente motivación.

Como conclusión a todo lo dicho puede añadirse que el nuevo Código Procesal Penal de Honduras muestra una constante preocupación por resaltar la obligación del Juez o Tribunal en la motivación de las resoluciones que dicte, señalando su carácter de requisito esencial y previendo la nulidad de las resoluciones que incumplan con ese cometido, aparte de detallar los distintos contenidos de la sentencia que deben ser motivados y de llegar a precisar lo que no puede ser considerado motivación. Todo ello pone de relieve la gran importancia que la obligación de motivar tiene para el legislador de Honduras, lo que se enraíza con la concepción del Estado de Derecho y con la

prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos.

* * *

Rixi Moncada Godoy

ARTICULO 105. Incapacidad sobreviniente del imputado. Cuando por causa sobreviniente al hecho supuestamente delictivo, el imputado no se encuentra en condiciones de participar conscientemente en el proceso, por alteración de su capacidad de comprensión de los actos que en él hallan de realizarse, o de actuar conforme a ese entendimiento, se suspenderá la tramitación de aquél hasta que recupere la capacidad.

Sin embargo, a instancia de parte, el Juez podrá disponer la práctica de las actuaciones de investigación que corran grave peligro de frustrarse por la demora consiguiente a la suspensión.

Si hubiere varios imputados, el procedimiento continuará con respecto a los capaces.

La incapacidad deberá ser declarada por el órgano jurisdiccional competente, de oficio, oyendo a las partes, o a instancia de alguna de éstas.

Los actos procesales realizados por los incapaces a que se refiere este Artículo, no producirán efecto alguno.

COMENTARIO

En cuanto al concepto de causa sobreviniente, deberá entenderse que la misma surge posterior al hecho que se investiga y que debe ser de tal magnitud que impide al imputado la plena comprensión o discernimiento entre el bien y el mal, lo beneficioso o lo perjudicial, por ejemplo en el caso de pérdida de la memoria, de la aplicación de medicamentos que provoquen efectos en la claridad de su pensamiento, etc. Bajo estas circunstancias sobrevíníentes se suspende el trámite del proceso, hasta cuando se acredite con dictamen médico que el imputado, ha recuperado la capacidad que perdió, que de igual manera debe estar acreditada con certificados o dictámenes médicos; siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 106, referido al internamiento para determinar la incapacidad del imputado.

Por otra parte de conformidad con el párrafo segundo del artículo bajo comentario, el Juez tiene la facultad de disponer la práctica de aquéllas actuaciones de investigación que pudiesen frustrarse por efecto de la suspensión o su demora, tal es el caso de pruebas como la alcoholemia, exámenes para determinar la presencia o no de sustancias alucinógenas, la práctica de un allanamiento en busca de evidencias, etc.

En el párrafo tercero la norma procesal comentada dispone para el caso de la participación de varios sujetos activos en la comisión del supuesto delito, que el procedimiento se adelantará con respecto a los que no han sufrido alteración de su capacidad de comprensión, misma que no debe confundirse con la incapacidad jurídica a que se refiere la Legislación Civil.

La declaración de incapacidad debe ser emitida por el órgano jurisdiccional competente, dicho órgano podrá actuar:

De oficio, oyendo a las partes; o

A instancia de una de las partes. En este caso es obvio, que la petición del interesado debe ser puesta en conocimiento de la otra parte para que formule sus observaciones y aun cuando el artículo no lo indique de manera expresa, resulta de la naturaleza del proceso oral, que debe escucharse a ambas parles.

De una manera lógica y consecuente, el Legislador ha previsto sobre los actos procesales realizados por incapaces, su ineficacia.

Finalmente es de advertir, que por la propia naturaleza del proceso, aunque el imputado hubiese tenido la oportunidad de designar a su defensor, antes de que sobreviniere la causa de alteración de su capacidad comprensiva, la suspensión del proceso se justifica en virtud de que un imputado en este estado, no puede comprender las actuaciones que se realizan y el juicio oral y público requiere obligatoriamente su presencia, de tal manera que no serviría de nada continuar con el proceso, si llegado el momento de la audiencia del juicio, el imputado no puede estar presente; se provocaría además un desperdicio de recursos humanos y materiales.

ARTICULO 106. Internamiento para determinar la incapacidad del imputado. Cuando fuere imprescindible para determinar la capacidad o incapacidad del imputado, el órgano jurisdiccional, a solicitud del perito o peritos y oído el Defensor del imputado, ordenará su internamiento en un hospital u otro centro adecuado al efecto.

Será preciso que existan fundados indicios de participación del imputado en el hecho supuestamente delictivo-, y el órgano jurisdiccional sólo dispondrá el internamiento cuando fuere proporcionado en relación con la gravedad del hecho, la pena correspondiente al supuesto delito y la utilidad de la medida.

El internamiento durará el tiempo imprescindible para diagnosticar el estado del internado y no podrá exceder de quince (15) días, prorrogables por el órgano jurisdiccional, a petición fundada del perito, por otros quince (15) días.

En todo caso, el órgano jurisdiccional podrá adoptar cualquiera de las medidas cautelares, si se dieren los presupuestos para ello.

Contra el auto que ordene el internamiento para la determinación de la capacidad o incapacidad del imputado, procederá el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación en ambos efectos.

COMENTARIO

La estructura del artículo 106 implica la regulación de cuatro componentes:

El trámite a seguir cuando fuere imprescindible el internamiento del imputado en un centro u hospital, para determinar su capacidad o incapacidad.

Una acción es imprescindible cuando no es posible la realización del hecho que se pretende, sin su concurrencia, cuando no se puede excluir, cuando no se puede abstraer. En la norma bajo comentario se exige que el internamiento del imputado sea imprescindible para determinar su capacidad o incapacidad, es por esta razón que el órgano jurisdiccional competente ordenará el internamiento, únicamente a solicitud del perito o peritos especializados en el área y una vez que haya escuchado al defensor del imputado, no queda al Juez la posibilidad de pronunciarse sobre lo imprescindible de la medida, por cuanto es de comprender que su formación no le permite abarcar conocimientos tan profundos sobre materias que obligatoriamente exigen la intervención de especialistas.

Requisitos para que el órgano jurisdiccional ordene el internamiento para determinar la capacidad o incapacidad del imputado y tiempo de duración.

Los requisitos que deberá observar el Juez para ordenar el internamiento serán:

b.1. La solicitud del perito o peritos;

b.2. Los fundados indicios de participación del imputado en el hecho supuestamente constitutivo de delito;

b.3. La proporcionalidad de la medida de internamiento en relación con la gravedad del hecho;

b.4. La pena que corresponda al supuesto delito;

b.5. La utilidad de la medida; y

b.6. La opinión del defensor.

El tiempo de duración de la medida será de 15 días prorrogables a solicitud fundada del perito por quince días más.

Las medidas cautelares que pudiesen ser procedentes, en estas circunstancias; y

El Juez tiene la posibilidad de decretar una medida cautelar, para lo cual deberá observar la concurrencia de los requisitos exigidos para aquélla.

Los recursos que proceden contra el auto que ordene el internamiento.

Proceden los recursos de reposición y apelación subsidiaria.

ARTICULO 107. Exámenes corporales y extracción de muestras del imputado. Para la determinación de la verdad, el órgano jurisdiccional podrá, a petición de parte interesada, ordenar, de ser necesario, que se practiquen a la persona imputada exámenes corporales o extracciones de muestras que técnica y científicamente sean útiles, confiables y proporcionadas para aquel fin, siempre que no entrañen peligro para su salud.

Se practicarán en forma que no lastimen el pudor ni la dignidad del examinado.

Cuando fueren imprescindibles para determinar la verdad, podrán practicarse incluso contra la voluntad de la persona imputada. Para su práctica solo se podrá

utilizar la fuerza cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad del examinado.

Tales intervenciones necesariamente deberán ser efectuadas por profesionales de la medicina, profesionales sanitarios, técnicos en laboratorio o microbiólogos, según corresponda.

Sujeto a las exigencias antes expuestas y en aquellos casos en que no sea posible obtener la autorización judicial porque el transcurso del tiempo pueda perjudicar la investigación volviéndola inocua, el Ministerio Público podrá disponer la práctica de tales exámenes y extracciones de muestras, dando cuenta inmediata y razonada al Juez competente, quien convalidará o dejará sin efecto lo realizado.

COMENTARIO

La finalidad del proceso penal será, según lo dispone este Código, la realización pronta y efectiva de la justicia penal. La prontitud implica celeridad, presteza o velocidad en ejecutar alguna cosa, en tanto que la efectividad está ligada a la eficacia, al cumplimiento, ambos conceptos deberán cumplirse sin perder de vista que el fin último de todo proceso penal, es la determinación de la verdad real y es únicamente para ese efecto que el órgano jurisdiccional tiene la potestad, a petición de parte interesada, de ordenar de ser necesario la práctica de exámenes corporales o extracciones de muestras a la persona imputada, los cuales pueden ser: tomas de muestras de sangre y piel, corte de cabellos, de uñas, palpaciones corporales, toma de huellas dactilares, constatación de tatuajes, muestras de semen, saliva, sudor, investigaciones radiológicas, etcétera.

La práctica de estos exámenes y extracción de muestras se sujeta, según la disposición a los siguientes requisitos:

1) Necesidad;
2) Utilidad;
3) Confiabilidad;
4) Proporcionalidad al fin, cual es la determinación de la verdad;
5) Que su práctica no entrañe peligro para la salud, ni lastime el pudor ni la dignidad del examinado; y
6) Que la intervención se efectúe por profesionales de la medicina, sanitarios, ' técnicos en laboratorio o microbiólogos.

La necesidad de la práctica de las medidas en comento, impone la obligación al juzgador de valorar que la demostración del hecho que se pretende, no es posible a través de la práctica de otro tipo de prueba menos gravosa, ésto es, que no se posibilita la adquisición de la certeza sobre la responsabilidad del imputado en la ejecución del mismo, si no es a través de la práctica de la medida.

El segundo requisito está referido a que la práctica del examen o la extracción de la muestra, procure algún provecho o conveniencia en la investigación, mediante la comprobación científica.

La confiabilidad implica el manejo adecuado de la muestra en cuanto a:

+ Evitar la contaminación en la cadena de custodia;
+ La cientificidad del método; y
+ El aseguramiento de los resultados.

El principio de proporcionalidad, en conformidad con la doctrina establece: "Que sólo resultan admisibles las intervenciones corporales cuando de la ponderación entre los intereses individuales y sociales en conflicto, se desprenda la mayor relevancia de los segundos, atendidas las circunstancias del caso concreto, principalmente teniendo en cuenta la gravedad del delito, el grado de imputación y la posibilidad de éxito de la medida. Y el interés de persecución ha de ser más alto cuanto más graves sean las medidas.

ASCENCIO MELLADO entiende como exigencia de este principio:

- Imputación suficiente, no bastando la sospecha si no es fundamental y menos la adopción de la medida en forma indiscriminada.

- Indispensabilidad de la medida, y adecuación entre el hecho imputado y la gravedad de la intromisión.

- Garantías debidas en la ejecución de la misma. (GONZÁLEZ CUELLAR, Antonio: "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal 1990", CITADO por: Eduardo Moner Muñoz, Magistrado del Tribunal Supremo, España. Cuadernos de derecho Judicial.)"

En cuanto a la exigencia que según esta doctrina, debe observarse para valorarla proporcionalidad como requisito para la práctica de exámenes corporales y extracción de muestras comentamos que la medida debe tomarse:

- Cuando los indicios racionales de participación del imputado en la ejecución del hecho que se investiga, sean realmente suficientes, no bastando la concurrencia de un solo indicio aislado.
- De manera o con carácter excepcional.
- Cuando figure como única opción para alcanzar el conocimiento del hecho que se pretende probar, el cual debe ser de un impacto social grave, que justifique la intromisión.
- Siempre deben ser efectuadas por profesionales de la medicina, sanitarios, técnicos en laboratorio o microbiólogos.

La disposición bajo comentario, exige también, que las medidas se practiquen en forma que no entrañen peligro para la salud, ni lastimen el pudor ni la dignidad del examinado, se entiende por pudor, la honestidad, el recato, la modestia, en tanto que por dignidad, la condición de persona y sus atributos, (sexo, raza, religión) los cuales son inviolables y no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación.

Finalmente se impone la obligación, que estas medidas, necesariamente deben ser efectuadas por profesionales o técnicos en el área, tal exigencia se relaciona de manera estrecha con lo expresado en el párrafo anterior, por cuanto la participación de profesionales especializados en las intervenciones,

asegurará que su práctica se produzca una vez que se haya valorado que no conlleva ningún peligro para la salud del examinado, y en caso de existir, el médico, el especialista, el microbiólogo o el técnico así lo harán saber al Juez competente, bajo cuya responsabilidad radica la decisión última, sin perjuicio del derecho que tienen las partes para recurrir la resolución ante el Tribunal de segunda instancia.

La resolución del Juez de Letras, quién tiene como una de sus competencias el autorizar la ejecución de todas aquéllas diligencias que impliquen violación a declaraciones o derechos constitucionales, al igual que la solicitud que se plantee para la ejecución de cualquiera de las intervenciones, debe ser motivada, esto es, que deben expresarse de manera clara y concreta cuáles son los argumentos en que se fundamenta y todos los requisitos a que se ha hecho referencia.

Nos hemos referido en este comentario, a lo que constituye en el artículo, la regla general, cual es que la práctica de las intervenciones corporales sólo puede realizarse mediando autorización del Juez de Letras competente quién valorará y cuidará por el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma; sin embargo se contempla aquí como casos excepcionales, aquéllos en que no es posible obtener la autorización judicial porque el transcurso de tiempo que media entre la solicitud y la resolución en que se acceda, pueda perjudicar la investigación volviéndola inocua. En estos casos se da la potestad al M.P. para que disponga la práctica de los exámenes y extracciones de muestras, imponiéndole la obligación de dar cuenta inmediata y razonada al Juez competente, quién dependiendo de la valoración de las razones y motivos expuestos por el agente fiscal dará el visto bueno o dejará sin efecto la medida.

Sin duda, el Ministerio Público está obligado a observar el cumplimiento de los requisitos que se han comentado, los cuales motivará por escrito, para dejar constancia en el expediente investigativo de que se trate.

Es nuestro criterio que tanto el Juez como el Fiscal que ordene la práctica de la medida, de considerarlo necesario y para tomar una decisión más acertada en caso de duda, sobre la conveniencia de una u otra intervención o examen, deberán auxiliarse de las opiniones que al respecto dicten expertos en la materia, sin que esto implique formalidad alguna de intervenir en condición de peritos, por cuanto su opinión que puede ser verbal, será únicamente con la intención de orientar la decisión del Juez o Fiscal.

ARTICULO 108. Rebeldía del imputado. El imputado que sin grave impedimento no atienda una citación, se fuga del centro en que se encuentra detenido, o se ausente del lugar en que se le haya señalado como residencia, sin autorización del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, será declarado en rebeldía, se ordenará su captura y se instruirá a las autoridades de migración para que impidan su salida del territorio nacional.

Para localizar al rebelde y lograr su detención, se podrá solicitar información por los medios de comunicación hablados, escritos o televisivos y publicarse su fotografía, retrato hablado u otros datos o señas que sirvan para identificarlo.

COMENTARIO

Este artículo dispone que el imputado se tendrá como rebelde cuando:

- No atienda una citación, sin justificar su impedimento;
- Se fugue del centro en que se encuentre detenido; o
- Se ausente del lugar que se le haya señalado como residencia, sin autorización del órgano jurisdiccional competente.

Habiéndose definido que personas serán consideradas imputadas, y estableciéndose en el artículo 307, parrado tercero, las reglas que rigen, para el caso que el imputado no se presente a la audiencia del juicio oral y público, es obvio, que los casos antes indicados y que dan lugar a la declaratoria de rebeldía, son referidos a las distintas actuaciones de las etapas del proceso, con excepción de la audiencia del juicio oral, en tanto que el órgano jurisdiccional competente será el Juez de Letras que esté conociendo el asunto y ante el cual se haya presentado el requerimiento fiscal, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la competencia.

ARTICULO 109. <u>Efectos de la rebeldía.</u> La declaratoria de la rebeldía no suspenderá el curso de la investigación, pero paralizará el proceso respecto del rebelde; salvo que la rebeldía se produzca después de iniciada la evacuación de la prueba, en cuyo caso la presencia del Defensor bastará para la continuación del juicio. En caso de paralización del proceso, las actuaciones, efectos, instrumentos o piezas de convicción relacionadas con el mismo quedarán bajo la custodia del secretario del órgano jurisdiccional.

Si los imputados fueren dos o más y la comparecencia o detención se produce una vez iniciado el debate, éste se realizará con respecto al rebelde, ante el Tribunal de Sentencia que designe la Corte Suprema de Justicia.

La declaratoria de rebeldía implicará indicio de peligro de fuga.

COMENTARIO

Los efectos de la rebeldía, son básicamente dos:

1) No suspende el curso de la investigación; y
2) Paraliza el proceso respecto al rebelde, excepto si la rebeldía se produce después de iniciada la evacuación de las pruebas, en cuyo caso se continuará con la presencia del defensor del imputado declarado rebelde.

El primero de los efectos significa, que el ente encargado de la persecución, continuará realizando cualquier acto de investigación que sea necesario para la determinación de la verdad, sea este en beneficio o en perjuicio del imputado declarado rebelde. La suspensión de la investigación, no es posible por la sola declaratoria de rebeldía, en virtud que deben más bien aprovecharse los primeros momentos de la comisión de un hecho para practicar cuanta diligencia se estime a bien, procurando evitar la pérdida u ocultación de las evidencias, su contaminación en la cadena de custodia, la descomposición de la escena y la desviación de la investigación hacia aspectos o elementos que son de menor importancia, por ejemplo.

Como regla general la declaratoria de rebeldía, paraliza el proceso respecto al rebelde, lo cual tiene una explicación lógica, no *podría* continuarse este proceso hasta su etapa final, constituida por el debate o juicio oral, por cuanto nadie asegura que el imputado sea habido para este momento, y de conformidad con el artículo 101, numeral 10, el imputado tiene derecho a estar presente con su defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, excepto en el *caso* de lo dispuesto en el artículo 53 (cuando se alega por parte de los herederos Inocencia del imputado que ha muerto), para el sólo efecto de *declarar* la culpabilidad como requisito para el reclamo de la responsabilidad civil.-

Resulta entonces, que para que se pueda producir la paralización del proceso, como efecto de la rebeldía del imputado, es necesario que aquél se encuentre bajo conocimiento del órgano jurisdiccional competente y del propio imputado; excepto si la declaratoria de rebeldía se produce una vez iniciada la evacuación de la prueba (en el juicio oral y público), por cuanto puede ocurrir que el imputado, quién está presenciando y escuchando una a una las probanzas que se presentan en la audiencia, se *persuada* de la seguridad de una sentencia condenatoria en su contra y se dé a la fuga, en cuyo caso se deberá continuar la substanciación con la presencia del defensor, evitando con ello la generación de *casos* de impunidad.

Corresponderá a la Corte Suprema de Justicia designar el Tribunal de Sentencia que realizará el debate, para el caso que fueren dos o más imputados y el rebelde compareciera o fuere detenido una vez iniciado el juicio, lo cual tiene también su explicación y es evitar que los miembros del Tribunal tengan la posibilidad de prejuzgar la responsabilidad del rebelde, en base a los elementos aportados y controvertidos con relación a los demás imputados a los cuales ya se les ha dictado una sentencia, se trata pues, de que el juicio oral y público se realice con la mayor transparencia posible, evitando al máximo cualquier tipo de contaminación que genere inseguridad en los ciudadanos sobre la forma de aplicar la justicia.

Finalmente y constituyendo la declaratoria de rebeldía un indicio de peligro de fuga, determinado de manera expresa en este Código, será imposible para el imputado rebelde, obtener la aplicación de una medida cautelar que no sea la prisión preventiva, dentro de cuyos requisitos para su decreto se impone la no existencia de peligro de fuga.

ARTICULO 110. <u>Presentación voluntaria del imputado declarado rebelde.</u> Lo dispuesto en el último párrafo del Artículo anterior, no será aplicable si el imputado declarado en rebeldía se presenta voluntariamente y justifica que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento. En tal caso, se revocará la correspondiente resolución y la orden de captura.

COMENTARIO

En el párrafo final del artículo 109, la declaratoria de rebeldía implica presumiblemente la existencia de un indicio de peligro de fuga.- Pues bien el contenido del artículo 110 se contrae a suprimir los-efectos de la *declaratoria de* rebeldía, estableciendo que no será aplicable bajo las circunstancias siguientes:

1) Cuando el imputado se presente voluntariamente, y
2) Que justifique no haber concurrido por causa de grave o legítimo impedimento

Corresponde al órgano judicial calificar la gravedad o la legitimidad del impedimento que alegue el imputado.

En cierto modo el presente artículo amplía o extiende el ámbito de las circunstancias que conducen a la rebeldía del imputado, tal como están expresadas en el artículo 108 precedente, puesto que dicho precepto expresa en su frase inicial: "El imputado que sin grave impedimento no atienda una citación... o se ausente del lugar en que se le haya señalado como residencia, sin autorización del órgano jurisdiccional competente", sin perjuicio de lo ya comentado es de hacer notar que no contiene ninguna alusión al "legítimo impedimento".

Puede interpretarse que la causa de "grave impedimento" es similar al tradicionalmente denominado caso fortuito (un accidente, fenómeno metereológico, etc.), en tanto que el "legítimo impedimento", sería equivalente al caso de fuerza mayor (una orden o disposición de autoridad civil o militar, la toma de una carretera, una manifestación popular, etc.)

CAPÍTULO V

DE LOS DEFENSORES

ARTICULO 111. Leves aplicables para determinar la capacidad de los Defensores. La capacidad para actuar como Defensor de un imputado, se determinará de acuerdo con la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y con la Ley Orgánica del Colegio de Abogados de Honduras.

COMENTARIO

Actuar como defensor de un imputado implica el ejercicio de una profesión liberal, específica, cuál es la de las ciencias jurídicas y sociales, regulada mediante normas de orden público que son de cumplimiento obligatorio y su inobservancia impediría la participación del profesional en el ejercicio de la función que se le haya encomendado.

ARTICULO 112. Nombramiento del Defensor y aceptación. El nombramiento del Defensor será hecho por el imputado, o por su representante legal y no estará sujeto a ninguna formalidad. La aceptación del cargo se hará ante la autoridad que corresponda.

COMENTARIO

Es una disposición que asegura la inviolabilidad del derecho de defensa de un modo sencillo y simple. Se entenderá aplicable también en la etapa preparatoria del proceso, con lo que se garantiza que determinados actos se realicen con la intervención del defensor. La aceptación del cargo se produce mediante la notificación que se le haga al defensor por la autoridad respectiva,

que en el caso de los tribunales de justicia lo es el secretario y para los efectos de las actuaciones del Ministerio Público lo es el Fiscal encargado del caso.

ARTICULO 113. Efectos de la aceptación. El ejercicio del cargo de Defensor será obligatorio para el Profesional de Derecho que lo acepte, salvo excusa fundada en causa sobreviniente.

COMENTARIO

Por regla general, una vez aceptado el poder, el ejercicio de la defensa es insoslayable. No obstante la norma no debe ser rígida, sino contener alguna flexibilidad, que en el presente caso consiste en preveer que el Profesional del Derecho pudiera verse imposibilitado de cumplir su obligación por haberle sobrevenido algún impedimento grave o legítimo, en los términos que se dejan explicados en el comentario al artículo 110, en cuyo caso contará con una excusa válida.

ARTICULO 114. Inicio de la función y forma de acreditar la personería.

Los Defensores de los imputados tendrán ese carácter, tan pronto como hayan aceptado el nombramiento según lo prescrito en los Artículos 112 y 113 anteriores.

COMENTARIO

Este artículo no ofrece ninguna dificultad y para su mayor comprensión debe remitirse a lo comentado en los artículos 112 y 113 precedentes.

ARTICULO 115. Nombramiento de Defensor en casos urgentes.

Cuando el imputado se encuentre privado de su libertad y las otras personas a que se refiere el numeral 3) del Artículo 101 hayan designado su Defensor, tal nombramiento le será comunicado inmediatamente a aquél.

El Defensor propuesto en casos urgentes iniciará su función de inmediato y cesará en el ejercicio de su cargo en el momento en que el imputado nombre otro Defensor.

COMENTARIO

Si el imputado no ha nombrado defensor y se encuentra ya detenido, o es llamado a prestar declaración, su cónyuge o compañero de hogar, o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (hasta un primo hermano), o segundo de afinidad, (hasta el cuñado) podrán designarle a un Profesional del Derecho para que lo defienda. Este nombramiento le será comunicado de inmediato al imputado, por supuesto es con el objeto de que él tenga la oportunidad de hacer su propia escogencia, o dar por bien hecha la designación de sus parientes.

En todo caso, el espíritu de esta disposición es el respeto al derecho de defensa que le permite al imputado contar con la debida asistencia profesional desde el momento de su detención o, desde que sea llamado a declarar. Resulta lógico que el nombramiento que haga el propio imputado, deja sin efecto el nombramiento del defensor por urgencia.

En lo demás el artículo es suficientemente claro.

ARTICULO 116. Sustitución del Defensor. El Imputado podrá, durante el transcurso del proceso, designar nuevo Defensor, pero el sustituido no podrá abandonar la defensa, mientras el sustituto no haya sido informado debidamente por su predecesor sobre el estado del proceso y haya aceptado el cargo.

COMENTARIO

Este es un precepto novedoso que contribuye al aseguramiento del derecho de defensa, evitando que por la simple sustitución del defensor pudiese el imputado caer en un estado de indefensión durante el tiempo que el sustituto no hiciere aceptación del cargo, en consecuencia para evitar este perjuicio el defensor sustituido no podrá abandonar la defensa mientras el sustituto no haya sido informado en debida forma sobre el estado del proceso y haya aceptado el cargo, lo que según la letra de la disposición, implica la obligatoriedad del sustituido de poner al nuevo defensor en autos sobre el estado en que se encuentra la causa y de que este asumirá la defensa.

ARTICULO 117. Renuncia del Defensor. El Defensor solo podrá renunciar por justa causa al ejercicio de la defensa.

En caso de renuncia, el Juez fijará un término de tres (3) días hábiles para que el imputado nombre otro Defensor. Si no lo hace, aquél será reemplazado por un Defensor Público o, en su caso, por uno de oficio.

La renuncia no podrá interponerse inmediatamente antes de una audiencia o durante el curso de las mismas.

COMENTARIO

Un Profesional del Derecho que haya aceptado realizar la defensa de un imputado, en garantía del cumplimiento de ese derecho, sólo puede renunciara ella si media una causa justa, la cual debe ser calificada por el Juez o autoridad competente. Al no establecerse un catálogo de causas que dan lugar a la renuncia, se puede pensar que es justa, si el defensor se encuentra en mal estado de salud, si tiene que cambiarse de domicilio, fuera de la ciudad en donde se substancia la causa y le resulta sumamente difícil atenderla de manera eficiente, si acredita que sus honorarios no le han sido satisfechos en la medida de lo pactado y no se ha logrado poner de acuerdo con su patrocinado, si por nombramiento oficial pasa a ejercer un cargo que tenga anexa jurisdicción, etcétera.

Será obligatorio que la renuncia se presente siempre, con antelación a la celebración de cualquiera audiencia, esto es, conforme el último párrafo de la disposición, en cualquier momento, excepto inmediatamente antes de su celebración o durante el curso de la misma, en cuyo caso, aunque la norma no lo dice deberá rechazarse por el Juez, en atención a la tutela efectiva que se ejerce sobre el real y verdadero cumplimiento del derecho irrenunciable a la defensa.

Es una vez aceptada la renuncia, que el Juez lo deberá poner en conocimiento del imputado para que en el término de 3 días nombre un nuevo defensor, pues no cabe señalar un término para un nuevo nombramiento, si la renuncia no ha sido conocida.

Finalmente y si pasados los tres días el imputado no nombra defensor, se impone la obligación al Juez de reemplazar al renunciante por un defensor público o, en su caso, por uno de oficio.

Como consecuencia en ningún caso un Juez, podrá suspender la audiencia prevista, por la falta de nombramiento de defensor.

ARTICULO 118. <u>Abandono de la defensa. Defensor emergente.</u> Si el Defensor del imputado abandona la defensa y éste no nombra otro Defensor, el Juez ordenará su inmediata sustitución por un Defensor Público o de oficio. El responsable del abandono no podrá intervenir de nuevo en el proceso.

En casos complejos o prolongados el órgano jurisdiccional podrá nombrar en la etapa de preparación del debate, o antes, si lo considera necesario, un Defensor Público sustituto para que asista a todos los actos del proceso. Este último, sin embargo, sólo podrá intervenir si el Defensor en propiedad abandona el proceso.

El Profesional del Derecho que abandone la defensa sin causa justificada, deberá ser suspendido por el Juez en el ejercicio de la profesión por tres (3) meses. Para los efectos correspondientes, se dará cuenta al Colegio de Abogados de Honduras.

COMENTARIO

En el primer párrafo se preveé el nombramiento por parte del Juez de un Defensor Público o de oficio, en aquellos casos en que el defensor del imputado abandone la defensa de su patrocinado. El defensor de oficio estará sujeto a lo dispuesto en el artículo siguiente.

En casos complejos o prolongados se da al órgano jurisdiccional la potestad de nombrar un Defensor Público sustituto, no obstante éste, sólo podrá intervenir en el proceso si el defensor en propiedad lo abandona, su actuación estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 122 de este Código.

El párrafo final del artículo en comento, impone al Juez, el imperativo de sancionar con la suspensión expresa del ejercicio de la profesión por tres meses, al Profesional del Derecho que abandone sin causa justificada la defensa. Corresponde al Profesional del derecho la acreditación de la causa justificada, y por su parte al Juez la valoración de la misma emitiendo resolución motivada. La suspensión, como no señala límites, se entiende que es para el ejercicio de la profesión en todas las áreas y a nivel nacional, ya que el objetivo que se pretende, es asegurar de manera adecuada el ejercicio de la profesión, por Abogados responsables y conscientes de su papel come operadores de la justicia.

El Colegio de Abogados, deviene en la obligación de divulgar la imposición de la sanción, haciendo uso de los medios que considere, para su efectivo cumplimiento.

ARTICULO 119. Defensorìa pública y de oficio. La Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 83 de la Constitución de la República, nombrará profesionales del derecho para que cumplan las funciones de Defensores Públicos, en todos los lugares en que existan juzgados de letras de lo penal.

Cuando en algún lugar no exista Defensor Público, o el imputado no cuente con recursos suficientes o teniéndolos rehusase nombrar Defensor Privado, el órgano jurisdiccional nombrará un Defensor de oficio y sus honorarios serán pagados por el Poder Judicial, de acuerdo al arancel especial, que éste fije. Sin embargo, aquel podrá repetir del imputado, si tuviere bienes suficientes.

COMENTARIO

Esta disposición evidencia el cumplimiento obligatorio que en la práctica deberá darse a lo estatuido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al artículo 82 de la Constitución de la República y a los artículos 14 y 15 de este Código; todos son referidos a la irrenunciabilidad e inviolabilidad del derecho de defensa, sancionándose con la nulidad absoluta todos los actos que se produzcan sin la participación del defensor del imputado, en conformidad con la última disposición citada.

Quedan cubiertas aquí, todas las probabilidades de que pueda faltar al imputado su defensor.

La tarea de defensor de oficio, nombrado por el órgano jurisdiccional, la podrá desempeñar un Profesional del Derecho de la localidad su servicio no será gratuito, estará sujeto al pago del Arancel Especial que fijará el Poder Judicial. El propio Poder Judicial, deberá exigir el reintegro de los honorarios pagados, cuando compruebe que el imputado posee bienes suficientes para su cobertura.

ARTICULO 120. Defensor común de varios imputados. La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un Defensor común, siempre que no exista entre aquéllos intereses contrapuestos. El órgano jurisdiccional podrá, en cualquier estado del proceso, ordenar que las partes nombren distintos Defensores para darle cumplimiento a lo prescrito por esta norma. En caso de renuncia o desobediencia podrá, de oficio, hacer las sustituciones necesarias.

COMENTARIO

La variable en esta disposición es el carácter oficioso que se da al órgano jurisdiccional, para hacer sustituciones de defensores en el caso que los imputados desobedezcan o se nieguen a cumplir la orden de nombrar distintos defensores, si entre ellos existen intereses contrapuestos.

La valoración de los intereses contrapuestos, que equivale a opuestos corresponde al Juez, razón por la cual su decisión y consecuente resolución, deberá emitirla de manera motivada.

ARTICULO 121. Número de Defensores. El imputado no podrá ser defendido simultáneamente por más de dos Profesionales del Derecho.

Cuando intervengan dos Defensores, los actos realizados en el proceso por cualquiera de ellos se tendrán por efectuados por ambos y, la sustitución del uno por el otro no alterará los trámites, términos o plazos.

COMENTARIO

Es una disposición claramente regulada y no merece referirse a ella.

ARTICULO 122. <u>Defensores sustitutos.</u> Con el consentimiento del imputado, cada Defensor podrá designar un sustituto para que intervenga, si el Defensor titular tiene algún impedimento.

A falta del Defensor, el Profesional del Derecho sustituto asumirá las obligaciones de aquél. Su participación no modificará en forma alguna el procedimiento, a menos que la ley expresamente lo permita.

Si el titular abandona la defensa, lo reemplazará definitivamente el sustituto.

COMENTARIO

La posibilidad del defensor, de designar con el visto bueno del imputado, un defensor sustituto, facilitará el ejercicio de la función de la defensa, ya que posibilita la intervención de este último, sin sujeción a ninguna formalidad para el caso que el titular, tenga algún impedimento o abandone la defensa.

Consideramos que la designación del sustituto puede hacerse en el primer acto que se realice en representación del imputado, y en caso que sea necesaria la presentación por escrito simple o a través de instrumento público, del poder de representación, deberá expresarse el nombre y las generales de quién se desempeñará como defensor sustituto, quién a partir de ese momento asumirá una función muy similar a la de defensor suplente.

CAPÍTULO VI

DE LOS AUXILIARES DE LOS INTERVINIENTES

ARTICULO 123. <u>Asistentes no letrados de los intervinientes.</u> Si el Fiscal o cualquiera de los intervinientes en el proceso, pretende valerse de asistentes no letrados para que colaboren con él en el cumplimiento de sus funciones, pondrán en conocimiento de la autoridad ante la cual actuarán, sus nombres, apellidos y demás generales.

Dichos asistentes solo podrán cumplir labores accesorias y en ningún caso podrán sustituir a la persona a quien auxilian. Los actos que realicen, sin embargo, comprometerán la responsabilidad de sus comitentes.

Los asistentes podrán hacer acto de presencia en las audiencias, pero no podrán intervenir en las mismas.

Lo dispuesto en este Artículo será aplicable a los estudiantes de la carrera de Derecho que se encuentren realizando su práctica judicial.

COMENTARIO

Los asistentes no letrados de los intervinientes, son colaboradores del Profesional del Derecho que representa su cliente en la tramitación del proceso. Estos pueden ser incluso peritos o técnicos en una materia, arte o ciencia, los cuales acompañan al Procurador o letrado y desempeñan funciones exclusivas de auxilio, razón por la cual no deben confundirse con los consultores técnicos, por cuanto a aquéllos, no les es permitido intervenir en las actuaciones. Su presencia es permisible en cualquiera de las audiencias, dentro de las cuales, las más importantes han de ser la Audiencia Inicial y la de Juicio Oral.

Los jueces y magistrados, en virtud de estar obligados al cumplimiento de lo enunciado en este Código, deberán velar por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso, lo que implica que los asistentes no letrados, le serán permitidos a defensores, públicos o privados, acusadores privados y fiscales, a quiénes se les exigirá como único requisito poner en conocimiento de la autoridad ante la cual actuarán, sus nombres, apellidos y demás generales.

ARTICULO 124. Consultores técnicos. Cuando el Fiscal o alguna de las partes considere necesario ser asistido por un consultor en una ciencia, arte, técnica o especialidad, lo deberá proponer al órgano jurisdiccional.

Si alguna de las partes careciere de recursos económicos, el Estado sufragará los honorarios del consultor, si previamente la Corte Suprema de Justicia ha autorizado la contratación del mismo.

El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales y hacer observaciones. No podrá emitir dictamen. Los peritos deberán hacer constar las observaciones formuladas por el consultor técnico. En los debates, podrá acompañar a quien asista, interrogar directamente a los peritos o traductores, y elaborar conclusiones sobre la prueba pericial, siempre bajo la dirección de quien lo haya propuesto.

COMENTARIO

Los denominados consultores técnicos, tienen el carácter de asistentes por cuanto colaborarán con el letrado en el cumplimiento de sus funciones, la diferencia radica en que son profesionales cuya colaboración es específica en el campo de la ciencia, arte, técnica o especialidad y su función se orienta a suplir en el Profesional del Derecho la ausencia de conocimientos en el área de especialidad del consultor. Sus funciones o facultades se extienden a:

- Presenciar las operaciones periciales y hacer observaciones a los peritos nombrados quienes tienen la obligación de hacerlas constar;
- Acompañar en los debates a la persona que asistan, (audiencia inicial, audiencia de! juicio oral y público);
- Interrogar directamente a los peritos o traductores; y
- Elaborar conclusiones sobre la prueba pericial, bajo la dirección de quién lo haya propuesto.

La labor del Consultor Técnico, es similar a la de un perito y si bien sus observaciones y conclusiones por sí solas, no vinculan al Juzgador en la toma de la

decisión final, lo cierto es que prestarán un gran auxilio y contribuirán a elevar o mejorar la calidad de las pericias.

Es requisito, para que el Consultor Técnico pueda intervenir, que su nombramiento se proponga ante el órgano jurisdiccional competente y si quién así' lo haga carece de medios económicos, debe expresarlo en su solicitud, al igual que el costo total de sus honorarios y siendo que corresponde al Estado sufragar tales honorarios sí previamente la Corte Suprema de Justicia ha autorizado la contratación, es entendible que el Juez o Tribunal ante quién se plantee la solicitud, dará traslado de la misma al Tribunal Supremo; razón por la cual, consideramos también indispensable que en la solicitud se plantee motivadamente la necesidad de la asistencia y la complejidad del asunto.

El Consultor Técnico, puede prestar su asistencia de igual manera, a fiscales, acusadores privados, defensores públicos, privados y de oficio.

* * *

TITULO IV

DE LOS ACTOS PROCESALES

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

[1] Hector Efraín Fortín Pavón

ARTICULO 125. <u>Idioma y forma en que deben hacerse los actos procesales.</u> En los actos procesales sólo podrá usarse, bajo pena de nulidad, el idioma oficial, no obstante, si la persona interrogada no puede entender o no pueda expresarse en español, los órganos jurisdiccionales podrán permitir que los interrogatorios se hagan en el idioma del interrogado. En cuyo caso, será indispensable la intervención de un traductor que deberá prestar juramento de conformidad con el Artículo 129 del presente Código.

Los sordomudos y las personas que por cualquier causa tengan algún impedimento físico para hablar y que no puedan darse a entender por escrito, serán igualmente interrogados por medio de intérprete quien también prestará el juramento que se indica en el párrafo anterior

COMENTARIO

Ver Art. 6 de la Constitución en cuanto a idioma oficial.

El derecho a un traductor o intérprete gratuito, está establecido en varias convenciones sobre derechos humanos, específicamente en la CADH, en su Art. 8 regla 2.

En cuanto a la igualdad de armas buscada en el juicio oral, y el derecho de

1 Los comentarios de los artículos 125 a 171, están a cargo de D. Hector Efraín Fortín Pavón

defensa del imputado Rosario Fernández señala: «otra afectación que puede sufrir el principio de igualdad aparece con la carencia del servicio de peritos e intérpretes gratuitos». En realidad es deber del Estado de proporcionar técnicos, traductores y peritos. Si nosotros defendemos a personas que hablan otra lengua, para poder ejercer una defensa efectiva, es necesario que se cuente con un intérprete o un traductor, y eso no solamente para efectos de las declaraciones del acusado, sino también para comunicarse con el defensor. En estos casos debe exigirse para mantener el principio de igualdad en las posibilidades de defensa, que el Estado proporcione un traductor que sirva como medio de comunicación entre el defensor y el acusado, cuantas veces el defensor necesite conversar con el acusado, y no solamente a la hora de prestar la declaración. Esto sería una desigualdad porque con otros individuos que hablan la misma lengua el defensor va a tener la posibilidad de hablar muchas veces, pero con quien no habla la misma lengua verá menoscabado su derecho de comunicación. (Fernández Vindas, R.- El debido proceso Ed, Management Scienes for Development. 1995, pp14-15). Lo mismo sucede con los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y personas que no pueden hablar.

En caso de que el que interroga hable la lengua del imputado o testigo que se esté interrogando, la traducción que prevalecerá será la del traductor nombrado por el juzgado u oficial.

ARTICULO 126. Facultades de las autoridades judiciales para realizar actuaciones. Los miembros de los Tribunales de Sentencia podrán constituirse en cualquier lugar comprendido dentro de su jurisdicción.

No obstante, podrán 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 lo cual estén conociendo.

En el caso previsto en el Artículo 314 de este Código cuando hayan de desplazarse para la práctica de una prueba testifical en caso de que el testigo se vea imposibilitado para comparecer en la sede del órgano jurisdiccional.

COMENTARIO

Los miembros de los Tribunales de Sentencia podrán ejercer su competencia en todo lugar que este comprendido dentro de la jurisdicción territorial respectiva.

En el segundo párrafo de este artículo se rompe el esquema de competencia territorial y el de delegación, en el entendido que en los códigos anteriores cuando había que realizar actuaciones fuera de la jurisdicción territorial del Juez que estaba conociendo del asunto, por ley tenía que delegar al Juez que fuera competente. Este nuevo código por el principio de inmediación propio del sistema acusatorio permite que los miembros del Tribunal de Sentencia se constituyan en territorios en los que no tienen jurisdicción, a efecto de presenciar una inspección o cualquier otra actuación judicial propia del debate que ellos consideren que deben conocer en forma directa.

También se contempla el caso de que el testigo no pueda comparecer a la sede del despacho. En ese caso, según el artículo 314, el Tribunal en pleno podrá

desplazarse donde se encuentra el testigo, con citación de las partes para oír su declaración.

No se atribuye esta misma posibilidad de desplazarse a territorio fuera de la propia jurisdicción al Juez de Letras porque, en el sistema del nuevo Código Procesal Penal, ya no dirige la instrucción, sino sólo controla los actos de investigación que el Ministerio Público lleva a efecto dentro de su territorio jurisdiccional.

ARTICULO 127. Lugar de celebración de las audiencias. Las audiencias se llevarán a cabo y las sentencias se dictarán en los lugares habilitados para tal fin por la Corte Suprema de Justicia o en los que señale el Tribunal de Sentencia, siempre que se hallen situados dentro de su jurisdicción, salvo si existe 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.

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 acondicionará una sola sala reuniendo a las autoridades del lugar, a efecto de que le presten el apoyo necesario para el normal desarrollo del juicio.

COMENTARIO

La Corte Suprema de Justicia habilitará las salas para la celebración de los juicios, pero el Tribunal de Sentencia también podrá señalar el lugar siempre dentro de su jurisdicción territorial.

La excepción a esta regla se da cuando por la naturaleza del delito que se juzga, o la condición de persona acusada o por cualquier otra circunstancia se pueda poner en riesgo el orden público, o la defensa del imputado u otras situaciones que no permitan la celebración de la audiencia. Aún cuando no se disponga así expresamente, esta decisión la tomará el Tribunal de Sentencia cuando señale el día y hora en que ha de celebrarse la audiencia; en ese mismo acto dispondrá que excepcionalmente tenga lugar fuera de la sede del tribunal, exponiendo las razones que lo justifiquen y adoptando las medidas oportunas para habilitar el local para el juicio así como las demás prevenciones del caso.

Si no se puede dilucidar objetivamente el lugar donde se deba celebrar la audiencia, se hará en el lugar donde la garantía de defensa del imputado no se vulnere y pueda celebrarse la audiencia.

En este tercer párrafo se aclara cualquier duda que provoquen los anteriores, porque establece meridianamente que la audiencia de debate no tiene que ser celebrada en el lugar de asiento del tribunal, pero sí dentro de la jurisdicción territorial en que éste tenga competencia (y de cuyos límites no puede salir); y cuando el caso, según criterio del Tribunal, haya tenido repercusión local, puede celebrarse en el lugar donde se cometió el hecho que provoca el juicio.

Las autoridades locales (alcaldes, fiscales etc.) deberán contribuir, entonces, a

acondicionar un lugar para celebrar el debate.

En algunos países como Costa Rica que tiene tradición de juicio oral, ciertos delitos como el tráfico ilícito de drogas, por cuestiones de seguridad, se celebraba la audiencia en los centros penitenciarios, ésto atenta contra el principio de publicidad, debido al problema del acceso del público. También lo entendió así el Tribunal Constitucional Español que anuló un juicio celebrado en el interior de un centro penitenciario (se trataba de un caso de supuestos malos tratos infligidos a unos presos por funcionarios de la penitenciaría) por no haber tenido, el público, oportunidad de asistir a las sesiones de dicho juicio.

En principio, no habría obstáculo legal para que -en caso de imposibilidad de asistencia de un perito o de un testigo al acto del juicio, o de grave dificultad de su desplazamiento a la sede del tribunal (por ejemplo, por residir en un país lejano)-se habilitaran medios para que prestase declaración, ante el tribunal del caso, constituido en su sede, mediante alguno de los modernos sistemas de comunicación informática, garantizando, mediante asistencia judicial internacional, que la declaración se presta en condiciones de libertad y espontaneidad del testigo o del perito. Algunos países, como Italia, ya han publicado leyes especiales que regulan el procedimiento a seguir. Nada impediría que, en la implementación de este Código Procesal Penal, se dictasen reglas de desarrollo de esta posibilidad concreta.

ARTICULO 128. Tiempo en que deben practicarse diligencias. Los actos procesales se cumplirán en días y horas hábiles. Para la práctica de las diligencias propias de la etapa preparatoria y de la intermedia, se considerarán hábiles todos los días del año y las veinticuatro (24) horas del día.

Durante las audiencias, el Juez o el Presidente del Tribunal de Sentencia podrá habilitar las horas y días que sean necesarios.' En caso de aplazamiento o suspensión de aquéllas, darán a conocer de viva voz a todos los concurrentes el día, hora y lugar en que proseguirá la audiencia.

COMENTARIO

La regla es que los actos procesales se cumplan en días y horas hábiles, entendiéndose como días y horas hábiles aquellos en que el poder judicial trabaja, y las horas que median entre las seis de la mañana y seis dé la tarde, para realizarlo fuera de esas horas será necesario pedir la habilitación correspondiente.

Para la etapa preparatoria y la intermedia son hábiles todos les días y horas, se entiende que para el debate deberán ser habilitados por el Juez o tribunal asegurándose que las partes y el público tengan conocimiento del día hora y lugar en que se continuara con la audiencia.

ARTICULO 129. La juramentación y forma de hacerse. Cuando se requiera la prestación de juramento, el Juez o el presidente del tribunal de sentencia lo recibirá previa advertencia al deponente de las penas aplicables al falso testimonio.

El juramento se rendirá conforme la siguiente fórmula: "Prometo decir la

verdad, sólo la verdad y nada más que la verdad", poniendo la mano sobre la Constitución de la República.

Si el declarante se niega a prestar juramento, se le tendrá por juramentado.

COMENTARIO

Tradicionalmente la persona lo ha rendido, invocando a Dios, con base en su creencia religiosa. En algunas legislaciones se ha prescindido de esta fórmula, sustituyéndola por la sola advertencia de la responsabilidad en que se incurre por el falso testimonio. En este Código, sin llegar a tanto, pero potenciando el principio constitucional de libertad de culto, se omite la invocación divina, y se jurará sobre la Constitución de la República, repitiendo la fórmula establecida. El juramento será tomado por el presidente del tribunal y éste deberá advertir al deponente que si miente incurrirá en el delito de falso testimonio, haciéndole saber las penas que corresponden al mismo.

En caso de que no quisiera hacerlo, es decir que no quiera prestar juramento se le tendrá por juramentado, y tendrá las obligaciones y responsabilidades previstas.

Esta última previsión revela que, en definitiva, lo importante es la advertencia de las penas en que se incurre en caso de mentir al prestar testimonio, independientemente de la fuerza que puedan ejercer además las convicciones religiosas del declarante.

ARTICULO 130. Forma de practicar los interrogatorios. 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 sugestivas.

El órgano jurisdiccional podrá ordenar que la deposición se registre, total o parcialmente, en forma taquigráfica o por cualquier otro medio. Durante la etapa preparatoria, el Ministerio Público prescindirá de estas formalidades y bastará con que resuma el contenido de las declaraciones en un informe escrito.

COMENTARIO

Como los testigos deben conocer los hechos sobre los cuales van a declarar porque los presenciaron (o se los contaron, u oyeron al imputado o acusador decirlos, en los casos en que pueda admitirse como medio de prueba el testimonio de referencia o de oídas), no necesitan consultar notas al prestar de viva voz su testimonio. Se aclara que hay situaciones en las cuales se puede permitir consultar apuntes pero sobre cuestiones específicas, por ejemplo cuando son muchas cantidades y puede confundirse el testigo, o hay muchos hechos que ocurrieron en distintas fechas, y puede surgir confusión sobre cuándo aconteció cada uno. La autorización por parte del Juez debe ser expresa, y es aconsejable que se haga constar en el acta del juicio, para evitar protestas en caso de recurso.

Los peritos no han visto hechos, sino que se pronuncian sobre determinadas situaciones ya acaecidas y las cuales no han sido presenciadas por ellos, es lógico que para rendir su dictamen se les permita consultar sus apuntes, con el fin de que su declaración sea objetiva y cumpla con los fines de arrojar luz sobre determinados hechos o circunstancias por ellos analizadas, pero no presenciadas.

Se dice al deponente que declare todo lo que sepa sobre el asunto investigado, pudiendo ser preguntado y repreguntado por las partes cuantas veces sea necesario a prudente arbitrio del Juez.

Se establece la prohibición de hacer preguntas capciosas o sugestivas.

Se entiende por capciosa la pregunta en cuya formalización se persigue que el deponente al contestarla, en forma indirecta conteste otra interrogante que le perjudique, ejemplo: ¿Era rojo el carro en que montó el acusado cuando salió del banco para huir después del robo?, cuando no se sabe si el acusado había estado en el banco en el momento del robo.

Sugestiva es la pregunta que lleva implícita la respuesta del deponente; por ejemplo: ¿No es verdad que usted *vio* que el acusado esgrimía un cuchillo de grandes proporciones?

El artículo no lo dice pero, por lógica, el Juez debe rechazar las preguntas impertinentes, que no contribuyan al esclarecimiento del caso, ni tengan relación con éste, salvo que las partes a criterio del juzgador muestren esa relación.

El Juez podrá ordenar que la declaración se registre total o parcialmente, por medio de grabación, taquigrafía o por el medio adecuado.

Al Ministerio Público en la fase preparatoria se le permite un resumen de las mismas, ya que éstas, por regla general, no pueden ser utilizadas como prueba en el debate, prescindiendo de traer a juicio al testigo o perito informantes. Ya no habrá, pues, posibilidad de que se repita la situación que se daba en el anterior sistema, en el que los jueces basaban sus hechos probados en las actuaciones sumariales.

ARTICULO 131. <u>Documentación de los actos.</u> Cuando un acto deba ser documentado, el funcionario interviniente, con la asistencia de su Secretario, levantará el acta respectiva. A falta de Secretario, aquél será auxiliado por dos testigos de asistencia.

Si se trata de actos sucesivos, llevados a cabo en lugares o fechas distintas, se levantarán tantas actas como sean necesarias.

COMENTARIO

Para documentar un acto judicial se levantará un acta con los requisitos del Art.131, será firmada por el funcionario autorizante y su Secretario, en caso de ausencia del Secretario la firmarán dos testigos de asistencia, es decir personas que hayan presenciado el acto que se está documentando.

Cada acta se tendrá que cerrar al terminar el acto o actos sucesivos, no pudiéndose dejar abierta sino suspenderla, para documentar otro acto en otro lugar o en otra fecha, estos constaran en actas separadas.

Constarán en acta la inspección al lugar de los hechos, el registro de vehículos, el allanamiento de morada, etc.

Históricamente está demostrado que la inclusión de testigos de asistencia, es un residuo de los sistemas inquisitivos que desconfían de los funcionarios judiciales, en Honduras incluso los notarios al hacer sus escrituras no necesitan ya testigos.

ARTICULO 132. <u>Contenido de las actas.</u> Las actas deberán contener:

1) El lugar, la fecha y la hora, en que aquéllas se levantan;
2) El proceso con el que guardan relación;
3) Los nombres y apellidos de las personas intervinientes, y de las que llamadas a intervenir, no hayan comparecido y en este caso, el motivo de su inasistencia, si fuere conocido;
4) Las diligencias realizadas y sus resultados;
5) Las declaraciones recibidas;
6) El cumplimiento de disposiciones especiales establecidas para casos particulares;
7) Las firmas de todos |os intervinientes, previa lectura de lo escrito; y
8) La mención de los lugares, fechas y horas de su continuación o la suspensión, cuando se trate de actos sucesivos llevados a cabo en un mismo lugar o en distintas fechas o lugares.

Si alguno de los interviniente no quiere o no puede firmar, se dejará constancia del hecho en el acta

Si alguno de los intervinientes no sabe firmar, podrá hacerlo otra persona a su ruego o un testigo de actuación convocado al efecto. El interviniente, en ambos casos, imprimirá su huella digital en el lugar correspondiente.

La omisión de alguna de las anteriores menciones, podrá ser subsanada posteriormente por cualquier elemento de prueba suficiente.

COMENTARIO

Número **1.-** El lugar y fecha en que se está realizando la actuación que se está documentando.

Número 2.- La referencia expresa del juicio o proceso en el que se está actuando.

Número ***3.-*** Nos habla de la incomparecencia de los intervinientes, quienes tienen que demostrar el motivo de su inasistencia lo que se hará constar en la diligencia a efecto de cualquier sanción procesal o de otra naturaleza, si estuvieren obligados a comparecer.

Numero ***4.-*** Toda actividad procesal dentro de la actuación judicial que se evacúe deberá documentarse, lo que no sea consignado en el acta, se considerará no ocurrido, independientemente que pueda probarse de otra manera.

Número 5.- Las declaraciones de testigos o peritos que se reciban, deberán insertarse en el acta.

Número ***6.-***Se deben cumplir las disposiciones legales establecidas para casos especiales, ejemplo advertencia a los familiares del imputado de su obligación de no *declarar* etc.

Número 7.- Todos los sujetos procesales, testigos, peritos, después de que les haya sido leída el acta *t*endrán que firmarla.

Número ***8.***- La mención de los lugares donde se celebra la audiencia, fecha y hora, en *caso* de que sea continuación de un acto por ejemplo cuando se está examinando testigos, y por ser demasiado tarde se suspende para terminar de examinarlos al día siguiente, todas estas incidencias tienen que constar en el acta, y al tomarlos el día señalado debe hacerse constar que es continuación de la misma audiencia.

Cuando una persona obligada a firmar no quiere, o no puede, se dejará constancia de esta circunstancia.

Cuando no sabe firmar a su ruego puede hacerlo otra persona, o un testigo convocado *para* tal efecto, estos mediante su propia firma sustituyen, a petición del interviniente la firma, cuando no pudiera hacerlo. Para efectos de mayor seguridad pide que la persona que no sabe firmar imprima su huella digital en el acta, al hablar de huella digital el código no hace distingos pero por costumbre se entiende que se refiere a la del dedo pulgar de la mano derecha, pero en caso de no poder lo hará con cualquier dedo de la mano, en *caso* de imposibilidad se hará constar.

Si uno de estos requisitos fuere omitido podrá ser subsanado posteriormente por cualquier elemento de prueba suficiente; podrá probarse por ejemplo la omisión de la fecha en una ***acta,*** mediante el testimonio de personas que asistieron al acto, y que afirman la fecha en que se realizó.

ARTICULO 133. <u>Sustitución o complementación de las actas.</u> El acta podrá ser sustituida o complementada, total o parcialmente, por otra forma de registro, *s*alvo 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 deben figurar en actas o documentos análogos.

COMENTARIO

Este artículo permite que la escritura pueda ser sustituida en las actas por otro tipo de registro, sea grabación o cualquier otro, siempre y cuando el que presida la actuación garantice la inalterabilidad del resultado, en el presente y en el futuro.

Abre además las posibilidades de medios computarizados, para substituir las actas, pero teniendo el cuidado de que exista la seguridad de la inalterabilidad y legitimidad de ellos.

Las garantías que se establecen a propósito de la cadena de custodia de las pruebas de convicción deben extenderse a fin de garantizar la autenticidad y genuinidad de los soportes utilizados para el registro de las actas por medios diferentes de la escritura tradicional.

ARTICULO 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 superponerse 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 entrelinearán, dejándose en la parte final del acta o documento que la sustituya, las aclaraciones correspondientes.

COMENTARIO

Las actas no podrán ser corregidas mediante borraduras, raspaduras ni superposición de letras, a efecto de garantizar que el contenido de las mismas no pueda ser cambiado.

Lo que se substituya y que se quiere excluir del acta será tachado con una línea, pero de manera que pueda leerse.

Se podrán utilizar entrelineados de letras o palabras, pero tendrán que ser salvados y aclarados en su caso al final de manera que garantice que no fueron hechos posteriormente.

CAPITULO II

DE LOS ACTOS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

ARTICULO 135. Poder coercitivo. En el ejercicio de sus funciones, el órgano jurisdiccional, podrá requerir la intervención de la fuerza pública y adoptar las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de los actos y resoluciones que ordenen.

COMENTARIO

El Art. 10 de la LOAT, autoriza a los tribunales a efecto de que soliciten la ayuda de la fuerza pública, para que se cumplan sus resoluciones entendiendo como fuerza pública a todo ente estatal que esté relacionado con el orden público, y los otros medios conducentes se refiera a cualquier institución del estado civil o militar que pueda ayudarle a un determinado.

Los particulares quedan obligados a prestar el auxilio que se les solicite y puedan dar. No se le puede pedir un padre a que entregue a su propio hijo, en caso de ser imputado.

ARTICULO 136. Devolución de objetos e instrumentos del delito, En cualquier estado de la causa y a solicitud de parte interesada, el órgano jurisdiccional podrá ordenar la devolución provisional o definitiva de las cosas objeto del delito y de los instrumentos del mismo, a quienes comprueben que son sus dueños, siempre que no hayan participado como autores o cómplices en el delito, y que dichos objetos o instrumentos no sean de tenencia prohibida ni resulte ya necesario para los fines del proceso que el órgano jurisdiccional los tenga permanentemente a su disposición.

En caso de devolución provisional, el órgano jurisdiccional podrá imponer al depositario condiciones de conservación y utilización, y la advertirá de las responsabilidades que asume como depositario, así como de su obligación de poner los objetos devueltos a disposición de aquellos, cuando fueren requeridos para ello.

COMENTARIO

Este artículo autoriza al tribunal a devolver las cosas objeto del delito, siempre y cuando hayan sido peritadas, y no sean necesarias para la celebración del juicio oral. Se entiende por ejemplo, que el Juez en caso de homicidio no podrá, mientras no recaiga sentencia firme, devolver el arma, independientemente de que ésta pertenezca a un tercero a quien será devuelta una vez que la sentencia esté firme, y que la procedencia o utilización, en su caso no puedan ya ser cuestionadas legalmente.

Se devolverán siempre y cuando su tenencia no sea prohibida, por ejemplo no se podrá devolver la marihuana, otra droga o armas o prohibidas.

También podrá, cuando estime que las cosas se puedan deteriorar por el no uso, nombrar al que solicita la devolución como depositario, siempre que el uso no afecte la cosa devuelta en su esencia como prueba, con la advertencia que deberá presentarlas al despacho siempre que se le pida.

En caso de que el Juez devuelva las cosas provisionalmente, el depositario deberá ponerlas a la orden del juzgado en caso de que en la sentencia no se ratifique dicha resolución.

En el resguardo de las piezas de convicción y ejecución, desde su recolección hasta la presentación en los tribunales debe estar garantizado por una debida cadena de custodia.

ARTICULO 137. Los Secretarios como asistentes del **órgano jurisdiccional.** En el cumplimiento de sus cometidos, el órgano jurisdiccional será asistido por un Secretario; a falta de éste, por dos testigos de asistencia.

Los Secretarios velarán porque las notificaciones y citaciones se hagan en tiempo y forma legal; dispondrán la custodia de las cosas y efectos secuestrados, mantendrán al día los registros y estadísticas; dirigirán al personal auxiliar;

suministrarán a las partes las informaciones sobre el proceso que soliciten y cumplirán las demás funciones que el órgano jurisdiccional les encomiende.

COMENTARIO

El auxiliar por excelencia del Juez es el Secretario, el que da fe de sus actuaciones, pudiendo ser substituido en caso de ausencia por dos testigos de asistencia que avalaran sus actos.

Con la organización de los tribunales con servicios centralizados, deberá readecuarse la organización de la secretaría, ya que los juzgados tendrán personal que será el encargado de todas las funciones administrativas, el Secretario será el encargado de supervisarlos, y tendrán que estar bajo su jerarquía. Ejemplo oficina de notificaciones, almacenes de custodia de piezas de convicción etc.

Los testigos de asistencia son reminiscencia de la desconfianza hacia el funcionario judicial.

ARTICULO 138. Prohibición de delegar. Los órganos jurisdiccionales no podrán delegar sus funciones en los secretarios o empleados subalternos. La violación de esta norma producirá la nulidad de las actuaciones realizadas y hará responsable al órgano jurisdiccional por los efectos de la nulidad.

COMENTARIO

Se contrarresta la lesiva practica en el anterior sistema, donde la mayoría de las actuaciones judiciales la realizaban los escribientes o auxiliares de los juzgados.

Se sanciona esta práctica con la nulidad. La delegación puede ser probado por cualquier medio que no vaya contra la ley, la fe pública del receptor o Secretario sede ante la verdad real, se supera la formalidad prevaleciente en el anterior sistema.

ARTICULO 139. Resoluciones judiciales. Los jueces dictarán sus resoluciones en forma de providencias, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas.

Las providencias ordenarán diligencias de mero trámite y que, por consiguiente, no requieran motivación.

Los autos decidirán motivadamente las cuestiones incidentales, la competencia de un órgano jurisdiccional, la procedencia o improcedencia de una recusación, los recursos de reposición contra providencias, la admisión o denegación de cualquier medio de prueba, la nulidad del procedimiento o de algún acto procesal, la adopción, modificación o cesación de una medida cautelar privativa de libertad y en general, cualesquiera situaciones que no sean de mero trámite o que impliquen limitación de derechos y que no deban ser resueltas mediante sentencia.

Tendrán el carácter de sentencias interlocutorias las que le pongan término a cuestiones incidentales que requieran de previo y especial pronunciamiento, las

que se adopten antes del juicio oral y público y las que se pronuncien en la etapa de ejecución de la pena.

Tendrán el carácter de sentencias las que, con vistas de todo lo alegado y probado por los intervinientes son dictadas para dar por concluido el juicio oral y público o el procedimiento abreviado, o el recurso de apelación o de cesación que respectivamente proceda contra éstas.

COMENTARIO

Las resoluciones judiciales pueden ser providencias, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas.

A) Providencias: son resoluciones de mero trámite que se dictan para la marcha expedita del procedimiento, no necesitan fundamentación, no se requiere explicar el porqué de las mismas, pues su existencia es meramente procesal, por ejemplo ordenar agregar unos documentos al proceso, ordenar la citación de testigos etc.

B) Autos: resolverán motivadamente 1.- cuestiones de competencia 2.-recusaciones, 3.- reposiciones de providencias, 4.- denegación a admisión de medios de prueba, 5.- la nulidad del procedimiento o de un acto procesal, 6- la adopción, modificación o cesación de una medida cautelar privativa de libertad, 7.- y en general cualesquiera situaciones que no sean de mero trámite o que impliquen limitaciones de derechos y que no deban ser resueltos mediante sentencia.

C) Sentencias interlocutorias: son las que resuelven situaciones de previo y especial pronunciamiento, en las que se debe dictar sentencia a efecto de determinar si el juicio continúa; las que se dictan en la fase intermedia y antes del debate o juicio oral; y las que dicta el Juez de ejecución de la pena en el cumplimiento de la prueba impuesta. El Juez de ejecución de la pena es una nueva figura incorporada al código encargado de resolver todo los incidentes que se presenten en el cumplimiento de la pena, como libertad condicional, acción civil y otros beneficios

D) Sentencias: las dictadas por los tribunales de sentencia en el juicio oral, en el procedimiento abreviado, y también las dictadas en los recurso de apelación y casación que puedan interponerse respectivamente contra este tipo de

Contra las sentencias de los Tribunales de Sentencia puede interponerse el recurso de casación ante la honorable Corte Suprema de Justicia; y contra la sentencia dictada en el juicio abreviado, el de apelación.

ARTICULO 140. <u>Copia auténtica</u>. El Juez dispondrá la conservación de copia auténtica de los autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas, o de cualquier otra actuación que considere pertinente.

Cuando el original sea sustraído, perdido o destruido, la copia auténtica adquirirá este carácter.

El Secretario ordenará la expedición de copias, informes o certificaciones, cuando sean pedidos por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlas, siempre que el estado del procedimiento no lo impida y no afecte el principio de inocencia.

COMENTARIO

Se permite que el Juez conserve copia de las actuaciones que él considere pertinentes como medida de seguridad, las cuales tienen la misma validez que las originales.

El Secretario autorizará las copias, informes o certificaciones, siempre y cuando el expediente no esté en etapa preparatoria donde rige el principio de publicidad solo para las partes, o sus representantes. También existe la posibilidad que se decrete la secretividad de las actuaciones en la misma etapa.

ARTICULO 141. Motivación de las resoluciones judiciales. Las providencias se limitarán a determinar el contenido de lo mandado, sin más fundamentos ni adiciones, aunque podrán ser sucintamente razonadas, sin sujeción a requisito alguno, cuando el órgano jurisdiccional lo estime conveniente.

Los autos y las sentencias, tanto interlocutorias como definitivas, contendrán bajo pena de nulidad, una clara y precisa motivación, la designación del tribunal que lo dicta, el lugar, fecha y la resolución respectiva.

La motivación expresará los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa la resolución, y, en su caso, las pruebas tenidas en cuenta, así como las razones del valor probatorio que se les haya atribuido.

La motivación de las sentencias se hará de conformidad con lo establecido en el Artículo 338 de éste cuerpo legal, en sus respectivos casos.

La simple relación de las actuaciones del proceso, la mención de los requerimientos hechos por las partes o la cita o trascripción de preceptos legales, no reemplazará a la motivación.

COMENTARIO

Las decisiones de los órganos jurisdiccionales han de ser razonables y, además, razonadas. La exigencia de motivación de la resolución judicial, ésto es, de argumentación de lo que el Juez o Tribunal disponen, constituye una forma de rendir cuentas del ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sólo a las partes, directamente interesadas en el conflicto, sino a un auditorio más amplio, integrado por sucesivos círculos de la Sociedad, que van de la comunidad de juristas, a las personas que estén o puedan verse implicadas en conflictos análogos, y, finalmente, a la Sociedad toda.

La exigencia de motivación es, de este modo, un eficaz instrumento preventivo frente al riesgo de actuación arbitraria del órgano judicial.

Además, al conocer las razones por las que tomó su decisión, la parte que se sienta perjudicada está en condiciones de intentar rebatirlas al recurrir contra la resolución correspondiente.

Obviamente, a mayor complejidad y trascendencia del objeto de la resolución judicial, más cuidada ha de ser la motivación.

Por eso, es explicable que este Artículo disponga que las providencias (tópicamente, decisiones de mero impulso o simple ordenación procesales) ordenarán las actuaciones judiciales de trámite y no tienen exigencia legal de motivación salvo que el Juez considere necesario hacerlo, pero aún en este caso la misma puede ser sucinta sin sujeción a requisito alguno.

Los autos y las sentencias ya sean interlocutorias como definitivas, deben ser motivadas de una manera clara y precisa. Deben desarrollar el *iter* lógico de pensamiento mediante el cual el Juez o tribunal ha llegado a determinada conclusión a efecto de analizarlo y determinar si la misma es correcta o está basada en premisas erróneas. Los autos se encabezarán con la designación del tribunal que los dicta, la fecha y la resolución en sí, o contenido.

La motivación expresará los hechos que el juzgado determina, analizará la norma aplicable al caso concreto, la prueba en que se basa y el valor probatorio que se les atribuye. Deberá hacerlo de una manera racional y entendible, no utilizando fórmulas generales o estereotipos.

El auto de prisión en que se ordene detención preventiva debe ser fundamentada. Igual la denegatoria de caución y todos los demás autos, no exigiéndose ésto para las providencias

La motivación de las sentencias se hará conforme a lo establecido en los artículos 338 y 430.

No bastarán, en adelante, motivaciones puramente formularías, que realmente no expliquen y traten de justificar convincentemente la decisión judicial.

Por ello, transcribir artículos, relacionar actuaciones judiciales, los requerimientos judiciales de las partes, no reemplazará la motivación, ésta consistirá en los argumentos de hecho y derecho que utilizó el Juez, para, reconstruir y singularizar lo históricamente acontecido, para subsumirlo en una norma penal y dictarla parte resolutoria de la sentencia. Todo para que las partes conozcan el camino mediante el cual llegó a su conclusión y pueda ser analizado, por la sociedad, las partes y en caso de impugnación por las instancias superiores.

La fundamentación es manifestar las razones por las cuales se toma una resolución, y debe emplearse tanto a la explicación de los hechos como a la aplicación del derecho.

ARTICULO 142. <u>Aclaración y modificación de las resoluciones.</u> Antes de la notificación de una resolución, el órgano jurisdiccional podrá aclarar las expresiones obscuras, corregir los errores materiales o suplir cualquier omisión que exista en la parte resolutiva, siempre que el acto no implique una modificación esencial de la resolución.

Las partes podrán solicitar aclaraciones y adiciones dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación.

Los meros errores materiales y los aritméticos o de cálculo*,* cuando sean manifiestos, podrán ser *rectificados* en cualquier momento, a petición de parte o *por propia* iniciativa del órgano jurisdiccional.

COMENTARIO

Los jueces de oficio antes de la notificación de la sentencia pueden aclararla, siempre y cuando no cambie el fondo de la misma. Pueden pronunciarse sobre determinado asunto que debió resolverse en la sentencia.

En el juicio escrito, no importa el Juez que resuelva la solicitud de adiciones, al fin y al cabo no existe inmediación ni identidad física del juzgador, en el juicio oral tienen que ser resueltas por los jueces que dictaron sentencia.

El error material se comete, cuando se escribe o documenta algo distinto de lo que se quiso decir o hacer, lo cual se deduce del contexto del documento. Ejemplo, poner al principio de año, en una fecha .el del anterior.

No se da término para corregir este tipo de errores, estos pueden ser corregidos por un Juez distinto del que los dictó u otro tribunal.

Con el pretexto de una petición de aclaración o de corrección de un error material, no se puede pretender una modificación sustancial de lo resuelto, porque eso implicaría un nuevo recurso ante el mismo órgano autor de la resolución.

Aún cuando no se establezca así expresamente, en la medida en que, para poder optar por recurrir*,* o no, una decisión judicial, hay que tener conocimiento cabal de su contenido, la pretensión de aclaración se entiende que suspende el plazo para recurrir*,* que se iniciará de nuevo una vez que recaiga la resolución correspondiente.

ARTICULO 143. <u>Plazos y términos en que deben dictarse las resoluciones.</u> Las providencias y autos *se* dictarán de oficio y sin tardanza.

Las solicitudes de las partes deberán ser resueltas dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de su presentación.

Vencido el plazo si el órgano jurisdiccional no hubiere dictado resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho. En este caso el Juez deberá resolver dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes. La inobservancia de esta disposición dará lugar al recurso de queja, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se incurra*.*

En las audiencias orales, la resolución se dictará inmediatamente después de la terminación de aquéllas.

COMENTARIO

Providencias y autos, Se dictarán de oficio y sin ninguna tardanza, a efecto de no interrumpir la marcha expedita del juicio.

Cuando una parte presente un escrito, solicitando alguna actuación, éste deberá ser resuelto dentro de los tres días hábiles siguientes a su presentación.

Si el órgano jurisdiccional no resuelve dentro del término de tres días hábiles, el interesado podrá pedir pronto despacho, esta institución es una novedad del código mediante la cual las partes al no resolvérseles dentro del término, presentan un escrito para que el órgano jurisdiccional resuelva su petición dentro del término de las veinticuatro horas siguientes, si no lo hace dará lugar al recurso de queja, y será responsable penalmente.

En las audiencias orales las resoluciones se dictarán al final de la audiencia.

ARTICULO 144. Resoluciones firmes. Las resoluciones judiciales adquirirán el carácter de firmes, cuando no sea procedente la interposición de recurso alguno, contra las mismas o fueren inconsentidas por las partes.

COMENTARIO

Firme equivale a ejecutoriada, y adquieren las resoluciones este carácter, cuando no puede interponerse contra ellas ningún recurso, o pudiéndose interponer han sido aceptadas por las partes.

Cosa juzgada formal y material. La primera tiene trascendencia dentro del proceso solamente, la segunda trasciende fuera del proceso e Impide que se inicie una nueva persecución penal por el mismo hecho.

En el caso de las sentencias definitivas dictadas en el juicio oral una vez firmes, solo cabe contra ellas el recurso de revisión por las causas establecidas por la ley.

ARTICULO 145. Firma de las resoluciones. Las resoluciones serán firmadas por el Juez y, en su caso, por los miembros del tribunal que haya conocido del asunto, así como por el Secretario.

La falta de la firma del Juez o de la de uno o más miembros del Tribunal de Sentencia, provocará la invalidez del acto, a menos que tal omisión sea subsanada por acta complementaria en la que dicho Juez o miembro del Tribunal reconozcan haber intervenido en el acto y asuma su contenido.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable si la falta de la firma de un miembro del Tribunal de Sentencia se debe a su fallecimiento o a una incapacidad surgida después de su participación en la deliberación y en la votación.

COMENTARIO

En el caso del Juez unipersonal las sentencias, las resoluciones serán firmadas por éste. En el caso de los jueces sentenciadores serán firmadas por los tres, en ambos casos también serán firmadas por el Secretario del despacho.

Cuando una sentencia después de ser deliberada no es firmada por alguno o algunos de los miembros del tribunal está viciada de nulidad, y solo podrá ser convalidada dicha actuación al levantarse una acta complementaria en la cual los miembros que no la firmaron, acepten haber participado en el acto, y manifiesten estar de acuerdo con lo resuelto en la misma.

La solución arriba expuesta no es valedera para el caso que el miembro cuya firma se ha omitido en una sentencia dictada por un tribunal de sentencia haya muerto o a una incapacidad sobrevenida después de la participación en la deliberación y votación; en este caso, pondrá ponerse una constancia siendo válida la sentencia.

CAPITULO III

DE LAS COMUNICACIONES ENTRE AUTORIDADES

ARTICULO 146. Principios generales. Cuando un acto o diligencia deba ser ejecutado por otra autoridad judicial o administrativa, o cuando sea necesario solicitar información relacionada con un proceso, el órgano jurisdiccional librará comunicación con las inserciones necesarias, para su eficaz cumplimiento. Lo dispuesto en este párrafo, se entenderá sin perjuicio de lo prescrito en el Artículo 126 precedente.

La comunicación indicará el nombre del Juez o presidente del tribunal que la libra, la autoridad a quién va dirigida, el señalamiento concreto de lo que se pide, el plazo dentro del cual se espera la respuesta, el lugar y la fecha del libramiento y la firma y sello del Juez o magistrado correspondiente y del secretario.

En casos urgentes, se podrá formular la solicitud por medio de facsímile o de cualquier otro igualmente rápido. Si fuere verbal, la solicitud deberá confirmarse enviando de inmediato la petición escrita.

COMENTARIO

En este artículo el concepto comunicación es utilizado como el medio escrito, mediante el cual se comunican los juzgados entre sí elaborado con los requisitos establecidos por la ley.

Los jueces y miembros del tribunal, cuando lo crean necesario podrán trasladarse a cualquier lugar fuera de su jurisdicción para presenciar un acto que consideren importante (Art. 126), pero también pueden pedir a los otros órganos jurisdiccionales y administrativos que realicen determinados actos, para ello librarán al órgano requerido la correspondiente comunicación con las inserciones del caso.

La comunicación deberá contener todos los requisitos establecidos por la ley.

Lo novedoso es que permite que en casos de urgencia se pueda utilizar el facsímil u otro medio electrónico de igual o mejor eficacia y rapidez, y va más allá al permitir la petición verbal, la que tendrá que ser formalizada por escrito.

Caso de urgencia es aquél que no permite la demora que Implica la utilización del medio ordinario, sin riesgo de que resulte ineficaz el acto que se interesa del destinatario. La utilización de un medio extraordinario no impedirá la

confirmación por la vía ordinaria, y se adoptarán las medidas para que destinatario pueda cerciorarse de la identidad de su comunicante.

ARTICULO 147. Deber de colaborar. Las autoridades y funcionarios públicos colaborarán con los jueces, el Ministerio Público y la Policía Nacional, en el cumplimiento de sus cometidos, para lo cual tramitarán sin dilación, los requerimientos que les formulen.

COMENTARIO

Los otros órganos jurisdiccionales y administrativos, tienen la obligación de tramitar o cumplir sin ninguna dilación los requerimientos formulados por los jueces, el ministerio público y la policía, para el buen desempeño de sus funciones.

Ver Art. 10 LOAT

ARTICULO 148. Incumplimiento, retardo y **rechazo de un requerimiento.** Cuando el requerimiento sea cumplido sólo parcialmente o en forma indebida, o se demore o rechace sin causa justificada, el requirente podrá solicitar **a** la Corte Suprema de Justicia, al Fiscal General de la República o al Secretario de Estado en el Despacho de Seguridad, según proceda, que ordene o gestione el inmediato y correcto cumplimiento de la comunicación. Tales autoridades, además, aplicarán al respectivo funcionario, las medidas disciplinarias que correspondan y, en el caso de rechazo sin causa justificada, previsto en este Artículo, darán cuenta al Ministerio Público, para los efectos de lo establecido en el Código Penal.

COMENTARIO

En este artículo se da el procedimiento, para que el requeriente que no haya sido obedecido, pueda deducir responsabilidades ante la Corte Suprema de Justicia en caso de ser Juez o funcionario judicial, ante el fiscal general de la república en caso de pertenecer a esta dependencia y ante el despacho de seguridad en caso de pertenecer al ejecutivo, para que ordene la evacuación o ejecución de lo pedido según sea el caso. El funcionario requerido deberá ser sancionado disciplinariamente, y en caso de existir dolo el ministerio publico incoará la acción penal prevista en el del Código penal (véase su artículo 349).

ARTICULO 149. Requerimientos a tribunales extranjeros. ***Los*** requerimientos dirigidos a tribunales o autoridades extranjeras, o los recibidos de ellos, serán tramitados por la vía diplomática. En casos excepcionales y de suma importancia, el Juez o el miembro de un Tribunal de Sentencia que se designe para el efecto, podrá realizar diligencias en otro Estado, previa autorización de éste.

Lo dispuesto en el Artículo 148 que antecede, será aplicable en lo procedente a lo dispuesto en esta norma.

COMENTARIO

Su contenido será elaborado como comunicación y serán canalizados por medio de la Secretea de la Corte Suprema al Ministerio de Relaciones Exteriores para que se inicie el procedimiento correspondiente. El mismo trámite se hará en caso de que un órgano jurisdiccional hondureño sea requerido por un tribunal de un país extranjero.

En casos excepcionales el Juez en caso de juzgado unipersonal o uno de los miembros en caso de ser tribunal de sentencia, designado al efecto podrá realizar diligencias en otro país, con autorización expresa del mismo. También en este artículo se rompe el esquema de jurisdicción territorial.

Ver Tratados. Asistencia legal mutua en asuntos penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Tratado Centroamericano sobre recuperación *de* vehículos hurtados. Art. 388-393 Código de Bustamante.

En caso de rechazo, o indebida cumplimentación se aplicará en lo procedente el artículo 148 de este código.

ARTÍCULO 150. La extradición de imputados. La extradición *de* imputados o condenados, se regirá por lo establecido en los tratados internacionales de los que Honduras forme parte y por las leyes del país.

COMENTARIO

Ver Código de Bustamante. Constitución prohibición de extraditar nacionales. Tratados de extradición.

CAPITULO IV

DE LAS NOTIFICACIONES, CITACIONES Y EMPLAZAMIENTOS

ARTICULO 151. La notificación de las resoluciones. Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales se notificarán, de *oficio* personalmente, a todos los intervinientes a más tardar el día siguiente al de su fecha. De no ser ésto posible, las notificaciones se harán por medio de cédulas o de edictos.

Las resoluciones se notificarán, Igualmente, a quienes podrían resultar perjudicados por las mismas aunque no sean partes en el proceso, así como, a quienes se refieran si así se manda y ello es posible.

Las notificaciones personales las hará el Receptor de el órgano jurisdiccional y, en su defecto, el secretario. Para el cumplimiento *de* tal cometido, dichos funcionarios podrán solicitar el auxilio de las autoridades de policía, si lo estiman necesario.

La notificación se hará leyendo íntegramente la resolución al notificado, entregándole copia textual de la misma. De lo anterior se dejará constancia en el formulario, así como, del asunto de que se trate y del lugar, día y hora de la diligencia, la cual deberá ser firmada por el notificante y por el notificado, si éste puede y quiere *hacerlo.* En caso de negativa, se dejará constancia de este *hecho* en el respectivo formulario.

COMENTARIO

Notificar es poner en conocimiento por escrito, a los interesados de las resoluciones judiciales.

Las notificaciones de las resoluciones dictadas en el juicio oral o debate se hacen verbalmente.

La ley nos explica el procedimiento como debe hacerse.

Se deben hacer personalmente por el Receptor o Secretario, en caso de no poder hacerlo se autoriza notificar por medio de cédula de notificación fijada en la tabla de avisos del despacho o por edictos.

Si notificar es poner en conocimiento, para cumplir este fin debe leerse íntegramente la resolución que se está notificando y entregar copia de la misma al notificado. Y explicarle la causa o juicio en que se ordenó. Si quiere y puede hacerlo puede firmar el acta, juntamente con el Receptor o Secretario en su caso.

Para efectos de los términos debe tenerse el cuidado de insertar la fecha en que se hace esta diligencia.

Cuando exista una infraestructura suficiente, se podrá plantear la oportunidad de realizar actos de comunicación procesal por vía de correo electrónico u otra similar, siempre que se adopten cautelas para garantizar la identidad de los intercomunicantes y la autenticidad del comunicado.

ARTICULO 152. Lugar en que deben hacerse las notificaciones. Las notificaciones a los apoderados legales de las partes se harán en el asiento de el órgano jurisdiccional o en el lugar que hayan señalado para tal efecto. En este último caso, la notificación se hará por medio de cédula, que será entregada a cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el indicado lugar. Si nadie se encuentra en el mismo o quien se encuentre se niega a recibir la cédula, ésta se fijará en la puerta del acceso principal del referido lugar. De estas diligencias se dejará constancia en los correspondientes autos, las que serán firmadas por el notificante y por la persona que haya recibido la cédula, en su caso.

COMENTARIO

Los abogados tienen la obligación de concurrir a los tribunales y recibirlas notificaciones de sus juicios, si no lo hacen se les harán en sus despachos o lugar señalado para ello, esta notificación se hará por medio de cédula, y puede ser entregada a cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el lugar. Si no hay nadie o la persona que está allí se niega a recibirla, la cédula se pegará en la entrada principal. De todo ésto se dejará constancia, si la persona recibe la notificación deberá firmar si quiere, el notificante está obligado a firmar como ministro de fe pública.

ARTICULO 153. Contenido de la cédula de notificación. La cédula de notificación a que se refiere el Artículo anterior contendrá:

1) El nombre del órgano jurisdiccional que ordena la notificación;
2) El nombre y apellidos de la persona natural o representante legal de la persona jurídica;
3) El objeto del proceso y los nombres y apellidos de las partes;
4) Copia literal de la parte resolutiva de la decisión judicial que se notifica;
5) El lugar; fecha y hora de la notificación; y
6) La firma del notificante con indicación de su cargo.

COMENTARIO

La cédula de notificación debe de contener todos los requisitos exigidos por la ley, si se omite alguno se corre el riesgo que esta actuación sea decretada nula, en caso de que la omisión o el defecto padecidos ocasionasen al destinatario un error o desconocimiento sobre elementos sustanciales de la comunicación.

ARTICULO 154. Citaciones y emplazamientos. Las partes en un proceso, así como, los testigos y peritos, serán citados y emplazados personalmente por el Receptor del órgano jurisdiccional y en su defecto, por el empleado a quien se le asigne esa función, la cual deberá desempeñar previa promesa de ley, adquiriendo uno y otro el carácter de ministro de fe público. Tales diligencias, excepto la notificación personal, se practicarán por medio de cédulas, a las que se acompañarán la copia de la acusación o querella en su caso. Inmediatamente después de efectuadas, pondrá razón de las mismas en los autos el funcionario judicial competente.

Cuando la citación o emplazamiento haya de hacerse por medio de comunicación, se acompañará la cédula correspondiente.

COMENTARIO

La citación que contiene una intimación de comparecencia es, según Roxin, una ingerencia en la libertad personal, ya que en caso de incomparecencia injustificada, puede utilizarse la fuerza pública para obligar a comparecer, éste es el caso del imputado, los peritos y los testigos. En el juicio oral es necesaria y obligatoria su comparencia pues si alguno falta el juicio oral no puede celebrarse, en el caso del imputado no es posible el juicio en rebeldía.

ARTICULO 155. Contenido de la cédula de citación. La cédula de citación contendrá:

1) La denominación y lugar del órgano jurisdiccional que haya dictado la providencia, la fecha de ésta y el asunto en que ha recaído;
2) El nombre y apellidos de la persona natural o representante legal de la persona jurídica a quien debe hacerse la citación;
3) El objeto de la citación y la parte que la haya solicitado;
4) El lugar, día y hora en que debe comparecer la persona citada; y
5) La prevención de que si no comparece, se le deducirán las responsabilidades a que haya lugar en Derecho.

A los testigos y peritos se les hará la prevención de que si no comparecen sin justa causa, serán procesados por el delito de desobediencia. Se estará además, a lo dispuesto por los Artículos 232 y 240 del presente Código.

COMENTARIO

Al igual que en la notificación la persona citada, debe saber el motivo por el cual se le cita, por ello la ley establece los requisitos de una cédula de citación, es decir debe saber la fecha, la hora el lugar y el motivo por el cual se le cita. Y el perjuicio que puede causarle su no comparencia, la cual es sancionada penalmente.

ARTICULO 156. Los requerimientos. Los requerimientos se harán mediante notificación de la providencia en que se ordenen, dejando constancia en autos.

COMENTARIO

Requerir es ordenar hacer o no hacer algo en un término determinado o estipulado por la ley. Y el no cumplimiento de los mismos puede dar lugar a responsabilidades penales. Debe dejarse constancia en autos que se ha notificado la providencia en que se ordenan. Se le puede requerir para que entregue una propiedad en el caso de usurpación, en donde exista una sentencia ordenando el desalojo. El incumplimiento justifica la ejecución coactiva de lo requerido (incluso la aplicación de la compulsión física sobre las personas) y podría dar lugar a exigir responsabilidad penal por desobediencia.

ARTICULO 157. Notificación y citación por edictos. Cuando se ignore el lugar en que se encuentra la persona que deba ser notificada, citada, emplazada o requerida, el órgano jurisdiccional ordenará la publicación de edictos por tres (3) días, en dos de los radioperiódicos de mayor audiencia en el país. Los edictos también podrán publicarse en dos de los diarios escritos de mayor circulación en la República o por medio de la televisión. En todos los casos, se dejará constancia en autos, de la publicación.

El edicto contendrá:

1) La denominación y lugar del órgano jurisdiccional que haya dictado la providencia, la fecha de ésta y el asunto en que ha recaído;
2) El nombre y apellidos de la persona natural o representante legal de la persona jurídica; y,
3) La orden de personarse al órgano jurisdiccional para ser notificado, citado, emplazado o requerido.

COMENTARIO

Nos enuncia los casos en que cabe la notificación y citación por edictos. El procedimiento y los requisitos que debe contener el edicto que se va a publicar.

ARTICULO 158. Prohibición de respuesta. En las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos no se consignará respuesta alguna de las personas a quienes se les haga, pero éstos tendrán el derecho de recurrir en el término establecido para impugnar la resolución en el momento de la notificación.

COMENTARIO

En estas actuaciones no se permite consignar respuestas, ni alegatos, ya que el fin de esta actuación es poner en conocimiento de las partes lo que acontece para que comparezcan al juzgado cada quien a defender sus intereses, en el momento procesal oportuno pueden apelar de la resolución que se les ha notificado. Un testigo no puede apelar contra el auto que lo cita, tiene la obligación de comparecer, igual el perito.

ARTICULO 159. Sanción de la contravención a lo dispuesto en este capítulo. Serán nulas las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo.

No obstante, si la persona indebidamente notificada, citada, emplazada o requerida no reclama en juicio la nulidad del respectivo acto, la diligencia surtirá todos sus efectos como si se hubiera hecho con arreglo a las disposiciones de la ley.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará también cuando la correspondiente diligencia no se haya realizado en manera alguna, siempre que el notificado, citado, emplazado o requerido se hubiera dado por enterado. No por esto, quedará relevado el notificante de la sanción disciplinaria que merezca.

COMENTARIO

Se contempla las notificaciones, citaciones y emplazamientos defectuosos e inexistente, las cuales son convalidadas cuando el interesado no reclama su nulidad y los da como válidos, actuando en el juicio sin reclamarla lo cual no causa indefinición, ya que la actuación en último término cumplió su objetivo, poner en conocimiento lo acaecido a los interesados. Por su falta de diligencia el notificador puede ser sancionado disciplinariamente

CAPITULO V

DE LOS PLAZOS

ARTICULO 160. Los actos procesales y los plazos. Los actos procesales serán cumplidos dentro de los plazos establecidos por la ley o por los tribunales de justicia.

Los plazos legales y judiciales se regirán por lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil.

COMENTARIO

Se hace la diferenciación entre plazos legales que son los establecidos por la ley, por ejemplo el término de prueba.

Plazos judiciales, que son los determinados por los tribunales para determinadas actuaciones, con base en la proporcionalidad, urgencia y necesidad de la actuación, ejemplo, término para rendir un peritaje.

"El plazo encierra un período de tiempo, generalmente de días, pero puede ser de meses, y a veces horas e inclusive minutos, dentro del cual se puede realizar válidamente la actividad probatoria; el término, en cambio, significa tan solo el punto de tiempo para el comienzo de un acto; celebración de una audiencia, comparecencia de testigo, práctica de un remate, reunión de una junta de acreedores, comienzo de un deslinde, etc." (Niceto Alcalá Zamora Cuestiones de Terminología Procesal. México. Universidad Autónoma de México. Pág. 181-182)

ARTICULO 161. Plazos y términos judiciales. Cuando la ley permita a los órganos jurisdiccionales fijar términos o plazos, éstos se establecerán tomando en cuenta la naturaleza del procedimiento, la importancia de la actividad que deba cumplirse y los derechos de las partes.

COMENTARIO

En este artículo se fijan los criterios o parámetros que deben ser considerados por los jueces para fijar los términos y plazos.

Por la naturaleza del procedimiento (un juicio ordinario o un juicio por faltas, etc.) La importancia de la actividad (analizará la necesidad y pertinencia del acto que deba ejecutarse), y los derechos de las partes (debe cuidar que no se rompan los principios de equidad, igualdad y proporcionalidad que debe existir entre los litigantes).

ARTICULO 162. Reposición del plazo. Las partes podrán solicitarla reposición total o parcial de un plazo, cuando por defecto de la notificación o por fuerza mayor o caso fortuito, no hayan podido observarlo.

La solicitud deberá presentarse por escrito ante el correspondiente órgano jurisdiccional competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al momento en que cesó la fuerza mayor o el caso fortuito o de haberse conocido la providencia en que se señaló el plazo.

Dicha solicitud indicará, en forma breve, el motivo que haya imposibilitado la observancia del plazo y propondrá las pruebas correspondientes.

COMENTARIO

Este artículo introduce una institución nueva en nuestra legislación procesal penal, la reposición (no como recurso), mediante la cual las partes pueden pedir dentro del tiempo y con los requisitos establecidos, se les conceda el plazo total o parcial, según sea el caso, del plazo que por cualquier circunstancia no pudieron cumplir; podría ser la causa la notificación defectuosa, caso fortuito y fuerza mayor.

En la solicitud se dirán las causas procedentes, y se propondrán las pruebas mediante las cuales se acreditará este extremo, (en el anterior código se utilizaba la prórroga y nuevo término según procediere).

ARTICULO 163. Atención judicial permanente y continua. Las autoridades judiciales dispondrán lo necesario para que los funcionarios de cada órgano jurisdiccional, reciban las solicitudes y escritos de las partes en forma continuada y permanente, aún fuera de las jornadas ordinarias de trabajo.

A tal efecto, la Corte Suprema de Justicia organizará en las distintas circunscripciones judiciales, un sistema de turnos y guardias u oficinas de atención permanente al público.

COMENTARIO

Con la atención permanente al público mediante la organización de turnos, inclusive fuera de las jornadas de trabajo se garantiza los principios de igualdad, acceso a la justicia y gratuitidad.

Los plazos judiciales corren por días completos y vencen a las doce de la noche, en el anterior código no se preveía esta situación y los abogados tenían que buscar al Secretario o receptor en sus casas para entregar sus escritos, lo cual provocaba problemas que violentaban los derechos antes mencionados.

ARTICULO 164. <u>Renuncia o abreviación de términos o plazo.</u> Las partes a cuyo favor se ha señalado un plazo o término legal o judicial sean éstas individuales o comunes, podrán renunciarlo o abreviarlo mediante expresa manifestación de voluntad ante la autoridad competente.

Cuando el plazo sea común, se reputará que existe renuncia o abreviación, mediante la expresa manifestación de voluntad de las partes.

COMENTARIO

Según nuestra legislación procesal civil (Art. 8), para poder renunciar a los plazos y términos concedidos por la ley, el abogado debe tener expresamente conferida esa facultad, en caso contrario no podría hacerlo.

En el caso de plazos comunes (ejemplo: plazo de evacuación de prueba), la renuncia tendrá que hacerse expresamente, en forma conjunta o separada. (Debería de terminarse expresamente cuales son los términos comunes).

* * *

TITULO V
DE LA NULIDAD
CAPITULO ÚNICO
NORMAS A QUE ESTÁ SUJETA LA NULIDAD

INTRODUCCIÓN

I. Eficacia e ineficacia de los actos procesales.

1. Actos procesales plenamente eficaces

Actos procesales eficaces son aquellos que reúnen la totalidad de los presupuestos, requisitos y condiciones exigidos legalmente.

2. Actos procesales irregulares: la Irregularidad como género y como categoría residual.

Cuando falta alguno de ellos o está afectado por algún vicio o defecto estructurales o funcionales, el acto es irregular.

La irregularidad procesal es una categoría, a la vez genérica y residual. Comprende una pluralidad de categorías específicas, y. ella, a su vez, es la última que resta para calificar aquel vicio o defecto que no puede serlo con arreglo a ninguna otra de aquéllas.

2.1. Actos procesales ineficaces

Un acto procesal es ineficaz cuando adolece de una irregularidad tal que le impide cumplir la función que legalmente está llamado a desempeñar. La irregularidad puede afectar a su estructura: al sujeto o sujetos que han de intervenir en él; al objeto del acto; a la forma en que ha de manifestarse; a las circunstancias de tiempo y espacio en que ha de producirse. Una estructura inadecuada puede impedir que el acto alcance sus objetivos dentro del proceso, haciéndolo ineficaz.

Cuando no se agota en una actividad simple, sino que constituye un acto complejo, que integra una pluralidad de conductas, si su dinámica no se ajusta a las pautas establecidas legalmente, puede, asimismo, resultar ineficaz, porque el orden y el modo de actuación de cada uno de los sujetos intervinientes está establecido de forma que se consiga la finalidad que se pretende con dicho acto.

Puede, asimismo, adolecer de una irregularidad funcional, por desviación del fin cuya consecución lo legitima La ineficacia de los actos procesales fraudulentos, desleales o abusivos constituye un buen ejemplo. La ineficacia supone que el acto no va **a** producir los efectos esperados. No puede incorporarse al proceso (es inadmisible), y si llega a ser indebidamente admitido, será *expulsado* de él, mediante declaración de su nulidad. Sus eventuales resultados no son utilizables (así ocurre con los derivados de una prueba ilícita) ni oponibles a terceras personas, sean, o no, partes en el proceso.

2.1.1.La ineficacia radical: la nulidad absoluta

La nulidad radical es una forma de ineficacia total (el acto no produce efecto **procesal** alguno, es como si nunca hubiera existido), denunciable por todos (salvo por el causante de la nulidad, impedido para ello por la vinculación -el «estoppe/» anglosajón- **a** los propios actos), incluso por propia iniciativa del órgano judicial, y frente a todos (ineficacia *erga omnes)* e insubsanable.

i

2.1.2.La ineficacia atenuada: la eficacia claudicante, la nulidad relativa y la defectuosidad subsanable.

Sin embargo, el Derecho es reacio **a** esta forma extrema de nulidad. Tiende, por el contrario, a la conservación -en la medida de lo posible- de los actos, incluso de los irregulares. Restringe la ineficacia radical y absoluta a los casos expresamente enumerados, en lista cerrada *(«numerus clausus»)* por la Ley (el principio del Derecho histórico francés: «pas *de nullité sans* texte»).Trata de salvar su eficacia restringiendo la legitimación para demandar la anulación, manteniendo, entretanto, la eficacia del acto (eficaz, pero *«claudicantemente eficaz»)* o permitiendo la subsanación del defecto siempre que reste alguna oportunidad para ello.

Estas modalidades atenuadas de ineficacia suelen englobarse bajo la etiqueta de nulidad relativa.

2.2. La simple irregularidad

No afecta a la eficacia del acto, pero puede tener otras consecuencias, como la responsabilidad disciplinaria del funcionario incumplidor.

II. Aplicación de las categorías de ineficacia de los actos procesales a los artículos 165 a 171 del Código Procesal Penal.

El principio de excepcionalidad de la nulidad aparece consagrado por el artículo165.

Cuando el artículo 166 establece los casos de nulidad de los actos procedimentales, en realidad enumera actos ineficaces, en general, sin especificar la clase de ineficacia.

El artículo 167 se refiere a casos de nulidad relativa o anulabilidad, por eso se exige la pretensión anulatoria de parte, salvo que se trate de la misma que dio lugar a la causa de nulidad, lo que es aplicación de la vinculación a los propios actos *(«.estoppel»),* que prohíbe invocar en beneficio propio la propia conducta inadecuada *(«nemo propriam turpitudinem alleguet»)*

En cambio, el artículo 168 se refiere a causas de nulidad radical o absoluta y por eso se rige por el principio de taxatividad: la nulidad radical y absoluta es excepcional y se rige por el principio de lista cerrada *(«numerus clausus»);* y puede declararse por propia iniciativa del juez, sin necesidad de previa instancia de parte.

El primer párrafo del artículo 169 consagra el principio de propagación de la ineficacia (ineficacia a *distancia* o *Fernwirkung)* a los actos sucesivos posteriores dependientes del inicial viciado. Un ejemplo de ello es la doctrina norteamericana llamada *de los frutos del árbol envenenado* en materia de prueba ilícita.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 169 consagran el principio de conservación de los actos procesales no afectados por ella ni de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquél, ni la de aquéllas cuyo contenido habría permanecido invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

En aras de ese principio de conservación de eficacia de los actos procesales, los artículos 170 y 171 abren al máximo la posibilidad de subsanación de actos viciados.

Unas veces (en los dos primeros casos), la subsanación se produce por convalidación por las personas en cuyo interés se dispone la ineficacia; otras -caso del numeral 3- se produce una suerte de subsanación espontánea (la irregularidad se ha demostrado irrelevante, porque, pese al vicio, el acto ha alcanzado su fin).

Incluso se prevé una subsanación provocada por el propio órgano judicial, comprometido en logro del mayor grado de eficacia de los actos procesales (artículo 9CPP).

COMENTARIO ESPECIAL A LOS ARTÍCULOS RELATIVOS A LA NULIDAD
COMENTARIO INTRODUCTORIO

Hector Efraín Fortín Pavón

Existen dos tipos de ineficacia de los actos procesales: la nulidad y la inadmisibilidad. La caducidad es realmente una de las causales por las cuales un acto puede ser declarado inadmisible. Mientras la nulidad presenta una serie de normas generales sobre ella, como es el Art. 166 del Código, no ocurre lo mismo con respecto a la inadmisibilidad. Los actos en el proceso penal que cumplen con todos los requisitos exigidos por la ley son denominados actos perfectos. En contraposición a éstos se encuentran los actos imperfectos, en los cuales falta alguna de las exigencias señaladas por la ley. Los actos procesales perfectos son siempre eficaces, más no ocurre que los actos imperfectos sean siempre ineficaces, ya que puede suceder que el defecto del acto no esté sancionado con la ineficacia de éste, o bien que dicho defecto sea subsanado con posterioridad. Dentro de los actos procesales imperfectos tenemos: los actos que pueden ser declarados nulos, los actos susceptibles de ser declarados inadmisibles y los actos irregulares. Diferente de los actos imperfectos son los inexistentes, éstos son realmente un no acto, ni perfecto, ni imperfecto. La nulidad la podemos definir como la sanción procesal que determina la ineficacia del acto procesal realizado por el tribunal o bien por otro sujeto que actúa no facultativamente, que se ha apartado de las formas procesales exigidas por la ley para la eficacia del acto. (Llovet Rodríguez, Javier. Código Procesal Penal. 1a. Edición. San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. 1998, p. 21.)

[3] ARTICULO 165. Principio de excepcionalidad de la nulidad. *La* Inobservancia de las normas contenidas en este Código, solo producirá la nulidad de los actos procedimentales, cuando así se establezca expresamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil o disciplinaria en que hayan podido incurrir los infractores.

COMENTARIO

En este artículo, se recoge la nueva tendencia en Derecho Procesal Penal, en el cual la nulidad no es lo ordinario sino la excepción, y cuando está prescrita por la ley. Se sanciona a los infractores pero no al acto en sí, el que puede producir efectos jurídicos.

En el antiguo Código de Procedimientos Penales no existe una norma específica que hablara sobre la nulidad, se aplicaban los artículos del Código Civil en cuanto a la validez de los actos y contratos.

ARTICULO 166. Casos de nulidad de los actos procedimentales,
Serán nulos [en realidad, ineficaces, en general, sin especificar la clase de ineficacia] los actos procedimentales realizados:

1. Con inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad, jurisdicción o competencia de los órganos jurisdiccionales o de sus integrantes; [ineficacia por defecto estructural: afecta a un elemento subjetivo del acto]

3 Los artículos 165 a 171 están comentados por D.Hector Efraín Fortín Pavón

2. Con inobservancia de las disposiciones concernientes a la iniciativa de los Fiscales y de los acusadores privados, y a su participación en los actos en que su intervención sea necesaria; [ineficacia por defecto estructural: afecta a un elemento subjetivo del acto: restringida al caso en que la intervención sea necesaria].
3. Con inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención y participación del imputado en el procedimiento, y las relativas a su representación y defensa; [ineficacia por defecto estructural: afecta a un elemento subjetivo del acto y compromete una garantía procesal],
4. Por error sobre sus presupuestos de hecho o bajo violencia física o por efecto de intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave, sin perjuicio las responsabilidades en que podría incurrir la persona causante de la violencia o de la intimidación; [vicio estructural en la actuación de uno de los elementos subjetivos, que carece de espontaneidad].
5. Con infracción de las normas esenciales de procedimiento establecidas por este Código, que impida que el acto logre la finalidad que persigue la norma correspondiente;
6. Con infracción de los principios de igualdad entre las partes, de audiencia, contradicción, asistencia y defensa, siempre que hayan producido una efectiva indefensión [infracción de las garantías de la dinámica del acto]; y
7. Con violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona, consagradas por la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y demás leyes [infracción de garantías de formación y desarrollo del acto].

COMENTARIO

La doctrina ha dicho que la nulidad declarable de oficio presenta las siguientes características: a) debe ser declarada de oficio; b) el vicio puede ser alegado por cualquiera de las partes y no sólo por la interesada; c) el vicio es sanable, salvo con la firmeza de la sentencia (esta característica, sin embargo, como se verá luego, no existe cuando se trata de un quebranto al debido proceso o a la oportunidad de defensa; ch) puede ser alegada en cualquier estado del proceso. Algunos han dicho que son tres: a) cuando nos encontramos ante una de las llamadas genéricas, sea ha habido inobservancia de las disposiciones concernientes: al nombramiento, capacidad y constitución de jueces y tribunales; a la intervención del Ministerio Público, en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria; o a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece; b) cuando se violen normas constitucionales; c) cuando se establezca expresamente. Otros han señalado que las causales de nulidad absoluta son dos: a) cuando estemos ante una nulidad genérica y ademes se violen normas constitucionales; b) cuando se regule expresamente la nulidad declarable de oficio para un acto determinado (Así: Castillo, Francisco. Los vicios Formales en el Nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas No 24,1974. p. 341.).

1) La doctrina generalmente circunscribe el concepto de "nombramiento" a la existencia de éste, no abarcando la aceptación del cargo por el Juez y su juramentación, cuestiones que son ubicadas dentro del término "capacidad" del Juez (v. Núñez. Código..., p. 142; Clariá, T. IV, pp. 205-207). Al hablarse

de nombramiento no quedan comprendidas las disposiciones que establecen las condiciones exigidas para ser nombrado Juez (así. Nuñez. Código.,., p.142; Leone, T.I, p.703; Manzini, T. III, p. 107; Castillo, Francisco. Los vicios..., p. 343. En contra parecen pronunciarse Vázquez y Castro. T. Y, p. 379).

Dentro de la "capacidad", ubicamos las situaciones que inhabilitan físicamente a un Juez para el conocimiento de una causa, por ejemplo, Juez borracho, drogado, etc.; que sea competente para conocer del caso; y el que no haya cesado el Juez o miembro del tribunal en su cargo.

2) Cuando se habla de intervención del Ministerio Público en el proceso, no se refiere a los actos concretos en que dicho sujeto procesal tiene participación, ya que éstos quedan dentro de la previsión que se hace a continuación referente a la participación del Ministerio Público en los actos en que ella es obligatoria. Por ello las normas que regulan la intervención del Ministerio Público en el proceso son más bien las concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del representante del Ministerio Público en el proceso.

Indica Clariá, T. IV, pp. 212-213: "Se captan aquí... todas las disposiciones específicas del código en las cuales se impone la efectiva intervención de los funcionarios del ministerio en los concretos actos del proceso, referidos principalmente a la instancia, la asistencia, la audiencia, la prueba y la discusión. Esa participación está impuesta por una serie de disposiciones de los códigos modernos, con relación a los actos concretos a cumplirse durante el desenvolvimiento del proceso. Como ejemplos más característicos entre las instancias pueden citarse aquellos actos que significan la promoción y el posterior ejercicio de la acción penal, vale decir, las disposiciones reguladoras de la requisitoria de instrucción formal, del mérito del sumario y requisitoria de elevación de la causa a juicio, de la citación directa a juicio, en los demás aspectos de la participación pueden mencionarse las normas relativas a la citación a juicio, a la intervención en el debate, y a la concurrencia en las audiencias de la vía impugnativa, y también a las notificaciones, los traslados y las vistas cuando la ley lo imponga".

3) Si bien se admite la instrucción cuando el imputado está en rebeldía no se permite el debate en ese supuesto. Dentro de los derechos del imputado está el declarar cuantas veces quiera. Ciertas resoluciones deben ser notificadas tanto al defensor como al imputado.

Todo imputado tiene derecho a ser defendido por un defensor cuyo nombramiento debe ser llevado a cabo antes de que rinda declaración indagatoria. El imputado puede solicitar qué el defensor esté presente al rendir su declaración. A contrario sensu de lo que acontece en el actual sistema.
Núñez. Código, p. 145).

ARTICULO 167. <u>Personas que pueden solicitar la nulidad y las oportunidades procesales.</u> Los actos en los cuales concurra causa de nulidad, serán anulables por reclamación de la parte perjudicada, [caso de anulabilidad : se

exige la pretensión anulatoria de parte] interpuesta en las oportunidades procesales siguientes:

1) La nulidad de los actos realizados durante la etapa preparatoria del proceso, en la primera audiencia;
2) La de los realizados durante la audiencia preliminar, antes del auto de apertura del juicio oral;
3) La de los realizados en el auto de apertura del juicio o en el momento de la notificación de éste, en fase de preparación del juicio;
4) Las causas de nulidad por hechos sobrevenidos con posterioridad, o por hechos procedentes que no hubieran sido conocidos con anterioridad, en la audiencia anterior al debate, de conformidad con lo previsto por el Artículo 316 de este Código; y
5) Las producidas en el curso del debate o durante la tramitación de un recurso, antes de que uno u otro concluyan.

La pretensión anulatoria deberá ser motivada, y será resuelta en audiencia dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de su interposición.

Las que se presenten durante una audiencia, se formularán verbalmente y serán resueltas de inmediato.

No podrá pretender la anulación la parte que *dio* lugar a la causa de nulidad [aplicación de la vinculación a los propios actos *(«estoppel»): «nemo propriam turpitudinem alleguet»].* El órgano jurisdiccional rechazará la pretensión anulatoria, cuando mediante ella se intente tan solo dilatar indebidamente el procedimiento o corregir cualquier deficiencia imputable al reclamante, cuando éste haya dejado precluir la oportunidad de subsanarla.

COMENTARIO

Se refiere este artículo a las nulidades declarables a petición de parte, o relativas, y no a las absolutas que pueden ser alegadas en cualquier tiempo.

Este artículo no habla de la legitimidad activa de los sujetos procesales para solicitar que se anule un acto, siendo indispensable para ello que el acto le cause perjuicio; nos señala la secuencia como deben interponerse, se interpondrá contra actos imperfectos, que estén sancionados taxativamente con la nulidad. Siempre y cuando no haya sido consentida por la parte perjudicada.

La Solicitud debe ser motivada, es decir; que no solo solicitándola, sino explicando los motivos en que se fundamenta.

No puede ser invocado por la parte que la provocó, ni para provocar atrasos al juicio o subsanar omisiones imputables al reclamante, cuando no lo reclamó en su oportunidad.

ARTICULO 168. <u>Declaración de nulidad de oficio,</u> [nulidad radical y absoluta] En los casos expresamente establecidos en este Código [principio de taxatividad: la nulidad radical y absoluta es excepcional y se rige por el principio de lista cerrada *(«numerus clausus»)],* el órgano jurisdiccional podrá apreciar y declarar

La nulidad por propia iniciativa, previa audiencia de las partes, con el alcance previsto en el artículo 169, en sus respectivos casos.

COMENTARIO

Si bien es cierto que la nulidad en el nuevo Proceso Penal es la excepción y no la regla, hay actos y actuaciones judiciales que no pueden ser convalidados por la voluntad de las partes y al conocerlas el Juez debe decretarlos de oficio.

Ejemplo un proceso en el que se ha condenado a un imputado sin tener defensor.

ARTICULO 169. Alcance de la nulidad. Conservación de eficacia de los actos procesales. Declarada la nulidad, carecerán de valor y efecto alguno no solo el acto viciado, sino también todos los que se hayan realizado con posterioridad, siempre que dependan directamente de aquél y sean determinados expresamente por el órgano jurisdiccional. [Principio de propagación de la ineficacia (ineficacia a distancia o *Fernwirkung*) a los actos sucesivos posteriores dependientes del inicial viciado: un ejemplo, la doctrina norteamericana llamada de los frutos del árbol envenenado en materia de prueba ilícita]

Cuando se declare la nulidad parcial de un acto, sus efectos no se extenderán a las partes no afectadas por aquella.

La nulidad de un acto no lleva consigo la de las actuaciones sucesivas que fueren independientes de aquél, ni la de aquellas cuyo contenido habría permanecido, invariable, incluso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad [todos estos casos son manifestación del principio de conservación de eficacia de los actos procesales].

COMENTARIO

La nulidad de un acto no implica el de todas las actuaciones judiciales, sino solamente de aquellas cuya existencia depende del acto viciado, esta declaración de nulidad tiene que ser expresa.

ARTICULO 170. Subsanación de actos viciados. Salvo que se disponga expresamente lo contrario [nueva manifestación del principio contrario a la nulidad radical o absoluta], los actos viciados se tendrán por subsanados cuando:

1) Ninguna de las partes haya reclamado oportunamente la declaración de su nulidad, sin perjuicio del poder de iniciativa judicial en los casos expresamente determinados por éste Código;
2) Las partes hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto viciado de nulidad; [en ambos casos, por convalidación por las personas en cuyo interés se dispone la ineficacia]
3) No obstante el vicio, se haya alcanzado la finalidad perseguida mediante el acto viciado [subsanación espontánea: la irregularidad se ha demostrado irrelevante, porque pese al vicio, el acto ha alcanzado su fin]; y
4) El órgano jurisdiccional, de oficio, o a petición de parte, haya podido eliminar la causa de nulidad. [Subsanación provocada por el propio órgano judicial, comprometido en logro de mayor grado de eficacia de los actos procesales: véase el artículo 9 CPP].

COMENTARIO

Nos habla de las diversas formas de convalidar y subsanar, salvo prohibiciones de la Ley.

ARTICULO 171. Saneamiento. (Póngase en relación con el Artículo 9 CPP). Los defectos deberán ser saneados de oficio o a instancia del interesado, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido [en definitiva, formas de subsanación].

Salvo los casos expresamente previstos por éste Código [los de autentica nulidad radical o absoluta, siempre excepcional], no puede retrotraerse el proceso a períodos precluidos, bajo pretexto de renovación del acto, de rectificación del error o cumplimiento del acto omitido [de modo que el paso de un período procesal a otro: de la instrucción al período intermedio y de éste al juicio oral, precluye la posibilidad de retroceso; por eso, al comienzo de cada uno de estos dos últimos, se establecen oportunidades de depuración procesal de posibles vicios o defectos anteriores].

COMENTARIO

Este artículo ha de ponerse en relación con lo previsto por el artículo 9 de este Código.

Se trata de una hipótesis de subsanación, excluida tan solo respecto de los casos de nulidad radical o absoluta.

La sanación no provoca el paso atrás en el procedimiento, de modo que el tránsito de un período procesal a otro (de la instrucción al período intermedio y de éste al juicio oral), precluye la posibilidad del retroceso; por eso, al comienzo de cada uno de éstos dos últimos, se establecen oportunidades de depuración procesal de posibles vicios o defectos anteriores.

***

TITULO VI
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

MEDIDAS CAUTELARES. PRISIÓN PROVISIONAL

"Porque parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo…"

BECCARIA, "De los delitos y las penas"

LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL PROCESO PENAL HONDUREÑO

Manuel Almenar Belenguer
Magistrado

I. INTRODUCCIÓN.

Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, fácilmente se entiende la importancia que tiene un Código Procesal Penal en cualquier sociedad civilizada, recogiendo y tutelando los valores y principios básicos de la convivencia social. Lógicamente, cuando esos valores y principios cambian, aquel cuerpo legal debe también cambiar.

En Honduras, pese a las profundas transformaciones de orden político, social y económico que se han producido en los últimos años; pese a la promulgación de una constitución moderna, que propugna como valores superiores el ordenamiento jurídico la justicia y la libertad, lo cierto es que el Código de Procedimientos Penales data, en lo que pudiera considerarse su núcleo esencial, de principios de siglo.

Hasta ahora ha recaído sobre los jueces, en la soledad del día a día, la tarea de acomodar una legislación desfasada al régimen de principios y derechos proclamados en la constitución, intentando compatibilizar aquella con los imperativos derivados de la instauración de un Estado democrático de derecho que consagra, como pilar fundamental de la República, el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y libertades públicas.

Consciente de la necesidad de la reforma, el legislador a acometido en diversas ocasiones la ardua labor de elaborar un Código Procesal Penal respetuoso con las exigencias impuestas por la Constitución y por los Tratados y convenios internacionales suscritos por Honduras; intentos que, finalmente, han cristalizado en el Código recientemente aprobado, verdadero hito en el devenir histórico de la República, tanto en lo que concierne a la garantía, salvaguarda y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos (preocupación hondamente sentida por el legislador y plasmada a lo largo del articulado de la Ley)-, como en orden a la asunción de los postulados inherentes al Estado de Derecho, principios sobre los cuales se funda toda democracia.

El nuevo Código supone la implantación definitiva en Honduras del modelo procesal acusatorio puro (ya introducido tímidamente en el enjuiciamiento de menores por los Juzgados de la Niñez) y la consiguiente ruptura con el sistema inquisitivo, que, siguiendo el modelo europeo, había imperado desde la independencia del país.

Pero sin desconocer la trascendencia e implicaciones que tal modificación entraña, quizá una de las innovaciones más importantes, por afectar directa y palmariamente al derecho más precisado del ser humano, base del ejercicio de los

demás derechos fundamentales y libertades públicas, es la que se produce en el ámbito de medidas cautelares de carácter personal, y más concretamente, en materia de detención, prisión preventiva y medidas alternativas.

Cuando el art. 1 de la Constitución hondureña enuncia los valores superiores del ordenamiento jurídico de la República como estado democrático de derecho, se refiere, tras aludir a la "justicia", a la libertad. Precisamente porque el de la libertad es de todos los derechos subjetivos, públicos y privados, el primordial, la Constitución lo proclama en primer término, como referente que debe inspirar la interpretación y aplicación de la Carta Magna.

Y es que la libertad es la raíz de los demás derechos fundamentales. De entre las distintas manifestaciones de la libertad que la Norma Suprema va desgranando en su articulado, vamos a centrarnos en la libertad personal enraizada en la persona e inseparable de la dignidad humana. No es un derecho que haya de ser otorgado por el estado sino un derecho absoluto y previo al Estado, que debe ser reconocido por la Constitución. Esta concepción hace plenamente entendible que las hipótesis de la limitación de la libertad personal hayan de aparecer como una forma de violencia necesitada por ello de una muy concreta, excepcional y convincente justificación.[4]

Si en la historia de las instituciones procesales nace el proceso penal para tutelar debidamente el derecho a la libertad del ciudadano frente a los abusos de los poderes públicos, es sin embargo en el seno de dicho proceso donde aquel derecho puede sufrir su más notable agresión, ya que en el transcurso del mismo, aún sin haber recaído un pronunciamiento de condena que afirme la culpabilidad de una persona, puede acordarse su prisión provisional.

Justamente, el dar adecuada respuesta al interrogante de cómo explicar que debiendo asumirse la inocencia del imputado, pueda privársele de su libertad durante el proceso, constituye la mayor preocupación tanto de la doctrina como del legislador.

Contradicción que no es sino fiel reflejo de la tensión que dentro del proceso penal se produce entre el interés personal e individual del ciudadano a esperar el juicio y la sentencia en libertad y el derecho de la sociedad al aseguramiento del proceso y al mantenimiento del orden, entre el derecho del individuo a la libertad y a la presunción de inocencia y el derecho de la sociedad a la seguridad en aras a una convivencia pacifica.

En función del peso que en cada momento histórico se otorgue a uno u otros intereses, así será la regulación que se haga de las medidas cautelares personales,

---

4 Como señaló SARTRE, " *La libertad es la esencia del ser humano"* (Sartre, J. P. " El ser y la nada", Tomo I, 1948 pag.27). Por ello la privación absoluta de libertad solo puede lograse mediante la supresión absoluta del ser humano, pero las medidas que llevan a cabo restricciones a la misma, afectan gravemente la integridad de la personalidad del individuo.

representando, pues, el ordenamiento jurídico en su conjunto y la regulación de las medidas cautelares en particular, el termómetro que nos permitirá constatar el talante democrático o autoritario de una determinada sociedad.

Pues bien el Código Procesal Penal supone un cambio radical en el tratamiento de la cuestión, al resolver la contradicción apuntada, no en términos de conflicto, sino de yuxtaposición o síntesis entre las dos necesidades y funciones: la libertad y la seguridad, ambas básicas para el ordenamiento jurídico, puesto que todo atentado contra la persona supone a la vez un ataque contra la sociedad y, por otro lado, todo ataque a la sociedad implica un atentado individual, porque solo a través de una convivencia pacifica y socialmente ordenada puede alcanzar el individuo el pleno desarrollo de su dignidad, concediendo siempre prevalencia al derecho del ciudadano a la libertad que, de esta manera, se convierte en la regla general frente a la regulación anterior, que configuraba la prisión provisional como regla y la libertad como excepción.

II. **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL.**

1. CONCEPTO Y FUNCIÓN.

Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera celebrarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal no sería necesario disponer a lo largo del proceso medida cautelar alguna. Desgraciadamente esta solución, por regla general, es utópica; el juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un período de tiempo excesivamente dilatado, durante el cual el inculpado podría ocultarse a la acción de la justicia, frustrando, el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquieran firmeza, las medidas cautelares.

Podemos entender por tales medidas *las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia.*

Por tanto las medidas cautelares en el proceso penal pueden dirigirse a asegurar los efectos civiles (en cuyo caso se denominan " medidas de carácter real") o los efectos penales propiamente dichos de la sentencia (en cuyo caso estaremos ante " medidas de carácter personal"). Vamos a centrarnos en estas últimas, reguladas en los arts. 172 y ss. del nuevo Código.

2. PRESUPUESTOS.

Del expresado concepto pueden destacarse, como presupuestos inexcusables de **toda** medida cautelar (véase el art. 172 del Código):

a) El ***fumus boni iuris*** o apariencia y justificación del derecho subjetivo, que en el proceso penal, tratándose de la futura actuación del *ius puniendi*, como consecuencia de la comisión de un delito, que, al mismo tiempo, es fuente de obligaciones civiles, estriba precisamente en **la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada** (empleando los términos del nuevo texto: "indicios suficientes para sostener razonablemente que el imputado es autor o partícipe de un hecho tipificado como delito" – art. 172-).

   El presupuesto material de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es, pues, la **imputación.** Sin imputado no existe posibilidad alguna de la adopción de medidas cautelares, bien sean personales o reales.

b) El *periculum in mora* o **daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado en el proceso penal, por el peligro bien de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado, bien de obstrucción de la investigación mediante la alteración de las fuentes de prueba** (art.172 párrafos 2 y 3 del Código). Naturalmente, este peligro de evasión del imputado se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave.
   De ahí que en el proceso penal hondureño el *periculum in mora ofrezca* un marcado carácter cuantitativo. Si el hecho punible no lleva aparejada pena privativa de libertad alguna, habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga, por lo que decaerá la necesidad de medida.

3. ELEMENTOS.

Entre las notas esenciales de las medidas cautelares, podemos destacar las siguientes:

a) Jurisdiccionalidad: las medidas cautelares están sometidas, en primer lugar, al principio de jurisdiccionalidad, conforme al cual tan solo pueden adoptarse por el órgano jurisdiccional competente (art. 174 primer inciso del Código).

Excepcionalmente, determinadas medidas cautelares provisionalísimas (como la aprehensión) pueden ser dispuestas por la policía; pero incluso en este supuesto, tal facultad no deriva de potestad administrativa alguna, sino que se trata de un acto que realiza la autoridad gubernativa, en su calidad de policía judicial, a prevención y en función del correspondiente procedimiento penal, por lo que ha de ser confirmada por una medida menos interina, cual la detención judicial o la prisión provisional, cuya adopción solo compete al Juez de Letras (arts. 173 y 175 *in fine*). Y lo mismo cabe decir en el caso del Ministerio Público (art. 173).

Debido a la vigencia de los principios constitucionales del "juez legal" y de "exclusividad" jurisdiccional o monopolio jurisdiccional en la imposición de penas, las medidas cautelares, que en cierta medida anticipan los efectos de la pena, únicamente pueden ser adoptadas por el juez ordinario, que ha de ser el de la jurisdicción penal competente y a través del procedimiento preestablecido.

Juez penal competente que no es otro que el Juez de Letras de lo Criminal

legal o natural (el del lugar del delito); además, dicho juez ha de ser el juez legal diseñado por la Constitución, es decir, predeterminado por la Ley, independiente, imparcial y sometido únicamente al imperio de la Ley.

Precisamente, para garantizar la imparcialidad del juzgador, el Código Procesal, consciente de la mentalidad inquisitiva del Juez de Letras, ha introducido un nuevo modelo, basado en los siguientes principios:

1. ***Justicia rogada:*** es preciso que las partes acusadoras insten expresamente las medidas cautelares contra un imputado determinado.

2. ***Oralidad:*** a la adopción de esta resolución ha de preceder siempre la realización de una audiencia en la que las partes expongan las alegaciones que fundamenten sus respectivas peticiones, decidiendo el juez al término de la misma con la imparcialidad de la que no gozaba en el régimen anterior, en el que la prisión solía adoptarse de oficio con la sola lectura del atestado policial y tras el oportuno interrogatorio judicial.

b) Instrumentalidad*:* las medidas cautelares son instrumentales o han de estar supeditadas a un proceso penal en curso, es decir, han de estar preordenadas a un proceso penal (aprehensión) o han adoptarse en el curso de un proceso con todas las garantías (detención para inquirir).

Al ser instrumentales de un proceso penal, pendiente y principal, lógicamente habrán de finalizar de forma necesaria con dicho proceso, ya extinguiendo sus efectos, ya transformándose en medidas ejecutivas.

c) Provisionalidad: por lo expuesto, las medidas cautelares son siempre provisionales (art. 174 párrafo 3). Como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero con anterioridad a dicho término pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas si remodifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción (cláusula *rebus sic stantibus*). Además determinadas medidas son también temporales, porque el legislador ha querido establecer unos plazos máximos de duración.

Para garantizar el control por el juez de la permanencia de los presupuestos que, en un momento dado, justificaron la adopción de una medida, el Código obliga al Juez a **revisar de oficio cada tres meses** la procedencia de mantener o no las medidas acordadas (art.186 in fine).

d) Proporcionalidad: las medidas cautelares han de adecuarse al fin perseguido (art.174 párrafo 2), estando justificadas exclusivamente:

1. En los “casos y por los motivos previstos en la ley”: **principio de legalidad (<u>solo pueden acordarse las relaciones en el art. 173).</u>**

2. Siempre y cuando estén objetivamente justificadas para obtener el cumplimiento de los fines que las legitiman, debiéndose adoptar en todo

caso la alternativa menos gravosa para los derechos fundamentales: **principio de necesidad** (que a su vez, conlleva el cumplimiento de las exigencias de excepcionalidad y de gravedad del hecho punible imputado- art. 174 párrafo 2-).

III. LA APREHENSIÓN. CONCEPTO Y CLASES.

1. CONCEPTO.

La aprehensión, regulada en el art. 175, es una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, para que resuelva sobre su situación, restableciendo dicho derecho o, adoptando una medida cautelar menos interina (detención para inquirir o prisión).

Se caracteriza por las siguientes notas:

a) Es una medida cautelar del objeto procesal penal, por lo que, a diferencia de las que pueden asegurar la pretensión civil, es de carácter personal, en tanto que ha de recaer sobre el derecho a la libertad de movimientos del imputado. Por ello **han de concurrir en la aprehensión todos los presupuestos** *(fumus boni iuris y periculum in mora)* **y elementos** *(jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad)* de las medidas cautelares, si bien subsisten algunas aprehensiones "atípicas", en la que algunos de tales requisitos pudieran no concurrir.

b) Esta medida cautelar presenta dos especialidades en cuanto a los elementos de *jurisdiccionalidad y provisionalidad;* la primera supone que puede ser adoptada por autoridad o persona distinta a la jurisdiccional competente; la segunda que la aprehensión es una medida interina, porque su duración está legalmente limitada a un espacio corto de tiempo (en el plazo de **seis horas debe darse cuenta al Ministerio Público y al Juez competente poniendo a la persona aprehendida de forma inmediata a disposición de la D.G.I.C.**)

c) El objeto material sobre el que recae es la "libertad deambulatoria". Toda privación de libertad distinta a la pena de prisión, a la prisión provisional o la detención, entraña una aprehensión, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre la aprehensión y la libertad, por lo que un cambio de nombre de la privación de libertad ("retención", "intervención personal"….) resulta absolutamente indiferente: en todo caso deberán darse los requisitos que justifican la aprehensión).

d) Al incidir sobre un derecho fundamental, la aprehensión está sometida al principio de proporcionalidad: deberá adecuarse al fin perseguido, justificarse solo en los casos y en la forma previstos en la Ley, siempre y cuando no sea posible utilizar otras medidas menos restrictivas para alcanzar aquellos fines y sin que el que disponga la medida pueda restringir el derecho a la libertad más allá de lo indispensable para lograr el objeto previsto en la norma.

e) Su finalidad esencial es poner inmediatamente al aprehendido a disposición del Ministerio Público, a través de la D.G.I.C. (art.175 in fine).

2. CLASES.

a) **Especiales:** Son aquellas que no se encuentran reguladas en el nuevo Código Procesal ni participan con plenitud de la naturaleza de las medidas cautelares, por lo que poseen una dudosa legitimidad constitucional: internamiento acordado en el ámbito de la Ley de Política Migratoria respecto de extranjeros, internamiento de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades infecto-contagiosas o aprehensión de indocumentados (que luego se analizará).

b) **Ordinarias:** las que se disponen al amparo del art. 173 del Código cuando la Constitución alude a que nadie puede ser privado de libertad sino como arreglo a la Ley (art.69 C.H.), por Ley hay que entender el Código Procesal Penal y más concretamente el art. 175, conforme a la cual **la única causa que legitima la aprehensión es la presunta comisión de un delito (no de una falta) y en aras de la incoación de un proceso penal.** Dentro de este grupo podemos distinguir:

1. Aprehensión por particulares: es la facultad que asiste a todo ciudadano a privar de libertad a otro, poniendo inmediatamente al aprehendido a disposición de la autoridad policial más próxima. A diferencia de la aprehensión policial:
   - Se trata de una facultad (no de un deber).
   - Los casos en que se autoriza al ciudadano la práctica de una aprehensión se reducen al supuesto de delito flagrante 5 (art.175.1 y 2).
   - El objetivo de la aprehensión se contrae a entregar inmediatamente al aprehendido a la autoridad policial más próxima.

2. Aprehensión policial: es la obligación que tienen los funcionarios de policía de privar de libertad a un imputado. Sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia o entorpecimiento de la investigación, durante el tiempo imprescindible para la práctica de las diligencias esenciales encaminadas a su puesta a disposición del Ministerio Público y, en todo caso, en el plazo máximo de **seis horas** (art.175).

   Se trata de una medida cautelar, adoptada en el curso de un proceso penal o en función de su incoación, y preordenada a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar al Ministerio Público el primer sustrato fáctico para la incoación de la causa. Sus presupuestos son los de toda medida cautelar (art.172)

5 Recordemos que por delito "flagrante" se entiende aquel que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa, de manera que hace necesaria la urgente intervención a fin de que cese el delito y sus efectos. Para que exista "flagrancia" se requiere: a) inmediatez temporal (que se está cometiendo un delito o se acaba de cometer instantes antes); b) inmediatez personal (que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación de relación con el objeto o los instrumentos del delito que constituya prueba de su participación), y c) necesidad urgente de la intervención (con el fin de terminar la actividad delictiva, aprendiendo a sus agentes).

-Imputación *(fumus boni iuris):* la procedencia de la aprehensión policial queda legalmente condicionada a que el aprehendido se encuentre alguno de los supuestos del art. 175, cuyo examen revela un mismo común denominador: la aprehensión policial exige, como presupuesto material, **la existencia de un titulo de imputación** (condena, rebeldía o evidente participación en un hecho punible) contra persona determinada. **Sin imputación previa no existe aprehensión legal.**

Peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación *(periculum in mora):* pero no basta cualquier imputación, sino la de un hecho punible que revista especial gravedad o que, por las circunstancias del hecho o de la persona del imputado, pueda el funcionario de policía presumir que aquel tratará de sustraerse a la acción de la justicia o de alterar las pruebas (art. 172).

IV. LA APREHENSIÓN DE INDOCUMENTADOS.

La necesidad de identificar a los ciudadanos, como presupuesto básico que posibilite un eficaz ejercicio de las funciones policiales de indagación y prevención, motivó la aparición, desde hace algunos años, de una práctica policial conocida con el nombre de **retención:** una persona podía sin más ser conducida a las dependencias policiales, a efectos de identificarla. A través de la retención, se priva de libertad a una persona, con fines de identificación, pero sin detenerla; es decir, para "retener" a una persona no era necesario que ocurrieran los presupuestos legales que justifican la detención, ni el "retenido" gozaba de las garantías y derechos que el ordenamiento jurídico reconocía a los detenidos. Se trata, sin duda alguna, de una práctica ilegal, contraria a los arts. 69 y 84 de la Constitución.

En efecto, las diligencias de identificación en las dependencias policiales:

1° Entrañan un supuesto de privación de libertad: adviértase que el posible cumplimiento "voluntario" del requerimiento formulado por los agentes para desplazarse de las dependencias policiales, para identificación no supone que en estos casos no estemos ante una privación de libertad (una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte, máxime si su negativa puede comportar la conducción coactiva; en otras palabras, no cabe hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 69 C.H. cuando una de las opciones que se ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención).

2° La medida de identificación de dependencias policiales supone, por las circunstancias del tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer el tiempo imprescindible para su identificación), una situación que va mas allá de la mera inmovilización en la vía pública de una persona (identificación y cacheos en la vía pública), y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad.

3° En cuanto que restringe la libertad de la persona, esta medida solo se justifica cuando así esté expresamente prevista en la Ley (art. 69 C.H.)

4° Actualmente, la única norma que regula los casos y la forma en que se puede privar de libertad a una persona es el Código Procesal Penal, por lo que, aquella medida solo podrá adoptarse cuando concurran los requisitos o presupuestos exigidos en el Código Procesal para privar de libertad a una persona, con la única matización de que, si bien no cabe aprehender o detener a nadie por la comisión de una falta, si que podrá conducirse al presunto autor de una falta a las dependencias policiales para su identificación en aplicación de los arts. 102 y 176.

5° Podría suscitarse que sucedería caso de dictarse una Ley que permitiera a la policía, en el ejercicio de sus fundones de protección de la seguridad ciudadana, requerir a una persona para que se identificase y, en caso de no ser posible, conducirla a las dependencias policiales para su identificación, aunque no concurrieran los presupuestos previstos en el Código Procesal Penal. Obviamente, el obstáculo que supone el art. 69 C.H. quedaría salvado, pero ¿podría tacharse dicha ley de inconstitucional por vulnerar el art. 98 C.H.? La Corte Suprema tendrá la última palabra.

En suma, a la luz de la legislación actual, para que una persona pueda ser conducida a las dependencias policiales para su identificación será preciso: a) que sea requerida de identificación por los agentes de la policía (siempre que el conocimiento de su identidad sea necesario en ejercicio de las funciones policiales e indagación, es decir, no cabe el requerimiento inmotivado o caprichoso); b) que no se logre su identificación por cualquier medio; c) que, sin embargo, los Agentes consideren necesaria su identificación, bien para impedir la comisión de un delito o falta, bien para sancionarla; d) que, como consecuencia de lo anterior, los agentes requieran a la persona para que les acompañe a dependencias en las que pueda ser identificado (que deberán ser las más próximas); e) la privación de libertad no podrá prolongarse más allá del tiempo imprescindible para conseguir la identificación y, en todo caso, más allá de las seis horas previstas en el art. 175).

V. LA DETENCION. CONCEPTO Y CLASES

Se denomina **detención** a toda privación de libertad, dispuesta por el Ministerio Público o por un Órgano Jurisdiccional en el curso de un procedimiento penal, así como la situación en la que permanece el detenido, durante el plazo máximo de seis dias, hasta tanto el Juez de Letras de lo Criminal, previo el requerimiento fiscal, resuelva su situación en el proceso. Del referido concepto pueden distinguirse dos clases de detención:

a) **Detención preventiva:** la que puede practicar el Ministerio Público bien como consecuencia del surgimiento de la imputación contra una persona determinada, bien del incumplimiento de una orden de comparecencia (art. 176 del Código).

   Como tal medida cautelar deberán concurrir los presupuestos que las justifican, esto es, el ***fumus boni iuris*** (la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito) y el ***periculum in mora*** (peligro de fuga o de destrucción o alteración de la prueba).

Asimismo, dado que no es acordada por un órgano judicial, tiene carácter interino: sin perjuicio de dar inmediatamente cuenta de la detención al Juez (quien controlará la legalidad del acto desde ese mismo instante-art.176-), la persona detenida deberá ser puesta a disposición de la Autoridad judicial competente en el plazo máximo de **veinticuatro horas,** computadas desde que fue privada de libertad (art. 176 del Código en relación con el art. 71 de la Constitución) [6].

b) **Detención judicial:** a su vez, podemos distinguir:

-**Detención judicial para inquirir** o detención judicial confirmatoria: es la privación de libertad acordada por el Juez competente, a instancia de parte, una vez presentado el requerimiento fiscal y previa audiencia del imputado, por el término indispensable hasta la celebración de la audiencia inicial y, en todo caso, por el plazo máximo de seis dias (art. 285), transcurrido el cual y celebrada la audiencia inicial, dicha medida deberá ser sustituida por otra menos interina, sea la prisión provisional, sea otra medida alternativa de las contenidas en el art. 173.

Lógicamente, y en cuanto tal medida cautelar, aunque el nuevo Código no indica nada al respecto, deberán concurrir los presupuestos de toda medida cautelar: imputación de un hecho que reviste los caracteres de delito a persona determinada y riego de que, caso de permanecer en libertad, el imputado se sustraiga a la acción de la justicia o intente destruir o alterar las fuentes de prueba.

-**Detención judicial de oficio** como consecuencia, bien del incumplimiento de una orden de comparecencia (arts. 233, 327 y 329), bien de las normas sobre “policía de vistas” (art. 315).

VI. LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. CONCEPTO. NOTAS ESENCIALES. DURACION.

Por **prisión provisional** puede entenderse la situación nacida de una resolución judicial de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga o de obstrucción de la investigación suficiente para presumir racionalmente que no acudirá al juicio oral o que intentará alterar las fuentes de prueba (véase el concepto que da el art. 178).

La regulación de esta materia en el Código Procesal, junto a la introducción del principio acusatorio y la oralidad, es la que presenta las novedades más significativas: se ha pasado de un modelo que, en su estructura, respondía a un

6 Adviértase que tanto el plazo de las 24 horas para la presentación de la persona detenida al Juez, como el plazo de las 6 horas para la puesta a disposición de la persona aprehendida ante el Ministerio Público son plazos máximos, a saber, no otorgan derecho alguno a dilatar la privación de libertad más allá de lo estrictamente indispensable, ni mucho menos autorizan a agotar los expresados plazos sin causa justificada.

esquema propio de la prisión provisional obligatoria, a otro en que la prisión se configura como la excepción a la regla. El anterior Código Procesal permanecía apegado a un modelo caracterizado por hacer abstracción a toda referencia finalística de la prisión provisional, y regular de forma detenida las circunstancias objetivas que autorizaban su acuerdo; bastaba la presencia de una persona superior a cinco años para que la prisión pudiera y debiera decretarse sin ningún aditamento más, con lo que el riesgo de automatismo era evidente. La novedad esencial de la reforma ha sido el hacer abstracción de cualesquiera circunstancias valorativas o de hecho y establecer en su lugar los fines justificativos de la prisión provisional, autorizando al órgano jurisdiccional a valorar cualquier situación que incida en los peligros que se pretende evitar con la prisión provisional, hecho éste que, al implicar la adopción de un ineludible marco de referencia, refuerza el carácter excepcional de la prisión provisional.

De la regulación contenida en el Código Procesal (arts. 178 y ss.) podemos entresacar las siguientes notas de la prisión provisional o preventiva:

a) **Jurisdiccionalidad:** como ya se dijo en materia de restricción de derechos fundamentales, máxime tratándose de la libertad, la jurisdicción ostenta siempre el más amplio monopolio, lo que supone que la prisión provisional solo podrá decretarse por el Juez de lo Criminal competente.

b) **Proporcionalidad:** que, a su vez, se integra por los principios de:
-Legalidad: la aplicación de este principio supone no solo que esta medida se encuentre prevista en el ordenamiento procesal (arts. 172 y 178 y ss.), sino que, además, solo puede ser adoptada como, consecuencia del estricto cumplimiento de los tasados motivos que justifican el sacrificio de este derecho fundamental.

El nuevo texto, a diferencia del Código Procesal Penal anterior, no ha secundado el criterio del *quantum* de gravamen de la imputación (ver el art.425 del Código Penal), sino que ha establecido un listado de motivos que legitiman la privación de libertad de una persona que todavía no ha sido condenada (art. 178), razón por la que ha de reputarse como contraria al derecho a la libertad la prisión provisional que pudiera adoptarse con exclusivo sustento en la pena prevista para el delito de que se trate, y ello, por infringir el principio de legalidad.

-Necesidad: en segundo lugar, no es suficiente con que la medida y el motivo que la justifica estén previstos en la Ley, sino que es también imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines que la legitiman, debiéndose adoptar en cualquier otro caso la medida menos gravosa para el derecho fundamental (art. 188).

La aplicación del principio de necesidad a la prisión provisional en un sistema democrático entraña el cumplimiento de dos exigencias constitucionales:

*** Su excepcionalidad**, conforme al cual, a diferencia del proceso inquisitivo, en una sociedad democrática la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general

-es indispensable también para la adopción de esta medida la existencia de una **imputación grave,** que haga racional el peligro de fuga o de obstrucción de la investigación.

La vigencia del principio de necesidad ha de serlo a lo largo de todo el período durante el que se mantenga la prisión provisional, de modo que el Juez debe examinar de oficio permanente si prosiguen los motivos que legitiman esta restricción del derecho a la libertad, pudiendo disponer de oficio de libertad provisional o plena del imputado; dicho de otra forma: la prisión provisional, en tanto que medida cautelar, está sometida a la cláusula *rebus sic stantibus* con la particularidad de que, a diferencia del proceso civil, al incidir en un derecho fundamental, el Juez debe vigilar de oficio el cumplimiento permanente de los presupuestos materiales que la justifican.

-Motivación: como consecuencia del principio material de necesidad surge la obligación del Juez de efectuar una especial motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad en la que ha de plasmar el juicio de ponderación entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar en el auto la necesidad de medida.

c) **Provisionalidad:** la tercera característica de la prisión provisional consiste, como su nombre indica, en poseer una naturaleza provisional, pues, como establece el art. 188 del Código, la prisión provisional será revocada "cuando hayan desaparecido los presupuestos que se tuvieron en cuenta para dictarla".

Ahora bien, si se tiene en cuenta, que en el nuevo Código, tales presupuestos son fácilmente reconducibles a dos, cuales son el de asegurar la comparecencia del imputado al juicio oral y garantizar el éxito de la instrucción evitando la alteración de las fuentes de prueba, es evidente que la duración de dicha medida, en principio, estará en función de la duración del proceso penal principal, cuyo objeto tiende a asegurar.

Obviamente, dado que la prisión provisional implica la privación de un derecho fundamental sin previa sentencia condenatoria, es necesario que dicha medida dure sólo lo imprescindible para cumplir con su objetivo, para lo cual debe tramitarse con preferencia y con la mayor urgencia del proceso penal con preso preventivo.

Para obtener esta celeridad de la justicia penal, salvaguardando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, existen en el derecho comparado dos tipos de sistemas: uno, por el que se somete la totalidad de la instrucción al cumplimiento de plazos procesales, cuya inobservancia puede abocar en un sobreseimiento, y otro, por el que se limita temporalmente la duración de la prisión provisional en función de la duración previsible de la pena asociada al delito imputado, de suerte que, una vez cumplidos los plazos, el Juez debe poner en libertad al reo. Este último sistema ha sido el secundado por el Código a través del art. 181.

Señala el art. 181 que "la prisión preventiva **podrá durar, como regla general, hasta un año"**, salvo que la pena aplicable al delito sea superior a sei

años, supuesto en el que “la prisión podrá durar hasta dos años”, sin que en ningún caso pueda exceder “de la mitad de la duración del mínimo de la pena aplicable al delito”.

No obstante, cabe recordar que dicho precepto no autoriza sin más que la prisión preventiva se prolongue hasta los plazos máximos que señala sin causa alguna. Nótese que, sin necesidad de rebasar tales plazos, también pueden vulnerarse el derecho fundamental a la libertad si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna que la legitime. Se trata de plazos máximos, lo que supone que la prisión provisional sólo podrá durar mientras subsistan los motivos que justificaron su adopción y, en todo caso, el plazo máximo fijado.

Por otra parte, el propio art. 181 del Código contempla los casos en los que finalizado el plazo máximo de la prisión preventiva, puede acordarse la **prórroga,** distinguiendo entre los supuestos de dispersión, amplitud o dificultad de la prueba (posibilidad de prorrogar la prisión por seis meses) y de sentencia condenatoria (en cuyo caso la medida puede prorrogarse mientras se sustancia y se resuelve el recurso de apelación con el límite de la mitad de la duración de la pena impuesta).

2. NATURALEZA JURIDICA. PRESUPUESTOS.

La circunstancia de que la prisión provisional venga, en última instancia, a constituir una anticipación de la pena constituye uno de los enigmas más desconcertantes del proceso penal y aún de la justicia humana en general; se trata, en definitiva, de **infligir un sufrimiento cierto por un delito incierto.** Por ello y en tanto que la prisión preventiva se resuelve, como toda cautela, en una anticipación de los efectos de una sentencia condenatoria, debe siempre ser compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia y reflejar en toda su regulación de carácter excepcional que le es consustancial.

Pues bien, la presunción de inocencia que consagra el art. 89 C.H. impide olvidar u orillar la función cautelar de la prisión provisional. Es más, la presunción de inocencia es incompatible con cualquier otra finalidad que no sea la meramente cautelar y actúa como eje inexcusable en torno al cual ha de configurarse la prisión preventiva: de una parte, sirve de referencia para rechazar su utilización como medida de seguridad o de pena anticipada y, de otra la misma presunción de inocencia- y la proclamación del derecho a la libertad del art. 69 C.H.- llevan de la mano a definir la prisión sin juicio como una medida cautelar excepcional y, como tal, subsidiaria, siempre última opción en la escala de medidas cautelares legalmente aplicables.

Quiere esto decir que la prisión provisional nunca podrá acordarse para la consecución de fines que no respondan a su naturaleza cautelar, esto es, para impedir la reiteración delictiva (en cuyo caso estaríamos atribuyendo a la prisión preventiva de carácter de medida de seguridad predelictual) o para satisfacer demandas sociales de seguridad (lo que supondría la atribución a la prisión preventiva del carácter de pena anticipada).

En el Código Procesal Penal se ha hecho eco de esta doctrina, y así, en los arts.178 y ss.,reconduce la naturaleza jurídica de la prisión provisional a la de las

medidas cautelares penales de carácter personal, por lo que su adopción exigirá la concurrencia de los presupuestos de toda medida cautelar.

a) **Fumus boni iuris,** juicio de imputación o fundad sospecha de participación del imputado en un hecho punible. Este juicio de imputación plantea en la prisión provisional dos especialidades:

- Desde un punto de vista formal es necesario, en primer lugar, que exista algo más que "indicios de probable participación culpable de la persona a la que han de aplicarse en un hecho aparentemente constitutivo de delito"- (presupuesto que justifica *in genere* la adopción de las medidas cautelares – art. 172-); la prisión provisional exige un plus, cual es que **debe preceder prueba plena de haberse cometido el delito e indicio racional de que el imputado ha participado en él (art.92 de la Constitución),** estableciendo el art.297 del Código lo que debe entenderse por **prueba plena** y por **indicio racional.**

- Desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier infracción penal, sino de un **delito** (y de ahí que no justifique limitación alguna del derecho a la libertad con las faltas – art. 182-) **grave, castigado con pena privativa de libertad cuyo máximo no sea inferior a cinco años** (de forma que no cabe esta medida cuando el delito no lleve aparejada pena privativa de libertad o el máximo de la pena sea inferior a cinco años, con la sola excepción de que exista riesgo de represalia o peligro de fuga-art. 182), **debiendo estarse a la pena fijada para el delito en concreto** (ponderando el grado de ejecución y participación en el delito, y circunstancias modificativas que pudieran influir en la pena a imponer en el caso concreto). La existencia de una imputación de especial gravedad se justifica en la medida que el legislador infiere que "a mayor posibilidad futura de imposición de pena, mayor incremento del peligro de fuga o de destrucción de pruebas", lo que no puede significar, sin embargo, que, cuando el hecho imputado sea muy grave, haya de devenir automáticamente la prisión provisional o prolongarse indefinidamente en el tiempo, sino que será menester la concurrencia del segundo presupuesto, a saber.

b) **Periculum in mora:** el criterio de imputación ha de ser conjugado con el peligro en el retardo a la hora de dictar sentencia; peligro que, en el Código, se subsume en (art. 178):

- El peligro de sustracción a la acción de la justicia: peligro para valorar el cual habrá que atender a los parámetros recogidos en el art. 179 (falta de arraigo, gravedad de la pena, importancia del daño, voluntad reparadora y comportamiento y posterior del reo), pero no solo a ellos sino también a cualesquiera otros de los que pudiera inferirse aquel peligro.

- El peligro de la obstrucción de la investigación: véanse los criterios que, con carácter enunciativo, señala el art. 180 en orden a valorar la concurrencia del expresado riesgo

VII. EL RECURSO DE INHIBICIÓN.

El recurso de exhibición, también denominado recurso de *"habeas corpus*", constituye una de las asignaturas pendientes del ordenamiento procesal penal hondureño.

La privación de libertad realizada con infracción de la normativa aplicable, puede ser cuestionada mediante el recurso de "habeas corpus", reconocido en el art. 182 C.H. y con arreglo al cual, se faculta a toda persona que sufra una privación de libertad arbitraria (sea porque no se trate de uno de los supuestos que la justifican, sea por infracción de las formalidades legales en su práctica, sea porque se prolongue más allá del máximo legal, sea porque no se respeten los derechos reconocidos a toda persona privada de libertad…), para obtener la inmediata puesta a disposición del Juez de Letras de lo Criminal competente, a fin de que revise la legalidad de la privación de libertad.

La eficaz regulación del "habeas corpus" exige la articulación de un proceso lo suficiente rápido (para conseguir la inmediata verificación judicial de la legalidad y de las condiciones de la privación de libertad) y sencillo. Para conseguir estos objetivos, el procedimiento deberá inspirarse en los principios de agilidad (proceso sumario en el que el plazo máximo de veinticuatro horas se resuelva por la autoridad judicial), sencillez (carencia de formulismos) y amplitud de la legitimación activa y pasiva.

Sin embargo, la Ley reguladora del Recurso de Amparo y de Exhibición personal data de 1.936 y, si bien en su momento constituyó una norma muy avanzada para la época, lo cierto es que hoy ha quedado completamente desfasada: así permite el recurso de exhibición frente a una persona privada de libertad por resolución judicial (lo que carece de sentido, pues la vía para combatir las resoluciones judiciales es el recurso ordinario contra las mismas), contempla figuras en desuso….No obstante, dicha Ley de 1.936, mientras no sea derogada, constituye la legislación vigente y a ella habrá que estar, por más que sus preceptos deban interpretarse conforme a los principios antedichos.

VIII. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia y el cumplimiento del principio de proporcionalidad exigen la justificación objetiva de la prisión provisional, pues al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como es la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa que, asegurando el cumplimiento de los fines perseguidos, no suponga el sacrificio de aquel derecho fundamental (así la libertad provisional, con o sin fianza, el arresto domiciliario, la obligación de presentarse ante las autoridades, la prohibición de abandonar el lugar de residencia o de salir del país…y, en general, todas las medidas de control judicial que introduce el nuevo art. 173 del Código).

Dado que la inmensa mayoría de las medidas cautelares relacionadas en el artículo 173 no presenta dificultad en su aplicación, vamos a centrarnos en la que, a priori, aparece como más controvertida: el **internamiento cautelar** (art. 185)

Para distinguir esta figura de otras afines en su contenido (aunque completamente heterogéneas en cuanto a su fundamento y condiciones), es preciso recordar:

a) Se trata de una autentica medida cautelar, por lo que su adopción exige que concurran los presupuestos de toda medida cautelar:
   - **Fumus boni iuris**
   - **Periculum in mora**

b) Pero no basta con que concurran los presupuestos generales de las medidas cautelares, sino que la Ley requiere algo más: atendiendo a que el internamiento supone la privación de libertad de una persona de modo similar a la prisión provisional, el art. 185 del Código exige, para que pueda decretarse esta medida, que concurran los presupuestos que legitiman la prisión provisional (ver los arts. 178 y concordantes) y, además;

c) Que concurran las condiciones:

   1. Que la enfermedad mental existiere en el momento de cometer el hecho punible y se acredite cumplidamente, mediante dictamen pericial.
   2. Que la enajenación revista una amplitud y un carácter lo suficiente grave para justificar el internamiento.
   3. Que el tratamiento de la enfermedad sean incompatibles con el cumplimiento de la medida cautelar en un establecimiento penal.
   4. Que dicho internamiento solo se prolongue si continua el estado de enajenación, por lo que, de modo análogo a la prisión provisional, cada tres meses deberá revisarse la situación.
   5. Que se respeten todas las garantías, de manera que el interesado pueda comparecer ante el órgano judicial y tener posibilidad de ser oído personalmente o mediante alguna forma de representación.

   Se diferencia así esta medida cautelar tanto de las medidas de seguridad postdelictual que pueden imponerse al amparo del Código Penal al enajenado que en sentencia penal aparezca como responsable de un hecho delictivo como de las diligencias de instrucción y prueba que, con base en el art. 106 pueden acordarse durante la instrucción de la causa para averiguar la capacidad o incapacidad del imputado.

***

CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES
MEDIDAS CAUTELARES

Roxana Lizeth Morales Toro

[7] **ARTICULO 172.** Medidas cautelares personales: presupuestos y finalidad. Las medidas cautelares tienen como finalidad, asegurar la eficacia del

7 Los comentarios a los artículo 172 al 197 son a cargo de Doña. Roxana Lizeth Morales Toro.

procedimiento, garantizando la presencia del imputado y la regular obtención de las fuentes de prueba.

Para que pueda adoptarse una medida cautelar limitativa de la libertad personal, será siempre preciso:

1) Que existan indicios suficientes para sostener razonablemente que el imputado es autor o partícipe de un hecho tipificado como delito.
2) Que la persona imputada se haya fugado o exista motivo fundado para temer que podría darse a la fuga en caso de permanecer en libertad; y
3) Que existan fundados motivos para temer que, puesta en libertad, el imputado tratará de destruir o manipular las fuentes de prueba.

COMENTARIO

Las medidas cautelares tienen una naturaleza eminentemente funcional o instrumental. Su finalidad es garantizar la posibilidad de celebración del juicio en óptimas condiciones para asegurar su eficacia y, en caso de una eventual condena, la ejecución de lo resuelto.

Como constituyen privaciones o restricciones temporales de derechos fundamentales de la persona, han de ser dispuestas por un Juez, que valore la concurrencia de los presupuestos legales legitimadores de la medida concreta pretendida, su previsible utilidad procesal y la proporcionalidad entre el sacrificio que suponen y el fin que con ellas se trata de conseguir.

Conviene no perder de vista que, constitucionalmente, la persona imputada ha de ser tenida por inocente, y tratada como tal, mientras que no se pruebe su culpabilidad; y los inocentes no tienen porque sufrir prisión, estar privados de libertad.

Desde este punto de vista, habría que afirmar, como lo hicieron los clásicos italianos del siglo XIX, que la prisión provisional es una medida inmoral; aunque el mismo aceptó que podía ser inevitable (como un mal menor) en casos de "estricta necesidad" y estos casos eran, precisamente, los dos que se recogen en el Código Procesal Penal; evitar que la persona imputada se ponga fuera del alcance de la justicia (riesgo de fuga) o de que, puesta en libertad, pueda tratar de manipular las fuentes de prueba de cargo, haciéndolas desaparecer o alterar en su beneficio.

Así la adopción de una medida cautelar solo puede ser dispuesta por un órgano judicial y, además, han de concurrir dos presupuestos legitimadores fundamentales:

1) La preexistencia de una imputación fundada en indicios suficientes de participación culpable de la persona imputada en un hecho delictivo que además, ha de revestir una gravedad suficiente para justificar esta privación o limitación provisional de algún derecho fundamental. Es lo que conoce escolásticamente como *"fumus boni iuris",* un humo, aroma o apariencia de *buen derecho*, esto es, de razonabilidad de la imputación.

2) La necesidad de conjurar lo que se denomina "peligrosidad procesal" de la persona imputada. Mientras que la peligrosidad penal o criminal es el peligro

de que una persona, condenada por una anterior infracción penal, vuelva a delinquir, la peligrosidad procesal se refiere al riesgo de fuga o de manipulación de las pruebas, estos es, tratar de precaver el peligro de que, durante el tiempo que duran la investigación y el juicio (de ahí la denominación escolástica *"periculum in mora"*, riesgo en la demora [de la conclusión del procedimiento]), la persona acusada, en libertad, pueda frustrar la eficacia del proceso.

ARTICULO 173. Medidas cautelares aplicables. El órgano jurisdiccional concurriendo los presupuestos legitimadores, podrá adoptar, por auto motivado, una o más de las medidas cautelares siguientes:

1) Aprehensión o captura;
2) Detención preventiva;
3) Prisión preventiva;
4) Arresto en su propio domicilio o en el de otra persona que lo consienta, bajo vigilancia o sin ella;
5) Someter al imputado al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada que informe periódicamente al Juez;
6) Obligar al imputado a presentarse periódicamente ante un determinado Juez o autoridad que éste designe;
7) Prohibirle al imputado salir del país, del lugar de su residencia o del ámbito territorial que el órgano jurisdiccional determine;
8) Prohibirle al imputado concurrir a determinadas reuniones o a determinados lugares;
9) Prohibirle al imputado comunicarse con personas determinadas, siempre que con ello no se afecte el derecho de defensa;
10) La Constitución a favor del Estado por el propio imputado o por otra persona, de cualquiera de las garantías siguientes: Depósito de dinero o valores, hipoteca, prenda o fianza personal;
11) El internamiento provisional en un establecimiento psiquiátrico, previo dictamen; y
12) Suspensión en el ejercicio del cargo, cuando se le atribuya un delito contra la administración pública.

Para los mismo fines previstos en este artículo y para los efectos de la investigación, el Ministerio Público en caso de urgente necesidad que impida recabar la autorización judicial, podrá adoptar una o más de las medidas cautelares previstas en los numerales 1), 2), 7), 9), y 11) de este artículo. Inmediatamente lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional, exponiendo las razones que impidieron obtener aquella autorización. El órgano jurisdiccional, oída la persona imputada y su Defensor, convalidará o dejará sin efecto lo dispuesto por el Ministerio Público.

COMENTARIO

Este artículo determina cuales son las medidas cautelares que puede adoptar el Juez o Tribunal, y por demás está decir que debe ser en autos motivados, porque de no ser así, la sanción sería de nulidad; entre estas medidas está al aprehensión o captura, la cual se da más que todo en casos de flagrancia y por consiguiente puede según nuestras leyes ser llevada a cabo hasta por un particular tan solo para que la persona así privada de libertad pueda ser puesta a la orden de la autoridad

competente y el tiempo de duración es el necesario para tal efecto.

Luego viene la detención preventiva, esta medida debe adoptarse cuando existen indicios de la participación de una persona en un ilícito penal esta medida restringe el derecho a la libertad, nuestro código procesal da potestad al Ministerio Público de ejecutar esta medida aún sin autorización judicial en casos de emergencia, pero los obliga a ponerlo en conocimiento inmediato del Juez o Tribunal con la justificación correspondiente para que éste la ratifique ó revoque, con lo cual el órgano judicial mantiene el control de la legalidad y al final la adopción de la medida queda en manos del ente jurisdiccional, tal como debe ser; pero esta potestad dada al Ministerio Público debe utilizarla en forma restrictiva y en casos extremos.

En el caso de que la medida sea la prisión preventiva, la cual es la excepción a la libertad, debe adoptarse unicamente en cuanto resulte necesaria para los fines del proceso, es decir que de no decretarla se vería seriamente afectado el procedimiento, ya sea por la no comparecencia del imputado, sea que este pueda obstruir la investigación o se corra el riesgo de fuga ó la misma debe ser provisional, revisable y revocable cuando desaparezcan los presupuestos que llevaron al Juez a adoptarla.

El arresto domiciliario en domicilio propio o en el de otra persona que lo consienta con vigilancia o sin ella, conlleva también una privación grave de libertad y esta es una medida cautelar que al igual que la prisión solo puede ser adoptada por el órgano judicial y que acarrea responsabilidad a la persona que no siendo el receptor de la medida consienta que se ejecutó en su domicilio, al igual que sucede con la medida contemplada en el inciso e y f.- En el inciso g, tenemos una medida cautelar que restringe el derecho de circulación por lo que al igual que las demás solo puede ser adaptada en principio por el Juez o Tribunal y en casos excepcionales, calificados y provisionalísimos por el Ministerio Público con la inmediata ratificación judicial, lo mismo suceda con el numeral I y el inciso K; curiosamente el Ministerio Público no puede adoptar la medida del inciso H que es menos gravosa que la que contempla el inciso K que es a todas luces una restricción a la libertad individual. Luego tenemos la suspensión del cargo cuando se trate de delitos contra la Administración, lo cual es acertado ya que así se evita la obstrucción de las investigaciones; estas medidas son las llamadas medidas cautelares personales, teniendo nuestro código medidas cautelares patrimoniales como ser el depósito de dinero o valores, la hipoteca y la prenda, ya que la caución personal sería de ámbito personal.

Queda claro pues en este artículo que estas medidas para que se tomen como tal deben ser adoptadas o ratificadas por el Órgano jurisdiccional.

ARTICULO 174. <u>Imposición, revocación y reforma de las resoluciones sobre medidas cautelares.</u> Las medidas cautelares personales habrán de ser dispuestas por el órgano jurisdiccional competente, por auto motivado, en el que justificará la concurrencia de los presupuestos legitimadores, invocando los indicios que resulten de las investigaciones realizadas.

El órgano jurisdiccional, al seleccionar la medida aplicable, deberá tener en cuenta su idoneidad y proporcionalidad en relación con los fines que se pretende conseguir, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y de la pena, que en caso de condena, podría ser impuesta y las circunstancias personales del imputado.

Las medidas adoptadas no durarán más tiempo que el imprescindible para asegurar los fines por los que se aplicaron y, en ningún caso se prolongará más allá del máximo permitido por el artículo 181 de este Código.

La resolución que imponga una medida cautelar, así como la que la rechace o la sustituya por otra, podrá revocarse o reformarse de oficio o a petición de parte, cualquiera que sea el estado en que el proceso se encuentre.

COMENTARIO

Este artículo se refiere a la imposición, revocación y reforma de las resoluciones sobre las medidas cautelares, determinando en forma clara que estas solo pueden ser impuestas por el órgano jurisdiccional, en auto motivado donde el Juez debe expresar en forma clara, los fundamentos que legitiman la adopción de la medida, teniendo en cuenta los principios de idoneidad y proporcionalidad de la medida y aunque no lo exprese el artículo no debemos olvidar los principios de necesidad y utilidad que es lo que haría el balance entre la medida a imponer en relación con la gravedad del hecho, la pena que pueda corresponder y las circunstancias personales del imputado, lo que haría que estas medidas sirvan para los fines del proceso y claro está que sean por un tiempo determinado que no es otro que el necesario o cuando desaparezcan los presupuestos por los cuales se adoptaron y parece lógico que puedan revocarse, reformarse o sustituirse en cualquier estado del proceso, porque sino se convertirían en una pena anticipada.

ARTICULO 175. <u>Aprehensión de las personas.</u> La policía nacional podrá aprehender a cualquier persona aún sin orden judicial en los casos siguientes:

1) En caso de flagrante delito, entendiéndose que se produce tal situación cuando:
   a) Sea sorprendida cometiendo el delito o en el momento de ir a cometerlo;
   b) Sea sorprendida inmediatamente después de haber cometido el delito.
2) Cuando la persona sorprendida en alguno de los casos anteriores, está siendo perseguida por la fuerza pública, por el ofendido o por otras personas.

   En ambos casos, cualquier persona podrá también proceder a la aprehensión y adoptar las medidas necesarias para evitar que el delito produzca consecuencias.

   La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más próxima;

3) Cuando existan indicios muy fundados de haberse cometido un delito y la persona aprehendida haya sido sorprendida teniendo en su poder armas, instrumentos o efectos procedentes del delito o falta, o presente señales o vestigios que permita inferir la participación del aprehendido en la infracción cometida o intentada;

4) Cuando existan indicios muy fundados de haberse cometido un delito, de haber participado en el la persona aprehendida y que ésta pueda tratar de ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar y;

5) Cuando al iniciarse las investigaciones, en la imposibilidad de distinguir entre las personas presentes en el lugar, a los partícipes en el hecho y a los testigos, exista necesidad urgente de impedir que alguna de ellas se ausente, o se comunique entre sí, así como evitar que puedan modificar en cualquier forma, el estado de las cosas o el lugar del delito.

En este último caso, una vez acreditada la ausencia de indicios de participación de una o más de las personas retenidas, será estas dejadas en libertad, una vez recibida la información necesaria para la investigación y dejada constancia de los datos relativos a su identidad.

La Policía Nacional podrá también aprehender nuevamente a la persona que consiga fugarse después de una primera aprehensión, lo mismo a la que se hubiera evadido del establecimiento donde se encontrara en calidad de detenido, preso o penado, o durante su traslado desde o hacia dicho establecimiento.

Dentro de las seis (6) horas siguientes al momento de la aprehensión, la autoridad policial que la haya practicado o a la que le haya sido entregada la persona sorprendida infraganti, dará cuenta del hecho a Ministerio Público y al Juez competente. Si la captura la realiza la Policía Preventiva, deberá poner a la persona aprehendida, de manera inmediata, a la orden de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC), así como los instrumentos, los efectos del delito y las piezas de convicción si las hubiere.

COMENTARIO

Este artículo confiere potestad a la policía para que actúe aún sin orden judicial y en los casos detallados pueda aprehender a las personas que se encuentren en esos presupuestos; en los primeros casos no se presenta ningún problema, en cuanto al inciso número tres requiere una valoración por parte de la policía de indicios, de los indicios pero en este caso debe hablarse de indicios de participación en un delito, no de indicios de haberse cometido un delito, porque si se va a privar aunque sea momentáneamente de su libertad a una persona debe ser porque el delito está plenamente acreditado, igual sucede con el inciso #4, ya que la única valoración que debe permitirse es sobre la participación del individuo o la circunstancia de que si este no es aprehendido puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar, considerando además el caso de los prófugos por evasión, el término para informar al Juez de la aprehensión es de seis horas, cuando se trata de la policía, e inmediatamente cuando es un particular. En cuanto a la aprehensión de testigos debe corroborarse inmediatamente si hay indicios y una vez desestimados debe dejarse en libertad ya que sino puede proceder un Habeas Corpus en virtud de que no hay una imputación clara y objetiva contra la persona en esas circunstancias aprehendida.-

OBSERVACIÓN: Este artículo no es muy claro, confunde el indicio de participación, con el indicio de delito, en este último es plena prueba

ARTICULO 176. Detención preventiva. El Ministerio Público podrá ordenar la detención preventiva de una persona cuando:

1) Existan razones para creer que participo en la comisión de un delito y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar;
2) Al iniciarse las investigaciones, no pueden identificarse los presuntos imputados o testigos y haya que proceder con urgencia, a fin de evitar que quienes estuvieron presentes en el lugar en que se cometió el delito se alejen del mismo, se comunique entre sí o se modifique en cualquier forma el estado de las cosas o el lugar del delito; y
3) Sin justa causa, cualquier persona obligada a prestar declaración, se niegue a hacerlo después de haber sido debidamente citada.

Toda detención preventiva será puesta sin tardanza en conocimiento del Juez competente y en ningún caso podrá exceder de veinticuatro (24) horas.

La orden de detención preventiva deberá contener la denominación de la autoridad de quien emane; el lugar y la fecha de su expedición; el nombre, apellidos y demás datos que sirvan para identificar a quien debe detenerse, la causa de la detención y la firma y sello de quien lo expide.

Salvo en los casos previstos en los artículos 279, 281 y 282, la Policía Nacional no podrá ordenar o practicar la detención preventiva en persona alguna.

COMENTARIO

Este artículo concede la potestad al Ministerio Público de la detención de una persona en los casos que el mismo artículo señala y abarca no solo a los sospechosos de participar en un delito, sino que también cuando hay confusión y no se pueda determinar quien es imputado y quien es testigo, en este último caso debe actuarse con mucha cautela y no debe esperarse el término de veinticuatro horas, ya que lo más inmediatamente posible debe hacerse la identificación, porque sino la detención podría tener vías de ilegalidad porque las medidas cautelares se dirigen a los imputados no a los testigos. La potestad de detener sin orden judicial, dada al Ministerio Público, es una potestad propia en el sentido de que les corresponde a estos apreciar la concurrencia de los presupuestos de su ejercicio y que no actúan como ejecutores de una resolución judicial, esta potestad debe estar orientada única y exclusivamente al cumplimiento de los fines del proceso penal, dirigido por un órgano jurisdiccional, no a fines de orden público o de otro tipo atendidos por órganos no jurisdiccionales, por lo que el ministerio Público sin tardanza comunicará la detención al Juez o Tribunal competente, para que este ejerza el control de legalidad quien podrá ordenar la inmediata puesta a su disposición ó podrá ordenar la libertad del detenido, esto es así porque para que la medida sea tenida como cautelar debe ser adoptada o ratificada por el órgano jurisdiccional, sino quedaría unicamente como medida preventiva, la cual no debe pasar las veinticuatro horas, la orden de detención preventiva debe llevar las formalidades que establece este artículo y es potestad unicamente del ministerio público no de la policía.

ARTICULO 177. El Allanamiento. Si la persona que deba ser aprehendida o detenida preventivamente se encuentra en una casa de habitación propia o ajena, el allanamiento para su captura solo podrá verificarse con el consentimiento de

quien habite aquella o mediante autorización judicial, Con todo, la casa en referencia podrá ser allanada, en los casos y con las condiciones establecidas por el artículo 212 de este Código.

Las autorizaciones a que se refiere el párrafo anterior, no será necesarias para entrar en establecimientos públicos, negocios, comercios, centros de reunión o recreo y, en general, en cualquier lugar urbano o rural, que no sirva de casa de habitación, residencia o domicilio de una persona.

COMENTARIO

El allanamiento en sí no es una medida cautelar, sino que un medio para aprehender a una persona, y este estaría más bien en relación con el artículo anterior.

CAPITULO II

DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

ARTICULO 178. <u>De la prisión preventiva.</u> Por prisión preventiva se entenderá la privación de libertad que se produzca, durante el proceso, en cumplimiento de la orden emitida por el órgano jurisdiccional competente, hasta que la sentencia definitiva adquiera el carácter de firme.

Para ordenar la prisión preventiva, deberá concurrir alguna de las circunstancias siguientes:

1) Peligro de fuga del imputado;
2) La posible obstrucción de la investigación por parte del imputado;
3) Riesgo fundado de que el imputado se reintegre a la organización delictiva a la que hay sospecha que pertenece y, utilice los medios que ella le brinde para entorpecer la investigación o facilitar la fuga de otros imputados; y
4) Riesgo fundado de que el imputado atente o ejecute actos de represalia en contra del acusador o denunciante.

En la resolución que ordene la prisión preventiva, se deberá consignar expresamente la causa o causas en que se funde, así como los indicios resultantes de las actuaciones practicadas, que se hayan tenido en cuenta para acordarla.

COMENTARIO

La prisión preventiva es una medida de naturaleza estrictamente cautelar, es decir que es una privación de libertad que solo es potestad exclusiva del órgano jurisdiccional y establecer lo contrario sería a todas luces inconstitucional, ya que el derecho a la libertad resulte seriamente afectado, esta puede mantenerse hasta que la sentencia definitiva adquiera el carácter de firme y debe acordarse sólo cuando concurra algunas de las circunstancias que enumera el articulo anterior, en una resolución debidamente motivada, de no ser así podría sancionarse con la nulidad, a diferencia del proceso penal actual este nuevo código procesal establece la prisión como excepción no como regla, lo que ayuda no solo a descongestionar las cárceles sino que también a que las medidas que se adopten sean más justas y proporcionales en relación al hecho que se juzga; la prisión preventiva no debe

tener jamás el carácter de una pena anticipada, ni prejuzgar la culpabilidad del imputado, ya que aún y cuando es la medida más grave no implica que la misma no pueda ser revocada, reformada o sustituida por otra menos gravosa cuando desaparezcan los presupuestos que llevaron al Juez a adoptarla ya que no es definitiva sino que provisional.

ARTICULO 179. Peligro de fuga del imputado. Para determinar si existe peligro de fuga del imputado, se tendrán en cuenta las circunstancias siguientes:

1) La falta de arraigo en el país, teniendo en cuenta el domicilio del imputado, el asiento de su familia, de sus negocios o de su trabajo y las facilidades con que cuente para abandonar definitivamente el territorio nacional o para permanecer oculto;
2) La gravedad de la pena que pueda imponerse al imputado, como resultado del proceso;
3) La importancia del daño que deba indemnizar y la actitud del imputado frente al mismo y, en particular, su falta de voluntad reparadora; y,
4) El comportamiento del imputado durante el proceso, en cualquier otro anterior o en las diligencias previas, del que razonablemente pueda inferirse su falta de voluntad para someterse a la investigación o al proceso penal.

COMENTARIO

Este presupuesto debe verse desde las circunstancias personales, afectivas y patrimoniales del imputado, como ser la falta de arraigo en el país, la familia, domicilio, trabajo, negocios, la gravedad de la pena, el monto del daño a reparar y la voluntad de hacerlo y su actitud durante el proceso o en cualquier momento anterior que lleve al Juez a percibir su falta de voluntad de someterse a la investigación o al proceso, para determinar estos aspectos debe contarse con los elementos de información necesarios y concretos, no partir de apreciaciones subjetivas.

ARTICULO 180. Peligro de Obstrucción. Para decidir acerca del peligro de obstrucción de la investigación, se tendrá en cuenta todo indicio racional del cual se infiera que el imputado:

1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará la prueba o pruebas existentes, relacionadas con el delito;
2) Influirá en los demás imputados o en los testigos o peritos, para que informen falsamente sobre lo que saben o para que se comporten de manera desleal o reticente; y,
3) Forzará o inducirá a otros interesados a observar los comportamientos previstos en el numeral anterior.

Los motivos precedentes solo servirán de fundamento para la prisión preventiva del imputado, hasta la conclusión del debate.

COMENTARIO

Este presupuesto va encaminado a proteger las fuentes de prueba que deban servir en el proceso y la forma más adecuada cuando exista el indicio racional que el imputado pueda destruir, modificar, ocultar, suprimir, falsificar prueba, coacciones

Imputadas o testigos etc., es decretar la privación provisional, ya que con esto se logrará asegurar las fuentes de prueba que servirán luego en el proceso y servirán de fundamento para la prisión preventiva hasta la conclusión del debate, lo cual debe ser así ya que es allí donde debe presentarse la prueba que debe ser totalmente lícita.

ARTICULO 181. Duración de la prisión preventiva. La prisión preventiva podrá durar, como regla general, hasta un (1) año.

Cuando la pena aplicable al delito sea superior a seis (6) años, la prisión preventiva podrá durar hasta dos (2) años.

Excepcionalmente y habida cuenta del grado de dificultad, dispersión o amplitud de la prueba que deba rendirse, la Corte Suprema de Justicia podrá ampliar hasta por seis (6) meses los plazos a que este Artículo se refiere, a solicitud fundada del Ministerio Público.

En ningún caso la prisión preventiva podrá exceder de la mitad de la duración del mínimo de la pena aplicable al delito.

Una vez dictada la sentencia condenatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse durante la tramitación y resolución del recurso que contra ella pueda interponerse, hasta la mitad de la pena impuesta en la sentencia recurrida. Si el máximo así determinado excediere del ordinario establecido en este Artículo, el tribunal, siempre que lo solicite alguna de las partes, oídas las demás, lo acordará por auto motivado.

Dentro de dicho plazo, no se contará el tiempo que hayan durado las demoras producidas por gestiones de la defensa, que hayan sido declaradas sin lugar.

Si vencido el plazo no ha llegado a su fin el proceso, el imputado será puesto en libertad provisional y sometido a cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Artículo 173, sin perjuicio de la continuación del proceso, hasta que la sentencia adquiera el carácter de firme.

Cuando dentro del plazo indicado no se de fin al proceso, los funcionarios y empleados que hayan dado lugar al retraso por malicia, culpa o negligencia, serán sancionados de conformidad con la ley de la Carrera Judicial, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hayan incurrido. La Corte Suprema de Justicia y el Ministerio Público, velarán por el estricto cumplimiento de lo dispuesto en este párrafo.

COMENTARIO

En primer lugar no debemos olvidar que la prisión preventiva no es una restricción de libertad, es una privación de libertad que es mucho más grave, por lo tanto no debe perderse de vista el principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad, por lo que no debe tomarse como medida de seguridad, ni pena anticipada, y definir la prisión preventiva sin juicio como una medida cautelar en cuanto sirva para los fines del proceso, ya que se tiene la seguridad de que si el imputado no es reducido a prisión no comparecerá a juicio y la sentencia en caso de ser condenatoria no se cumplirá, pues diríamos que la medida aplicable y

adecuada es la prisión preventiva, lo que la hace excepcional y debe adoptarse en casos estrictamente necesarios.

En este contexto es fundamental que se establece con parámetros de duración de la prisión preventiva tal como lo establece este artículo 172 donde establece los plazos máximos de dicha medida y en que casos, pudiendo incluso si se ha vencido el plazo que debe terminar el proceso, ponerse en libertad al encausado.

ARTICULO 182. Prohibición de la prisión preventiva Salvo el caso previsto en el artículo 178 numeral 4) y el artículo 179 de éste Código, en los delitos en los que la pena aplicable no sea privativa de libertad o en aquellos en que el máximo de la pena sea inferior a cinco (5) años de reclusión, no se impondrá la prisión preventiva, sino solo las medidas sustitutivas, las que serán decretadas, teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza de cada caso.

COMENTARIO

En los casos en que la reclusión sea menos de cinco años, se prohíbe decretar la prisión preventiva ya que la misma debe ser proporcional al hecho y a la pena que en caso de una sentencia condenatoria podría imponerse, y para lo cual es más idónea cualquier otra medida sustitutiva ya que en cuanto a las medidas a adoptar, siempre debe escogerse la menos gravosa.

ARTICULO 183. Casos en que no podrá decretarse prisión preventiva. No podrá decretarse prisión preventiva contra:

1) Los mayores de sesenta (60) años;
2) Las mujeres en estado de embarazo;
3) Las madres durante la lactancia de sus hijos; y
4) Las personas afectadas por una enfermedad en su fase terminal.

En tales casos la prisión preventiva se sustituirá por arresto domiciliario o internamiento en un centro médico según las circunstancias.

COMENTARIO

Este artículo establece una prohibición absoluta a decretar la prisión preventiva en los casos que entendemos son numerus clausus que describe en el desarrollo del artículo, esto es porque al referirse a las personas mayores de setenta años, mujeres embarazadas etc. La situación es más sensible y afecta no solo los derechos individuales en sí, sino que también se pone un riesgo de alguna manera la salud física y mental tanto del imputado como del niño en caso de embarazo y lactancia, de un enfermo terminal en caso de enfermedades como el V.I.H., dejando como alternativa si el encierro es la medida más adecuada el arresto domiciliario que también es una privación de libertad y que resulta igualmente efectiva para los fines del proceso.

ARTICULO 184. Sustitución de la prisión preventiva. Siempre que los riesgos a los que se refiere el artículo 178 puedan ser evitados por la aplicación de otra medida menos gravosa para su libertad, el Juez, de oficio o a petición de parte, podrá imponer al imputado, en lugar de la prisión preventiva, una o más de

las medidas comprendidas en los numerales 4), 5), 6), 7), 8), 9) y 10) del artículo 173.

Las medidas anteriores podrán ser impuestas en forma simultánea o sucesiva.

El Juez velará por el estricto cumplimiento de la medida impuesta, para lo cual deberá contar con el apoyo de la policía nacional.

Las medidas alternativas de la prisión preventiva no podrán imponerse si existe grave riesgo de que no se logre la finalidad perseguida.

En los casos en que el imputado no tenga capacidad para rendir una caución de naturaleza económica, podrá decretarse caución juratoria, la cual consistirá en prestar juramento de someterse al procedimiento. La caución juratoria deberá decretarse conjuntamente con la medida a que se refiere el numeral (6) del artículo 173 y cualquiera otra que el Juez considere conveniente.

COMENTARIO

Hay que tener siempre presente que si se puede adaptar una medida sustitutiva de la prisión preventiva, debe hacerse porque es lo menos gravoso para la libertad, y en éste artículo se le dará facultades al Juez para que pueda hacerlo de oficio e imponer una o más de estas medidas, velando su estricto cumplimiento. En la medida en que no se logren los fines que debe perseguir el proceso, no podrán imponerse estas ya que no serían efectiva.

ARTICULO 185. Internamiento cautelar. Sí dándose los presupuestos justificados de la prisión preventiva, se comprueba por dictamen pericial, que la persona que ha de ser sometida a ella se haya en un estado de enfermedad mental, cuyo tratamiento sea incompatible con el cumplimiento de la medida cautelar en un establecimiento penal, el órgano jurisdiccional, podrá ordenar que se lleve a cabo en un establecimiento especializado, adoptando las precauciones necesarias para impedir la fuga de la persona internada.

Este internamiento no podrá durar más que la prisión preventiva ordinaria y concluirá cuando haya cesado la situación descrita en el párrafo anterior, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional dispondrá si procede mantenerla privada cautelarmente de su libertad en establecimiento penal, o adoptar una medida sustitutiva.

COMENTARIO

Para proceder a decretar un internamiento como medida cautelar, debe contarse primero con un dictamen médico pericial para determinar el tipo de enfermedad y determinar si la misma es incompatible con la medida de cumplimiento en el centro penal. Cuando se adopte esta medida debe supervisarse por el Juez, a efecto de que pueda, si el imputado se ha recuperado, sustituir dicha medida ó mantenerla en el establecimiento penal. La finalidad de esta medida es que el imputado pueda recibir tratamiento para su enfermedad sin entorpecer el procedimiento penal.

ARTICULO 186. Forma y contenido de las resoluciones que decreten prisión preventiva o medidas sustitutivas. Las resoluciones, que decreten la prisión preventiva, el internamiento o las medidas sustitutivas, deberán contener:

1) La denominación del juzgado que adopte la medida, lugar de emisión y fecha de aquella;
2) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;
3) Una sucinta relación del hecho o hechos que se atribuyan al imputado, con su calificación legal;
4) Los fundamentos de la imposición de la medida, con indicación de los presupuestos que la motiven, especificando en su caso, la existencia de peligro de fuga, de obstrucción de las investigaciones, de que existen motivos suficientes para presumir que el imputado continuará su actividad delictiva o que pueda atentar o ejercer actos de represalia contra el acusador o denunciante; los indicios tenidos en cuenta, así como, las normas aplicables al caso;
5) La parte dispositiva, con clara expresión de la medida aplicable, su régimen de cumplimiento y duración máxima; y
6) La firma y sello del Juez que dicta la medida y del respectivo secretario.

Cada tres meses el Juez examinará si las medidas impuestas deben mantenerse o ser sustituidas por otras o revocadas.

ARTICULO 187. <u>Contenido del acta que registre una medida sustitutiva</u>. Antes de poner en práctica las medidas sustitutivas de la prisión preventiva a que se refiere el artículo 184, el secretario formulará un acta que deberá contener:

1) Denominación del Juzgado de que se trate y lugar y fecha del acta;
2) Constancia de que se notificó al imputado la correspondiente resolución;
3) La dirección exacta de las personas que habrán de intervenir en la ejecución de las medidas impuestas y la aceptación por parte de dichas personas, de la función u obligación que se les haya asignado;
4) La indicación precisa de las consecuencias que para el imputado tendrá el incumplimiento de las medidas impuestas;
5) La dirección exacta en que puedan hacérsele notificaciones, citaciones y emplazamientos al imputado;
6) La promesa formal del imputado de cumplir medidas que se le hayan impuesto y de permanecer a disposición del órgano jurisdiccional; y
7) La firma del secretario y demás intervinientes.

ARTICULO 188. <u>Revocación o sustitución de medidas cautelares privativas de libertad.</u> El Juez, de oficio o a petición de parte, revocará o sustituirá la resolución en que se ordene la prisión preventiva del imputado, por otras medidas cautelares, cuando:

1) Hayan desaparecido los presupuestos que se tuvieran en cuenta para dictarla;
2) El indiciado haya estado recluido por un tiempo igual o superior al de la duración mínima de la pena prevista para el delito de que se trate;
3) Haya transcurrido el plazo máximo de duración de la prisión preventiva y su prorroga, en caso de que ésta haya sido excepcionalmente acordada; y
4) La restricción de la libertad del imputado haya adquirido las características de una pena anticipada o provocado limitaciones a su libertad, que excedan las

Imprescindibles para evitar los riesgos a que se refiere el artículo 178 de éste Código.

ARTICULO 189. Trámite de la revocación o sustitución de la resolución que ordene la prisión preventiva. La revocación o sustitución a que se refiere el Artículo anterior, se adoptará en audiencia oral celebrada para el efecto.

Dicha audiencia tendrá lugar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha de la decisión del Juez de revisar la medida, o de la fecha en que se haya presentado la respectiva petición. Se celebrará con citación del Fiscal y de las partes, aunque se llevará a cabo con quienes concurran. Finalizada la audiencia, el Juez resolverá por auto motivado, lo que estime procedente, en el mismo día o en el inmediato siguiente.

ARTICULO 190. Apelación de las resoluciones relacionadas con la prisión preventiva. Las resoluciones que impongan, modifiquen o declaren sin lugar una medida cautelar, serán apelables en un solo efecto.

El recurso de apelación no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada. En tal caso, el emplazamiento no podrá exceder de veinticuatro (24) horas, más el término de la distancia.

Admitido el recurso, el Juez remitirá sin tardanza, al Tribunal de apelación, copia de las actuaciones que guardan relación con la resolución apelada a criterio del titular del órgano jurisdiccional, quien certificará la misma. La Corte de Apelaciones resolverá sin más trámite dentro de los tres (3) dias siguientes de recibidas las actuaciones.

ARTICULO 191. Lugar de cumplimiento de la presión preventiva y tratamiento del imputado. Las personas contra quienes se haya dictado prisión preventiva, cumplirán esta en las cárceles y presidios del país, pero en lugares absolutamente separados de los que ocupan quienes hayan sido condenadas.

El imputado en todo momento, será tratado como inocente y teniendo en cuenta que se encuentra detenido para el solo efecto de asegurar su comparecencia en el proceso o, en su caso, el cumplimiento de la pena.

La prisión preventiva se cumplirá de tal manera, que no adquiera las características de una pena, ni provoque al imputado otras limitaciones que las imprescindibles para evitar su fuga, la obstrucción de la investigación o que continúe en la actividad delictiva.

El Juez de Ejecución velará por el estricto cumplimiento de esta norma. Cuando constante que la prisión preventiva ha adquirido las características de una pena, comunicará el hecho, sin tardanza, al órgano jurisdiccional que conoce el proceso, quien resolverá lo procedente dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes:

COMENTARIO (A los arts.186 al 191).

Estos artículos establecen los elementos de forma y contenido que deben requerir las resoluciones en que se adopten las medidas cautelares cuando y como procede su revocación contenido del acta, trámite y apelación por lo que considero que no ameritan mayor reflexión, únicamente decir que sino cumplen estos requisitos formales la sanción es la nulidad de la resolución.

ARTÍCULO 192. Incomunicación del imputado sujeto a prisión preventiva. El Juez a petición del Fiscal a cuyo cargo se encuentre la investigación, podrá disponer la incomunicación del imputado, por un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, si existen motivos fundados para temer que, de otra manera, obstruirá un acto concreto de la investigación. El Juez en su decisión, hará constar los motivos en que la funda.

La incomunicación no impedirá que el imputado se comunique con su Defensor inmediatamente antes de rendir su declaración o antes de realizar cualquier acto que requiera su intervención personal, ni tampoco el acceso a libros, revistas, periódicos u otros objetos análogos.

En casos de urgencia excepcional, en que la demora para solicitar del Juez la incomunicación, pueda frustrar o perjudicar gravemente la investigación en curso, el Ministerio Público podrá acordarla; pero esta incomunicación no podrá exceder de seis (6) horas, dentro de las cuales deberá gestionar la correspondiente orden judicial. El Juez, oídas las razones expuestas por el Ministerio Público, confirmará su decisión o la dejará sin efecto, convalidando o anulando, total o parcialmente, lo realizado durante la incomunicación.

COMENTARIO

En determinas circunstancias se hará necesario que sé prohíba la comunicación del imputado con otras personas para que no entorpezca la investigación, esto podrá hacerse a instancia del fiscal y no durará mas de veinticuatro horas cuando lo decrete el Juez. Cuando sea adoptada por el Ministerio Público tendrá que ser por extrema urgencia y no durará más de seis horas y tendrá que pedir la autorización judicial y exponer las razones que lo llevaron a tomar la resolución, esto se hará siempre salvaguardando el derecho de defensa del imputado.

CAPITULO III

DE LAS CAUCIONES

ARTÍCULO 193. Las cauciones. La caución podrá ser fianza o garantía real.

La fianza podrá otorgarla todo aquel que tenga capacidad para contratar y disponer y que sea propietario de bienes suficientes para responder por la cuantía de la caución establecida por el Juez. Tales bienes podrán ser muebles, o inmuebles en depósito bancarios y, su existencia se probará con los atestados o certificaciones correspondientes.

La caución real se constituirá mediante hipoteca, prenda o depósito de dinero.

Si la caución es prestada por persona distinta del imputado, aquélla no gozará del beneficio de excusión.

Con autorización del Juez, podrá sustituirse la caución rendida por otra equivalente.

COMENTARIO

La prisión provisional es una medida cautelar personal, que, privando de libertad a la persona imputada en tanto tiene lugar el juicio oral (si no se trunca antes del procedimiento), procura impedir que, en el intermedio, dejada en libertad pueda intentar sustraerse a la acción de los Tribunales de Justicia o manipular, en su provecho, las fuentes de prueba; o que dictada ya sentencia condenatoria, pueda – mientras ésta no se ejecute – intentar su elusión.

Por su especial aflictividad, agravada porque se impone a quien se tiene por inocente, mientras no se demuestre su culpabilidad y ha de ser tratado como tal, la prisión provisional es una medida excepcional.

Como alternativa, el artículo 193 organiza un sistema de medidas cautelares patrimoniales, denominadas cauciones.

Estas medidas pueden ser reales o personales.

La fianza es una medida personal. Su carácter patrimonial proviene de que la seguridad que proporciona el fiador deriva de su solvencia económica. En su estructura y efectos fundamentales no se diferencia del contrato del mismo nombre regulado por los artículos 2021 y siguientes del Código Civil, llamando la atención la coincidencia entre los requisitos del fiador en el proceso penal y en el contrato civil (como se desprende de la lectura del artículo 2027 del Código Civil). Su singularidad proviene del contenido de la obligación garantizada, que, en este caso, es de disponibilidad de la persona afianzada a las citaciones judiciales que pueda recibir.

La caución real se concreta en una garantía de esta clase, en cualquiera de las modalidades que se prevén en el párrafo tercero, y que, una vez más, coinciden con modalidades de contratos de garantía conocidos por la legislación civil común.

Tanto el fiador personal como el que ofrece bienes como caución en garantía de la persona imputada no goza de derecho de excusión de bienes, de modo que se trata de formas de caución solidaria, modalidad que, en relación con la fianza, aparece igualmente prevista por los artículos 2022 y 2030 del Código Civil tan citado.

Las diferentes cauciones son sustituibles entre sí, siempre que el Juez lo autorice. Así lo hará siempre que la garantía ofrecida en sustitución será igualmente segura.

ARTICULO 194. Cuantía y naturaleza de las cauciones. La cuantía y naturaleza de las cauciones condicionales de la libertad provisional cuando proceda con arreglo a este Código, serán fijadas por el Juez, tomando en consideración la gravedad del delito, la capacidad económica del imputado, su personalidad moral y sus antecedentes.

COMENTARIO

Se establecen las pautas para determinar la cuantía de la caución y su naturaleza.

El Juez tendrá en cuenta:

1) La gravedad del delito: se supone que en la medida en que a mayor gravedad mayor pena y, consecuentemente, mayor peligro de que la persona imputada trate de eludir el riesgo de ser condenado y tener que cumplirla, o de tener que cumplir la ya impuesta en condena aún no firme, o firme pero pendiente de ejecución.

2) La capacidad económica del imputado: porque el sacrificio que representa la pérdida de una misma cantidad es diferente, según la situación económica de aquél.

3) La fijación de la cuantía de la caución es siempre un extremo delicado. El Juez tendrá que señalar una fianza que no sea tan desmesurada que haga ilusoria la posibilidad de prestarla, pero no tan baja que el imputado pueda preferir su pérdida siempre que ella le permitiese ponerse fuera del radio de acción de justicia. Obviamente, este factor funcionará sólo cuando la caución se haga efectiva en bienes de dicho imputado. Si fuere prestada por un tercero habrá que valorar la capacidad económica del fiador y las relaciones que medien entre él y el afianzado, de modo que éste pueda sentirse psicológicamente presionado por el perjuicio que causaría a su fiador en caso de incumplir sus compromisos.

4) La personalidad moral del imputado importa en la medida en que pueda aumentar o reducir el riesgo de ceder a la tentación de darse a la fuga o de manipular a su beneficio las fuentes de prueba.

5) La referencia a los antecedentes del imputado remite a un dato más que perfila su personalidad moral, pero también al examen de su comportamiento en otras ocasiones en que haya tenido que prestar caución.

ARTÍCULO 195. Forma de constituir las cauciones. Las cauciones se constituirán en escritura apud-acta autorizada por el Juez, en su condición de notario por ministerio de la ley.

COMENTARIO

El precepto establece una forma bien simple de constitución de la caución.

Dependiendo de su naturaleza, habrá de ir seguida de la observancia de las demás formalidades precisas para que despliegue su eficacia asegurativa, de

Acuerdo con lo establecido respectivamente por las leyes civiles. Así por ejemplo, si la constitución “apud acta” puede equivaler a la exigencia de escritura pública contenida en el artículo 2099 del Código Civil, habrá de completarse con la inscripción en el Registro de la propiedad, en virtud de lo establecido por ese mismo precepto.

ARTÍCULO 196. Ejecución de las cauciones. Cuando el imputado es declarado en rebeldía o eluda el cumplimiento de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco (5) dias ni mayor de treinta (30) para que haga acto de presencia en el proceso o se presente para cumplir la condena que se le haya impuesto. Este emplazamiento será notificado al fiador, con la advertencia de que si el imputado no comparece o no justifica estar impedido por fuerza mayor o caso fortuito, la caución se hará efectiva por la vía del apremio.

Si la caución ha sido rendida por el propio imputado, se procederá de inmediato a ejecutarla.

El pago de la caución no impedirá el libramiento de la correspondiente orden de captura.

Comentario

Cuando el peligro que se trataba de conjurar se ha hecho realidad, el precepto distingue dos situaciones diversas.

Si la caución fue prestada por la propia persona imputada, en cuanto no se ponga materialmente a disposición del tribunal o justifique la imposibilidad de hacerlo (piénsese en la incomparecencia a una citación, debida a la enfermedad del citado), se procederá a la inmediata ejecución de la caución.

Si la caución ha sido prestada por tercero, se le concede un plazo para que presente al rebelde o justifique la imposibilidad de que éste se ponga a disposición del tribunal. Transcurrido ese tiempo sin que ocurra ninguna de ambas cosas, se ejecutará la caución.

El fracaso de la medida cautelar y la correspondiente ejecución de la caución no impiden que se libre la orden de captura del rebelde.

ARTÍCULO 197. Cancelación de las cauciones. La caución será cancelada y, en consecuencia, devuelto el dinero depositado o liberada la prenda o la hipoteca, sí:

1) El imputado es sometido a prisión preventiva por el mismo u otro delito;
2) Se revoca la resolución que haya admitido la caución
3) Por resolución firme en que se absuelva al imputado o se sobresea el proceso;
4) Comienza la ejecución de la pena privativa de libertad o se establece que la misma no debe ejecutarse; y,
5) Muere el imputado.

COMENTARIO

Cuando el peligro que se trataba de conjurar se ha hecho realidad, el precepto distingue dos situaciones diversas.

Si la caución fue prestada por la propia persona imputada, en cuanto no se ponga materialmente a disposición del tribunal o justifique la imposibilidad de hacerlo (piénsese en la incomparecencia a una citación, debida a la enfermedad del citado), se procederá a la inmediata ejecución de la caución.

Si la caución ha sido prestada por tercero, se le concede un plazo para que presente al rebelde o justifique la imposibilidad de que éste se ponga a disposición del tribunal. Transcurrido ese tiempo sin que ocurra ninguna de ambas cosas, se ejecutará la caución.

El fracaso de la medida cautelar y la correspondiente ejecución de la caución no impiden que se libre la orden de captura del rebelde.

***

TITULO VII

DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Luis Alfredo de Diego Diez
Magistrado

MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

I. CONCEPTO DE PRUEBA. SUS NOTAS ESENCIALES

1. *La actividad probatoria, salvo excepciones, incumbe a las partes*
2. *Finalidad de la prueba: lograr la convicción del Tribunal sobre los hechos afirmados.*
3. *La actividad probatoria recae exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes*
4. *la prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial e institucionalmente dotado de independencia*
5. *Solo hay prueba bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad*

6. *La evidencia no puede obtenerse de cualquier precio: pruebas prohibidas e ilícitas.*

II. EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA: PRUEBA ANTICIPADA Y PRECONSTITUIDA

1. *Requisito material: la irrepetibilidad del hecho*
   a) Pruebas expuestas a posibles contaminaciones
   b) Pruebas expuestas a deterioro
   c) Pruebas no reproducibles
   d) Pruebas incompatibles con la concentración del debate
2. *Requisito subjetivo: la independencia del órgano que interviene la prueba. Su posible excepción en la prueba preconstituida*
3. *Requisito objetivo: la vigencia del principio de contradicción. Su posible excepción en la Prueba preconstituida.*
4. *Requisito formal: la lectura de documentos*

III. OBJETO, CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1) *Objeto: Pertinencia y otras notas sobre la admisibilidad de las pruebas*
2) *Carga de la prueba*
3) *Valoración de la prueba*

Abreviaturas utilizadas

Ar.:	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
Art.:	artículo.
Arts.:	artículos.
CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
CE:	Constitución española.
Cfr.:	confróntese.
CPH:	Constitución Política de Honduras.
CPP:	Código Procesal Penal hondureño.
Ed.:	edición.
FJ:	fundamento jurídico.
FFJJ:	fundamentos jurídicos.
LECrim.:	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
p. ej.:	por ejemplo.
Pág.:	página.
Págs.:	páginas
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
S.:	sentencia.
ss.:	siguientes.
SSTC:	sentencias del Tribunal Constitucional español
SSTS:	sentencias del tribunal Suprema español
STC:	sentencia del Tribunal Constitucional español.
STS:	sentencia del Tribunal Supremo español.
v.:	véase.
v. gr.:	*verbi gratia* o verbigracia.

I. CONCEPTO DE PRUEBA

Por actos de prueba cabe entender la actividad de las partes procesales dirigidas a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del juez o Tribunal decisor, sobre los hechos por ellas afirmados (8) Claro es que, para que esa actividad tenga validez y eficacia como prueba, debe ser intervenida por un órgano jurisdiccional, bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad, y con respeto a las garantías constitucionales relativas a los derechos individuales (arts. 65 y ss. CPH).

Del anterior concepto se derivan algunas notas esenciales:

1. La actividad probatoria, salvo excepciones, incumbe a las partes

Ludex iudicare debet secundum 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 fáctico (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 al formalizar la acusación (art. 301 CPP) o al ampliarla (art. 321 CPP), sino también en proponer las pruebas que las partes intenten valerse para acreditar sus afirmaciones arts. 317 y 333 CPP) e intervenir en su práctica, interrogando o contra interrogando al acusado (art. 323 CPP), peritos (art. 326 CPP) y testigos (art. 330 CPP). Por contra, el Tribunal de Sentencia no puede, de oficio (y a salvo las excepcionales diligencias para mejor proveer), practicar prueba alguna en el juicio oral: "Durante el juicio, solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes" (art. 333 CPP); aunque si podrá el Tribunal intervenir activamente en las propuestas por las partes.

Claro es que, en el enjuiciamiento criminal, los órganos judiciales vienen obligados, en buena medida, a descubrir la verdad histórica o material – no necesariamente coincidente con la verdad formal que las partes pudieran presentar-. En el proceso penal- por regla general- los hechos no pueden quedar fijados en sentencia por voluntad de las partes, sino como consecuencia del resultado de la prueba (9).

De ahí que singularmente durante las sesiones del juicio oral, entre en juego igualmente el principio de *investigación oficial* como elemento corrector del

---

(8) a

Cfr. Gimeno Sandra, Vicente, *Derecho Procesal Penal* (con moreno Catena y Cortés Dominguez). 2. ed., Colex, Madrid, 1997, págs 371 y ss.

(9)

Una excepción a esta regla puede encontrarse en la conformidad del acusado prevista en el artículo 322 del Código Procesal Penal, según este precepto, el consenso de voluntades acusación-defensa (integrada ésta última por el defensor y el acusado), puede vincular al Tribunal a dictar sentencia de estricta conformidad con el escrito de acusación (el inicial o el presentado "a la baja" en ese momento procesal). Ello significa que, sin pruebas ni debates, el juzgador habría de consumir como aciertos los hechos relatados por la acusación. No obstante, quedará desvinculado de la conformidad y podrá ordenar la prosecución del juicio si, a partir de los hechos relatados en el escrito de acusación, estimase el Tribunal que concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) que tales hechos son atípicos; b) que de ellos se desprende alguna eximente no apreciada por las partes (o, por extensión *favor rei* , alguna otra circunstancia que beneficie y atenúe el marco jurídico aplicado al acusado: grado de participación o de ejecución más favorable, concurrencia de circunstancias atenuantes, causas de exclusión de la pena, etc.); o c) que la petición de las partes entrañe fraude de ley sustantiva o procesal.

Principio de aportación.

A título de ejemplo, y como proyecciones concretas del principio de investigación oficial, encontramos en el nuevo Código Procesal Penal las siguientes:

a) Las partes no son dueñas de la apertura del procedimiento a prueba. No se trata de una fase que solo pueda llevarse a efecto a instancia de parte. Si no hubiera conformidad (art.322), el Tribunal de oficio, debe abrir las sesiones del juicio oral (art. 319).
b) Los miembros del Tribunal de sentencia tienen facultades para intervenir activamente en las pruebas, interrogando al imputado (art. 323. II, *in fine*), peritos (art. 326.III, *in fine*) y testigos (art. 330 II).
c) El Tribunal tiene a su disposición la prueba documental para examinarla de oficio (art. 311, penúltimo párrafo).
d) El Tribunal podrá, de oficio, practicar diligencias para mejor proveer. Se faculta al órgano jurisdiccional para ordenar la práctica de aquellos "elementos de prueba", que, teniendo una singular relevancia en la definición del proceso (esto es, en la determinación de los hechos, su autor o sus circunstancias), habían sido hasta entonces desconocidos (art. 333).

2. Finalidad de la prueba: lograr la convicción del Tribunal sobre los hechos afirmados

La finalidad de los medios de prueba, nos dice el artículo 198 del Código Procesal Penal, "es el establecimiento de la verdad". Claro es que, en un Estado de Derecho, quien tiene la facultad constitucional de "determinar" cual sea la verdad son los órganos de la Administración de Justicia (arts. 89, 90, 94, 303 y concordantes de la CPH); más concretamente en el ámbito de la jurisdicción penal, dicha facultad se reserva a los órganos judiciales encargados del enjuiciamiento criminal (arts. 54 y ss CPP).

Podemos, pues, afirmar que la prueba tiene como finalidad convencer al Tribunal enjuiciador de la existencia o no del hecho punible, con todas sus circunstancias y de la participación del acusado. Precisamente en ello se diferencian los "actos de prueba" de los "actos de investigación".

Una cosa es averiguar y otra bien distinta, verificar. La primera de estas actividades pretende "esclarecer los hechos" para que las partes puedan efectuar las afirmaciones acusatorias o defensivas que, después llevarán al juicio oral. Desde esta perspectiva, el objeto de la "investigación preliminar" consiste en "determinar la existencia del hecho punible y sus circunstancias" (art. 272 CPP), mediante las diligencias practicadas por la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente.

Pero las diligencias de investigación atienden también a otros objetivos. Aportan al Juez de Letras el juicio de probabilidad suficiente para acordar la suspensión del proceso y la consiguiente aplicación de alguna de las reglas de

Conducta previstas en el artículo 37 del Código Procesal Penal; para tomar las decisiones procedentes (detención judicial u otras medidas cautelares) después de que el imputado preste declaración (art. 292); para decidir-tras la "audiencia inicial"- entre las alternativas del sobreseimiento, la adopción de medidas cautelares o la declaratoria de reo (arts. 294 a 297 CPP); y, finalmente, para resolver sobre la apertura del juicio oral (art. 302 CPP).

Por el contrario, la eficacia jurídica de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia. Bien claro señala el artículo 342 del Código Procesal Penal que "el Tribunal de Sentencia, tomando como base las alegaciones de las partes y las pruebas presentadas por éstas en el juicio oral y público, se pronunciará sobre la culpabilidad del procesado, fijará el hecho o los hechos por los cuales se considera culpable, la calificación de los mismos determinará el mínimo y el máximo de la pena aplicable […]".

3. La actividad probatoria recae exclusivamente sobre los hechos afirmados por las partes

La prueba solo puede recaer sobre los hechos afirmados por las partes en sus respectivos escritos de acusación y defensa. Singularmente sobre "las acciones u omisiones en que se funda la acción", según el tenor del artículo 301.1) del Código Procesal Penal.

Excepcionalmente, en los casos de "ampliación de acusación" por revelaciones inesperadas durante las sesiones del juicio (art. 321 CPP), los elementos de prueba podrán recaer sobre las circunstancias o hechos que hayan surgido *ex novo,* siempre que se cumplan dos condiciones: a) que estén "relacionados con el hecho objeto del juicio" (10) (por ejemplo, una circunstancia agravante) (11); y b) que tales revelaciones produzcan una alteración sustancial en cuanto al objeto del juicio; o en términos del ya citado artículo 321,"que puedan modificar la calificación legal o la pena del delito" (12). En estos supuestos, las partes podrán pedir la suspensión del juicio y el imputado tendrá derecho a solicitar que se amplíe su declaración.

Consecuencia de lo anterior es que, la sentencia, para ser congruente, "no podrá por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la

---

(10) Por el contrario, si se trata de revelaciones de hechos nuevos, independientes, sean o no conexos con el hecho enjuiciado, procede abrir un nuevo proceso para su investigación y enjuiciamiento por separado (art. 313, último párrafo).

(11) De tratarse de hechos nuevos pero "independientes" del hecho objeto del juicio, aunque puedan ser conexos con el, no dan lugar a la ampliación de la acusación sino a un nuevo procedimiento para su investigación y enjuiciamiento por separado (art. 321. V CPP).

(12) Este mismo precepto "exige" también que las circunstancias o hechos de los que se ha tenido noticia durante el juicio "no hayan mencionado 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 a aquél. Y, si fueron ya mencionados en la acusación, difícilmente podríamos afirmar que ha sido "durante" el juicio cuando se ha tenido noticias de tales circunstancias o hechos

Contestación de ésta" (art. 337 CPP).

Nos encontramos aquí con otra sustancial diferencia entre los "actos de investigación" y los "actos de prueba". En tanto que éstos últimos tienen su objeto limitado por un *thema probandi,* propuesto por las partes; los primeros tan solo exigen la existencia de una *notitia criminis,* que puede ser conocida de oficio o aportada por cualquier persona (sea o no parte), y que en ningún caso impide que la investigación se amplíe a otros hechos delictivos que pudieran irse descubriendo.

Por lo demás, las pruebas de que intenten valerse las partes han de ser propuestas temporáneamente. Solo se practicará durante las sesiones del juicio la prueba propuesta en el momento procesal oportuno (el previsto por el art. 317 CPP). Bien claro lo dice el artículo 333: "Durante el juicio solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes."

Pero esta regla admite dos excepciones. La primera, en lógica concordancia con la posibilidad- antes mencionada- de ampliar la acusación respecto de hechos nuevos "relacionados", revelados durante el juicio; en tal caso, si la "ampliación" exige nuevos elementos de prueba, cualquiera de las partes podrá pedir la suspensión del juicio para su proposición y práctica (art. 321). Y la segunda, cuando durante el juicio se haya puesto de manifiesto la omisión de un importante elemento de prueba anteriormente desconocido; prueba, esta última, que podrá ordenarse tanto a distancia de parte como de oficio por el Tribunal (art. 333). Así, pues, siempre a instancia de parte, el Tribunal podrá ordenar que se practiquen las pruebas relativas a esos hechos "relacionados" con el objeto del juicio, de los que se ha tenido noticia durante la celebración de éste; y, tanto a petición de parte como de oficio, podrá acordar la práctica de aquellos elementos de prueba que, teniendo una importante incidencia en el resultado del pleito, fueran hasta entonces desconocidos.

4. La prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial e institucionalmente dotado de independencia

Entre las garantías judiciales que se relacionan con el artículo 8.1 de la Convención Centroamericana sobre Derechos Humanos (pacto de san José), se encuentra la de que "toda persona tiene derecho a ser oído […] por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial […]". La propia Constitución hondureña expresa este sentir en los artículos 4 y 303. El primero de ellos, al establecer la división de poderes entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los caracteriza como "complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación". El segundo de los preceptos citados encabeza el capítulo relativo al Poder Judicial proclamando que "la potestad de impartir justicia […] se administra […] por Magistrados y Jueces independientes" (13). Y, también el nuevo Código Procesal Penal reafirma la independencia del Poder Judicial en su artículo 7.

(13) Incluso establece unas cautelas básicas, no siempre bien administradas, para que los integrantes del Poder Judicial puedan ejercer su función sin temor a presiones externas, sobre todo del Poder Ejecutivo. En ese sentido, se prevé que "Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por las causas y con las garantías previstas en la ley" (art. 309 CPH).

No debe confundirse, empero, independencia e imparcialidad. Una aproximación al tema la encontramos en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 1989 (*Caso Lanborger*) en cuyo ss 32 se dice:

> […] Para decidir si un órgano puede ser considerado independiente, hay que tener en cuenta, especialmente, el procedimiento de designación y la duración del mandato de sus miembros, las garantías existentes contra a las presiones exteriores y si tiene la apariencia de serlo efectivamente (véase, entre otras, la sentencia campbell y fell de 28 de junio de 1984, Serie A, núm. 80, págs. 39 y 40, apartado 78).En materia de *imparcialidad*, hay que distinguir entre un examen subjetivo, tratando de apreciar la convicción personal de un Juez en determinada ocasión, y otro objetivo para asegurarse de que reúne las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima a este respecto (véase, especialmente, la sentencia De Cubre de 26 de octubre de 1984, serie A, núm.86, págs. 13 y 14, apartado 24).

Así las cosas, en el proceso penal, diseñado por el nuevo Código, los actos de prueba estarán legitimados- en general- por la inmediación del Tribunal de Sentencia. Conforme determina el artículo 336 del Código Procesal Penal, la deliberación y votación del Tribunal <<solo tendrá en cuenta las pruebas que se hayan ejecutado durante el debate>>, por su parte, el artículo 342 del mismo texto, sienta la regla de que la actividad decisora del Tribunal de Sentencia ha de tomar necesariamente como base <<las pruebas presentadas por [las partes] en el juicio oral y público>>.

Quiere decirse con ello que, en principio y como regla general, los únicos actos de prueba son los que se practican en los debates del juicio oral, bajo la inmediación del Tribunal y sometidos a contradicción. De tal regla tan sólo cabe exceptuar los supuestos de prueba anticipada y preconstituida, de la que trataremos más adelante. En cualquier caso, sí podemos adelantar que, también en estos supuestos, habrá un órgano jurisdiccional (el Juez de Letras) que intervendrá como garante de los derechos individuales y legitimador de la prueba anticipada (cfr. Arts. 256 y 277 CPP).

El Tribunal Constitucional español ha reiterado en innumerables ocasiones esta tesis. A titulo de ejemplo, la STC 228/1997, de 16 de diciembre (FJ 8), señala que:

> […] Como regla general, por prueba en el proceso penal ha de entenderse exclusivamente la producida en el juicio oral, único acto procesal en el que se aseguran las garantías constitucionales de inmediacion, contradicción, oralidad y publicidad (SSTC 31/1981, 154/1990, 51/1995 y 173/1997, entre otras muchas). Solo como excepción se admite la eficacia probatoria de aquellas actuaciones no producidas en el acto del juicio oral y siempre que resulte imposible su reproducción en el mismo.

En idéntico sentido, la STC 123/1997, de 1 de julio, tras sentar que <<sólo debe entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la indemnización del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y

Publicidad>>, añade inmediatamente después:<<De dicha regla general sólo han de exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción".

5. Sólo hay prueba bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad

La actividad probatoria exige la instauración del contradictorio, por medio de un juicio oral público, en que las partes actúen con *igualdad de armas*. Uno y otro son principios inherentes a la estructura del proceso (14), es decir, son consustanciales a la idea misma de proceso, de tal suerte que si faltasen podríamos hablar de la existencia de una fórmula autocompositiva, de un mero procedimiento, pero nunca de un proceso (15).

Los antiguos brocardos *audiatur et altera pars y nemo inauditus damnari potest*, que hoy suelen enunciarse como que <<nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio>>, hacen referencia al principio de contradicción. Éste es, al decir de CALAMANDREI <<el principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema>> (16).

Desde la perspectiva del derecho de defensa, que es lo que aquí interesa, el derecho a ser oído no solo supone la posibilidad de argumentar, sino que ha de comprender los dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar. Se trata de que tanto el acusador como el acusado han de poder aportar al proceso todos los hechos que estimen adecuados al objeto del mismo (alegaciones) y han de poder utilizar todos los medios de prueba legales, pertinentes y útiles para probar los hechos por ellos afirmados (prueba) (17).

Por lo demás el principio de contradicción supone la posibilidad de que las partes intervengan activamente en la práctica de las pruebas propuestas por la contraria. Sólo así cabe hablar de un juicio justo *(fair trial),* con todas las garantías *(cfr.art. 90 CPH).* Precisamente la posibilidad de contrainterrogar a quienes rindan su testimonio (como acusado, víctima, testigos o peritos), viene recogida en el artículo 8.2.f) del pacto de san José como <<una de las garantías mínimas" del proceso penal>>.

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal no solo ha recogido la contradicción como uno de sus principios informadores (art.4), sino que ha proyectado su vigencia concretamente sobre los actos de prueba, tanto la que puede llevarse a cabo anticipadamente (que posibilita la presencia e intervención del Fiscal y demás partes interesadas <<en la forma prevista en el debate>>: arts. 256 y 277) como la practicada en el juicio oral.

---

(14) Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, págs. 181 y ss.

(15) Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena y Cortés Dominguez), Colex, 2° ed., Madrid, 1997, pág. 292.

(16) Calamandrei, Piero, *Proceso y Democracia*, traducción de Fix, Zamudio, Buenos Aires, 1960, pág. 148.

(17) Montero Aroca, Juan, *Principios del Proceso Penal*. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, 1997, pág.141.

El principio de igualdad de armas requiere que las partes intervinientes en el proceso tengan los mismos derechos, expectativas y cargas, de tal modo que no quepa la existencia de privilegios a favor ni desventajas en contra de alguna de ellas. Igualdad en los medios de ataque y defensa de los intervinientes en el proceso penal, cuya realidad efectiva el Código Procesal Penal deja en manos de los Jueces y Magistrados (art. 13).

6. La evidencia no puede obtenerse a cualquier precio: pruebas prohibitivas e ilícitas

La actividad probatoria no solo puede realizarse a través de la introducción de medios lícitos de prueba. No se trata aquí de rechazar los medios de prueba que no estén expresamente previstos por la ley, puesto que se da la circunstancia de que el Código Procesal Penal se ha alineado con los sistemas de *numerus apertus* en cuanto a medios probatorios. Así, el artículo 199 autoriza que los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso puedan ser demostrados "utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté expresamente regulado en este Código, siempre que sean objetivamente confiables

En realidad, lo que quiere ponerse de manifiesto es que la obtención de la prueba y su introducción en el proceso ha de hacerse con escrupuloso respeto hacia los derechos individuales reconocidos en la Constitución (arts. 65 y ss.). Derechos tales como el relativo a la integridad física, psíquica y moral (art.68); el derecho a la libertad personal (art. 69); a la intimidad personal y familiar (art. 76); a la libertad de deambulación (art. 84); el de defensa, proclamado como <<inviolable>> (art. 82); el derecho a no autoincriminarse (art. 88) o, sin ánimo exhaustivo, la inviolabilidad del domicilio (art. 99) y el secreto de las comunicaciones (art. 100), no pueden en absoluto ser obviados en lo relativo a la validez y eficacia de las pruebas en el proceso penal. Todos ellos sirven como referente y elemento exegético básico para determinar si una determinada prueba ha sido obtenida vulnerando algunos de los derechos individuales y, como tal, da lugar a la prohibición de valorar su resultado probatorio.

Aunque al tratar específicamente el tema de las pruebas prohibidas e ilícitas abundaremos en ello, si debe ponerse en relieve- desde este momento- la diferencia entre unas y otras. En la práctica forense suelen utilizarse indistinta- pero erróneamente- los términos prueba prohibida y prueba ilícita como si tuvieran idéntico contenido, cuando en realidad entrañan conceptos distintos. La prueba ilícita es la infringe cualquier ley, no solo la Constitución del Estado, como norma suprema, sino también las normas infraconstitucionales; por el contrario la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales o internacionales, tuteladoras de los derechos humanos fundamentales. Prueba ilícita es, pues, un concepto más amplio que engloba, como una concreción de aquélla, a la prueba prohibida.

Pero además se diferencian por sus efectos. Mientras que las pruebas prohibidas, atentatorias de los derechos individuales, carecen de eficacia y no pueden ser valoradas por el Tribunal sentenciador (art. 200 CPP), sin que ocasiones nulidad procesal alguna; las pruebas ilícitas, por vulneración de la legislación ordinaria, pueden dar lugar a la nulidad de actuaciones (p. ej., arts. 138, 166, 289 CPP),

siempre que no sea posible su subsanación (arts. 9, 171 CPP). Precisamente del tenor del artículo 200 del Código Procesal Penal se desprende que la carencia de eficacia probatoria, o el ámbito de prohibición valorativa, no se extiende a cualquier supuesto de prueba ilícita, sino solo y exclusivamente a la que vulnere las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte.

II. EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA: Prueba anticipada y preconstituida

Ya hemos visto con anterioridad cómo, en materia probatoria, la regla general es que el Tribunal de Sentencia tan solo puede fundamentar su resolución en la prueba practicada bajo su inmediación en el juicio oral y público (art. 342 CPP). Pero también anunciamos que las llamadas pruebas anticipadas y las preconstituidas son una legítima excepción a aquella regla (arts. 256 y 277 CPP).

En efecto, hay ocasiones en que la constatación de ciertos hechos no puede trasladarse al momento de la celebración del juicio oral. La fugacidad de ciertos elementos fácticos (v. gr. el índice de alcoholemia) impiden su reproducción bajo la inmediación del Tribunal de Sentencia en el ulterior juicio oral. Otras veces, lo que resultará imposible o extremadamente difícil será la presentación de una determinada fuente de prueba (p. ej., testigo) ante el Tribunal enjuiciador. Por ello se hace necesario que el Juez de Letras- o incluso, en contadas ocasiones el Ministerio Público, actuando a prevención- procedan a asegurar ciertas pruebas que, de lo contrario, se perderían irremediablemente.

Así, en unos casos, la prueba se llevará a cabo directamente bajo la inmediación del Juez de Letras, con estricta observancia de idénticas garantías que las prevenidas para su práctica en el debate del juicio oral (art. 277. IV CPP). En otras ocasiones, el Juez de Letras tan solo asegurará las fuentes de prueba, en las que no ha intervenido inmediatamente, para poder después trasladarlas al órgano de enjuiciamiento (v. gr., la custodia de los efectos secuestrados, regulada en el art. 220 CPP; o el resultado de la intervención de las comunicaciones, a que se refiere el art. 223. VI del CPP).

Pese a la dificultad encontrada por algunos autores para distinguir claramente las pruebas anticipadas y preconstituidas (18), GIMENO SENDRA apunta que una y otra se diferencian a tenor del cometido del Juez. Si el Juez es quien practica el acto de prueba, nos encontramos ante un supuesto de prueba anticipada. Si tan sólo custodia o guarda las fuentes de prueba, se trataría de actos de prueba preconstituida (19).

Dejando a un lado los conceptualismos, lo cierto es que estas pruebas, aún practicadas dentro de la investigación preliminar, se diferencian claramente de los "actos de investigación", porque se manifiestan aptos para desvirtuar la presunción

(18) Por todos Diaz Cabiale, José Antonio, *"La admisión y práctica de la prueba en el proceso peal"*, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, número 20, págs. 39 y ss.
(19) Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 375.

de inocencia. O, si prefiere, permiten al Tribunal de Sentencia extiende a ellos su conocimiento para fundamentar una sentencia condenatoria a través de su incorporación al acervo probatorio mediante su lectura en el acto del juicio (cfr. Art. 311 CPP).

En cualquier caso, para que tales actos tengan virtualidad como prueba, es preciso que cumplan una serie de requisitos y garantías de orden material, subjetivo, objetivo y formal. Las SSTC 200/1996 y 40/1997 han declarado al respecto que los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada pueden servir para enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de los siguientes requisitos:

a) Material: Que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994 y 51/1995).

b) Subjetivo: Que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción (STC 303/1993). Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la Policía Judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras).

c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible (STC 303/1993), y

d) Formal: como es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la *cross examination* (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción, así como de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la "lectura de documentos", la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de las intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y la última STC 200/1996, fundamento jurídico 2°).

Veamos algo más ampliamente de cada uno de estos requisitos y su aplicación al proceso penal hondureño.

1. Requisito material: la irrepetibilidad del hecho

Característica común a todos estos actos de prueba, tanto la anticipada como la preconstituida, es su *irrepetibilidad*. Se trata de actos que, por la fugacidad del objeto sobre el que recaen, no han de poder ser reproducidos en el día de la celebración del juicio oral.

FERRUA (20) distingue entre una irrepetibilidad estructuralmente congénita *al acto y siempre verificable ex ante,* tal y como sucede con las diligencias de intervención telefónica, allanamiento (entrada y registro en domicilio o lugar cerrado), secuestro, etc.; y otra irrepetibilidad por efecto sobrevenido, pero que afecta a casos en sí mismos reproducibles, destacando aquí, en especial, los interrogatorios y careos que , ante circunstancias objetivas, devienen irreproducibles en el futuro juicio oral.

Atendiendo a los distintos supuestos contemplados en el artículo 277 del Código Procesal Penal, las causas justificativas de la anticipación de la prueba pueden reconducirse a cuatro grandes grupos (21):

a) Pruebas expuestas a posibles contaminaciones.
b) Pruebas expuestas a deterioro.
c) Pruebas no reproducibles.
d) Pruebas incompatibles con la concentración del debate.

A) Pruebas expuestas a posibles contaminaciones

Se trata de aquellos supuestos en que la prueba se anticipa cuando un testigo o perito <<corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos>>. Claro es que, la práctica anticipada de ésta prueba requiere petición <<fundada>> del Ministerio Público o de cualquiera de las partes. Quiere ello decir que no bastará con que el peligro se intuya; es preciso que quien solicita la prueba aporte fundados motivos, concretas y específicas razones acompañadas de, al menos, un principio de prueba que justifique la existencia de tales presiones, violencia, etc.

Este motivo para anticipar la prueba tendrá seguramente una aplicación preferente en los delitos cometidos por bandas o grupos organizados: acciones delictivas mafiosas, cárteles de la droga, terrorismo o delitos de especial violencia.

En la jurisprudencia constitucional española también encontramos casos en Que se han estimado las amenazas a un testigo como razón válida para que no compareciese en juicio, introduciéndose entonces su declaración en el plenario mediante lectura de la misma. STC 154/1990, de 15 de octubre:

[…] En el presente caso la Audiencia Provincial ha entendido razonadamente que la ausencia de la principal testigo, de nacionalidad extranjera, en paradero desconocido, y que ya en la fase sumarial había sufrido amenazas tendentes a evitar su testimonio, podía permitir considerar de reproducción imposible su testimonio sumarial, que se había realizado con todo tipo de garantías, y por ello, como prueba válida de cargo, frente a la que tanto en el juicio oral como en el

(20) FERRUA, P., <<Imputado e indefensore nel nuevo processo penale>>, en profili del nuevo processo penale (obra colectiva), Padua, 1988, pág. 69.

(21) Coincidentes con los expuestos por la doctrina italiana respecto del Codice di Procedura Penale Cfr. Asencio Mellado, José maría, Prueba Prohibida y prueba preconstitutida. Trivium, Madrid, 1989, págs. 173 y ss.

propio recurso de casación, el acusado hoy recurrente pudo formular cuantos reparos tuvo por conveniente. La consideración como prueba preconstituida realizada con las debidas garantías y traída al juicio oral que ha hecho el órgano judicial de la identificación indubitada del recurrente como quien intervino en el hecho criminoso no ha violado así su derecho a la presunción de inocencia.

En la misma línea- aunque con mayores explicaciones al respecto- se expresa la STS de 10 de junio de 1993 (ar. 4871):

[…] Restan, por último, las declaraciones del testigo presencial Salvador M. S. Esta persona, dando muestras de una solidaridad y civismo, mucho más encomiable con su contraste con las actitudes inhibitorias del común de la ciudadanía en circunstancias análogas, al presenciar como un anciano era robado procedió de inmediato a avisar a unos policías próximos e identificar y señalar al autor del robo, permitiendo así su captura. Compareció después en el Juzgado, ratificando su declaración y procediendo al superfluo reconocimiento en rueda, que el Juez practica en condiciones procesales que lo invalidan, pero que no son achacables a la voluntad cooperadora del testigo. Ahora bien, tal actividad inicial cambia en la fase de plenario: El testigo, propuesto por el Fiscal, no comparece al primer señalamiento del juicio oral obligando a suspender el acto. Hecha una segunda citación, comparece ante la Sala la víspera del día señalado para la celebración de la vista pública y declara ante uno de los miembros de la misma que <<por la fama de la familia del procesado, se encuentra atemorizado, ante una posible agresión a él y a su familia>>. Se ratifica, a continuación en sus declaraciones sumariales y en el reconocimiento del acusado. Al día siguiente, ante la nueva incomparecencia del testigo, se procede a leer en la vista pública las declaraciones de dicho testigo, en la forma prevista en el artículo 730 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que les da publicidad, origina su conocimiento por el acusado y permite a este la contradicción relativa discutiendo su valor e impugnando su credibilidad, que es propia de tal forma de traer las pruebas previas al juicio, al acto de enjuiciamiento. Forma reconocida como válida tanto por el Tribunal Constitucional (S. 7 de julio de 1988), como por esta sala y siendo de notar que en el acta del juicio no consta objeción alguna de la defensa del acusado a tal modo de producirse la prueba.

La cuestión que plantea esa forma de traer al juicio las declaraciones del citado testigo es si se cumplían en el caso las condiciones previstas en el artículo 730 citado. Evidentemente, de un lado, la parte que propuso al testigo era ajena a la imposibilidad de la práctica de la prueba; y de otro, una nueva suspensión sería entrar en el terreno, también vedado constitucionalmente, de las dilaciones indebidas. Por último, si bien la sala tenía medios para forzar la comparecencia de dicho testigo, sería cuestionable hasta que punto podría exigirse de aquel otro comportamiento, realizando la comparecencia, venciendo la coacción psicológica del miedo a los males posibles para su persona y las de sus familiares y asumiendo el riesgo temido que de tal comparecencia se derivaría. La sala se encontró ante un conflicto de intereses entre la necesidad de la justicia y el sentimiento de seguridad del testigo, que constituye también un bien jurídico a respetar, y optó por resolver tal conflicto consintiendo la incomparecencia y acudiendo al medio supletorio que el artículo 730 de la LECrim., prevé para los casos de imposibilidad de la práctica de la prueba en el juicio oral. Imposibilidad que no era material, pero si psicológica o, al menos, el tribunal debió considerar como tal, al utilizar lo prevenido en el

citado artículo 730. Finalmente valoró la prueba así practicada en un sentido que la mayoría de la colectividad social consideraría razonable.

B) Pruebas expuestas a deterioro

<<En caso de peligro de pérdida o inutilización de cualquier medio de prueba (señala el artículo 277.I CPP), el órgano jurisdiccional, a petición del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, adoptará las medidas necesarias para evitar el peligro y, en su caso, ordenar la recepción anticipada de la prueba>>.

Toda prueba pericial sujeta a deterioro o mudabilidad esencial debería ser objeto de la prueba anticipada, posibilitando así la vigencia del contradictorio también en esta materia y momento. Precisamente el artículo 242 del CPP prevé que se comunique a las partes la fecha en que se procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia para que puedan presenciar su práctica, salvo que su presencia <<no tenga utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el éxito de la pericia>>.

C) Pruebas no reproducibles

Se remite aquí el Código Procesal Penal hondureño a los clásicos criterios de la enfermedad u otro grave impedimento: <<riesgo grave de fallecimiento de un testigo o perito>>, <<por ausencia o por cualquier otra causa, sea imposible o extraordinariamente difícil que comparezca en el acto del juicio>>.

La doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles han admitido la eficacia probatoria de las diligencias sumariales en los casos de la prueba preconstituida y anticipada a que se refiere el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (22) (muy semejante a lo dispuesto por el art. 311 del CPP hondureño). Se incluye aquí la posibilidad y licitud de reemplazar, en determinados supuestos, la prueba testifical que no puede practicarse en el juicio por la lectura de las declaraciones sumariales.

Se trata de los casos en que el testigo haya fallecido (SSTS de 15 de abril y 16 de junio de 1992); o se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia (SSTS de 15 de enero de 1991 y 5 de junio y 16 de noviembre de 1992); o bien cuando se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización (SSTS de 26 de noviembre y 1 de diciembre de 1992).

1) Testigo fallecido

STS de 21 de diciembre de 1995 (ar.9440):

> […] Concretamente, y por lo que a la prueba testifical se refiere, la practica de

(22) SSTC 80/1986, 25/1988, 217/1989 y 140/1991, y SSTS de 15 de marzo de 1996, 4 de octubre de 1996 y 28 de mayo de 1997.

la misma es propia de la vista oral, Únicamente, Y con carácter excepcional, se admite, sin embargo, que cuando la presencia del testigo devenga imposible (por haber fallecido, por encontrarse en paradero desconocido, o por causas similares), se incorporen al debate del juicio oral del modo previsto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, mediante la lectura de las declaraciones prestadas en el sumario (v. S. 16 de marzo de 1995 y las en ella citadas), como se hizo en el presente caso, al haberse dado lectura, a instancia del Ministerio Fiscal, de las declaraciones de los testigos fallecidos, obrantes a los folios 2,4,5,11,13,6,7,8 y 62 (v. acta del juicio oral).

[…]

A la vista de todo lo dicho, es preciso concluir que la acusada ha sido condenada en un proceso desarrollado con observancia de todas las garantías legalmente previstas, en atención al conjunto de circunstancias concurrentes en el presente caso, y que el Tribunal de instancia ha dispuesto de suficiente prueba de cargo, legalmente obtenida e idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que inicialmente debe reconocerse a la persona acusada. En conclusión, procede la desestimación de los dos primeros motivos del recurso.

STS de 16 de enero de 1997 (ar. 54):

[…] La sentencia considera acreditada la participación del acusado por las claras y determinantes declaraciones sumariales e identificación efectuada por la victima Lina K.H. en el reconocimiento en rueda practicado en presencia del Letrado durante la instrucción sumarial, introducidas unas y otro en el debate propio del juicio oral mediante su lectura conforme al artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que aquella no pudo ser citada a dicho acto, ni consiguientemente, comparecer a los efectos interesados por las partes, constando en el rollo de la audiencia (folio 447) y según manifestaciones de su Jefe, que Lina K. falleció el 28 de agosto de 1993 en el Hospital Clínico Universitario por derrame cerebral. La propia Sala dicta providencia en 17 de diciembre de 1993 acordando notificar a las partes dicho fallecimiento, sin que se hiciese observación o formulase alegación alguna al respecto. El Ministerio Fiscal solicitó y así se efectuó, la lectura de los folios correspondientes a las declaraciones prestadas por la testigo, con ratificación del reconocimiento hecho ante la policía (folios 41, 57, 58 y 114). Todo ello introducido en el juicio oral por la vía del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la valoración merecida de prueba preconstituida, representa aquella prueba mínima de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

2) Testigo en el extranjero

ATS de 31 de enero de 1996 (ar. 102):

En el caso presente, se trata de tres testigos, dos de ellos ciudadanos británicos, residentes en el extranjero, todos ellos intentados citar en las tres ocasiones en que se suspendió el juicio oral por su incomparecencia.

En cuanto al primero, la defensa se limita a mostrar su protesta, sin dejar constancia de las preguntas que desearía formularle; mientras que en lo que hace a los dos últimos no se formulan propiamente preguntas sino una serie de posiciones, respecto de las que se pide ratificación. Así pues, se trataba de una prueba de

imposible práctica, razón por la que el Tribunal de instancia actuó correctamente al decidir la continuación del juicio y la lectura de las diligencias de reconocimiento y declaraciones sumariales de los ciudadanos británicos victimas del delito.

STS de 16 de febrero de 1988 (ar. 1175):

[…] El supuesto sometido ahora en nuestra consideración es una de las excepciones a la necesidad de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad que conforman la práctica probatoria en el plenario. Excepción que encuentra fundamento en el grave obstáculo que para su comparecencia en el acto del juicio oral presenta la residencia de un testigo en el extranjero habida cuenta de las importantes dificultades que ello comporta para obligarlo a declarar ante un Tribunal español, pese a los acuerdos internacionales de asistencia judicial existentes al respecto, de modo que por tales dificultades, estos supuestos han de equipararse a los casos de imposibilidad de reproducción de la prueba en el juicio oral previstos en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual permite la lectura en el plenario, a instancia de cualquiera de las partes, de las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pudieran ser reproducidas en el juicio oral.

3) Testigo ilocalizable, en ignorado paradero

STS de 27 de septiembre de 1996 (ar.6939):

[…] suspendida la vista tres veces por la incomparecencia del repetido testigo, que no pudo ser localizado, sus declaraciones anteriores fueron traídas al juicio oral no con la mera fórmula de <<reproducidas>>, sino en las condiciones previstas por el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fueron así validas y aptas para enervar la presunción de inocencia a través de la valoración que al Juzgador de instancia reserva el artículo 741 de dicho texto procesal.

STS de 20 de octubre de 1997 (ar.7605):

[…] El primer testigo, M.M. se encontraba en ignorado paradero. En la citación realizada para la segunda sesión del juicio oral consta telegráficamente que la citación no pudo ser entregada al destinatario porque marchó sin dejar señas. Por ello, a instancias del Fiscal, se procedió a dar lectura a su testimonio sumarial y el Tribunal valoró su declaración. Ciertamente, que el recurrente formuló protesta y señaló las preguntas, pero ello no significa sino el deseo de la parte proponente de acreditar con este testigo que no existió una mutua reyerta y que se desdijera de lo declarado. Pero el propio Tribunal de instancia, en el fundamento jurídico tercero, párrafo tercero <<*in fine*>>, se refiere a las manifestaciones de este testigo en la instrucción y cuya declaración fue incorporada como prueba documental en la causa <<cuyas manifestaciones fueron suficientemente clarificadoras al describir la mutua reyerta y el hecho de clavar maximina las tijeras a su oponente>>.

D) Pruebas incompatibles con la concentración del debate

<<el órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de

cualquiera de las partes, podrá disponer que se practique anticipadamente cualquier medio de prueba, cuando exista peligro grave de que resulte imposible o extraordinariamente difícil su práctica en el acto del debate>> (art. 277.II CPP).

Encajan aquí, sin duda, las pericias que han de efectuarse necesariamente en un laboratorio. Como regla general, los actos de investigación pericial se llevarán a cabo, durante la etapa preparatoria del juicio, sin perjuicio de que el informe sea leído en este acto (art. 311 CPP) a efectos de su ratificación y contradicción por las partes.

Otro supuesto típico incardinable entre los supuestos de pruebas incompatibles con los debates del juicio es el "reconocimiento de personas" (arts. 253 y ss. CPP). A propósito de esta diligencia de prueba, el Tribunal Constitucional español ha declarado en STC 10/1992, de 16 de enero, que:

[…] Es razonable pensar que, por la inmediatez con los hechos de que el reconocimiento en rueda requiere, en otras razones, se trata de una actividad que, debido a la publicidad del juicio y a su dilatado distanciamiento temporal de los hechos, presenta dificultades de realización en el acto del juicio oral, por su misma naturaleza; y así se reconoció en el ATC 909/1986, donde también se dijo que es una prueba personal <<que no sufre transformación por el hecho de su constancia escrita>> (fundamento jurídico segundo). Ahora bien, evaluar la capacidad de la identificación en rueda para integrar una prueba de cargo respecto de la culpabilidad del inculpado, y de naturaleza preconstituida, requiere tener forzosamente en cuenta el objeto sobre el que recae el reconocimiento.

2. Requisito subjetivo: la independencia del órgano que interviene la prueba. Su posible excepción en la prueba preconstituida

Los actos de prueba durante la investigación preliminar requieren la intervención del Juez de Letras. Ello es obvio: la prueba exige siempre la inmediación de un órgano dotado de imparcialidad e independencia y de tales cualidades solo está dotada la autoridad judicial. Por esa razón el Ministerio Público, pese a su deber de objetividad en la investigación (comprobando tanto las circunstancias desfavorables como favorables al imputado: cfr. Art. 93.II CPP), al ser una persona procesal no puede generar actos de prueba.

El Juez de Letras asume así el papel de legitimador de la prueba anticipada. El Código Procesal Penal prevé, con carácter general en el artículo 277, la intervención de la autoridad judicial en el aseguramiento de la prueba para el juicio oral. Yendo a los casos particulares, encontramos que el Código establece esta misma exigencia en cuanto a la práctica del reconocimiento de personas (art. 256), la reconstrucción de los Hechos (art. 262), o la declaración del imputado o testigos sordomudos que solo puedan darse a entender por escrito (arts. 232, 286 y concordantes, en relación con el 311.3).

Por lo que atañe a las pruebas preconstituidas, la intervención del Juez se hace *ab initio* y no necesariamente durante la práctica de las mismas. Aquí el Juez se convierte en garante de los derechos individuales y, una vez practicada la diligencia de investigación, quedan a su disposición los objetos, instrumentos o

efectos del delito que hayan sido intervenidos (art. 220.I), aunque estén material y físicamente depositados en la dirección General de Investigación Criminal (cfr. Art.209, penúltimo párrafo) o en cualquier otro lugar que el Juez designe (art.220).

Así los registros personales, cuando afecten a zonas anatómicas íntimas, precisan de autorización y mandato judicial, mediante auto motivado (art. 206.V.). Lo mismo sucede respecto de los exámenes corporales y extracción de muestras del imputado (art. 107), el registro o examen de la correspondencia u otros documentos o papeles privados hallados en el interior de un vehículo (art. 208.III), el allanamiento de morada (art. 213), la interceptación de la correspondencia (art.221), la intervención de las comunicaciones (art. 223).

Además, es posible que en determinadas pruebas preconstituidas (no así en las anticipadas) el Juez de Letras ni siquiera intervenga (por no ser precisa su autorización al no estar en cuestión derechos individuales). Será entonces la propia Policía de Investigación Criminal (ya sea sola o acompañada del Fiscal, médico forense, peritos, etc.) quien las practique, por su propia autoridad e iniciativa. Tal sucede, por ejemplo, en la inspección del lugar de los hechos y en la recogida y conservación de los vestigios allí encontrados (art. 203); en la diligencia de levantamiento del cadáver (art. 204); en los registros personales, salvo que afecten a zonas íntimas (art. 206); en la inspección de vehículos (art. 208); o en el registro de sitios públicos (art. 209).

En todos los casos anteriores (tanto los intervenidos por la autoridad judicial como por la policía), siempre que se hayan observado en su práctica las disposiciones del Código, las actas que documenten la concreta inspección, reconocimiento, registro o allanamiento, podrán ser incorporadas al acervo probatorio del juicio oral por lectura que hará el Secretario, aunque habrán de ser ratificadas en juicio siempre que ello sea posible (art. 311.4).

El ordenamiento procesal español no es ajeno a la preconstitución de prueba por agentes de la autoridad. Un claro ejemplo de ello son las pruebas de alcoholemia, practicadas normalmente de la Guardia Civil, cuya naturaleza de pericia técnica con carácter de prueba preconstituida ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (SSTC 100/1985, 3/1990, 222/1991, 252/1994). Con todo, para que surtan efectos enervatorios de la presunción de inocencia, nos dice la STC 222/1991 que:

[…] Es preciso, además, que la prueba alcoholométrica se incorpore al proceso y sea susceptible de contradicción en el juicio oral, con la presencia de los agentes que lo hayan practicado o, al menos que el test haya sido ratificado durante el curso del procedimiento judicial.

En términos generales y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que faculta a la Policía Judicial para <<recoger todos los efectos, instrumentos o prueba del delito de cuya desaparición hubieres peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial>>, las SSTC 200/1996 y 40/1997 han avalado que, <<por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la Policía Judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/

1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras)>>, las cuales, documentadas en la correspondiente acta, previa lectura (art. 730 LECrim.) y ratificación en el acto del juicio, son pruebas preconstituidas. En fin, la STC 303/1993, de 25 de octubre (FJ 4), lo expresa del siguiente tenor:

A la Policía Judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el artículo 126 de la Constitución es la <<averiguación del delito y descubrimiento del delincuente>>, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría.

Ahora bien, junto a ésta facultad investigadora también le habilita nuestro ordenamiento, sin que se contradiga lo dispuesto en la Constitución, a asumir una función aseguratoria del cuerpo del delito (arts. 282 y 292 LECrim., y 4 y 28 del RD 769/1987 sobre regulación de la Policía Judicial), así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. En concreto, y en lo que a tales actos de constancia se refiere, este Tribunal ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholimétricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992, ATC 636/1987).

3. Requisito objetivo: la vigencia del principio de contradicción. Su posible excepción en la prueba preconstituida

La prueba exige la contradicción(23) y la igualdad de armas(24). Quiere decirse con ello que, en los actos de prueba anticipada, el Juez de Letras debe cumplir siempre con el deber de información e ilustración de sus derechos al imputado (arts. 101, 287 CPOP), a fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y proveerle de abogado- si no lo designa de su confianza-(arts. 15, 101, 289 CPP) con el objeto de que pueda comparecer a la ejecución del acto. Hasta tal punto es exigible la asistencia letrada al imputado que se configura como un derecho <<irrenunciable>>, y <<su violación producirá la nulidad absoluta de los actos que se produzcan sin la participación del defensor del imputado>> (art. 15 CPP).

No en vano, el artículo 14 del Código Procesal Penal (precepto que desarrolla el artículo 82 de la Constitución hondureña) sanciona la inviolabilidad del derecho de defensa declarando que <<el imputado y su defensor tienen derecho a estar presentes en los actos del proceso que incorporen elementos de prueba>>. Aunque añade el artículo 101.10, <<salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario>>.

---

(23) El artículo 4 del Código Procesal Penal recoge la vigencia del principio de contradicción en los siguientes términos: <<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 los elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso, incluso durante la investigación preliminar. En este último caso lo harán ante el Fiscal a cuyo cargo se encuentre la investigación>>.

(24) Esta garantía encuentra también su declaración como principio básico en el artículo 13 del CPP; <<Los Jueces y Magistrados velarán por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso>>.

El legislador hondureño ha previsto, en el artículo 277 del Código, que para la práctica de las pruebas anticipadas se dé en sus más amplios términos el principio de contradicción. A tal efecto, el Juez de Letras habrá de citar al acto a todas las partes (Fiscal, imputado, acusador privado), quienes <<tendrán derecho a asistir a la práctica anticipada de la prueba, en la forma prevista para el debate>>. Ello significa que regirán en la práctica de éstas pruebas los principios de publicidad (art. 308) y oralidad (art. 308 CPP) y que las partes intervendrán en las mismas conforme a las normas que rigen el juicio oral, aplicables aquí supletoriamente por remisión expresa.

Por lo demás, apuntar aquí una restricción a la intervención personal del imputado y una ampliación garantista de la intervención del defensor. El imputado detenido, por lo general, no participará en las pruebas anticipadas, siendo representado por su defensor; excepcionalmente se podrá autorizar su presencia si pide intervenir personalmente y no existe riesgo de fuga. El principio de contradicción se lleva en el Código al extremo de que, incluso cuando aun no haya imputado en la causa, se practique el acto <<citando a un defensor de oficio para que controle el mismo>> (art. 277, último párrafo) (25).

Distinto es lo que acontece con las pruebas preconstituidas. En ocasiones, como sucede por ejemplo con los allanamientos de morada (art. 212), o con la intervención de las comunicaciones (art.223), no es posible, por razones obvias, garantizar plenamente el principio de contradicción durante la práctica de estas diligencias. Ello no obstante, si se cumplen las garantías que el Código establece para su práctica, el Tribunal de Sentencia también podrá extender su conocimiento al resultado plasmado en la pertinente acta de registro o de transcripción de las grabaciones, mediante su lectura en el acto del juicio (art. 311. 4). Lo mismo sucede, a título ejemplificativo, en casos tales como la inspección ocular del lugar de los hechos (art. 203), el levantamiento e identificación del cadáver (art. 204), etc.

4. Requisito formal: la lectura del documento

La prueba anticipada y preconstituida ha de ser introducida- como parte del acervo probatorio del juicio oral-mediante el trámite de la lectura de documentos, contemplado en el artículo 311 del Código Procesal Penal.

La finalidad de dicha lectura consiste, de un lado, en posibilitar la contradicción a las propias partes; y de otro, impedir que, a través del examen de oficio de la prueba documental, acaben por introducirse en calidad de prueba todos los actos de investigación llevados a cabo durante la etapa preparatoria y que, naturalmente, quedaron plasmados en un acta.

---

(25) En realidad, más que garantizar la contradicción del acto, los términos del precepto sugieren una desconfianza del legislador tanto en el Ministerio Público como en el Juez de Letras y el secretario que habría de levantar la correspondiente acta (art. 131). A todos ellos les impone la presencia de un defensor de oficio para <<controlar de la legalidad del acto>>.

III. Objeto, carga y valoración de la prueba

1. *Objeto: Pertinencia y otras notas sobre la admisibilidad de las pruebas*

El objeto de la prueba, *o thema probandi*, viene determinado por las partes. Son ellas quienes introducen los hechos en el debate (art. 301 CPP). Así en la exposición formalizando la acusación han de afirmar los hechos constitutivos de la pretensión penal; y, en la contestación a los cargos, los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes (26). En cualquier caso, las afirmaciones de las partes en sus respectivas calificaciones han de recaer sobre hechos que hayan sido introducidos de algún modo en la investigación preliminar, durante la etapa preparatoria. Precisamente al formalizar la acusación, tras exponer una relación sucinta (breve y precisa) de los hechos (acciones u omisiones constitutivas de delito), se ha de contener una <<expresa mención de los aspectos más relevantes de la investigación realizada en torno de dichas acciones u omisiones>> (art. 301.2 CPP).

La determinación por las partes de lo que ha de ser objeto de prueba en el momento de formalizar la acusación y defensa en la audiencia preliminar reviste singular importancia. En primer lugar, el Tribunal de Sentencia podrá rechazar aquellos medios de prueba que, propuestos en el momento procesal oportuno (cfr.arts 317 y 333), no guarden relación con los hechos que se van a enjuiciar, es decir, sean impertinentes, inútiles o desproporcionados (art. 317.IV); y, en segundo término, estará autorizado el Presidente para repeler aquellas preguntas, realizadas por las partes a los intervinientes en la ejecución de la prueba que, por la misma razón, pudieran resultar impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas (art. 330).

a) ***Carga sobre la argumentación de la pertinencia.*** Las partes tienen la carga de indicar, al proponer los medios de prueba de que van a valerse, los hechos o circunstancias que con ellos pretenden probar (art. 317.III CPP). Es decir, tienen la carga de argumentar ante el Tribunal de Sentencia la pertinencia de la prueba.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de tratar el tema señalando que, <<desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio>> (SSTC 34/1996, 116/1997). Claro es que, una exigencia simétrica- continúan diciendo estas sentencias-<<impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, sin cuya motivación tales decisiones podrían incurrir en arbitrariedad>>.

b) ***Otras notas sobre la admisibilidad de las pruebas.*** Entre las disposiciones generales del Libro Primero, señala el artículo 199.III que <<los medios de prueba serán admitidos, solo sin son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación; resultan útiles para la averiguación

---

(26) Es posible, sin embargo, que para no desvelar su estrategia defensiva a la acusación, la defensa se limite en su escrito simplemente a negar los cargos, manifestando no ser ciertos los hechos de los que se le acusa y, consecuentemente, errónea su incardinación como delito.

de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir>>. También durante la investigación preliminar, dice el artículo 272 del Código Procesal Penal, que en la búsqueda de la verdad se practicarán todas las diligencias <<pertinentes y útiles>> para determinar la existencia del hecho punible y el grado de responsabilidad de los agentes.

En resumidas cuentas, la admisibilidad de un medio de prueba no viene solo y exclusivamente determinada por su pertinencia. Otras notas completan la caracterización de la actividad probatoria: las pruebas propuestas, además de pertinentes, han de ser útiles, proporcionadas en relación con la finalidad probatoria que se pretende, no meramente dilatorias, ni ilícitas. La falta de cualquiera de estas características ha de llevar al Tribunal de Sentencia a rechazar la prueba propuesta (art. 317. IV). Y es que, como bien subraya el Tribunal Constitucional español, el derecho de defensa, en su faceta de utilización de los medios de prueba, <<no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada>> (SSTC 89/1986 y 128/1998). En fin, es al juzgador a quien corresponde decidir sobre la admisibilidad de cada tipo de prueba según su naturaleza y su relación con cuanto se intenta verificar, adecuación e idoneidad con reflejo en la admisibilidad y pertinencia (STC 34/1996).

Es más, aún admitida una prueba como pertinente, es posible que su falta de práctica ulterior no vulnere el derecho de defensa; y ello porque, siendo en primer momento pertinente, puede resultar después innecesaria o inútil, si lo que con ella se pretende justificar ha quedado suficientemente acreditado por otras pruebas ya practicadas. Para que se infrinja el derecho de defensa no basta simplemente con que no se haya practicado una determinada prueba, propuesta en tiempo y forma y admitida por el Tribunal. Es necesario comprobar si, del hecho de que no se practicase la prueba admitida, se deriva una efectiva indefensión para la parte proponente, toda vez que –tal y como declara la STC 129/1998- <<este derecho fundamental únicamente alcanza aquellos supuestos en que la prueba es "decisiva en términos de defensa" (SSTC 59/1991 y 357/1993), esto es, "que se haya generado una real y efectiva indefensión" (STC 1/1996)>>.

c) ***Contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.*** El derecho a la prueba es instrumental del derecho de defensa, de forma que uno y otro están íntimamente conectados por una relación de causa a efecto: la vulneracion del derecho a la prueba puede dar lugar a la vulneración del derecho de defensa (STC 187/1996). Son inseparables: de tal modo que podríamos hablar del derecho de los litigantes <<a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa>>. Así, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes forma parte integrante del derecho constitucional a la no indefensión o, si se prefiere, del <<inviolable>> derecho de defensa (art. 82 CPH). También la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra, en su artículo 8.2 .f, el derecho a la prueba como parte del derecho de la defensa <<a interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos de otras personas que pueden arrojar luz sobre los Hechos>>.

En fin, el derecho al proceso <<con las debidas garantías>> (arts. 14.1 PIDCP y 8.1 CADH) exige, entre sus distintas facetas, que las partes puedan valerse de medios de prueba pertinentes para convencer al órgano de enjuiciamiento de sus respectivas afirmaciones.

La STC 187/1996, de 25 de noviembre (F J 3), hace un resumen sobre cual sea el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes:

1) Es un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, que <<garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento>> (STC 131/1995).

2) No comprende, sin embargo, un hipotético <<derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada>> (STC 89/1986), en virtud de la cual las partes se consideren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer (SSTC 40/1986, 212/1990, 87/1992 y 233/1992, entre otras). Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, la acotación de su alcance <<debe encuadrarse dentro de la legalidad>> (STC 167/1988), de tal modo que es *conditio sine qua non* para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 21/1990, 87/1992, entre muchas otras).

3) La consecuencia que de todo ello se sigue es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa <<cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda>> (SSTC 149/1987 y 212/1990).

Por lo tanto siendo inobjetable que a los Tribunales de Justicia corresponde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 303 de la Constitución hondureña, la interpretación de las normas legales aplicables a fin de pronunciarse sobre la admisión de los medios de prueba, resulta también indudable que a través del recurso de amparo (art. 183 CPH) sólo se podrá revisar esta actividad jurisdiccional en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria (cfr. Las SSTC español 149/1987, 52/1989, 94/1992, 233/1992, 1/1996, entre otras).

d) ***Casación por indefensión probatoria.*** Por lo que se refiere a las pruebas inadmitidas por el Tribunal de Sentencia, para que un eventual recurso de casación ante la Corte Suprema prosperase por infracción de precepto constitucional (en este caso indefensión: art. 82 CPH), no bastaría con la simple denegación judicial sobre la petición de actividad probatoria; ni siquiera sería suficiente con la falta de una respuesta judicial razonada acerca de la omisión de una determinada prueba (ello constituiría una incontestable irregularidad formal, pero no necesariamente con trascendencia material). Lo que la indefensión requiere es un efecto material: <<requiere que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto>>(STC 218/1997).

Sería preciso demostrar, en consecuencia, <<la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas>> (SSTC 149/1987 y 131/1995), así como que se argumente de modo suficiente que la resolución final del proceso podría haberse alterado si se hubiese practicado la prueba denegada (SSTC 357/1993 y 1/1996), <<ya que sólo en tal caso-comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido-podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo>> (SSTC 187/1996, 190/1997, 100/1998).

2. Carga de la prueba

Las normas sobre carga de la prueba nos indican a cuál de las partes, si a la acusación o a la defensa, le corresponde desplegar la actividad procesal suficiente para acreditar determinados hechos controvertidos (carga de la prueba en sentido formal) y quien de ellas habrá de soportar en sentencia los efectos desfavorables consecuentes a no haber probado en juicio alguno de tales hechos (carga de la prueba en sentido material).

En el proceso penal, debido fundamentalmente a la obligación que tiene el Tribunal de Sentencia de esclarecer la verdad sobre los hechos (p. ej., art. 304 CPP) y del sometimiento del Ministerio Público al principio de la legalidad y al deber de objetividad, que le vincula tanto a pedir la condena del culpable cuanto la absolución del inocente (arts. 93, 284 CPP), podría decirse que no existe carga de la prueba en sentido formal.

Sea como fuere, lo cierto es que la aplicación directa e inmediata de la presunción de inocencia (arts. 89 CPH y 2 CPP), tiene como efecto, en primer lugar, el desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación. Son las partes acusadoras quienes han de acreditar en el juicio oral los hechos constitutivos, los hechos que conforman el tipo penal. Sin la prueba de tales hechos no cabe imponer sentencia condenatoria alguna. Pero, una vez probados los elementos constitutivos del tipo penal, las excepciones, bien se trate de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes son una carga probatoria que ha de afrontar la defensa del acusado (art. 47.II CPP) (27).

Por lo demás, la actividad probatoria de las partes acusadoras ha de ser <<suficiente>> para enervar la presunción de inocencia; o, como también señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: <<es necesario un mínimo de actividad probatoria de cargo>>, no pudiéndose entender por tal los meros actos de investigación pues, en puridad, no constituyen medios de prueba.

El restablecimiento de la presunción de inocencia, si se hubiere infringido lo anteriormente expuesto, puede lograse a través del recurso de casación por infracción de precepto constitucional (art. 361 CPP), o, incluso, por infracción de ley (art. 360 CPP) (28).

---

(27) Como botón de muestra, puede verse lo establecido en el nuevo Código a propósito de las excepciones. Tras enumerar las que son oponibles en el proceso penal (art. 46), afirma el artículo 47.II que <<la carga de la prueba recaerá sobre quien plantee la excepción>>.

(28) <<[…] Cuando dados los hechos que se declaren probados en la sentencia, se haya infringido un precepto penal u otra norma jurídica de carácter sustantivo, que deba ser observada para la aplicación de la ley penal o un principio de doctrina legal también de carácter sustantivo>>.

3. Valoración de la prueba

Una vez practicadas las pruebas en el juicio oral, el Tribunal de Sentencia habrá de deliberar y dictar su sentencia apreciándolas en su conjunto y <<de acuerdo con las reglas de la sana crítica>> (art. 336 CPP).

Lo que se viene a consagrar en este precepto es el principio de libre valoración de la prueba; libertad de valoración cuyo norte han de ser las reglas de la sana crítica que en definitiva nos ponen en el terreno del sentido común guiado por la experiencia profesional (STC 34/1996). No significa, por tanto, libre arbitrio, ni posibilidad de dar entrada a la <<ciencia privada>>, sino que, antes al contrario, la valoración ha de versar:

a) En primer lugar, sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral, excepcionalmente, tal y como vimos, podrá el Tribunal fundamentar su sentencia en actos de prueba anticipada o preconstituida, pero en modo alguno sobre meros actos de investigación.

b) En segundo término, tampoco podrá basar su sentencia en pruebas obtenidas ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales (arts. 86, 192, 309 *in fine*, CPH).

c) Finalmente, la valoración de la prueba ha de realizarse con arreglo a las reglas de la lógica, máximas de experiencia o de la <<sana crítica>>. Ello conlleva la obligación, máxime si se trata de la llamada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la sentencia. A este propósito, y a la hora de redactar la sentencia, exige el artículo 338 del Código Procesal Penal que entre los fundamentos del fallo se efectúe la valoración de la prueba en los siguientes términos: <<se expresarán las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas en juicio y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente declarados probados>>.

   Si el Tribunal de Sentencia infringiera las anteriores reglas sobre acotamiento de la actividad probatoria tenidos en cuenta para basar su declaración de hechos probados o sobre el razonamiento de su resultado, quedará expedito el recurso de casación por quebrantamiento de forma (art. 362 CPP).

* * *

Ricardo Pérez

(29) **ARTICULO 198. <u>Finalidad de los medios de prueba.</u>** La finalidad de los medios de prueba es el establecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias, mediante el estricto cumplimiento de las disposiciones de este Código.

---

(29) Los artículos 198 al 262 están comentados por D. Ricardo Pérez.

COMENTARIO

Es el medio esencial con que las partes van a contribuir al convencimiento, al órgano jurisdiccional sobre la existencia o no de hechos punibles y su imputación o no al acusado como autor de los mismos. Con la prueba el órgano jurisdiccional puede condenar o absolver al acusado.

ARTICULO 199. Medios de prueba permitidos. Los hechos y circunstancias relacionados con el delito objeto del proceso, podrán ser demostrados utilizando cualquier medio probatorio, aunque no esté 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 regulen el medio de prueba que más se asemeje.

Los medios de prueba 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.

Existiendo testigos presénciales y siendo posible su citación a juicio, su testimonio no podrá ser discutido por testigos de referencia.

COMENTARIO

A través de la prueba practicada en el juicio oral se puede formar la convicción judicial, esto es, con las pruebas previstas legalmente, que en principio pueden ser todas las imaginables dado que no existe tasación de los medios de prueba.

La prueba a ser propuesta por las partes deberá basarse en tres criterios: 1. Que la prueba haya sido propuesta de manera correcta formalmente, 2. Que no se trate de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales; y 3. Que sea pertinente, es decir, que el medio de prueba sea idóneo para probar los hechos concretos debatidos o controvertidos.

ARTICULO 200. Pruebas Prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información.

COMENTARIO

En la apreciación de la prueba hay que extraer, en cualquier caso, los supuestos de prueba ilícita y de prueba prohibida. Aunque ambos términos suelan utilizarse indistintamente, en realidad, entrañan conceptos diferentes.

La prueba ilícita es la que infringe cualquier ley, no solo la fundamental, sino también la legislación ordinaria, en tanto que la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales.

***

PRUEBA PROHIBIDA E ILÍCITA

(ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES)

Luis Alfredo de Diego Diez
Magistrado

I. LA PRUEBA ILÍCITA

1) El principio de legalidad
   a. Su enunciado: garantía penal y garantía procesal de legalidad.
   b. El principio de legalidad en la Constitución Política de Honduras
      a) Garantías de legalidad sustantiva
      b) Garantías de legalidad jurisdiccional
   c. El principio de legalidad en la legislación ordinaria hondureña
2) La búsqueda de la verdad en el proceso penal
3) Los derechos individuales en el proceso penal

II EL ARTÍCULO 200 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1) *Carecerán de eficacia probatoria*
2) *Los actos o hechos que vulneran las garantías procesales*
3) *Asi como cuantos sean consecuencia necesaria de aquéllos*

III. ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES RELATIVOS AL ACUSADO/IMPUTADO

1) Declaración del imputado/acusado
   a) Información de derechos: el artículo 101 del Código Procesal Penal
   b) A presencia judicial
   c) Confesión sin asistencia letrada
   d) Declaración del imputado sin ser advertido de tal condición
   e) La voluntariedad de la declaración. Especial referencia a las pruebas científicas detectoras de la verdad.

2) Exámenes corporales y extracción de muestras del imputado
   a) El derecho a la dignidad de las personas y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes
   b) El derecho a la integridad física, psíquica y moral
   c) El derecho a la libertad ambulatoria
   d) El derecho a la intimidad personal
   e) El artículo 107 del Código Procesal Penal

3) Registros personales (cacheos)

Abreviaturas Utilizadas

Ar.:	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
art.:	artículo
arts.:	artículos
CADH.:	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
CE:	Constitución española
Cfr.:	confróntese
CPH:	Constitución Política de Honduras
CPP:	Código Procesal Penal hondureño
Ed.:	edición
FJ:	fundamento jurídico
FFJJ:	fundamentos jurídicos
LECrim.:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
p. ej.:	por ejemplo
pág.:	página
págs.:	páginas
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
S.:	sentencia
ss.:	siguientes
SSTC:	sentencia del Tribunal Constitucional español
SSTS:	sentencia del Tribunal Supremo español
STC:	sentencia del Tribunal Constitucional español
STS:	sentencia del Tribunal Supremo español
v.:	véase
v. gr.:	*verbi gratia o verbigracia*

I. La prueba ilícita

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) Su enunciado: garantía penal y garantía procesal de legalidad

El principio de legalidad constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico y, singularmente, del Derecho Penal en cualquiera de sus manifestaciones, unidas por una abrazadera común: proscribir la indefensión.

El principio de legalidad contiene diversas garantías que pueden ser reconducidas a dos grandes grupos: *garantías procesales,* referidas tanto a la actividad de los órganos jurisdiccionales como del Ministerio Público, en la incoación, tramitación del proceso y en la ejecución de la pena; y *garantías sustantivas,* que afectan al modo según el cual deben ser las leyes penales: claras, precisas, escritas, estrictas e irretroactivas. Este haz de garantías que el principio de legalidad proporciona supone que las conductas presuntamente infractoras de la normativa penal, van a sustanciarse con respeto a la dignidad humana y mediante trámites que aseguren la defensa de la sociedad y de los acusados.

La formulación clásica del principio de legalidad en materia penal se debe a FEUERBACH (30) que la enuncia en los siguientes términos: Toda aplicación de una pena supone una ley previa anterior (*nulla poena sine lege);* la aplicación de una pena presupone la realización de la infracción prevista en la figura legal (*nulla poena sine crimine);* la infracción viene determinada por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali).*

La evolución doctrinal ha completado la formulación de FEUERBACH y, en la actualidad, el principio de legalidad puede enunciarse mediante las siguientes proposiciones (31):

a) Nullum crimen sine lege. Ninguna conducta, por reprobable que parezca y por mucho que lesione el Derecho, puede conceptuarse delito si la ley no lo prescribe así (*principio de legalidad criminal).*
b) Nulla poena sine lege. No pueden imponerse más penas que las establecidas por el legislador en cada caso, hallándose prohibido sustituir por otra la penalidad prevista en cada figura delictiva y, más aún, <<inventar>> penas (*principio de legalidad de las penas).*
c) Nemo damnetur nisi per legale iudicium. Nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal con todas las garantías, ante los jueces ordinarios predeterminados por la ley *(principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional).*

(30) FEUERBACH, Anseim Ritter von., Lehrbuch des gemeines in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1° ed., 180, pág. 41
(31) Por todos Rodriguez Mourullo, G., <<Legalidad>>, en Nueva Enciclopedia Jurídica, F. Seix, tomo XIV, Barcelona, 1971, pág. 888.

d) No puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley (*principio de legalidad en la ejecución).*

B) El principio de legalidad en la Constitución Política de Honduras

a) Garantías de legalidad sustantiva

La Constitución política de Honduras recoge específicas proclamaciones del principio de legalidad en materia penal. Del contenido esencial de este principio da cuenta el artículo 95: <<Ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la Ley (32), ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos>> (cfr. También art. 11 CPP).

Es ésta una clara formulación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En efecto, se halla aquí expresamente prevista la prohibición de las leyes penales retroactivas (principio de legalidad de las penas) e, implícitamente, la proscripción de sancionar hechos que la ley no establezca previamente como delitos (principio de legalidad criminal). Al propio tiempo se aparta cualquier idea sobre un posible doble enjuiciamiento de una misma conducta o, dicho en otros términos, la Constitución se alinea con los Estados de Derecho que sostienen el principio *ne bis in idem.*

Por lo demás, el principio de irretroactividad de las leyes es la regla en todo el ordenamiento, salvo en materia penal cuando su aplicación sea *in bonam partem,* esto es, cuando la nueva normativa favorezca al reo. El artículo 96 CPH es bien claro al respecto: <<La Ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado>>.

b) Garantías de legalidad jurisdiccional

Las garantías jurisdiccionales, complemento indispensable del principio de legalidad, se encuentran enunciadas en los artículos 89, 90, 94, 303 y 314 de la Constitución hondureña.

La necesidad de un juicio con todas las garantías (publicidad, contradicción, defensa, etc) para legitimar la imposición de la pena y la exclusión de Tribunales especiales o *ad hoc* conforman la garantía de legalidad jurisdiccional. En la Constitución hondureña se echa en falta una expresa proclamación de que solo los Jueces y Tribunales ordinarios- predeterminados por las leyes-pueden declarar la existencia de un delito e imponer la pena correspondiente. Sin embargo, cabe extraer tal conclusión mediante una interpretación teleológica y sistemática de los preceptos antes citados.

El constituyente hondureño plasmó la proyección del principio de legalidad en

---

(32) Pero el legislador ordinario no es libre de preestablecer cualquier pena. Viene limitado por la propia Constitución. Así, serán consideradas inconstitucionales, aunque se estableciesen en una ley ordinaria, las penas perpetuas, infamantes, proscriptivas o confiscatorias>>
(art. 97.I CPH). Por lo mismo, las penas restrictivas de libertad nunca podrán exceder de veinte años y de treinta las acumuladas por varios delitos (art. 97.II CPH).

materia procesal consagrando, por un lado, la presunción de inocencia de toda persona <<mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente>> (art. 89); e, inmediatamente después señalando en el artículo 90 que son los Jueces y Tribunales competentes quienes tienen tales facultades para juzgar: <<Nadie puede ser juzgado sino por Juez o Tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la ley establece>>. Concretamente, en cuanto a imposición de penas se refiere, el artículo 94 de la CPH garantiza que <<a nadie se impondrá pena alguna sin haber oído y vencido en juicio y sin que le haya sido impuesta por resolución ejecutoriada de Juez o autoridad competente>>.

Más aún, de los artículos 303 y 314 de la CPH (33) puede inferirse sin dificultad que la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, es facultad exclusiva de los Jueces y Tribunales ordinarios predeterminados por la ley (Corte Suprema de Justicia, Cortes de Apelaciones y los Juzgados establecidos por la ley).

Todo ello, unido a otras normas particulares (singularmente las relativas a los derechos individuales –arts. 65 y ss. CPH- configura un haz de garantías que el principio de legalidad proporciona a fin de que las conductas presuntamente infractoras de la normativa penal, se sustancien con respecto a la dignidad humana y mediante trámites que aseguren la defensa de la sociedad y de los acusados.

Precisamente a éste respecto, el título I del Código Procesal Penal sienta como principios básicos del proceso penal, entre otros, <<el respeto a la dignidad y libertad>> (art.3), <<la contradicción>> (art.4), <<la igualdad procesal>> (art. 13), <<la inviolabilidad del derecho a la defensa>> (art. 14), <<el derecho a la defensa técnica>> (art. 15), o <<los derechos de las víctimas>> (art. 16).

En cuanto a la garantía en la ejecución de las penas, no ha recibido constitucionalmente una consagración general. Algunas orientaciones se derivan del artículo 87, en cuanto señala que en las cárceles <<se procurará la rehabilitación del recluido y su preparación para el trabajo>>; y del artículo 97 al prohibir las penas perpetuas, infamantes, proscriptivas o confiscatorias y las restrictivas de libertad superiores a veinte años o, excepcionalmente, por acumulación de varios delitos, las superiores a treinta años. Estos límites *ex ante,* Dirigidos al legislador ordinario para que no prevea la imposición de penas que los excedan, son sin duda aplicables *ex post* y a tener en cuenta a la hora de ejecutar las penas ya impuestas.

C) El principio de legalidad en la legislación ordinaria hondureña

También el Código Procesal Penal ha sido sensible al mantenimiento de una férrea garantía de legalidad en el enjuiciamiento de las causas penales. El artículo 2.I del Código Sanciona este principio a partir de la presunción de inocencia, que solo podrá enervarse mediante un juicio justo ante Juez o Tribunal competente:

---

(33)
Artículo 303. La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del Estado, por Magistrados y Jueces independientes. El Poder Judicial se integra, por una Corte Suprema de Justicia, por las Cortes de Apelaciones y los Juzgados que establezca la ley.
Artículo 314. Es facultad privativa de los Tribunales de Justicia, juzgar y ejecutar lo juzgado. A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos

<<Estado de inocencia. Todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por el órgano jurisdiccional competente de conformidad con las normas de este Código>>.

La garantía jurisdiccional, del juicio previo con todas las garantías (fair trial o proceso debido), se establece en el artículo1 del CPP al decir que: <<Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respeto estricto de los derechos del imputado>>.

En punto a los Tratados Internacionales, que- no se olvide- forman parte del derecho interno hondureño una vez entran en vigor (cfr. Art.16 CPH) y prevalecen sobre las leyes ordinarias (art. 18 CPH), no puede dejar de mencionarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José), cuyo artículo 8 se dedica íntegramente a las garantías judiciales con el siguiente contenido:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

    a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o interprete, sino comprende o no habla el idioma del Juzgado o Tribunal.
    b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada
    c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa
    d) Derechos del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor
    e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.
    f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.
    g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.
    h) Derecho a recurrir el fallo ante Juez o Tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal deberá ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia

   Por lo demás la garantía de legalidad en la ejecución de las penas viene salvaguardada actualmente por una normativa específica y por un control jurisdiccional de la misma residenciado en el Juez de Ejecución (arts. 381 y ss. del CPP).

2. LA BUSQUEDA DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

Ante todo, es menester recordar con Pedraz Penalva(34) <<la falsía de aquella aseveración según la cual el proceso penal- con respecto de la más rancia y superada concepción de la legalidad- está encaminado a una indiferenciada e implacable búsqueda, al logro a toda costa, de la verdad material(35) o, según gráficamente se pretendía expresar, de la verdad *verdad>>.*

Superadas antiguas concepciones, llevadas a la práctica durante siglos y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin que importase recurrir para ello a tormentos, torturas y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitado por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho.

El Tribunal Supremo español así lo ha entendido. En el auto de 18 de junio de 1992 (art.6102), deja bien claro que:

Una de las ideas fundamentales que es procedente destacar en la cabecera de las reflexiones jurídicas de esta resolución es que la verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparencial, solo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el ordenamiento jurídico. Ello puede constituir una expresión tan elemental como innecesaria pero, acaso, resulte de importancia ponerla de relieve en este momento por lo que más adelante se dirá. No se puede obtener la verdad real a cualquier

(34) PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, <<Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad>>, en La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de castillo y León, obra colectiva, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 367-368.

(35) Así HENKEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1968, pág. 543, quien afirma que del fin principal del proceso penal deriva “el fin de que (en él)…se constate la verdad material”. Con todo, debe ponerse de relieve que la dicotomía integrada por la verdad material y la verdad formal no ha sido unánimemente aceptada como se desprende de la crítica formulada por CARNELUTTI FRANCESCO, en *La prova civile*, 2° ed., Roma, 1949, págs. 29-30, cuando escribe que “en sustancia es fácil observar como la verdad no puede ser mas que una, de manera que, o la verdad formal o jurídica coincide con la material, y no es más que verdad, o disiente de ella y no es sino una no verdad”.

precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Solo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad, etc., dentro de los parámetros fijados en la Ley.

El hallazgo de la verdad, como la realización de cualquier valor-belleza, bondad, etc.-es tendencial aproximativo. Un criterio negativo del valor tanto como una concepción absoluta del mismo conllevarían actitudes dogmáticas y, por tanto autoritarias. La experiencia histórica aporta abundantes ejemplos de aberraciones contra la dignidad y los derechos humanos que partían de un dogmatismo absoluto en la búsqueda de la verdad a cualquier precio (la inquisición, los procesos de Moscú, la justicia hitleriana, etc.). Ellos nos ha enseñado que la verdad material no puede ser conocida en todo caso, a toda costa y con cualquier medio.

Hay que reconducir esa búsqueda a la obtención formalizada de la verdad(36) Dice CARNELUTTI que <<cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no puede ser conocida en todo caso y con cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos>>(37).

El Código Procesal Penal no señala como finalidad del enjuiciamiento criminal la búsqueda de la verdad material; antes al contrario, lo que pretende es el logro del valor <<justicia>>. Tal y como expresamente señala el artículo 8, <<la finalidad del proceso será la realización pronta y efectiva de la justicia penal>>, lo cual no ha de venir necesaria e ineludiblemente de la mano de aquella verdad material.

Es más, ni siquiera los medios de prueba tienen como finalidad absoluta el descubrimiento de la verdad material, Conforme determina el artículo 198 del CPP, <<la finalidad de los medios de prueba es el establecimiento de la verdad de los hechos y sus circunstancias, mediante el estricto cumplimiento de las disposiciones de este Código>>. Es decir, el <<restablecimiento de la verdad>> viene limitado por la observancia de las disposiciones contenidas en el propio Código Procesal Penal, de tal modo, como se verá las pruebas ilícitas, aunque lleven a la determinación de la verdad, no pueden ser consideradas ni tenidas en cuenta por el Tribunal enjuiciador.

A tal fin, el nuevo Código se dirige a todos los intervinientes en el proceso penal exhortándoles no solo a rechazar las pruebas ilícitas, sino a proceder contra quienes las hayan obtenido mediante la conculcación de los derechos humanos. Buena prueba de ello es el artículo 94 del CPP, dirigido expresamente al Ministerio Público:

Ilegalidad de las pruebas. Cuando los Fiscales tengan en su poder pruebas y sepan que fueron obtenidas por métodos ilícitos, especial-

---

(36) Cfr. HASSEMER, W *Fundamentos de Derecho Penal,* traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 190.

(37) CARNELUTTI, FRANCESCO, IBIDEM

mente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y otros abusos de los derechos humanos, se abstendrán de utilizarlas; procederán contra quienes hayan empleado esos métodos para obtenerlas si consideran que se ha incurrido en responsabilidad penal; y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables comparezcan ante la justicia.

O el artículo 275 CPP, genéricamente referido a todas las autoridades encargadas de la investigación preliminar.

Obligaciones de las autoridades encargadas de la investigación preliminar. En la práctica de toda diligencia investigativa, las autoridades encargadas de la investigación preliminar guardarán el más absoluto respeto a los derechos individuales consagrados por la Constitución de la República, por los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte y por este Código.

Las informaciónes obtenidas sólo podrán utilizarse para las finalidades investigativas propias de las autoridades referidas, debiendo guardarse la más absoluta reserva para cualquier otro efecto, so pena de incurrir en el delito de violación de secretos.

O, finalmente, el artículo 200 CPP, que incorpora al proceso penal hondureño la doctrina norteamericana del fruto árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine):*

Pruebas prohibidas o ilícitas. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesario de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información.

Pero es que, además, a través de la <<conformidad del acusado>> (art. 322 CPP), el propio legislador admite que los hechos queden fijados formalmente en sentencia por voluntad de las partes y no como consecuencia del resultado de la prueba practicada en los debates del juicio oral; prueba que, precisamente por la conformidad, no llega a practicarse. En efecto, según determina el artículo 322 antes citado y a salvo cierto control judicial *favor rei* sobre la calificación que ha sido objeto de conformidad, el consenso de voluntades acusación- defensa (integrada ésta última por el defensor y el acusado), trunca el juicio vinculado al Tribunal a dictar sentencia de estricta conformidad con el escrito de acusación (el inicial o el presentado <<a la baja>> en ese momento procesal). Ello significa que, sin pruebas ni debates, por sólo acuerdo de las partes, el juzgador habrá de asumir como ciertos los hechos relatados por la acusación, lo que no deja de ser una fijación formal de la verdad en la sentencia que se dicte.

3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN EL PROCESO PENAL

El artículo 200 del Código Procesal Penal, antes transcrito, declara ineficaces las pruebas que directamente vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por Honduras, así como las derivadas de aquellas.

Ante el precedente enunciado, y en torno a la problemática de que ha de considerarse como prueba ilícita o prohibida, se pueden dar tres planteamientos:

a) Sólo puede hablarse de tal ilicitud o prohibición cuando la prueba se haya conseguido vulnerando los derechos individuales del capitulo II, título III, de la Constitución Política de Honduras; es decir, cuando la violación sea propiamente constitucional. O bien, cuando la infracción haya sido de alguno de los derechos humanos contenidos en los Tratados suscritos por Honduras.

   Precisamente el Código Procesal Penal, al determinar cuales son los casos de nulidad de actos de procedimiento señala, entre otros, los realizados con vulneración <<de los derechos y libertades fundamentales de la persona, consagrados por la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y demás leyes>> (art. 166.7)

b) Toda infracción de las normas procesales (infraconstitucionales) conlleva una violación del derecho al proceso debido y a la igualdad de las partes (arts. 14 de PIDCP y 8 de la CADH), y por ello existe prueba prohibida.

   No es ésta la posición del Tribunal Supremo español. La vulneración de normas infraconstitucionales en la obtención de las pruebas puede dar lugar a meras irregularidades, pero no por ello serán necesariamente reputadas pruebas prohibidas o ilícitas. Así, la STS de 29 de marzo de 1990 (ar. 2647), señala (F J 2) que:

   […] Cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.

   La legislación procesal penal hondureña también se decanta por esta tesis. Así, si bien el artículo 166.5 del CPP estima nulos los actos realizados <<con infracción de las normas de procedimiento establecidas por este Código>>, exige sin embargo que se trate de normas <<esenciales>> y que tal infracción <<impida que el acto logre la finalidad que persigue la norma correspondiente>>. De ahí que haya de ponderarse en cada caso concreto si la producción de una infracción procesal (infraconstitucional) ha sido de suficiente entidad como para determinar nulidad.

En esta misma línea y según el párrafo 6 del ya citado artículo 166 del CPP,

los actos realizados <<con infracción de los principios de igualdad entre las partes, de audiencia, contradicción, asistencia y defensa>> serán nulos solo si <<han producido una efectiva indefensión>>. De modo que habrá que acudir a la distinción entre indefensión puramente formal e indefensión material, siendo ésta última la única que puede dar lugar a la nulidad del acto.

c) Ni siquiera en todos los casos de una infracción de derecho individual cabe hablar siempre de prueba prohibida, sino que ha de ponderarse la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses en conflicto. Dentro del conjunto de derechos fundamentales- recuerda ASENCIO(38) – <<hay que distinguir entre aquellos que han de calificarse como absolutos y los que se reputan como limitables>>(39) . Así, los estrictamente absolutos (como por ejemplo el derecho a la vida: art. 65 CPH), no son susceptibles de sufrir acotamiento o restricción alguna por el Estado, la administración o la propia jurisdicción(40). A su vez los derechos fundamentales no absolutos pueden ser restringidos siempre que se regule por la ley el modo de hacerlo, en atención a toda una serie de presupuestos y garantías que, de no respetarse, tornen en inutilizables los resultados de la investigación (41).

De cuanto se ha expuesto, y de cara a determinar cual sea el ámbito de plena eficacia de los derechos fundamentales (o <<derechos individuales>>, según la terminología de la Constitución hondureña), resulta absolutamente esencial atender al principio de proporcionalidad. Siempre será necesario, ante un supuesto específico, confrontar los intereses en juego surgiendo de ello la legitimidad o no de la intromisión en el derecho fundamental tutelado(42).

Este es el criterio del Tribunal Supremo español. En el Auto de 18 de junio de 1992 (ponente: Excmo. Sr. Ruiz Vadillo), dictado en el llamado <<Caso Naseiro>>, recordaba el alto Tribunal la idea de que <<no se puede obtener la verdad real a cualquier precio>>, afirmando a continuación que solo resulta lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales. En concreto, y en tono a la proporcionalidad de la injerencia en los derechos fundamentales. En concreto y en torno a la proporcionalidad de la injerencia en los derechos fundamentales, dice el Tribunal Supremo en el auto citado (F J 4) que:

[…] La proporcionalidad, como criterio complementario pero indisolublemente unido al valor justicia, como ya se ha dicho, supone, en el tema que está en debate, que existe un correlato entre la medida, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social. Nadie niega en España, se ha dicho por la doctrina

---

(38) ASENCIO MELLADO, José maría, Prueba y prohibida y prueba preconstituida, Trivium, Madrid, 1989, pág. 79.
(39) Cfr, en idéntico sentido Pastor Borgoñón, Blanca, "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", justicia, 1986-2,p ágs. 349 y ss.
(40) Vide Moreno catena, Victor, "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal". Poder Judicial, en el número especial II, dedicado a la justicia penal, marzo 1987, pág. 134
(41) Pastor BORGOÑON, Blanca, en op. Cit. Págs. 349 y ss.
(42) Cfr. Moreno Catena, Victor, Garantía……..cit., pág. 134

científica, la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales de la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 de la constitución) y con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad. Hay que concluir que solo cabe afirmar que existe prueba <<prohibida>> cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales. En este sentido, debe resolverse el problema a través de la llamada ponderación de intereses involucrados que, en otras ocasiones, han utilizado el TEDH, el Tribunal Constitucional y esta sala para decidirse, en relación con situaciones de conflicto, entre dos derechos fundamentales en liza, en este caso el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, en su caso, los comportamientos constitutivos de infracción penal y el derecho de los particulares a la reserva de su intimidad. En definitiva, será el principio de proporcionalidad quien haya de facilitar la solución correcta.

II. El artículo 200 del Código Procesal Penal

El artículo 200 del Código Procesal Penal ha supuesto la consagración definitiva en el ordenamiento jurídico hondureño de la <<teoría de la prueba prohibida>> *(the fruit of the poisonous tree doctrine).* Señala este precepto lo siguiente:

> *Pruebas prohibidas o ilícitas*. Carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuantos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir quien obtuvo ilícitamente la información.

Se confunden habitualmente, utilizándolos en forma indistinta, los conceptos de prueba ilícita y prueba prohibida. GIMENO SENDRA (43) los diferencia señalando que la prueba ilícita es la que infringe cualquier ley(no solo la Constitución, sino también la legislación ordinaria), en tanto que la prueba prohibida es la surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Asimismo se diferencian por sus defectos: mientras que la prueba ilícita puede dar lugar a la nulidad de actuaciones, la prueba prohibida a lo que da lugar es a su exclusión de entre el material probatorio, prohibiéndose su valoración, sin que ocasione nulidad procesal alguna.

El título de la norma transcrita *(pruebas prohibidas o ilícitas)* sugiere la confusión conceptual antes apuntada, al considerar de la misma naturaleza las unas que las

---

(43) GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal (con Moreno Catena Y Cortés Dominguez),2° ed., Colex, Madrid, 1997, pág. 384.*

otras. Sin embargo, pronto se aprecia que, en rigor, se está refiriendo sólo a las pruebas prohibidas por vulneración de los derechos fundamentales (ya estén establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales suscritos por Honduras) y no a las pruebas ilícitas, en sentido propio, cuyo tratamiento vendrá dado a través de las normas sobre nulidad (arts. 165 y ss. CPP). Con todo y puesto que la denominación legal es la de <<pruebas prohibidas o ilícitas>> y es común entre la doctrina su asimilación, no vamos a hacer aquí cuestión de ello y utilizaremos en ocasiones el término <<ilicitud>> para significar estrictamente aquellas pruebas en que haya resultado infringida alguna norma constitucional o internacional tuteladora de los derechos fundamentales del ser humano.

El artículo 200 del Código Procesal Penal contempla tres elementos esenciales, íntimamente relacionados, cuyo análisis resulta imprescindible para la comprensión del ámbito de operatividad del mismo. Son los siguientes: 1) Carecerán de eficacia probatoria. 2) Los actos o hechos que vulneren las garantías procesales. 3) Así como cuantos sean consecuencia necesaria de aquéllos.

1. CARECERÁN DE EFICACIA PROBATORIA

La consecuencia esencial que provoca la obtención de pruebas en los supuestos y modos previstos por el artículo 200 del CPP viene a ser su imposible utilización a efectos de fundamentar en ellas una sentencia del signo que sea. La expresión <<carecerán de eficacia probatoria>> establece en primer término una prohibición de admisión. Lo que se pretende es evitar la prevención del órgano judicial, procurando que la prueba quede excluida de raíz (44). Claro es que, si equivocadamente se admitiese la práctica de una prueba prohibida, cabría su exclusión *a posteriori.* Se trata por tanto, de no tomar en consideración tales pruebas bien sea inadmitiéndolas, o bien, aunque hubieran sido admitidas y practicadas, evitando que produzcan el efecto de contribuir a la convicción judicial.

En resumidas cuentas, lo que el artículo 200 del Código Procesal Penal pretende con los términos examinados es sancionar procesalmente con la ineficacia o con la falta de efectos este tipo de pruebas(45). A tal fin pueden darse tres diferentes situaciones:

a. Que la naturaleza de prueba prohibida se ponga de relieve antes de la práctica de la prueba. En este caso, el Tribunal de Sentencia habría de resolver inadmitiendo tales pruebas (cfr. Art. 317 CPP, en su último inciso).

b. En su defecto, si la ilicitud fuese descubierta después de practicada la prueba en cuestión, el Tribunal enjuiciador no podría valorarla para fundamentar su sentencia. El Tribunal de Sentencia, para pronunciarse sobre la culpabilidad del procesado, habrá de tomar en consideración las alegaciones de las partes

---

(44) Gonzales Montes, José Luis, "La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales". Comunicación al Congreso Internazionale straordinario di Diritto Processuale, celebrado en Bolonia del 22 al 24 de spetiembre de 1988. Publicada en judicial protection of human rights al the nacional and internacional level, vol. II, Giufrre, 1991, págs. 633 y ss.

(45) Cfr. Huertas martín, Ma. Isabel, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 151.

<<y las pruebas presentadas por estas en el juicio oral y público>> (art. 342 CPP); pero, naturalmente, siempre que aquéllas no sean prohibidas.

c. Que la constatación de la ilicitud de la prueba se dé en vía de recurso. La efectividad de estas consecuencias (<<carecerán de eficacia probatoria>>) requiere entender que la prueba prohibida es rechazable de oficio y también que ha de poder recurrirse su admisión y la sentencia que se haya basado en esas pruebas.

Así, frente a la indebida admisión frente por el Tribunal de Sentencia de pruebas que tengan carácter de prohibidas cabe interponer recurso de reposición, incluso verbalmente en la misma audiencia relativa a la <<proposición de pruebas>> (art. 317 CPP) si el Tribunal hubiere resuelto en ella sobre la admisión (arts. 352 y 353 CPP).

Una vez dictada sentencia, si ésta se fundó en pruebas prohibidas sería viable el recurso de casación por infracción de precepto constitucional (art. 361 CPP), siendo entonces necesario acotar cuál o cuales de los derechos y garantías individuales han sido infringidos. Así, por ejemplo, la dignidad de las personas (art.59 CPH), la integridad física, psíquica y moral (art.68 CPH), la intimidad personal y familiar (art. 76 CPH), el derecho a no declarar (art. 88 CPH), la inviolabilidad del domicilio (art. 99 CPH), o, sin ánimo exhaustivo, el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (art. 100 CPH).

Y, por último, cabría acudir al recurso de amparo (art. 183 CPH), en aras de <<mantener o restituir [al agraviado] en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece>>. No puede ignorarse que la condena basada en pruebas prohibidas supone el menoscabo del derecho de defensa (art. 82 CPH), de la presunción de inocencia (art. 89 CPH) y del proceso con todas las garantías (art. 90 CPH).

2. LOS ACTOS O HECHOS QUE VULNEREN LAS GARANTÍAS PROCESALES

Prueba prohibida es el resultante de un acto o hecho vulnerador de las garantías procesales, pero no de cualquier garantía infraconstitucional, sino cabalmente de aquellas establecidas en la Constitución o en los Convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte.

Lo más probable es que la violación de la garantía se produzca durante la actividad y recogida de las fuentes de prueba, esto es, durante el momento crucial de la <<obtención>> de la prueba. Pero también cabe que la vulneración se produzca con ocasión de la <<incorporación>> de la prueba a las actuaciones o, incluso, en la misma práctica de las pruebas. Bien mirado, tan prohibida estará la obtención de pruebas con violación de garantías constitucionales como su incorporación al proceso o su práctica vulnerando tales garantías. Unas y otras han de rechazarse como fundamento de sentencia.

El Tribunal Constitucional español ha matizado que la doctrina sobre la prueba prohibida viene referida al momento en que aquélla se obtiene con infracción de

derechos fundamentales, en tanto que las lesiones que se originen en sede de admisión y práctica de prueba son reconducibles a la interdicción de la indefensión (STC 64/1986, de 21 de mayo). En línea con ésta teoría, Pastor(46) mantiene que son dos grupos admisibles de prohibiciones probatorias: El primero al que denomina <<restricciones relativas a la investigación de hechos>>, se ciñe a la labor de búsqueda de obtención de fuentes de prueba; el segundo, que califica como <<restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes al proceso>>, lo circunscribe a la admisión y práctica de los medios de prueba. Esta autora, con apoyo en la reseñada doctrina del Tribunal Constitucional español, sostiene que la teoría de la prueba prohibida es sólo aplicable a la primera categoría, no a la segunda que reconduce al concepto de interdicción de la indefensión (art. 24 CE).

3. ASÍ COMO CUANTOS SEAN CONSECUENCIA NECESARIA DE AQUÉLLOS

La interpretación de ésta cláusula se refiere, sin duda, a la denominada teoría refleja de la prueba prohibida. Naturalmente, el acto de prueba, que causó la violación del derecho fundamental carece de eficacia probatoria por ser, directamente, una prueba prohibida. Una escucha telefónica sin mandamiento judicial (art. 215 CPP) nunca podrá ser valorada como prueba por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 100 CPH), pero, de no existir el efecto reflejo de la prueba prohibida nada impediría que el acusado fuera condenado como consecuencia de otra actividad probatoria derivada de aquélla (por ejemplo, a raíz de la escucha telefónica, la policía monta un dispositivo para detener el vehículo en el que se va a transportar la droga, siendo aprehendido *in fraganti* el acusado).

Esto es precisamente lo que se trata de evitar con la llamada teoría indirecta o refleja de la prueba prohibida, que extiende sus efectos no solo a la prueba que vulneró los derechos constitucionales sino también todas aquellas pruebas que se derivaron necesariamente de la primera. En esta materia, el artículo 192 del CPP, determina la prohibición de usar las pruebas que sean consecuencia necesaria de hechos o actos vulneradores de los derechos humanos y que no habrían podido conseguirse sin la información por ellos proporcionada.

La jurisprudencia del Tribunal supremo español ha precisado la razón de ser de la teoría de la prueba refleja(47). En su sentencia de 4 de julio de 1997 (Ar.6008), nos dice:

La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, y al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal.

Como señalan las sentencias de esta Sala núm. 448/1997, de 4 de marzo y núm. 472/1997, de 14 de abril, la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención

---

(46) Pastor Borgoñón, Blanca, en *op. Cit*., pág. 339

(47) Ley Orgánica del Poder Judicial española establece en su artículo 11.1, que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (<<directa o indirectamente>>), pues solo de éste modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados.

El efecto expansivo prevenido en el artículo 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir <<prueba diferente>> (pero derivada), con <<prueba independiente sin conexión causal).

Esta misma sentencia y anteriormente la STS de 4 de marzo de 1997 (Ar. 2215), establecen ciertos límites al efecto expansivo de le prueba prohibida. En concreto no abarca las infracciones procesales infraconstitucionales, ni siquiera cobijadas bajo el subterfugio del derecho constitucional a un proceso con las debidas garantías (al proceso debido o fair trial), pues ello supondría constitucionalizar toda la normativa procesal:

La enérgica defensa del efecto expansivo del artículo 11.1 de la LOPJ determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que se deben concretar en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones <<indirectas>> a un proceso con las debidas garantías del artículo 24.2 de la CE pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.

Por otra parte una ampliación forzada de los supuestos de aplicación del efecto expansivo del artículo 11.1 de la LOPJ podría producir el efecto contraproducente o perverso de debilitar su efectividad, dando entrada a la valoración de pruebas <<diferentes>> como si fuesen pruebas <<independientes>> (STC 86/1995, de 6 de junio).

El problema fundamental radica en determinar cuando una prueba, en sí misma lícita, es consecuencia necesaria de otra prohibida. La relación de causalidad ha de establecerse, en términos generales, si de no haber mediado la primera (prueba prohibida directa) no hubiera sido posible la segunda (prueba prohibida refleja). En otras palabras y realizando un experimento mental, una prueba será rechazable por virtud de la teoría refleja, si la inexistencia hipotética de la prueba directamente

prohibida hubiera supuesto necesariamente la exclusión igualmente de la prueba derivada.

La cuestión en la práctica, no es siempre tan sencilla. Diaz Cabiale(48), importando la doctrina de las Cortes estadounidenses, señala algunas pautas a tener en cuenta en esta materia:

1. Debe indagarse si se ha producido alguna acción voluntaria entre los acontecimientos que unen la accion ilícita y la prueba más tarde obtenida como consecuencia de aquélla.

   Son paradigmáticos los casos *Wong Sun v. U.S.*(49) *y U.S. v. Ceccolini*(50). En el primero, Wong Sun resultó arrestado ilícitamente; una vez puesto en libertad acudió voluntariamente al departamento de narcóticos, donde espontáneamente prestó declaración y realizó afirmaciones que fueron empleadas para proceder contra él. En el segundo caso, un testigo fue localizado siguiendo información obtenida en un registro indebido; la declaración del testigo fue aceptada como base en su espontánea decisión de cooperar(51).

2. también se atiende a la secuencia temporal que une las dos acciones, de modo que, mientras mayor sea el lapso de tiempo que media entre una y otra, más atenuado estará el vicio.

3. la magnitud de la conducta ilícita inicial. La intensidad de la infracción cometida influye en su capacidad de contaminar las pruebas consecuencia de ella. En éste aspecto son tenidas en cuenta la intencionalidad y la flagrancia de la ilicitud cometida.

4. La teoría del <<inevitable descubrimiento>>. Aplicada en *Nix v. Williams*(52), permitió que una declaración del acusado obtenida ilícitamente, en la que revelaba donde se encontraban los restos de la víctima, fuera aceptada. Y ello al entender que, en cualquier caso, se hubiera producido el inevitable descubrimiento de los restos por parte de los doscientos voluntarios que ya los estaban tratando de localizar y a quienes se había dado orden expresa de que buscaran también precisamente donde fueron hallados.

---

(48) Diaz cabiale, José Antonio, La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, premio “Poder Judicial” 1992, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, numero 20, págs. 122 y ss.

(49) 371 U.S. 471,83 s. ct.407, 419 (1963)

(50) 542 F.2d 136, 142 (2d Cir. 1976).

(51) El caso Ceccolini fue resuelto por la Corte Suprema en 1978: se trataba de un registro ilegal practicado en una floristería. La policía, sin que se diera cuenta el dependiente, cogió un sobre que se encontraba en la caja registradora, cuyo contenido le incriminaba. Dos meses más tarde el FBI interrogó a la dueña de la Floristería, que accedió voluntariamente a declarar en juicio contra su empleado. L testimonio fue admitido entendiéndose que mientras mas voluntariedad existiera en cooperar con la policía, más independiente de la ilicitud inicial era el testimonio que se prestaba. Además se tuvo en cuenta que el material encontrado ilícitamente no fue empleado en el interrogatorio, que antes de obtenerse este la floristería estaba bajo vigilancia, y que habían transcurrido dos meses desde la obtención de la prueba ilícita hasta el interrogatorio.

(52) 104 S. Ct. 2501. 81 L. Ed. 2d 377 (1984).

III. ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES RELATIVOS AL ACUSADO /IMPUTADO

1. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO/ACUSADO

Es de vital importancia que la declaración del imputado, y la eventual confesión que de la misma puede desprenderse, se tomen con todas las garantías legales; sobre todo si tenemos en cuenta que en el acto del juicio oral es muy probable que el acusado niegue y se retracte de su declaración inculpatoria prestada en la investigación preliminar de la etapa preparatoria. No debe perderse de vista que, como indica la STS del 15 de junio de 1994 (Ar.6293), <<las normas de experiencia enseñan que verdadera es su primera y espontánea declaración y como antes del juicio son "tocados" o advertidos, cuando no amenazados […] y cambian sus declaraciones o ignoran todo lo acaecido>>.

A) Información de derechos: Artículo 101 del Código Procesal Penal

Las personas imputadas y sus derechos. Se considerará imputada toda persona a quien, en virtud de querella o por requerimiento Fiscal, se atribuya participación en la comisión de un delito o falta ante los órganos encargados de la persecución penal, ya se encuentre detenido o en libertad; o que haya sido privada cautelarmente de libertad en virtud de aprehensión, detención o prisión preventivas; como tal, a partir de ese momento, podrá ejercer todos los derechos que la Constitución de la República, los tratados o convenios internacionales y este Código le reconocen, desde el primer acto del procedimiento hasta su finalización.

A toda persona imputada se le garantizará su defensa. Tendrá derecho, en consecuencia, a:

1) Que la correspondiente autoridad le indique en el acto en forma clara y precisa, cuales son los hechos constitutivos de delito que se le atribuyen.
2) Que se le permita comunicar de manera inmediata el hecho de su detención y el lugar en que se encuentra detenida, a la persona natural o jurídica que el desee.

   Si la persona natural o jurídica destinataria de la comunicación se encontrare fuera del territorio de la república de Honduras, el hecho de la detención y el lugar en que se encuentre la persona detenida se pondrán en conocimiento de la representación diplomática o consular correspondiente.

   En defecto de todos ellos, la información se dará al Comisionado nacional de los Derechos Humanos.

   La persona detenida podrá realizar por si misma dicha comunicación, salvo que se haya decretado la secretividad de la investigación, en cuyo caso, lo hará la autoridad o funcionario a cuya disposición se encuentre dicha persona.
3) Ser asistida, desde que sea detenida o llamada a prestar declaración, por un profesional del derecho. Éste podrá ser designado por la persona detenida o

por su cónyuge o compañero de hogar o por un pariente dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad. Si las personas mencionadas no designan defensor, cumplirá esta función el defensor público que el órgano jurisdiccional designe y, de no haberlo en la localidad, el defensor de oficio que también designará el órgano jurisdiccional.

4) A entrevistarse privadamente con su defensor desde el inicio de su detención, incluso en la Policía Nacional y antes de prestar declaración, si así lo desea.

5) A abstenerse de formular cualquier declaración sin que esta decisión sea utilizada en su perjuicio y si acepta hacerlo, a que su defensor esté presente al momento de rendirla, lo mismo que en cualquier otra diligencia en que se requiera la presencia del imputado.

6) A que no empleen en su contra, medios que de cualquier modo lastimen su dignidad personal.

7) A no ser sometida a técnicas y métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o de su libre voluntad, tales como: malos tratos, amenazas, violencia corporal o psíquica, torturas, aplicación de psicofármacos, hipnosis y polígrafo o detector de mentiras.

8) A que no empleen medios que impidan su movilidad durante la realización de las actuaciones procesales. Este derecho se entenderá sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y según el criterio del Juez o del Ministerio Público, sean necesarias.

9) A ser asistida por un interprete o traductor si no conoce el idioma español, sea sordomudo que no pueda darse a entender por escrito o que por cualquier causa no pueda expresarse.

10) A estar presente, con su defensor en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario.

11) A requerir al Ministerio Público para que practique algún acto de investigación que interese a su defensa, y que no haya sido dispuesto por aquél. En este caso, el Ministerio Público resolverá motivadamente lo que estime oportuno en el plazo de veinticuatro (24) horas. Si denegare la práctica de la actuación requerida, el defensor de la persona imputada, podrá solicitar al Juez de Letras competente que ordene su ejecución y, este, en el plazo de cuarenta y ocho (48) horas, decidirá lo conveniente. Si estima procedente dicha actuación, ordenará al Ministerio Público que disponga su práctica.

    La persona que sea objeto de investigación por el Ministerio Público, aunque no tenga la condición de imputada, tendrá derecho a presentarse, en su caso, con o sin profesional del derecho que lo asista, ante el ministerio Público para que se le informe sobre los hechos que se le atribuyen y para que se le escuche.

La Policía nacional, el Ministerio Público y los Jueces, harán saber, de manera inmediata y comprensible, a la persona imputada o a la que sin serlo aún, pero siendo objeto de investigación por el Ministerio Público, comparezca ante éste para ser oída, todos los derechos a que el presente artículo se refiere, lo cual se hará constar en acta que deberá ser firmada por la persona que ha comparecido o consignarse su negativa. La infracción de éste artículo hará que la detención sea considerada ilegal, solamente para los efectos de la responsabilidad penal.

Esta norma, que deriva directamente de los artículos 82 y 88 de la Constitución, sirve a la finalidad de proporcionar al imputado (detenido o libre) los conocimientos básicos que requiere el ejercicio del derecho fundamental de defensa.

El precepto va dirigido a todas aquellas autoridades que participan en investigación criminal: Policía nacional, Ministerio Público y Jueces. Y, su infracción, según dice el propio artículo en su último párrafo, provocará que la detención del imputado sea considerada ilegal (lo que podría quizás fundamentar una petición de Habeas Corpus: cfr, art. 182 CPH).

Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 166.3, 5 y 6 del Código Procesal Penal, la declaración del imputado sin ser informado de sus derechos sería un acto nulo, al menos por tres causas: Primero, por cuanto se habría realizado <<con inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención y participación del imputado en el procedimiento y las relativas a su representación y defensa>>. Segundo, porque se trataría de una declaración tomada <<con infracción de las normas esenciales de procedimiento establecidas por este Código>>, que impediría que el acto (la declaración y eventual confesión) consiguiese su finalidad (servir de prueba). Y, tercero, porque en el desarrollo de éste acto se habrían vulnerado los principios de asistencia y defensa, produciéndose efectiva indefensión.

La jurisprudencia española ha considerado, por ejemplo, que <<una prueba obtenida de una persona a la que no se le ha informado sus derechos en un idioma que pueda entender, y especialmente de su derecho a no declarar contra sí mismo, es una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental, concretamente del derecho de defensa>> (STS de 19 de mayo de 1990). Sobre las declaraciones prestadas bajo tortura, el ATC 970/1987 indicó que <<supone, desde luego, prueba obtenida violentando derechos fundamentales, y como tal inadmisible y radicalmente nula>>.

B) A presencia judicial

La declaración del imputado ha de practicarse necesariamente, para que pueda ser tenida como prueba, ante el Juez de Letras. Cualquier otro testimonio del inculpado carecerá de virtualidad probatoria. Así lo dispone la Constitución hondureña en su artículo 88, párrafos III y IV: <<Sólo hará prueba la declaración rendida ante el Juez competente>> y <<Toda declaración obtenida con infracción de cualesquiera de estas disposiciones, es nula y los responsables incurrirán en las penas que establezca las ley>> . Son los artículos 286 y siguientes del CPP los que regulan la declaración indagatoria ante el Juez.

Es importante, pues, insistir en la inmediación judicial y en la consecuente prohibición de delegar este acto por parte del Juez. El artículo 138 del CPP nos lo recuerda en los siguientes términos: <<Los órganos jurisdiccionales no podrán delegar sus funciones en los secretarios o empleados subalternos. La violación de esta norma producirá la nulidad de las actuaciones realizadas y hará responsable al órgano jurisdiccional por los efectos de la nulidad>>.

C) Confesión sin asistencia letrada

El derecho del imputado a la asistencia letrada figura dentro del haz de garantías que conforman el derecho al proceso debido y es un instrumento para hacer valer el derecho a la libertad. Así lo ha declarado, en constante jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español. La STC 18/1995, de 24 de enero, es un buen ejemplo de ello:

Dentro del haz de garantías que conforman el derecho al proceso debido, figura también, como reiterada y firme jurisprudencia que este Tribunal tiene declarado, el derecho a la asistencia letrada que el artículo 24.2 de la CE consagra de manera singularizada y, por las razones antes apuntadas, con proyección especial hacia el proceso penal (SSTC 42/1982, fundamento jurídico segundo; 47/1987, fundamento jurídico segundo; 245/1988, fundamento jurídico tercero; 37/1988, fundamento jurídico sexto; 135/1991, fundamento jurídico segundo; 180/1991, fundamento jurídico tercero; 91/1994, fundamento jurídico segundo; 110/1994, fundamento jurídico tercero). Es éste, junto al derecho a la defensa privada o autodefensa del propio imputado, un derecho esencial del constitucional de defensa que, al igual que todas las garantías que conforman el derecho en que se integra, trata de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción entre las partes y, en último término, hacer valer con eficacia el derecho a la libertad de todo ciudadano, por lo que, en los supuestos en que la Ley exige la preceptiva intervención de letrado, ha de garantizarse al imputado una adecuada defensa técnica (SSTC 47/1987, fundamento jurídico segundo; 132/1992, fundamento jurídico segundo).

Los artículos 15, 101.3) y 287.3 del Código Procesal Penal hondureño establecen el derecho de toda persona a la asistencia y defensa letrada desde el mismo momento <<en que sea detenida como supuesto partícipe en un hecho delictivo o en el momento en que voluntariamente rinda declaración>>.

- ***Artículo 15 CPP:***

Asistencia Técnica y Defensa. Toda persona deberá contar con la asistencia y defensa técnica de un profesional del derecho, desde que es detenida como supuesto partícipe en un hecho delictivo o en el momento en que voluntariamente rinda declaración *[como imputada],* hasta que la sentencia haya sido plenamente ejecutada.

Si el imputado no designa defensor, la autoridad judicial solicitará de inmediato el nombramiento de uno a la defensa pública, o en su defecto, lo nombrará ella misma.

Este derecho es irrenunciable. Su violación producirá la nulidad absoluta de los actos que se produzcan sin la participación del defensor del imputado.

- Articulo 101 CPP:

[…] A toda persona imputada se le garantizara su defensa. Tendrá derecho en consecuencia, a:

[…]
3) Ser asistida, desde que sea detenida o llamada a prestar declaración, por un profesional del derecho. Este podrá ser designado por la persona detenida o por su conyugue o compañero de hogar o por un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si las personas mencionadas no designan defensor, cumplirá esta función el defensor público que el órgano jurisdiccional designe y, de no haberlo en la localidad, el defensor de oficio que también designara el órgano jurisdiccional.

- Articulo 289 CPP:

La declaración del imputado. La declaración del imputado será un acto personalísimo y se prestara siempre en presencia del defensor, bajo pena de nulidad. Cuando el defensor no compareciere, será requerido, por el medio más rápido, para que se persone de inmediato. Si transcurriere una hora sin que el defensor se presente, el juez requerirá al imputado para que designe otro y, si no lo hiciere así, le será designado un defensor de oficio, debiendo recibirse la declaración con su asistencia, en el mismo día y, si no fuere posible, en el siguiente, adoptando el juez a petición del fiscal, las disposiciones que estime oportunas sobre la situación personal del imputado.

La infracción de este derecho da lugar a dos consecuencias: por un lado, si se trata de un imputado detenido, la detención será considerada ilegal y conllevara responsabilidad penal para los agentes o autoridad que no haya informado al detenido de este derecho (art. 101, último inciso, CPP). Por otra parte, al tratarse de un derecho irrenunciable, su violación producirá la nulidad absoluta de las declaraciones y demás actos que se produzcan sin la participación del defensor del imputado (art. 15 y 289, primer inciso, CPP).

a) *Designación de letrado de confianza*

El derecho a la asistencia letrada es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable (SSTC 216/1988 y 18/1995). Así se infiere de lo dispuesto en normas internacionales tales como el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8.2.d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional español (STC 18/1995, de 24 de enero), aplicable *mutatis mutandis* al proceso penal hondureño, el derecho a la elección del letrado por parte del imputado "comporta de forma esencial que este pueda encomendar su representación asesoramiento técnico a quien merezca

su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, fundamento jurídico tercero; 7/1986, fundamento jurídico segundo; 12/1993, fundamento jurídico segundo)"

Así pues- continua diciendo la STC 18/1995, de 24 de enero-, "en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de este viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de la defensa (STC 196/ 1987, fundamento jurídico quinto)".

Siguiendo estas pautas, en la normativa del proceso penal hondureño el defensor será, en principio, el designado por el propio imputado (aquel que sea de confianza). De no designarlo el imputado puede hacerlo, en su nombre y por este orden de preferencia, su conyugue o compañero de hogar, un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o bien un pariente del segundo grado de afinidad (art. 101.3 CPP).

Si el defensor designado de confianza no compareciese, se le requerirá para que se persone de inmediato por el medio mas rápido. Si transcurriere una hora sin que el defensor se presente, el juez requerirá al imputado para que designe otro letrado de su confianza (art..289 CPP).

b) *Designación del defensor público o, en su caso, de oficio*

Como ya sea dicho, la designación de un letrado de confianza es preferente en aras de ejercitar el derecho de defensa del imputado. Solo ante la falta de designación personal del defensor, se nombrara por el juez o Tribunal un defensor público o, en su caso (de no haber defensor público en la localidad), un defensor de oficio (arts. 101.3 y 289 del CPP).

Y es que como afirma la STC 18/1995, de 24 de enero, "en el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado un letrado del turno de oficio tan solo en los casos en que , siendo preceptiva su asistencia, aquel, pese a haber sido requerido para ello, no hubiere designado letrado de su elección o pidiere expresamente el nombramiento de uno de oficio y , además, y en cualquier caso, en los supuestos en los que, siendo o no preceptiva la asistencia del letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o este estime necesaria su intervención (SSTC 216/ 1988, fundamento jurídico segundo; 188/ 1991, fundamento jurídico segundo)".

- ***Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español***

En el ordenamiento jurídico español se distingue, a efectos de asistencia letrada obligatoria o voluntaria, según el imputado este detenido o en libertad; en este último caso no es preceptiva la asistencia letrada sino dispositiva y, por tanto, renunciable sin que por ello la declaración o eventual confesión del imputado sea nula.

STS de 16 de diciembre de 1997 (Ar. 9086):

> El articulo 17.3 *[de la constitución española]* y su correspondiente desarrollo en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solamente obligan a prestar asistencia letrada al detenido, y cuando el recurrente declaro en Comisaria- folio 16-, no se encontraba en tal situación personal de detención y consiguientemente, no era preciso la intervención de letrado, pues al haber sido advertido de sus derechos constitucionales, no se le generó ninguna indefensión.

ATS de 8 de mayo de 1996 (Ar. 3825):

> Es jurisprudencia constante de esta sala (vid., entre otras, SS. 4 diciembre 1992, 17 febrero 1993 y 13 junio 1994) que el artículo 17.3 de la Constitución garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la Ley establezca y la redacción del artículo 520 de la Ley, introducida tras la vigencia de la Constitución, en 1983, señala como preceptiva la presencia de letrado del detenido o preso en las declaraciones policiales y judiciales que haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, y, además, se le nombrara letrado de oficio, si no lo hubiese ya designado, y ello sin perjuicio del derecho a nombrarle o a solicitar que se le nombre de oficio que, para todo imputado, recoge el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero sin que puedan interpretarse estos preceptos en el sentido de que la presencia y asistencia de letrado ha de darse en todas las diligencias de la instrucción de tal modo que sea requisito necesario para la validez de esas diligencias.
>
> Conforme a tal doctrina jurisprudencial al no estar detenido el recurrente, no era necesaria la presencia letrada en su declaración ante el juez instructor. A mayor abundamiento, y como consta en el acta levantada al efecto (folio 14 de las actuaciones sumariales), se le informo previamente de sus derechos constitucionales y del artículo 118 de la LECrim., por lo que se entiende que renuncio a la asistencia letrada. Son válidas y conformes con el ordenamiento jurídico, las declaraciones allí prestadas en que reconocía la venta de los bienes embargados, no se produjo, por tanto, un efecto material de indefensión ni un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa.

Cuando se trata de detenidos, su declaración ante la policía o ante el juzgado de instrucción ha de hacerse necesariamente con asistencia letrada, siendo esta en tal caso irrenunciable al igual que sucede en la legislación procesal penal hondureña. De ahí que en la declaración indagatoria del detenido, llevada a cabo en el juzgado sin asistencia letrada, determina que deba considerarse inválida, no pudiendo fundar en ella la condena de los acusados.

STS 135/1989, de 19 de julio (FJ 2):

> El instructor deberá evitar que alguien a su entender sospechoso declare en situación desventajosa, por el contrario, deberá considerarlo imputado con advertencia expresa de la imputación para permitir su autodefensa y deberá

proveer a la asistencia técnica de letrado, tan pronto como se otorgue credibilidad a la imputación de un hecho punible a persona cierta, evitando así, con una recta interpretación del artículo 24.2 de la Constitución ("… todos tienen derecho…a la defensa y a la asistencia de letrado…") integrado en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, situaciones lesivas del derecho fundamental citado y, de modo especial, autoincriminaciones del declarante que verosímilmente no se habrían producido si este hubiera estado oportunamente advertido de una imputación de la que, una vez conocido, podría auto defenderse de modo expreso o guardando silencio, o beneficiándose del consejo técnico de su abogado.

Igualmente se pronuncia la STS de 15 de octubre de 1996 (Ar. 7813):

[…] Las indicaciones iniciales de German. U. se hicieron sin la asistencia de letrado, condición irrenunciable para el propio detenido […] y ello determinó infracción del derecho fundamental que garantizan los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución y consecuentemente, en aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la imposibilidad de causar efecto probatorio las pruebas obtenidas referente a lo encontrado en los zulos y escondites encontrados violentando ese derecho fundamental.

Y también la STS de 10 de abril de 1992 (Ar. 2948), si bien, en el caso tratado por esta última sentencia, la condena se produjo sobre la base de la declaración prestada en el Juzgado por un coimputado, con asistencia letrada, quien, además de reconocer su participación en los hechos delictivos, imputo a los otros dos idéntica participación , por lo que, a pesar de las negativas del acusado en el acto del juicio, el Tribunal condenó al dar mayor credibilidad a la declaración sumarial y no a la practicada en el juicio oral:

No comparte esta Sala el criterio de la sentencia recurrida, de que la prueba de cargo para los tres acusados sea su declaración indagatoria en el Juzgado de Betanzos, y no porque esta prueba no exista, como se verá, sino porque las declaraciones d R. y V., no han sido obtenidas con las exigidas garantías constitucionales y procesales.

Efectivamente, las mismas se han llevado a cabo sin asistencia letrada, incumpliendo así con lo dispuesto en los artículos 24.2 de la Constitución y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que estas pruebas viciadas de invalidez, no pueden fundar la condena de los procesados (STC 135 de 1989, por todas).

Sin embargo, como decía, la prueba de cargo existe. El acusado L., con asistencia letrada, declara en el Juzgado –folios 1048 y 1049- reconociendo su participación en los hechos delictivos que se le imputan, así como la de los otros dos acusados con los que formaba patrulla de vigilancia fiscal en la costa. La valoración de esta prueba, compete al Tribunal de instancia que conoció de la causa y con inmediación ha visto y oído a los acusados.

Su valoración como prueba de cargo, es lógica y correcta y a ello no se opone que todos negaran, en juicio oral, su participación en los hechos delictivos,

pues tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, tienen declarado (STC 161/1990 y del Tribunal Supremo 10 de octubre de 1990, 22 de enero de 1992) la facultad que tiene este Tribunal de instancia de dar credibilidad a la declaración sumarial o a la practica en el juicio oral sometida a contradicción por la defensa.

En la STS de 30 de noviembre de 1992 (Ar.9569), puede leerse:

El incumplimiento de las garantías que asisten a toda clase de personas acusadas de haber cometido un hecho delictivo produce la nulidad de los actos procesales que se han practicado con omisión de las previsiones legales.
Ello nos lleva a considerar la nulidad de las actuaciones en las que no está presente el letrado que debió asistir al acusado, lo que las invalida a efectos probatorios, aunque conviene señalar que al tratarse de medios de investigación no tiene propiamente el carácter de prueba, ya que solo disfrutan de esta condición los que se practican en el juicio oral con la debida publicidad, inmediación y contradicción, por lo que debe mantenerse la validez de todo lo actuado que no afecte las intervenciones del recurrente y, por supuesto, todo lo actuado desde el momento en que estuvo asistido de abogado y procurador.

Sin embargo, la jurisprudencia resuelve caso a caso los diversos supuestos.
Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1990 (Ar. 3908) desestimo un motivo de nulidad basado en que se practicó una indagatoria sin presencia de letrado porque “en ningún momento se planteó formalmente por el abogado defensor la cuestión de la nulidad de actuaciones, limitándose a exteriorizar su queja o protesta… y ello se hizo en el momento del informe, sin que, por consiguiente fuera propuesta ni debatida como es procesalmente correcto”.

La razón de este último pronunciamiento se encuentra relacionada y así se expresa más adelante en la referida sentencia, con el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, en cuanto no considera indefensión ni son motivo de nulidad las irregularidades que derivan de las negligencias del propio interesado. La regulación de la nulidad en el nuevo Código Procesal Penal también considerada inexistente la nulidad cuando no se haya solicitado oportunamente (art. 170.1) y excluye de entre los legitimados para pedirla a quienes sean responsables de la misma (art. 167, último párrafo).

D) Declaración del imputado sin ser advertido de tal condición

Para tomar la declaración al imputado es preciso indicarle “en forma clara y precisa los hechos constitutivos del delito que se le atribuyen” (art. 101.1 y 287.1CPP) e informarle, entre otros derechos, del relativo al abstenerse de declarar contra sí mismo (art. 88 CPH, 101.5 y 287.2 CPP).

Tomar declaración a un imputado sin que haya sido informado de los hechos que se le imputan y de sus derechos en relación con tal *status* supone una vulneración Constitucional cuya consecuencia ha de ser la nulidad radical.

En efecto, la imputación judicial-y su corolario, la asunción formal del *status* de imputado-, tiene una especial relevancia en cuanto consagra una de las garantías básicas que debe concurrir en todo proceso penal y constituye un presupuesto ineludible a fin de evitar acusaciones sorpresivas (STC 186/1990). El Tribunal Constitucional español abunda en lo dicho advirtiendo que:

[…] La acusación no puede, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora.

Sin perjuicio de que el imputado haya declarado anteriormente con las formalidades y garantías legalmente establecidas, es precisamente en la obligatoria comparecencia judicial ordenada por los artículos 286 y siguientes del Código Procesal Penal (sobre declaración indagatoria), y antes de proceder a su interrogatorio, cuando el Juez de Letras le hará saber al imputado sus derechos, de entre los que destaca la obligación judicial de ilustrarle, de forma clara y precisa, sobre los hechos que se le imputan. Solo a partir de entonces puede considerarse formalmente asumida la condición del imputado, lo que le permitirá su defensa (53).

- *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español*

La doctrina sobre el derecho a ser informado de la condición de imputado, como instrumento del derecho de defensa, ha sido objeto de sistematización por el Tribunal Constitucional español a través de una jurisprudencia consolidada y reiterada (54). El derecho en cuestión conlleva, según el Alto Tribunal, una triple exigencia:

b) En primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se las haya otorgado la posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim:),para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario, una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación.

c) En segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso

(53) El Tribunal Constitucional español, en la sentencia citada 186/1990 (FJ 5) se refiere a ello cuando dice que “tan pronto como el Juez Instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de esta , deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa , ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción.
(54) Entre otras muchas, SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993, 129/1993, 152/1993, 273/1993 y 277/1994.

penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, la designación de abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la "primera comparecencia" contemplada en el articula 789.4.° de la LECrim.

d) No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, puede fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1.° y 2° LECrim), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y por ende , acreedora de la sanción procesal de la "prueba prohibida" (art. 11.1 ° LOPJ)

El Tribunal Supremo, por su parte, ha declarado la nulidad de los testimonios prestados en instrucción como testigos, de quienes fueron luego acusados. STS de 30 de octubre de 1993 (Ar. 8490):

[…] No puede someterse a la persona que aparece como implicada al régimen y tratamiento de las declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas puede inferirse fácilmente que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, como sucede en el caso presente en el que el perjudicado manifestó, desde el primer momento, su deseo de que se persiguiesen los hechos que denuncio ante la policía nacional.

No es absolutamente imprescindible una imputación formal en resolución judicial independientemente cuando esta posición o legitimación pasiva puede deducirse del estado y contenido de las actuaciones o por haber sido sometido el interesado a cualquier clase de medida cautelar.

Este derecho de defensa debe gozarse desde el momento inicial y no debe desmoronarse hasta el trámite de la acusación formal porque en este caso el derecho a la defensa resultaría desconocido y su posición procesal se vería súbitamente afectada por una acusación que no era previsible y frente a la cual no había podido esgrimir una estrategia defensiva, originándose la indefensión proscrita por nuestro sistema procesal,

E) **La voluntariedad de la declaración. Especial referencia a las pruebas científicas detectoras de la verdad**

Debe retenerse que la declaración del acusado y, en su caso, la admisión de

Los hechos o "confesión" que de la misma pueda eventualmente derivarse ha de Ser resultado de una conducta libre. En efecto, solo si la declaración es consciente y libre podrá decirse que ha sido voluntaria. Y, a tal fin, se precisa: *a)* que el imputado tenga pleno conocimiento de las consecuencias de su acto y de los derechos a los que puede estar renunciando; *b)* que no haya sido inducido a declarar mediante presiones indebidas tales como coacciones, amenazas, engaños, etc.

El Código Procesal Penal hondureño garantiza ampliamente la libre determinación del imputado sobre si desea o no declarar. En este sentido es bien claro el artículo 288 al prohibir todo tipo de presiones, hasta las más sutiles, que puedan interferir en su libre voluntad de declarar.

Métodos prohibidos para la declaración del imputado. El imputado que no se abstenga de declarar, prestara su declaración libre de juramento y no será sometido a ninguna coacción, amenaza o promesa. Tampoco podrá usarse medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni formulársele cargos o reconvenciones tendentes a obtener su confesión.

Queda prohibida, en consecuencia, toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, que tienda a confundirlo o que menoscabe su capacidad de recordar los hechos, de comprender el alcance de sus actos o de autodeterminarse con arreglo a esa compresión. Quedan prohibidos, en especial, las torturas y los malos tratamientos de obra o de palabra, las amenazas, el empleo de medidas susceptibles de producir agotamiento físico o mental, así como la utilización de engaños y la administración de psicofármacos, la hipnosis y el empleo de polígrafos o aparatos similares destinados a detectar posibles mentiras del declarante.

Como se ve, el precepto transcrito incluye en el catálogo de presiones indebidas y, por ello, prohibidos, "la admisión de psicofármacos, la hipnosis y el empleo de polígrafos o aparatos similares destinados a detectar posibles mentiras del declarante". Ello es contraste con lo dispuesto en el artículo 101.6 sobre el derecho del imputado a "que no se empleen en su contra medios que de cualquier modo lastimen su dignidad personal"; y armoniza perfectamente con lo previsto en el párrafo 7 del mismo artículo 101, en cuanto garantiza el derecho del imputado " a no ser sometido a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad", señalando, como ejemplo de tales métodos prohibidos, los malos tratos, las amenazas, la violencia corporal o psíquica, las torturas, la aplicación de psicofármacos, hipnosis y polígrafos o detector de mentiras.

Así las cosas, no puede reputarse libre la declaración efectuada bajo los efectos del "suero de la verdad" (pentotal sódico, privenal, methedrina, etc.) ni la derivada del "detector de mentiras" (polígrafo). Los Tribunales españoles han denegado la práctica de estas pruebas, incluso cuando han sido pedidas por el propio acusado, arguyendo consideraciones de distinto orden. Por un lado se resaltan los posibles peligros físicos o psíquicos que puede suponer su empleo (singularmente las sustancias químicas inyectadas) y la dudosa fiabilidad de su resultado que pueden reflejar la no volición consciente de una persona, sino de su subconsciente o capas profundas de su personalidad. Por otra parte, el rechazo de tales pruebas viene de la falta de libertad del declarante, quien se convierte en un mero apéndice de una

maquina o producto químico, aniquiladores de su voluntad consciente, afectándose al mismo tiempo a la propia dignidad humana.

- ***Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del tribunal Supremo español***

En la línea de prohibir la utilización de psicofármacos se ha expresado nuestro Tribunal Constitucional, por ejemplo, en el ATC 21/1985, de 16 de enero (FJ 5):

[…] La prueba denominada científicamente "narcoanálisis" y vulgarmente como "suero de la verdad", para lograr la deposición de conductas sin frenos inhibitorios, por ingestión de sustancias químicas, que relajen la voluntad, y que propuso el recurrente ante los Tribunales ordinarios, no admitida en razonado juicio de legalidad por el Tribunal Supremo especialmente, al no ser fiables en sus resultados entrañar eventualmente peligros en su aplicación, conculcar el principio de legalidad pues sería una forma indirecta y torcidera de obtener la confesión del reo, y por suponer un desprecio para la persona, por aniquilar o deformar los recursos psíquicos y físicos del ser humano. En definitiva, tanto por no ser la confesión del inculpado una prueba plena como por las circunstancias en que se apoya el Tribunal Supremo para denegarla, en adecuado juicio de legalidad la no aceptación de dicha prueba hace que este Tribunal carezca de facultades para revisar dicha decisión denegatoria.

También lo hizo la STS de 22 de mayo de 1982 (Ar.2702):

Considerando que el principio de verdad material que preside el proceso penal y el indudable valor de la confesión del inculpado como medio para obtenerla llevaron su atención a la psicología experimental para dotar al Derecho de un medio de obtener la confesión o, al menos, cierta evidencia de culpabilidad, que, amparándose en la turbación moral, llego a tener algún predicamento, aplicando las tesis de ideas en conjunción con el tiempo de reacción, hasta llegar a la moderna psicología y psicoterapia mediante el narcodiagnostico,narcosugestion, narcohipnosis, narcosintesis y narcocatarsis, conceptos todos ellos indicativos de que la psicoterapia de que se valen se consigue mediante el empleo de métodos en que el vehículo adecuado es un narcótico administrado al organismo, por vía endovenosa y lentamente , y que provoca en el sujeto receptor una liberación de inhibiciones que le llevaran a declarar la verdad en tanto en cuanto se encuentren bajo la influencia de la droga, y de ahí su común y en un tiempo feliz expresión del suero de la verdad, y que llevan al sujeto a un estado de narcosis y que se patentiza por somnolencia, obnubilación y, finalmente, perdida de la sensibilidad y de la conciencia, aun cuando, hoy por hoy hayan sido sometidas a nuevas revisiones las conclusiones de antaño, restándoles fiabilidad y afirmando que no han logrado la aceptabilidad científica para establecer la verdad en los términos absolutos con que antes se predicaba.

Considerando que de entre los narcóticos que han encontrado más aceptación en las pruebas clínicas se encuentran el privenal, el evipan sódico, el amytal sódico , la methedrina y el eunarcon y sobre todo el pentotal sódico, que logró el palmarés con holgada exageración sensacionalista al recabar para si

el talismán de suero de la verdad, y aun cuando se ha llegado a afirmar, con harto optimismo, que sus resultados son reales, absolutos y sorprendentes y que no pasan del riesgo que supone la administración de una simple inyección endovenosa, es lo cierto que la polémica entre los científicos y clínicos y psiquiatras las disensiones y recelos se oponen a aquellos otros, señalando estos toda una serie de precauciones, contraindicaciones y peligros , llegándose incluso a señalar, por algunos investigadores ingleses, la posibilidad, aunque realmente rarísima, de provocar sincopes mortales por inhibición con el uso del pentothal.

Considerando que, como no podía por menos de suceder, el narcoanálisis encontró su asiento en el Derecho procesal y juristas y Tribunales han tomado posturas diametricamente opuestas a la par que en el terreno científico y clínico ocurría, desde su aceptación plena, a su adopción con recelos, para llegar a la postura extrema de su erradicación de los medios probatorios.

Considerando que, en trance de tomar partido, una primera objeción obliga a entender que el uso del pentothal, o de otros narcóticos comercializados, que no está ante un supuesto puro y especifico de confesión del inculpado, sino que su uso participa más que de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas, pero si esta primera objeción podría salvarse mediante el juego de un criterio de apertura –contrario al numerus clausus en los medios probatorios en aras de la consecución de la verdad material- principio cardinal del proceso penal, la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entraña, y, sobre todo la seria objeción que supone su admisión indiscriminada, llevaría a conculcar los principios de legalidad estudiados al principio, en tanto en cuanto supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y, a la postre, porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano.

Considerando que, todas estas objeciones y cuantas a lo largo de la presente resolución se han hecho son aplicables al supuesto ahora enjuiciado, pues lo que, al fin y a la postre pretende el recurrente es someterse a la confesión bajo los estímulos de la administración del pentothal sódico erigiéndola como prueba reina y única para demostrar su inocencia, haciendo tabla rasa de las demás practicadas, cuando es lo cierto que, en trance de juzgar, siempre vendría obligado el Tribunal de instancia a tener que apreciar en conciencia las pruebas practicadas en los términos prescritos en el artículo 741 de la LECrim., procediendo, en consecuencia, la desestimación del único motivo que por forma ha quedado subsistente tras el trámite de admisión y en el que al amparo de numero 1.° del artículo 850 se denunciaba la denegación de prueba consistente en la confesión del procesado bajo los efectos del pentothal u otro producto similar.

O la STS de 26 de noviembre de 1991 (Ar. 8562) que en su fundamento jurídico 1. ° se expresa como sigue:

> Con independencia de la circunstancia que pone de relieve con acierto el Ministerio Fiscal de que frente a la denegación de la prueba no se formuló

protesta alguna, lo decisivamente importante es que el medio probatorio era absolutamente rechazable. Se trataba de inyectar a los dos procesados el fármaco idóneo para llevar a cabo la prueba de narcoanálisis conocida como “suero de la verdad”.

Se invoca el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Pero por encima de cualquier otra consideración, hay que tener presente que el Tribunal ha de abstenerse de valorar una prueba prohibida y, por consiguiente y con más razón, si cabe, debe impedir su práctica, y la del narcoanálisis lo es.

La confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución Española. Pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes la soliciten. La dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad. El ordenamiento jurídico, y con el de los Tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en una posición de carencia de libertad. En ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarlo de forma incondicionada.

La grandeza de la libertad, a la que acaba de hacerse referencia, unida a la dignidad de la persona humana, impide la inducción de estos métodos, en la investigación criminal, siendo así solo factible en el mundo el psicodiagnostico y de la psicoterapia, basados en el hecho de que la psiquis en estado de adormecimiento, no dominable ya consiguiente por el sujeto, consecuencia de la introducción de sustancias denominadas narcóticos, se coloca en forma de poder ser explorado con más facilidad y profundidad por la técnica de investigación psicoanalítica.

Por eso la doctrina científica, en general, entiende que el narcoanálisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalística, significan un profundo ataque al conjunto psicofísico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisible sin consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera se corresponde siempre con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad.

2. EXAMENES CORPORALES Y EXTRACCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO

Toda intervención corporal supone, en mayor o menor medida, una intromisión de los poderes públicos en la esfera más íntima del individuo. De ahí que su

Constitucionalidad deba, necesariamente examinarse a la luz de los derechos fundamentales que proclama el ordenamiento jurídico, resultando especialmente afectados los artículos 59, 68, 69, 76, 145 de la Constitución hondureña.

A) El derecho a la dignidad de las personas y la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes

El artículo 59 de la Constitución Política de Honduras consagra la dignidad del ser humano como un derecho inviolable de la persona. Consecuentemente, se reputaran prohibidas las practicas que la degraden; y no solo por infringir en si dicho precepto; sino por afectar también el artículo 68 de la propia Constitución en cuanto garantiza que nadie puede ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, infrahumanos o degradantes. La interdicción de "la tortura", así como de las penas o "tratos inhumanos o degradantes", se contiene también en la Declaración Universal de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre 1959 (art. 3).

Ha de significarse que el ámbito de cobertura del derecho fundamental en cuestión no se extiende, sino más bien e incondicionalmente, a toda suerte de maltrato, cualquiera que fuera este, sino que es imprescindible que alcance un mínimo de gravedad para que opere la garantía consagrada en el artículo 68 de la Constitución hondureña.

En relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de señalar (cfr. ATC 333/1997) que su ámbito constitucionalmente garantizado *prima facie* "protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (SSTC 120/1990, 117/1990, 215/1994, y 207/1996). Ahora bien, mas allá de ese genérico contenido protegido *ab initio* –y, por ende, susceptible de limitación-, el constituyente quiso delimitar con mayor precisión el alcance del derecho, incorporado a tal objeto idéntica garantía que la contemplada en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a saber: la exigencia de que nadie pueda ser sometido "a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

Como es palmario, se trata de unas prohibiciones delimitadoras del ámbito constitucionalmente protegido investidas de un carácter absoluto ("nadie debe ser", dice el texto del artículo 68 de la CPH), razón por la cual la sola constatación de que han sido transgredidas revelara ya inmediata e inequívocamente la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral. No es de extrañar, pues, que, cuando se plantea la posible conculcación de este derecho, deba comenzarse por analizar si la medida frente a la cual se reacciona es subsumible dentro de algunas de las tres categorías citadas: tortura, trato inhumano, trato degradante.

Siguiendo la estela iniciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Irlanda c. el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, 167, según la

cual la distinción entre las tres categorías deriva principalmente de la diferente intensidad del sufrimiento causado, también el Tribunal Constitucional español ha subrayado que las mismas integran una escala gradual, cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante. “Tortura” y “tratos inhumanos o degradantes” –se dice en la STC 120/1990 (FJ 9)- son, en su significado jurídico, “nociones graduadas de una misma escala” que, en todos sus tramos entrañan sean cuales fueren los fines, “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (doctrina que se reitera en la SSTC 137/1990, 57/1994 y 215/1994).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, dando un paso más, se ha aventurado a aproximarse al concepto de “trato degradante”, considerado como tal aquel que provoca en la victima sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecería y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral (sentencias *Irlanda c. el Reino Unido* 18 de enero de 1978, 167; *soering* , de 7 de julio de 1989, 100 y, *T*omasi *c. Francia,* 27 de agosto de 1992, 112). Sea como fuere, la jurisprudencia emanada del TEDH pone el énfasis en que, para entender que un maltrato se halla bajo el ámbito de cobertura del artículo 3 del Convenio, es imprescindible que el mismo supere un umbral mínimo de severidad; mínimo cuya apreciación es , por naturaleza, relativa, por lo que depende en última instancia de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (entre otras, sentencia *Irlanda c. el Reino Unido, 162; Tyrer,* de 25 de abril de 1978, 30; *soering* 100; *Cruz Varas y otros c. Suecia ,* de 29 de agosto de 1990, 83; *Vilvarajah y otros c. el Reino Unido*, de 30 de octubre de 1991, 107). En suma utilizando los términos empleados por TEDH en el caso *Campbell y Cosans*, “Para que el trato sea “degradante” debe ocasionar también al interesado –ante los demás o ante sí mismo- una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (sentencia de 25 de febrero de 1982,28; reiterado en la Sentencia *Castello-Roberts c. el Reino Unido,* de 25 de marzo de 1993, 30).

Así pues, determinar cuándo se ha cruzado el umbral que separa el maltrato lesivo del derecho fundamental, por un lado, del maltrato Constitucionalmente irrelevante, por otro, constituye, como ha quedado dicho, un asunto que solo puede resolverse a la luz de las especificas circunstancias del caso en cuestión. Con todo, es factible identificar un par de criterios susceptibles de ser utilizados con alcance general. En primer término, y correlato lógico del carácter absoluto de las prohibiciones que nos ocupan, no ha de perderse de vista que, al efectuar dicho enjuiciamiento, en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida con la medida objeto de control. Sobre esta base se erige la constante afirmación de que “aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objeto que persigue, ello no impide que se la pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados” (STC 215/1994, fundamento jurídico 5. ° A, reiterando la doctrina ya contenida en las SSTC 120/1990 y 57/1994). Y, en segundo término, cuando el pretendido maltrato se predica de una sanción, el sufrimiento por ella provocado solo podrá catalogarse de “trato degradante” si va más allá del usual y, a menudo, inevitablemente elemento de humillación inherente a la sanción misma (casos *Tyrer*, 30; *Soering,* 100 y *Castello-Roberts*, 30). Por ello, el Tribunal constitucional

español solo viene reputando como penas o tratos degradantes a lo que "provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto o superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (STC 65/1986, fundamento jurídico 4. °; desde entonces doctrina constante: SSTC 89/1987,120/1990, 137/1990, 150/1991 y 57/1994).

> Yendo a algunos ejemplos concretos de la jurisprudencia española, el Tribunal Constitucional no ha considerado degradante ni contraria a la dignidad de la persona "la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina". La STC 7/1994, de 17 de enero da cuenta de ello:

[…] Es indudable que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, *per se,* una injerencia prohibida (STC 103/1985, fundamento jurídico 3). Y, la extracción de unas de sangre, de acuerdo con la STS 14 de noviembre de 1987, no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona (ATC 221/1990, fundamento jurídico 3).

Tampoco "cabe considerar en si misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la realización de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina" (STC 37/1989).

B) El derecho a la integridad física, psíquica y moral

El artículo 68 de la Constitución Política de Honduras declara en su primer párrafo que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

Aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (cfr. STC 35/1996), reconocido en los artículos 145 y siguientes de la Constitución hondureña, su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por "toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular" (STC 207/1996).

Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riego o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

> Con el fin de precisar aún más esta doctrina dentro del ámbito en el que aquí nos movemos, habrá que señalar (por todas la STC 297/1996) que, dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominante afectado al acordar su práctica y su realización.

a) *Inspecciones y registros corporales.* Una primera clase de actuaciones son las denominadas inspecciones y registros corporales , esto es, aquellas que consisten en cualquier género del reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento de rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.). En ellas no resulta, en principio afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 76 CPH) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso del examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) *Intervenciones corporales.* por contra , la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes con la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a un informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 68.I CPH), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

Atendiendo el grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en la extracción de elementos externos del cuerpo 8como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo), las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)

C) El derecho a la libertad ambulatoria

La práctica coactiva de exámenes corporales y extracción de muestras del imputado supone la privación de la libertad deambulatorio del individuo, al menos durante el tiempo necesario para realizar tales pruebas, y su condición al centro donde hayan de ejecutarse. Puede verse así afectado los artículos 61, 69 y concordantes de la CPH, sobre el derecho a la libertad.

La libertad personal, protegida por este precepto es la “libertad física”, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios (cfr. STC 120/1990). Es claro sin embrago que la práctica de intervenciones e inspecciones o registros corporales supone el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones.Pero tales restricciones, siempre que estén justificadas por una situación previa legitimadora de la detención, no constituyen violación del derecho fundamental (cfr. Los arts. 175 y 176 del CPP).

D) El derecho a la intimidad personal

El derecho a la intimidad personal consagrado al artículo 76 de la Constitución Política de Honduras, aparece configurado como un derecho individual y fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 59 reconoce. Así pues, la intimidad personal constitucionalmente garantizada entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de, los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, 179/1991,20/1992 y 57/1994).

En la Constitución de la Republica se garantiza la intimidad personal, de la que forma parte la intimidad corporal, haciéndola, en principio "inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones o criterios arraigados en la cultura de la comunidad" (cfr. SSRC 37/1989,120/1990 y 137/ 1990). De ahí que el derecho a la intimidad corporal pueda resultar afectado desde la práctica de las intervenciones más banales como corte de pelo, cacheo o extracción de sangre hasta las más graves, como el registro anal o vaginal.

Claro es que, esta afirmación de principio requiere algunas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el Tribunal Constitucional español no considera que el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido se extienda absolutamente a todo el cuerpo humano, sino que queda reducido "a zonas corporales donde reside "el recato" o "pudor" ". Así lo expone la STC 37/1989, de 15 de febrero:

[…] En el ámbito de la intimidad corporal, constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determina, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.

La segunda es la de que la intimidad personal puede llegar a Eder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (cfr. Arts. 99 y 100 CPH).

D) El artículo 107 del Código Procesal Penal

Establece este precepto:

Exámenes Corporales y extracción de muestras del imputado. Para la determinación de la verdad, el órgano jurisdiccional podrá, a petición de la parte interesada, ordenar, de ser necesario, que se practiquen a la persona imputada

exámenes corporales o extracciones de muestras que técnica y científicamente sean útiles, confiables y proporcionadas para aquel fin, siempre que no entrañen peligro para su salud.

Se practicaran en forma que no lastimen el pudor ni la dignidad del examinado.

Cuando fueren imprescindibles para determinar la verdad, podrán practicarse incluso contra la voluntad de la persona imputada. Para su práctica solo se podrá utilizar la fuerza cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la voluntad del examinado.

Tales intervenciones necesariamente deberán ser efectuadas por profesionales de la medicina, profesionales sanitarios, técnicos de laboratorio o microbiólogos según corresponda.

Sujeto a las exigencias antes expuestas y en aquellos casos en que no sea posible obtener la autorización judicial porque el recurso del tiempo pueda perjudicar la investigación volviéndola inocua, el Ministerio Público podrá disponer la práctica de tales exámenes y extracción de muestras, dando cuenta inmediata y razonada al juez competente, quien convalidara o dejara sin efecto lo realizado.

Esquemáticamente podemos sintetizar la anterior norma en los siguientes apartados:

1. ¿Quiénes pueden ordenar estas diligencias? El órgano judicial (juez o tribunal). Excepcionalmente el Ministerio Publico, la validez dependerá en este caso de que:

   a) No sea posible obtener la autorización judicial porque el transcurso del tiempo perjudique la investigación volviéndola inocua.
   b) Se dé inmediata y razonada cuenta al juez, quien la convalidara o dejara sin efecto.

2. Se acuerdan a instancia de parte; no de oficio.

3. Requisitos en su adopción (mediante resolución motivada):

   3.1. El juez ha de valorar si son útiles, confiables y proporcionadas a la averiguación de la verdad.
   3.2. Igualmente ha de ponderar que no entrañen peligro para la salud del imputado.

4. Requisitos en su práctica:

   4.1. Sin lastimar el pudor ni la dignidad del examinado.
   4.2. Podrá usarse la fuerza, excepcionalmente, cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad (física o psíquica) del examinado.
   4.3. Habrán de ser efectuadas por profesionales (médicos, sanitarios, técnicos de laboratorio, microbiólogos, según el caso).

El precepto es acorde con los parámetros de la doctrina sobre la proporcionalidad en la injerencia de derechos fundamentales. No está de más

recordar que el sacrificio de los derechos individuales tales como la integridad física y la intimidad personal son susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable si se dan los siguientes requisitos: a) que la medida limitativa del derecho fundamental este prevista por la ley; b) que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada; y c) que sea idónea necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legitimo (STC 207/1996). A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación de la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendad a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (cfr. STC 7/1994, fundamento jurídico 3. °).

a) Fin constitucionalmente legitimo

Ciertamente, la Constitución de la Republica, en sus artículos 68 y 76, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad; a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (arts. 99 y 100 CPH). Mas ello no significa que sean derechos absolutos pues pueden ceder ante razones justicias de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que sin duda, se encuentra la actuación del *ius puniendi* (STC 37/ 1989, fundamentos jurídicos 7. ° Y 8. °).

Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legitima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida este prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

b) *Principio de legalidad*

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la dignidad física está establecida expresamente en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en la que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del mas genérico derecho “al respeto de la vida privada y familiar” (sentencias del TEDH “X. e Y/ Holanda”, de 26 de marzo de 1985, y “Costello-Roberts/Reino Unido”, de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la CEDH núms. 8239/1978 y 8278/1978). Pues bien, el apartado 2. ° del mencionado artículo 8 expresamente señala que: “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la ley…”.

La anterior exigencia ha sido recordad por la doctrina del Tribunal Constitucional español, así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal, y en relación entonces con el derecho a la intimidad corporal, dijo el Alto Tribunal que la limitación de dicho derecho solo podría producirse “con fundamento en una inexcusable previsión legislativa” (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.°).Que en aquel caso entendió existente (fundamento jurídico 8.°). De manera igualmente explicita afirmo la necesidad del cumplimiento

del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.°): «...debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconoció la existencia de habilitación en el art. 127 del Código Civil, en consonancia con el art. 39.2 CE). Y, finalmente, también lo hizo en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario- en la STC 120/1990 (fundamento jurídico 8.°), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 LOGP) y en la STC 35/1996 (fundamento jurídico 2.º) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el artículo 23 Ley Orgánica General Penitenciaria.

Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria sino que ha de estar prevista por la Ley.

c) Jurisdiccionalidad

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (allanamientos del domicilio -art. 99 CPH-, intervención de las comunicaciones -art. 100 CPH-, etc.), en la Constitución de la República no existe reserva absoluta alguna de resolución judicial en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art 76 CPH) y a la integridad física (art. 68 CPH), con lo que se plantea el problema relativo así sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales esto es, mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 se dijo que era «solo posible por decisión judicial» (fundamento jurídico 7.°), aunque sin descartar a posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (fundamento jurídico 8.°).

Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez) que la Ley pueda autorizar a la Policía o al Ministerio Público para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su practica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad (cfr. STC 207/1996).

d) Motivación de la resolución judicial

La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras).

Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996).

e) Principio de proporcionalidad

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular dé las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, se ha destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Y en el ámbito, análogo al actual, de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también se ha subrayado la necesidad de «ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi» (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.°).

Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constítucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan

otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

f) Otras exigencias específicas

Del artículo 68 de la Constitución de la República es posible derivar, por último, una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, de alguna manera aplicables también al principio de proporcionalidad, las cuales cabe sustantivizar en los siguientes términos (al modo como se hace en la STC 7/1994, fundamento jurídico 3.°):

a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994.)

b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 59.II y 68.II CPH).

3. REGISTROS PERSONALES (CACHEOS)

Los artículos 206 y 207 del Código Procesal Penal regulan los registros personales y la forma de practicarlos. Son aquí aplicables *mutatis mutandis* las consideraciones efectuadas a propósito de los exámenes corporales y extracción de muestras del imputado.

Artículo 206. *Registros personales.*

Cuando existan motivos que hagan presumir que dentro de sus ropas o pertenencias, una persona oculta, esconde o lleva adheridos a su cuerpo, objetos, señales o vestigios relacionados con un delito, se le practicarán registros incautándosele las cosas encontradas. En tal caso, podrá ordenarse su conducción en forma coactiva a las oficinas competentes.

Antes de proceder al registro se advertirá a la persona sobre la sospecha que se tenga y se le invitará a que muestre o exhiba lo que lleva consigo y si la entrega voluntariamente, no se procederá al registro, salvo que haya motivos fundados para creer que aún oculta alguna cosa relacionada con el delito.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se hará, de ser ello posible, en presencia de dos testigos hábiles, si pudieren ser habidos sin demora, quienes preferiblemente deberán ser vecinos del sitio en que tuvieron llagar los hechos investigados, dejando constancia en el acta de lo actuado.

Los agentes de la Policía Nacional no podrán llevar a cabo registros personales sobre zonas corporales que afecten al pudor de la persona registrada. Salvo el caso en que existan motivos muy fundados para temer una agresión inminente por parte de dicha persona, su registro se hará por otra del mismo sexo.

Las inspecciones corporales que afecten a zonas anatómicas íntimas, sólo podrán llevarse a cabo en virtud de mandato judicial, a petición fundada de parte, por médico o, en su defecto, por personal sanitario.

El Juez, al tomar su decisión, por auto motivado, ponderará la utilidad, proporcionalidad e insustituibilidad por otros; procedimiento de examen, de la inspección corporal.

Cuando el examen corporal no pueda demorarse el tiempo necesario para obtener la autorización judicial, y exista grave peligro de frustración del resultado de la medida, podrá ser autorizado por el Ministerio Público, quien dará inmediata y razonada cuenta al Juez, el cual, por auto motivado, convalidará el registro o examen o lo dejará sin efecto.

Artículo 207. *Forma de practicar los registros personales*

Los registros a que se refiere el artículo anterior se practicarán individualmente y con respecto absoluto para la dignidad, el pudor, la integridad corporal y la salud de las personas.

El registro de personas será efectuado por agentes del mismo sexo y, de no haberlas, por dos personas también del mismo sexo, designadas para el efecto.

En ningún caso se empleará violencia para practicar el examen corporal y si èste afectare las zonas corporales íntimas deberá ser hecho por un medico, y de no haberlo por personal sanitario.

La Persona examinada tendrá derecho a requerir que, durante el examen, esté presente una persona de su confianza siempre que pueda localizarse sin tardanza que implique riesgo de frustración de la finalidad perseguida por la medida.

Los resultados del registro se harán constar en acta, que firmarán los agentes de investigación que lo hayan practicado y además, la persona registrada. Si ésta no quiere o no puede firmar, se dejara constancia de este hecho en dicha acta.

El tribunal Constitucional español ha abordado el tema de los “Cacheos” y su incidencia en el derecho a la libertad de deambulación en sus providencias de 26 de noviembre de 1990 (recurso 2.252/90), 28 de enero de 1991 (recurso nùm. 2.260/90) y 28 de enero de 1991 (recurso 2.262/90). Dice esta última:

El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella si no en los

casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aún cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo.

Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una «privación de la libertad» ni atenta contra su derecho de libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen.

* * *

Ricardo Pérez

ARTICULO 201. <u>Notoriedad de los hechos.</u> Cuando un acto o hecho sea notorio, el órgano jurisdiccional podrá prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, salvo objeción fundada de cualquiera de las partes.

COMENTARIO

Es en los casos de flagrancia, y que el autor de determinado delito acepte haberlo cometido, pues no habrá de necesidad de probar nada, por lo tanto los medios de prueba para probar que se cometió el delito, no serán necesarios, pudiendo en consecuencia ser rechazados. Quedando únicamente que probar os factores que llevaron al autor a cometerlo.

ARTICULO 202. **<u>Valoración de las pruebas. La sana crítica.</u>** Las pruebas serán valoradas con arreglo a la sana crítica. El órgano jurisdiccional formará su convicción valorando en forma conjunta y armónica toda la prueba producida.

COMENTARIO

El juez al valorar las pruebas debe sujetarse a criterios de pensamiento racionales, juiciosos, como corresponde a una persona culturalmente formada. Y deber saber expresar la utilización de esos criterios en la sentencia, porque la sana critica los jueces no tienen que darla por supuesta, sino que tienen que demostrarla en cada sentencia que dicten; es decir, que el juzgador deberá valorar ineludiblemente las pruebas de acuerdo con las reglas del criterio racional o del criterio humano, conforme con las reglas de la lógica, la sicología, de la sociología, y de la experiencia.

CAPITULO II

DE LAS ACTUACIONES DE EJECUCIÓN INMEDIATA PARA LA CONSTATACIÓN DEL DELITO

ARTICULO 203. Inspección v custodia del lugar de los hechos. La Policía Nacional, se encargará de inspeccionar y custodiar el lugar donde ocurrieron los hechos que se investigan. Asimismo, de buscar señales, huellas, rastros o efectos materiales que tengan relación directa o indirecta con la comisión del delito; siempre que fuere posible recogerán y conservaran los elementos probatorios que sean útiles para el esclarecimiento de ia verdad.

De todo lo actuado se dejará constancia en acta, en la que se hará un detalle pormenorizado del estado de las cosas y de las personas. Los agentes de investigación podrán ser asistidos por expertos o peritos, si precisare conocimientos técnicos, médicos o de otra naturaleza, para la recolección de señales, huellas o vestigios y demás elementos de prueba, procediendo a su conservación y detalle en el acta mencionada.

El acta será firmada por el o los agentes de la Policía de Investigación Criminal que hayan intervenido y, de ser posible, por dos testigos, que preferiblemente sean vecinos del sitio en que tuvieron ocasión los hechos investigados.

Las actas que reúnan los requisitos establecidos en este Artículo, serán incorporadas al juicio y leídas durante el mismo.

El Juez a petición del Fiscal o de las partes, podrá constituirse en el lugar de los hechos para efectuar las inspecciones oculares que estime oportunas.

COMENTARIO

Aquí estamos frente a dos diligencias denominadas de INSPECCIÓN, una que deberá realizar, la policía de investigación criminal, que es la primera autoridad en llegar al lugar de los hechos, pero previo a ello, deberá en aras de la preservación de la escena del crimen, no permitiendo que se modifique esta custodiando el área, así como no dejando que entren personas ajenas a la investigación ni dejando que las que se encuentran en ella, la abandonen. Esta inspección que realizara la policía de acuerdo a su conocimiento y especialización, y de ser necesario acompañado de peritos o expertos, con conocimientos científicos en relación con los hechos acontecidos, buscando señales, huellas, rastros o efectos materiales que tengan relación directa o indirecta con la comisión del delito, y recogerá y conservara, embalando cuidadosamente los instrumentos, piezas de convicción y de ejecución, para su posterior análisis, y aportarlos al juicio como pruebas.

Esta inspección será, *in situ,* puesto que, solo así podrán recogerse los vestigios restos y huellas del delito, lo que deberá consignarse en el acta que para tal efecto se levante, la que deberá ser firmada obligatoriamente por los agentes de la policía de investigación criminal, y de ser posible por dos testigos que sean vecinos del lugar donde ocurrieron los hechos, y que hayan presenciado la inspección y para posteriormente ser incorporada mediante lectura al juicio. La inspección realizada por la policía, como antes se dijo se incorporara mediante

lectura al juicio, y será legitimada por el Juez instructor. El Juez Instructor también podrá realizar inspección al lugar de los hechos, bien a petición del Fiscal o de las partes, pero lo mas conveniente será que lo haga en el mismo momento en que lo haga la policía, pues deberá determinar la posición en que quedaron los objetos, piezas de convicción y de ejecución, y describir en su caso la posición del cadáver o cadáveres, del lugar en que se desarrolló el hecho, todo para los efectos en que tenga que llevarse a cabo una reconstrucción de hechos, todo lo anterior se consignará en la respectiva acta.

En el caso de que al cometerse el delito no se haya dejado huellas o vestigios, el juez de la instrucción averiguará y hará constar, si la desaparición de las huellas materiales ha ocurrido natural, casual o intencionadamente, detallando las causas de la desaparición o los medios que para ello se hubieren empleado. Esta diligencia está bien relacionada también con la de levantamiento e identificación de cadáveres, pues ambas tienen como primer objetivo de la investigación sumarial la de recoger y describir el cuerpo del delito. Por lo que ambas deben realizarse, sino simultáneas, una seguida de la otra, ya que deberán participar los mismos, tanto fiscales como miembros de la Policía Preventiva Nacional y de Investigación Criminal.

ARTICULO 204. <u>Levantamiento e identificación de cadáveres.</u> En caso de fallecimiento de una persona por causas no naturales o en forma súbita o cuando existan sospechas de que el fallecimiento es consecuencia de un hecho punible, antes de levantar el cadáver se constituirá en el lugar de los hechos el respectivo Fiscal asistido por representantes de la Policía Nacional y del Médico Forense o de cualquier otro médico, siempre que pueda ser habido a fin de identificar al occiso a través de cualquier medio, a inspeccionar en forma preliminar su cuerpo y determinar su situación o posición y la naturaleza de las lesiones, en su caso.

Cumplido lo anterior, se levantará el cadáver, el cual será trasladado a las instalaciones de la Dirección de Medicina Forense o al lugar, en que se practicará la autopsia y la identificación final del occiso. Con posterioridad se entregará el cadáver a sus familiares o, en su defecto, se procederá de conformidad con lo que dispongan las leyes especiales.

A falta del Fiscal, las diligencias ordenadas en este Artículo serán realizadas por el Juez de Paz competente, auxiliado por agentes de la Policía de Investigación Criminal y a falta de éstos, de la Policía Preventiva.

COMENTARIO

Si la instrucción tuviese lugar por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, en el lugar de los hechos o donde se encontrare el cuerpo sin vida, y antes de proceder al enterramiento del cadáver, o inmediatamente después de la exhumación; y con el auxilio de un Médico Forense, sí lo hubiere, sino con cualquier otro médico, se procederá a la descripción e identificación del cadáver, es decir determinar su situación, posición así como las lesiones que tenga el mismo. Posteriormente deberá ser trasladado a la Dirección de Medicina Forense a efecto de realizar la correspondiente autopsia. Y sólo una vez finalizado el procedimiento anterior podrá ser entregado (el cadáver) a sus familiares, si tuviere o pudieren ser localizadas, en su defecto se procederá dé acuerdo con lo que disponen las leyes

especiales. En caso de que no hubiere o no se pudiere localizar un Fiscal el levantamiento y reconocimiento del cadáver, podrá realizarlo el Juez de Paz competente siempre auxiliado por agentes de la Policía de Investigación o con agentes de la Policía Nacional preventiva.

ARTICULO 205. Autopsias. Si practicadas las diligencias previstas en el párrafo primero del Artículo anterior no se pudiere establecer en forma inequívoca la causa de la muerte la Dirección de Medicina Forense, siempre que sea posible, y en su defecto los médicos designados en sustitución como peritos, con preferencia de los especializados en Patología Forense, practicarán la autopsia para determina la naturaleza de las lesiones, el medio empleado para ocasionarlas, las circunstancias en que se consumó el delito y, en todo caso, la causa del fallecimiento.

Quienes practiquen la autopsia dejarán constancia escrita de si la muerte sobrevino como consecuencia de las lesiones o si fue ocasionada por causas preexistentes, concomitantes o posteriores, extrañas al hecho.

COMENTARIO

Aún cuando en el momento del levantamiento e investigación realizada y mediante la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte debe practicarse la autopsia al cadáver por los Médicos Forenses o, en su defecto por cualquier otro médico, que el Juez de la Instrucción designe, en su condición de peritos los cuales, después de describir exactamente dicha operación, informaran sobre el origen de fallecimiento y sus circunstancias. Las autopsias se harán en un local público, destinado para ese fin, y del depósito de cadáveres. Pudiendo en los casos de emergencia, y cuando el Juez de Instrucción, lo considere conveniente, que la operación se practique en un hospital público o privado, y si esto no perjudicase el éxito de la investigación.

En caso de que el Médico forense haya podido determinar la causa de muerte, así como las lesiones que presenta el cadáver, en el mismo lugar de los hechos o en el local destinado para ello, no será necesario la practica de la autopsia.

* * *

MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Manuel Estrella Ruiz
Magistrado

En las Jornadas sobre Administración de Justicia Penal en Centroamérica y Caribe, desarrolladas en el mes de Febrero de 1989 en Madrid, el Dr. F. Salomón Jiménez manifestaba que, en Honduras, como en la mayoría de los países la justicia penal, estaba atravesando una grave crisis, motivada por un desequilibrio notorio entre las necesidades de protección social de las colectividades modernas y un sistema penal cuyas estructuras y contenido fundamentales, determinados hace más de un siglo, no han sufrido alteraciones básicas pese a las múltiples reformas estructuradas desde entonces, y así, mientras las sociedades modernas son cada vez mas complejas, pluralistas, técnicas y despersonalizadas, al tiempo que la criminalidad crece y se transforma, la Administración de Justicia penal,

sigue perpetuando un sistema tradicional e inadecuado. Parece obvio que la situación actual, no sólo no ha mejorado sino que por el contrario, la necesaria conjugación entre la lucha contra una delincuencia moderna y organizada, con todos los medios técnicos a su alcance, y el absoluto respeto a los derechos fundamentales que los Convenios suscritos por Honduras imponen, hacían necesaria la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal que supiera dar respuesta a dicha situación, aparentemente antagónica, pero que con absoluto respeto a las normas del Proceso Debido, sí permitirán hacer frente a los problemas cotidianos, por lo que expresamos desde aquí, nuestra sincera enhorabuena por haber logrado un texto moderno, que de una parte, de cumplida y justa respuesta a la criminalidad moderna, y de otra, exige un respeto absoluto a los Derechos Humanos.

Nuestro estudio tratará de concienciar a los profesionales del Derecho, en el sentido de que a diferencia de lo que a veces puede parecer, la investigación judicial en un Estado de Derecho, no tiene unos límites infranqueables que estrangulan cualquier proceso, sino que obliga a respetar cumplidamente los derechos fundamentales, que rara vez son absolutos, permitiendo al juez limitar su contenido en aras de un fin superior, cual es la investigación de un hecho delictivo que haga peligrar la convivencia social.

Como puede observarse fácilmente, el Código, transforma al Juez de Letras de lo Criminal en auténtico protagonista exclusivo de cuantas resoluciones puedan constituir injerencias en derechos fundamentales, convirtiéndole así en garante de aquellos. De este modo, se da respuesta al diseño jurídico supranacional que vincula al Estado de Honduras y en concreto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como texto básico y su posterior refrendo en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, así como la Convención Americana de Derechos Humanos consagrada por el Pacto de San José.

Con carácter previo a los comentarios que formularemos sobre cada medida concreta, conviene hacer hincapié en los principios generales que inalterablemente informan siempre su adopción, lo que nos permitirá tener una visión en conjunto de la materia a abordar, procurando eso sí, huir de consideraciones puramente doctrinales que poca luz pueden arrojar a un texto fundamentalmente práctico como el que nos ocupa. Sin duda el principio de legalidad constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico y especialmente del derecho penal en todas sus manifestaciones, y en concreto en materia procesal penal tiene una proyección práctica de vital importancia, pudiendo su vulneración en ocasiones superar las transgresiones del derecho sustantivo. Con arreglo al desarrollo garantista propio de un Estado de derecho, parece obvio que cualquier injerencia en un derecho fundamental, deba estar avalada por una norma constitucional o legal, precisando una previa habilitación legal cualquier limitación de un derecho del grado de los que nos ocupan en este trabajo. Pues bien, el texto del nuevo Código, como es propio de cualquier legislación moderna en la materia, recoge con notable exhaustividad un amplio catálogo de medidas a adoptar, facilitando así la labor de los jueces, permitiéndoles huir de la siempre odiable analogía en materia penal. Lo anterior no significa que resulte imposible adoptar medidas que no tengan fiel reflejo literal en el texto legal, evidentemente, el texto no puede contemplar un manual exhaustivo sobre medidas de investigación, pero sí constituye un verdadero límite de máximo, impidiendo adoptar ninguna medida no descrita, que constituya una grave injerencia en los derechos fundamentales de la persona.

El segundo gran principio que abordaremos, no es otro que la motivación. En la actualidad, la motivación de las resoluciones que adopten una medida de tamaña envergadura, no puede concebirse como una cortesía al justiciable, sino como una obligación constitucional. Explicitar las razones por las que se va a injerir en un derecho fundamental es lo mínimo exigible, sin que dicha motivación esté reñida con lo conciso, máxime cuando han de adoptarse con urgencia, pero el destinatario de la medida debe conocer, cuales fueron las razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y además, en virtud de que intereses colectivos se llevó a cabo dicha acción, lo cual tiene una trascendental importancia de cara al derecho de defensa, pues una resolución inmotivada, constituye un claro obstáculo para cualquier recurso, dicho en otras palabras, resulta muy complejo de recurrir, algo cuya motivación se ignora. Por ello, la falta de motivación conllevará por lo general su nulidad con las graves consecuencias que ello implica y que en no pocas ocasiones, transcenderán a la opinión pública, lo que sin duda constituye un grave descrédito para la Justicia, bastión esencial del Estado de derecho De la importancia de la motivación, son claro reflejo las expresiones «por auto motivado" que el Código emplea en los arts.206, 212y 213 al tratar los registros personales y el allanamiento de moradas y «resolución fundada" en sede de intervenciones de las comunicaciones y de la correspondencia (arts.221 y 223), echándose en falta su literal alusión en el Art.10 al tratar de los exámenes corporales y extracción de muestras del imputado, aunque al aludir a su necesaria utilidad, fiabilidad y proporcionalidad, implícitamente se está consagrando la necesidad de la motivación, pues lo contrario sería tanto como admitir que las razones para su adopción pertenezcan exclusivamente al arcano de la conciencia de quien la acuerda.

En clara conexión con la motivación, se encuentra la proporcionalidad, pues aquélla, significa siempre consagrar en la resolución, un juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción. En el nuevo Código, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones modernas, no se ha optado por fijar catálogos cerrados de delitos, ante los cuales es factible la adopción de medidas concretas, ni se acude tan siquiera a la fórmula de las penas en abstracto, como ocurre por ejemplo con las medidas cautelares personales, simplemente obliga a motivar las resoluciones y a establecer la ratio de proporcionalidad que ha llevado al juzgador a adoptar la medida. Sinceramente pensamos que la solución es correcta y será la jurisprudencia de la Corte Suprema, la que con el tiempo fije cánones de utilización racional de las distintas medidas, ya que, aunque en principio, pueda pensarse que el sistema adoptado facilitaría la arbitrariedad, lo cierto es que mediante la motivación primará la discrecionalidad que es algo bien distinto, y la legislación penal sustantiva vigente en la actualidad, no facilita desde luego la inclusión de un sistema de catálogos, debiendo confiarse a la ponderación motivada de los juzgadores, debiendo además tenerse en cuenta, que tratándose de pruebas solicitadas por la Defensa, parece razonable su admisión sin más límites que el respeto a la dignidad humana, lo que casa mal con el sistema de numerus clausus.

Íntimamente ligados al principio de proporcionalidad, se encuentran los de necesidad, utilidad e idoneidad de la medida, que obligan a adoptarlas ante la imposibilidad de acudir a medios menos lesivos, siempre bajo el prisma de los mínimos sacrificios. Dichos principios, no necesariamente, deben equipararse a lo indispensable, pero como aclara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

tampoco son tan flexibles como para admitir lo «normal», «razonable», «admisible», «oportuno» o «útil». En resumen, hemos querido con esta referencia a los principios generales, consagrar la convicción de que la verdad en el proceso penal, aun siendo una verdad real y no aparencial como en el proceso civil, no es válida a cualquier precio y que cuando la dignidad, intimidad o libertad están en juego, el juez tiene que comprobar que existe proporcionalidad entre el derecho afectado y las intromisiones que se van a efectuar, bien entendido que, las intromisiones son siempre excepcionales y que la Constitución de la República, consagra en su preámbulo que «la persona es el centro de la Constitución», recalcando a la dignidad humana como valor esencial, pudiendo en muchas ocasiones prevalecer ésta sobre la verdad real que se investiga, cuando la gravedad objetiva de los hechos no merezcan una injerencia en los derechos fundamentales de la persona.

El allanamiento de morada

En el Art.212, regula el Código la figura del allanamiento de morada, casa o lugar en que viva una persona, denominaciones alternativas, introducidas con buen criterio, habida cuenta que el término morada no es coloquial en Honduras. Por morada debemos entender, el ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren, cuyo corolario es la facultad de excluir a los ajenos salvo autorización del interesado. El derecho fundamental protegido por la figura es sin duda la intimidad y su protección tiene acogida en el Art.99 de la Constitución, según el cual«el domicilio es inviolable. Ningún ingreso o registro podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente... La Ley determinará los requisitos y formalidades para que tenga lugar el ingreso, registro o allanamiento, así como las responsabilidades en que pueda incurrir quien lo lleve a cabo".

El código, dando cumplida respuesta al mandato constitucional, regula con acierto la figura del registro domiciliario, y nuestro primer deber, no es otro que analizar el alcance del término morada o domicilio a los efectos que nos ocupan. El concepto de domicilio, tiene diversas acepciones jurídicas según la rama del derecho en que nos desenvolvamos, pero el protegido por el Art. 99CRH, se configura por elementos que lo definen con claridad, el primero de los cuales, no es otro que, la existencia de un espacio aislado del mundo exterior que se encuentre cerrado o parcialmente abierto, el segundo, su destino al desarrollo de la vida íntima, y en tercer lugar, la actualidad de su destino, siendo elementos accidentales, la estabilidad y la habitualidad. A título orientativo, podemos reseñar que el Tribunal Constitucional español, ha tenido que enfrentarse a una casuística increíble de posibilidades, inclinándose por considerar domicilio a cualquier lugar donde se pueda habitar, al margen como es lógico, de su sencillez, modestia, estado de conservación o número de enseres que se encuentren. Sin duda es en el tema de la habitualidad donde más problemas han surgido, y son ya clásicas las sentencias que han considerado morada a efectos de protección constitucional, las chabolas, tiendas de campaña, roulottes, así como las habitaciones de hotel u hospedería en que se viva, supuestos, algunos de los cuales tienen acogida literal en el código, sin duda para evitar confusiones, y con la clara voluntad legislativa de considerar protegido cualquier espacio parcialmente aislado, donde se desarrolle una vida íntima. Aunque pueda parecer reiterativo, no nos resistimos a recodar que no gozan de dicha protección, los locales comerciales o de esparcimiento tales como, bares, restaurantes, tabernas,

tiendas centros de exposición, vehículos, almacenes, etc., cuyo régimen de registro, no es otro que el contemplado en el Art.209, si bien hay supuestos en los que no es fácil llevar a cabo la delimitación, y así piénsese por ejemplo, en pequeñas pulperías unidas a la habitación que constituye la morada de quienes la regentan casos en los que la duda sería razonable y en los que se aconsejaría acudir a la formula de la autorización judicial.

Analizado el ámbito protegido por la Constitución y el propio código, concluiremos que solo en cuatro supuestos, es posible la entrada en domicilio ajeno, a saber el consentimiento del titular, la flagrancia, resolución judicial y fuerza mayor, supuesto este último recogido en el código bajo la dicción «cuando sea necesario en caso de incendio, terremoto, inundación, epidemia u otro peligro análogo.

El supuesto del consentimiento, aún no contemplado por el legislador, resulta de suyo lógico, ya que si de lo que se trata es de proteger la intimidad, al no existir oposición por parte del titular del derecho a que se franquee su esfera mas intima a actuación investigadora será plenamente válida. El consentimiento, naturalmente tendrá que ser inequívoco y en el caso de existir diversos moradores prestarse por todos ellos ya que de nada serviría el prestado por el cabeza de familia si la investigación va dirigida contra uno de sus hijos. Conviene igualmente tener presente que al tratarse de un acto unilateral de voluntad puede ser revocado en cualquier momento, caso ante el cual deberá suspenderse de inmediato la diligencia, recabándose la autorización judicial pertinente.

Si bien el supuesto del consentimiento no presenta grandes dificultades prácticas el caso de la flagrancia, ha dado lugar a grandes controversias doctrinales y jurisprudenciales. La flagrancia, se define en torno a dos conceptos esenciales; la percepción personal por parte de los agentes de la autoridad, y la necesaria intervención en orden a evitar el agotamiento del delito, la desaparición de los efectos o instrumentos o para evitar la fuga de los autores. En palabras del Tribunal Supremo español, delito flagrante es «el que encierra en si las pruebas de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción directa y personal del hecho delictivo de manera que la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indiciaría, circunstancial o indirecta . Viene delimitado en definitiva por tres clásicos requisitos, la inmediatez temporal, inmediatez personal entre sujeto y objeto o instrumentos del delito y la necesidad urgente. De los citados sin duda el mas controvertido es el de la inmediatez personal, que por definición, excluye de la flagrancia cualquier supuesto en el que la percepción tenga su origen en noticias de terceros, exigiéndose una percepción directísima por parte de los agentes, excluyendo la entrada sin mandamiento policial en los supuestos de «conocimiento fundado" como ocurrió en España con el Art. 21:2 de la Ley de Protección y Seguridad Ciudadana, declarado Inconstitucional en la sentencia 341/1983. Por ello, nos resulta peliagudo el supuesto previsto bajo la fórmula «cuando exista noticia fundada de que una persona extraña a las que habitan una casa fue vista en el momento en que se introducía en esta última en circunstancias inusuales", caso en el que damos por supuesto, que si se trata de evitar un delito en dicho domicilio, debería considerarse implícito el consentimiento de su titular, pudiendo incardinarse en las «señales de alarma" del último apartado, y si se trata de otra posibilidad, la «noticia fundada" puede dar lugar a problemas futuros, pues no concuerda con el concepto de flagrancia que anteriormente se ha expuesto.

Siguiendo con la diligencia de allanamiento de morada, recalcaremos que en los casos ajenos a la autorización judicial, la validez constitucional del acto será sujeta a decisión judicial con carácter inmediato, imponiendo la obligación de su comunicación al Ministerio Fiscal como autoridad investigadora, debiendo el Juez de Letras de lo Criminal pronunciarse motivadamente, lo que acarreará importantes consecuencias, llegando en ocasiones, incluso a evitar la continuación del proceso lo que no impide a que con posterioridad se pueda volver a replantear máxime teniendo en cuenta que no existe trámite de audiencia a la defensa.

En lo referente a las formalidades de su práctica, subrayar la necesaria presencia del Juez Ejecutor(Art.213), lo que además, bajo la exigencia de su designación expresa, parece excluir cualquier posibilidad de delegación Dicha obligación es plenamente plausible, pues la importancia del allanamiento y registro es palmaria al tratarse de una prueba de imposible reproducción en el juicio oral y la labor del Juez Ejecutor, no es otra que la de garante de la pulcritud jurídica con que se lleva a cabo el registro, amen de la fe pública, esta última además recalcada con la exclusión de otro tipo de testigos, exclusión que además es taxativa según el 215.La presencia del citado Juez Ejecutor es trascendental, y la vulneración de dicha norma acarreará, cuando menos la nulidad del Acta, siendo más que dudoso que las testifícales de los agentes puedan ser admitidas en el plenario tema sobre el que será la Corte Suprema quien en definitiva marque las pautas a seguir aunque existiendo un auto habilitante podría salvarse el escollo.

Para finalizar, con respecto a los hallazgos casuales, no podemos olvidar que, el Art. 213, exige expresar el motivo preciso del allanamiento y por ende parece que la solución lógica ante la aparición de efectos u objetos de otro delito sea la inmediata suspensión del acto y posterior ampliación del Auto adoptando al tiempo las cautelas precisas, si bien, ante opciones distintas, parece razonable acudir al principio de proporcionalidad como solución, y sí el hallazgo guarda relación con delitos de mayor gravedad objetiva que aquél para el cual se obtuvo la autorización, no parece que debieran existir grandes problemas, y en el supuesto inverso la nulidad sería mas que previsible.

Intervenciones telefónicas

Entre los derechos y libertades que protege la Constitución, se encuentra como complemento del derecho a la intimidad el secreto de las comunicaciones (Art. 100.El citado principio, se recoge también en el Art. 12 dé la Declaración Universal de los Derechos humanos, en el Art.17 del Pacto de Nueva York así como en la Convención Americana del Pacto de San José y en el Convenio Europeo de Derechos humanos). La vulneración de las comunicaciones, puede venir dada por cualquier medio tecnológico imaginable y por ello, al margen de los clásicos supuestos enumerados en los textos constitucionales, el Código, recoge la posibilidad de cualquier tecnología de las telecomunicaciones, por lo que se ha de entender que la Constitución también ampara el telex, fax, internet o comunicaciones por vía satélite. La regulación concreta viene establecida en el Art.223, y su importancia es capital, ya que la intervención legal de una comunicación, practicada con todas las garantías, una vez llevada a juicio oral, constituye un medio idóneo como prueba indirecta.

En el tenor literal del Art.223, se recogen la práctica totalidad de los requisitos legales para su práctica y validez, hecho del que nos debemos felicitar, pues en los países con Códigos antiguos, la regulación es escueta, obligando a los profesionales a dominar la jurisprudencia y doctrina relativas a la materia.

Entre los requisitos de primer orden o constitucionales, figura en primer lugar, la proporcionalidad de la medida, ya que sólo delitos de especial gravedad, pueden justificar la implantación de un control de las comunicaciones personales, se huye una vez más de la fijación de catálogos cerrados en función exclusiva de tipos delictivos o penas en abstracto, lo que permite criterios de oportunidad como por ejemplo la trascendencia social, todo ello partiendo de la premisa necesaria de que se trate de delitos graves. En segundo término, la motivación de la resolución judicial, que obliga a explicar al titular del derecho, los motivos por los que aquel se ha sacrificado. En tercer orden, la especialidad de la materia a investigar, debiendo precisarse el delito que se persigue, sin perjuicio de ulteriores adiciones. A continuación, la constatación de- auténticos indicios de peso que justifiquen su adopción, no bastando con simples conjeturas o sospechas, y por ultimo, la necesidad de la medida, a la que solo se puede acudir cuando realmente sea imprescindible, debiendo rechazarse, cuando aún siendo útil, no sea necesaria.

Al margen de las exigencias de carácter constitucional, existe un importante volumen de requisitos de carácter legal, que se contemplan en el Código como formalidades de gran importancia práctica. En primer lugar, contempla la Ley la exclusividad jurisdiccional, al advertir que será el Juez, quien a petición de parte, ordene la intervención de las comunicaciones, aunque eso sí, admite igualmente, que el Ministerio Fiscal en casos de urgencia y ante la imposibilidad de recabar la autorización judicial, pueda llevarla a cabo, sometiendo de inmediato sus resultados a control judicial, obligando al juzgador al igual que ocurriera con el allanamiento a convalidar o anular lo hasta el momento logrado. Dicha posibilidad resulta en principio plausible, máxime teniendo en cuenta las dificultades de comunicación de buena parte del país, pero al tiempo debemos advertir que se prestan a todo tipo de maniobras no deseadas por el legislador, de ahí que en el acto de convalidación judicial, deba actuarse con cautela, evitando el poder judicial todo tipo de suspicacias.

El precepto en cuestión recoge con acierto la polémica doctrinal relativa a la diferenciación entre, la observación y la interceptación, medidas que son perfectamente diferenciables, pues la interceptación consistiría en el conocimiento íntegro de las comunicaciones a través de un soporte físico que posteriormente permitiera su reproducción, mientras que la observación, no pasaría de ser una simple constatación de las llamadas recibidas o emitidas, y la primera medida, naturalmente es más drástica que la segunda. Pues bien, el Código, establece que «la interceptación de comunicaciones de que se trata en este artículo, podrá consistir en la identificación y registro de su origen o de su destinatario, o de ambas cosas a la vez o además, en el conocimiento y registro de su contenido, precepto del que parece desprenderse, que todas las posibilidades descritas son validas, pero han de estar justificadas lo que recalca una vez más, la importancia de la motivación, ya que en el supuesto en el que el auto habilitante hiciera referencia solo a la observación cualquier otra interceptación mas amplia quedaría invalidada por falta de motivación judicial. Siguiendo con la motivación, ni que decir tiene que jamás se admite la validez de la intervención autorizada por simple providencia, tanto en

su formulación originaria como en las prórrogas, careciendo de validez los autos impresos o con fórmulas no individualizadas o sin que se haga constar el delito o delitos concretos que se tratan de investigar. Con relación a las prórrogas, el tema se antoja importante, pues el Código vuelve a exigir taxativamente la fórmula del Auto motivado lo que implica huir de antiguas prácticas viciadas, a lo que nosotros añadiremos que obliga a motivar las razones de la prórroga en sí y no simplemente hacer vagas referencias que reproduzcan la motivación del primer auto, es decir, que el destinatario de la medida, conozca en su día las razones concretas que aconsejaron prorrogar la medida.

La duración de la medida es extremadamente cautelosa, ya que el legislador no ha querido una duración superior a los quince días, sin perjuicio de ulteriores prórrogas motivadas y sin que en principio no existan más límites al número de prórrogas, que las derivadas de su propia necesidad, aunque por la limitada duración de los plazos sujetas a un permanente control de oportunidad por parte del Juez. Esta medida, como vulneración reiterada al derecho a la intimidad personal, debe contar con unas garantías legales, que determinen durante el control judicial, la mínima injerencia posible en la vida privada de los investigados, por lo que el código, obliga en primer término a fijar expresamente los funcionarios a los que corresponderá cumplimentar la ejecución de la medida, quienes estarán obligados a guardar silencio sobre su contenido salvo que fueren llamados al plenario como testigos, impidiendo que el auto se convierta así en una patente en blanco para cualquier autoridad investigadora. En segundo lugar, la resolución judicial, deberá fijar el plazo en el que se debe dar cuenta de las investigaciones, plazo que como hemos visto no puede ser superior a quince días, pero que como es lógico puede ser inferior. Debe advertirse igualmente, que las cintas o soportes técnicos habrán de entregarse en el juzgado, haciéndose entrega de los soportes originales, tomando cumplida cuenta de su contenido la autoridad judicial que la ordenó. A continuación refleja el Código la posibilidad de que el juez, ordene la trascripción para su presentación en el proceso, a lo que nos gustaría añadir que más que una opción se trataría de una obligación, pues de lo contrario no tendrían nunca valor alguno. La trascripción debería realizarse a presencia de quien ostente la fé pública en el juzgado, y en el momento en que se hayan agotado las prórrogas y se culmine todo el proceso de la interceptación, debería convocarse a las partes personadas por si quieren estar presentes en la trascripción y hacer las observaciones oportunas. Igualmente nos gustaría recalcar que al margen de dichas transcripciones, las cintas originales, deben quedar a buen recaudo pues, para adquirir verdadero valor probatorio, las partes pueden pedir su íntegra reproducción en el plenario, y por último, que es obligación del juez ordenar la inmediata destrucción de todas aquellas cintas aportadas cuyo contenido sea intranscendente, con el fin de evitar cualquier uso indebido de las mismas.

Apertura y examen de la correspondencia

En consonancia con el mandato contemplado por el Art. 100 de la Constitución, regulan los arts 221 y 222 del Código, la intervención de la correspondencia. La materia en cuestión, no ha merecido un tratamiento doctrinal ni jurisprudencial tan amplio como el de los allanamientos o las intervenciones telefónicas, lo que no significa que se trate de una materia exenta de problemas. La legitimidad de la actuación judicial invadiendo la intimidad de la correspondencia, obliga a cumplir

con una serie de requisitos constitucionales, que también contempla el Código, y que son; a) El auto judicial motivado, al que el Código se refiere como «resolución fundada», b) inmediata remisión de la correspondencia al juez, y c) apertura exclusiva por el juez. Con relación a la exclusividad judicial, advertiremos que el legislador plantea una vez más. la posibilidad de que sea el Ministerio Fiscal o funcionario de policía, quien en caso de urgencia y estando justificada la imposibilidad de recabar la autorización judicial, ordene la interceptación de los envíos, pero, amen de la necesaria convalidación por parte del juez, lo que nunca está facultado es a acceder a su contenido.

Resulta un verdadero acierto, que bajo la fórmula de «interceptación de la correspondencia», abarque el precepto, la intervención de la correspondencia telegráfica, facsimilar, postal o de cualquier otra clase, pues se logrará así evitar las dicotomías existentes en otros ordenamientos, entre lo que es verdadera correspondencia sujeta a todas las garantías constitucionales y lo que son simples envíos postales que dependerán del caso y de su contenido final. Resulta lógico y propio de un Estado garantista, que la diligencia de apertura de paquetes postales tenga idénticos requisitos legales que los requeridos para la apertura de la correspondencia en sentido clásico, pues entre otras razones, los paquetes pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial, piensen en un paquete que contenga una carta o simplemente una cinta de vídeo doméstico. Tradicíonalmente, no siempre ha sido así, y hasta no hace mucho se ha venido considerando que los envíos postales son simples envíos de mercancías, ajenos por completo al derecho a la intimidad.

La situación que se plantea con la nueva redacción del Código, nos permite fijar una serie de cánones invariables y que son los siguientes; a) la correspondencia protegida por la Constitución, abarca todos los envíos que se puedan efectuar por el servicio oficial de correos o por entidades privadas que ofrezcan servicios análogos, b) la autoridad judicial, es la única competente para su adopción, exigiéndose auto motivado, todo ello con el supuesto excepcionalísimo de la autorización urgente por el Ministerio Fiscal, sujeto a posterior convalidación judicial, por supuesto con acceso vedado a su contenido para aquél, c) el juez una vez recibida, deberá leer para sí su contenido, todo ello a presencia del secretario quien levantará acta reflejando cualquier incidencia, ordenándose por el juez la devolución al titular de cuanta sea intranscendente para la causa. Sin embargo y aunque el Código no haga alusión al tema, pensamos que no es preciso el mandamiento judicial en los supuestos de envíos postales sobre objetos abiertos y aquellos paquetes que ostenten la etiqueta verde o equivalente modelo C-1, regulados por el XX Congreso de la Unión Postal Universal de Washington de 14 de diciembre de 1989 y su reglamento, en cuyo Art. 20 en relación con su Art. 117 se establece que los paquetes que deban someterse a control aduanero deberán llevar etiqueta verde, y por tanto, una vez se acepta el envío bajo etiqueta verde se están aceptando implícitamente todas sus consecuencias y en cierta medida renunciando a la intimidad y secreto de su contenido.

Intervenciones corporales

La regulación del cuerpo humano como fuente y medio de prueba en el proceso penal, es un tema controvertido en la doctrina al reflejar una gran tensión entre el

interés social en la persecución del delito y los derechos del imputado, máxime al relacionarse indirectamente con el derecho a no declarar contra uno mismo, todo ello al margen de las actuaciones sobre el cuerpo humano de carácter administrativo que no serán objeto de estas líneas.

La primera figura a abordar es el cacheo, que por definición consistirá en un registro externo del cuerpo e indumentaria del sujeto, de forma que cualquier inspección que vaya mas allá de lo indicado, como exámenes radiológicos, inspecciones vaginales, extracción de muestras, etc., se excluye de este ámbito. La figura en cuestión viene recogida en los arts. 206 y 207 del Código, y en la misma, contempla el legislador con buen criterio, todos los requisitos propios de un Estado democrático de Derecho y que tanto en el entorno de los países anglosajones, como en los de corte continental, suelen basarse en criterios jurisprudenciales y en el antecedente, pues los códigos decimonónicos no hacen alusión al tema.

En primer lugar, se delimitan por ser actuaciones que revisten una injerencia mínima sobre el cuerpo humano a diferencia de las intervenciones propiamente dichas, reguladas en el Art. 107, sobre las que luego nos detendremos. Aun así, el legislador ha distinguido con excelente criterio, entre las que afectan al pudor humano y las que por contra no violan dicha intimidad. Las segundas, pueden llevarse a cabo por los agentes de policía sin necesidad de autorización judicial, aunque no olvidemos que pueden conllevar una limitación importante de la libertad deambulatoria al admitir el Art.206 la conducción coactiva, privación de libertad que al tratarse de una aprehensión no podrá durar mas allá de lo estrictamente necesario y siempre sujeta al límite máximo de las seis horas. Dicha intromisión, aun no pudiendo afectar al pudor del sujeto, sí tiene una serie de requisitos importantes, y que son en primer lugar, el derecho a ser cacheado o registrado por persona del mismo sexo, con la salvedad recogida en el texto legal de "que existan motivos muy fundados para temer una agresión inminente por parte de esa persona". En segundo término, se ostentará siempre el derecho a que se desarrolle dentro de un espacio íntimo, y que solo asistan al mismo las personas que lo practican, si bien el código en garantía del sujeto al registro prevé la necesaria presencia de dos testigos imparciales, quienes además, deberán rubricar el acta. Obviamente, quedan proscritas todo tipo de posturas o situaciones humillantes o degradantes.

Plantea el código en segundo lugar la posibilidad de que el registro exija el desnudo, pues ésta es la única forma válida de entender la expresión «que afecten a zonas anatómicas íntimas, en cuyo caso y siguiendo el criterio escalonado de injerencia en la intimidad, es preciso el mandamiento judicial. La autorización de dichos registros íntimos por parte de la autoridad judicial (Juez de Letras), está sujeta como no podía ser de otra forma a la necesaria motivación de la resolución que se adopte, y en cuanto a su forma, a la necesaria práctica por personal médico o sanitario, todo ello con la excepción de los supuestos de urgencia en los que cabe la autorización provisional por parte del Ministerio Fiscal, sujeta a posterior convalidación por parte del Juez, casos sobre los que la Corte Suprema en el futuro habrá de actuar con cautela para evitar que la práctica rutinaria burle al final el espíritu de la ley.
Cuestión bien distinta, es la práctica de diligencias de investigación de mayor envergadura y que afectan con mayor intensidad al derecho a la integridad física,

reguladas en el Art. 107 del Código, y que comprenden una amalgama de actuaciones diversas tales como exámenes radiológicos o ecográficos, registros anales o vaginales, análisis de sangre orina, antroponometría (medición de partes invariables del esqueleto humano), extracción de cabellos, muestras de semen, sustancias determinantes del ADN etc…, y aunque el legislador lo incardine como simple medio de identificación del imputado, a. emplear la expresión «para la determinación de la verdad", está haciendo alusión a dichas técnicas como medios Probatorios de la personalidad del imputado o como evaluación del presunto acto delictivo.

Su naturaleza jurídica, no es otra que la de prueba pericial y como tal habrán de tener acceso al plenario, salvo que practicada con contradicción y toda garantía sea admitida por los intervinientes como prueba anticipada, de ahí, que sea preciso insistir en su falta de condición de prueba documental, de manera que la contradicción en la vista debe hacerse valer a través de la presencia del técnico que la llevará a cabo.

Ciñéndonos a sus requisitos, comenzaremos aplaudiendo la iniciativa legal, que desterrará todos los problemas concernientes al principio de legalidad a estar expresamente previsto en el Art. 107. En relación con la exclusividad jurisdiccional, esta literalmente contemplada por el legislador en el citado precepto, siempre con la clásica salvedad de la extremada urgencia, en cuyo caso, una vez mas es autorizable por el Ministerio Fiscal y sujeta a posterior control de convalidación por el Juez tema peligroso sobre el que toda cautela será poca como ya hemos expresado hasta la saciedad. La necesaria autorización judicial, implica la motivación de la resolución motivación que irá directamente relacionada con el principio de proporcionalidad. Efectivamente, la resolución judicial, habrá de Ponderar razonablemente, de una parte la gravedad de la intromisión que la actuación conporta y de otra, la imprescindibilidad de la medida, y aunque el legislador emplee el termino útil, nos parece más aconsejable acudir a la categoría de lo imprescindible, pues será necesario que no existan otros medios menos lesivos y otra consecuencia que sí está expresamente contemplada, a saber, que no pueda implicar riesgo para la salud y que se practique por personal sanitario o técnico en la materia adecuado.

Sin embargo pese a la aparente sencillez de la regulación legal, nos quedan por resolver los dos grandes dilemas que dichas diligencias plantean en la practica por un lado la relevancia procesal que la negativa tiene perse es decir su posibilidad de ser evaluada posteriormente como un indicio en contra del imputado y por otro lado la posibilidad de obviar la voluntad contraria de aquél, acudiendo a la fuerza física El tema no es baladí porque está directamente relacionado con los derechos constitucionales a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable.

Con respecto a la primera cuestión, opinamos que, la valoración como prueba de cargo de la negativa del inculpado a someterse a un examen medico, normalmente como diligencia de identificación, no vulnera ningún derecho fundamental, siempre y cuando sea debidamente advertido en tal sentido por la propia autoridad judicial que adopta la medida, condición que aun no-recogida literalmente por el legislador nos parece trascendental. En cierta medida, cuando el inculpado se niega a la práctica de la prueba, está haciendo uso de su propia libertad a semejanza con lo que ocurre cuando se le faculta a faltar a la verdad,

pero al Igual que en este último supuesto, su mentira puede valorarse como contraindicio en su cargo, cuando, consciente de las consecuencias procesales, se niegue a ser objeto de prueba, nada obstará a su valoración indiciaria como prueba de cargo.

En definitiva, podemos concluir, como lo hacen los Tribunales Supremos español y de los Estados Unidos, que cuando se está exigiendo a un inculpado que consienta la obtención de sus huellas dactilares o un análisis de ADN, o un reconocimiento corporal, no se le está exigiendo una autorización autoincriminatoria, sino tan solo la verificación de una pericia técnica, «prohibición del uso de una compulsión física o moral para extraer comunicaciones de ella, no una exclusión de su cuerpo como prueba cuando puede ser material»(caso Holt vs. US).

La segunda cuestión a resolver, es sin duda más peliaguda, pues el Código permite el empleo de la fuerza cuando resulte proporcionada y no ponga en peligro la integridad física del examinado. Que no resulte desproporcionada, implica de un lado que el delito a investigar sea grave, que no exista otro medio viable de investigación y que no acarree sufrimientos de una especial intensidad, ni provoque humillación ni sensación de envilecimiento, caso contrario, nunca sería admisible el empleo de la fuerza, tema que sinceramente nos parece el más peligroso de cuantos regulan las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el Código y del que la Corte Suprema deberá hacer una interpretación exquisita par evitar dar al traste con importantes garantías constitucionales. Como hemos recalcado en varias ocasiones, la verdad no puede obtenerse a cualquier precio y pensamos que solo en supuestos muy excepcionales y de gran gravedad estaría justificado el empleo de la fuerza para la práctica de tales diligencias, caso contrario, creemos que el empleo de la negativa como importante indicio en contra, y porqué no, como acción típica de un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, pueden ser más que suficientes.

* * *

Ricardo Pérez

ARTICULO 206. Registros personales. Cuando existan motivos que hagan presumir que dentro de sus ropas o pertenencias, una persona oculta, esconde o lleva adheridos a su cuerpo, objetos, señales o vestigios relacionados con un delito, se le practicarán registros incautándosele las cosas encontradas. En tal caso, podrá ordenarse su conducción en forma coactiva a las oficinas competentes.

Antes de proceder al registro se advertirá a la persona sobre la sospecha que se tenga y se le invitará a que muestre o exhiba lo que lleva consigo y sí la entrega voluntariamente, no se procederá al registro, salvo que hayan motivos fundados para creer que aún oculta alguna cosa relacionada con el delito.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se hará, de ser posible, en presencia de dos testigos hábiles, si pudieren ser habidos sin demora, quienes preferiblemente deberán ser vecinos del sitio en que tuvieron lugar los hechos investigados, dejando constancia en el acta de lo actuado.

Los agentes de la Policía Nacional no podrán llevar a cabo registros personales, sobre zonas corporales que afecten al pudor de la persona registrada. Salvo el caso en que existan motivos muy fundados para temer una agresión inminente por parte de dicha persona, su registro se hará por otra del mismo sexo.

Las inspecciones corporales que afecten a zonas anatómicas íntimas, sólo podrán llevarse a cabo en virtud de mandato judicial, a petición fundada de parte, por médico o, en su defecto, por personal sanitario.

El Juez, al tomar su decisión, por auto motivado, ponderará la utilidad, proporcionalidad e insustituibilidad por otros procedimientos de examen, de la inspección corporal.

Cuando el examen corporal no pueda demorarse el tiempo necesario para obtener la autorización judicial, y exista grave peligro de frustración del resultado de la medida, podrá ser autorizado por el Ministerio Público, quien dará inmediata y razonada cuenta al Juez, el cual, por auto motivado, convalidará el registro o examen o lo dejará sin efecto.

ARTICULO 207. Forma de practicar los registros personales. Los registros a que se refiere el Artículo anterior, se practicarán individualmente y con respeto absoluto para la dignidad, el pudor, la integridad corporal y la salud de las personas.

El registro de personas será efectuado por agentes del mismo sexo y, de no haberlas, por dos personas también del mismo sexo, designadas para el efecto.

En ningún caso se empleará violencia para practicar el examen corporal y si este afectare las zonas corporales íntimas, deberá ser hecho por un médico, y de no haberlo, por personal sanitario.

La persona examinada tendrá derecho a requerir que, durante el examen, esté presente una persona de su confianza, siempre que pueda localizarse sin tardanza que implique riesgo de frustración de la finalidad perseguida por la medida.

Los resultados del registro se harán constar en acta, que firmarán los agentes de investigación que lo hayan practicado y además, la persona registrada. Si ésta no quiere o no puede firmar, se dejará constancia de este hecho en dicha acta.

COMENTARIOS (arts. 206 y 207).

No sólo bastará que para la autoridad competente, policía preventiva o de investigación, existan motivos suficientes que hagan presumir que determinada persona dentro de sus ropas, las que lleva puestas o pertenencias, que pueden ser las que se llevan en un bolso, maletín o cualquier otro objeto para ese fin, pero que lo lleve consigo, presuma que oculta algo, esconde o lleva adheridos a su cuerpo, objetos o señales o vestigios relacionados con un delito; si no que también deberá ser dentro del término de la flagrancia, de lo contrario será sólo con orden judicial, porque ésta persona de encontrársele en posesión de objetos o señales o vestigios relacionados con un delito, estaría incurriendo en un delito, que después de las investigaciones se le calificara su participación.

Al realizarse el registro debe hacerse en presencia de dos testigos, si se le hace en el mismo lugar de los hechos, pueden ser dos personas vecinas del lugar, de lo contrario cualquier ciudadano; de todo lo cual la policía levantará el acta respectiva consignando en ella todo lo sucedido.

Como nuestra Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen; no pueden realizarse registros personales sobre zonas corporales que afecten el pudor de la persona que se registrara, y si se llevara a cabo el registro se hará con personas del mismo sexo, entendidas en la materia, caso de no haber por dos personas cualesquiera, pero del mismo sexo. Y si se tuviere que hacer en zonas anatómicas íntimas, como en sus órganos genitales, sólo podrá llevarse a cabo previa orden o mandato judicial, quien ordenará que lo haga un médico o personal afín, los del ramo de la salud o personal sanitario. Lo anterior puede ser autorizado por el Fiscal, sólo en aras de que corra el grave peligro de que desaparezcan los objetos, señales o vestigios relacionados con el delito, pero deberán ser legitimados por el Juez instructor, conocedor de la causa. En el caso de los registros personales, la persona a ser registrada podrá pedir que una persona de su confianza, esté presente. De todo lo cual deberán los agentes de investigación levantar el acta respectiva, firmándola quienes hayan practicado el registro, cualesquiera que hayan sido la forma, y la persona a quien se le practicó el registro, quien podrá no firmarla sino quiere o no puede, pero sino puede podrá poner su huella digital, pero de todo ello se dejará constancia en la misma acta.

ARTICULO 208. <u>Inspección de vehículos</u>. Siempre que existan motivos para presumir que en un vehículo terrestre, marítimo o aéreo se encuentran elementos útiles para la investigación de un hecho criminal, podrá ser inspeccionado por agentes de la Policía Nacional. Las diligencias practicadas y sus resultados se harán constar en acta, en la forma prescrita en el Artículo 207 de este Código.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, no es aplicable a remolques que constituyan morada de una o mas personas, aunque sólo sea ocasional.

Para el registro o examen de correspondencia u otros documentos o papeles privados y efectos personales hallados en el interior del vehículo y que puedan afectar la intimidad de alguna persona, habrá que contar con el consentimiento de su titular o, en su defecto, con autorización judicial. Los agentes que lleven a cabo el registro, en caso de oposición al examen de dichos papeles, documentos o efectos, los recogerán y pondrán a disposición del Ministerio Público, y éste, a su vez, si estima de interés para la investigación en curso, el conocimiento de su contenido, los pondrá a disposición del Juez, quien procederá en la forma prevista por el Artículo 221 de este Código.

Cuando existan razones fundadas de que la correspondencia, los papeles o los efectos encontrados puedan entrañar grave e inminente peligro, los agentes policiales podrán proceder a su apertura, para el solo efecto de comprobación, ajustándose luego, a lo establecido por el párrafo anterior.

COMENTARIO

Al igual que en los registros personales, no sólo bastará que para la autoridad competente, policía preventiva o de investigación, existan motivos suficientes que

hagan presumir que en determinado vehículo terrestre, marítimo o aéreo, se encuentran elementos útiles para la investigación de un hecho criminal ya que sino es dentro del término de la flagrancia, deberá ser con orden judicial, pues no hay que confundir estos con los registros que se acostumbran hacer, en los operativos montados por la Policía Nacional, porque estaríamos presumiendo que todos los ciudadanos son o han participado en un hecho delictuoso.

En lo que respecta a los remolques, o los llamados casa-carro o casas rodantes, se estará lo regulado para los allanamientos de morada.

Siendo que de acuerdo a nuestra Constitución, toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales. Telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, en consecuencia no podrán registrarse o examinarse la correspondencia encontrada en el interior del vehículo que se esté practicando el respectivo registro, y como antes se dejo establecido que nuestra Constitución también garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal familiar y a la propia imagen, los documentos o papeles privados y efectos personales que puedan afectar la intimidad del conductor, del dueño o personas que se conducen en el vehículo, de no ser con el consentimiento de su titular o con orden judicial, y será el fiscal como ente investigador quien decidirá si son de interés para la investigación, y en su momento los pondrá a la orden del Juez instructor. De todo lo realizado quedará consignado en el acta que al efecto se levante.

ARTICULO 209. Registro de sitios públicos. Cuando existan motivos para presumir que en un lugar público se ha cometido un delito o que en el mismo existen pruebas relacionadas con el que se está investigando o que en el se encuentra alguna persona fugada o sospechosa de haber participado en la comisión de un delito, se registrará el lugar sin más trámite.

El registro de templos, edificios públicos, instalaciones militares o, en general, de bienes del Estado, se efectuará con sólo hacérselo saber a la persona a cuyo cargo se encuentren. Dicha persona podrá asistir a la diligencia o nombrar a otra para que la represente. La negativa a permitir el registro será constitutiva del delito de desobediencia.

Si en cualquiera de los lugares mencionados en los párrafos precedentes existen bienes muebles cerrados o compartimientos también cerrados en los que se presuma que se encuentran elementos útiles para la investigación de un hecho criminal, podrán ser inspeccionados de conformidad a lo que disponen los Artículos 207 y 208, precedentes.

El registro se practicará en presencia de quienes se encuentren en el lugar.

Los elementos probatorios de la comisión de un delito serán mantenidos en depósito por la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) o de acuerdo con lo que disponga el Fiscal encargado de la investigación del hecho, conforme lo establecido en el Artículo 217.

De todo lo actuado se dejará constancia en acta, la que deberá reunir los requisitos establecidos en el Artículo 207, precedente.

COMENTARIO

Las diligencias allanamiento domiciliario y registros, se componen de dos actuaciones diferenciables entre sí, pues si bien todo registro de un lugar presupone su penetración, el allanamiento no siempre implica la realización de las operaciones de búsqueda y reconocimiento propias de aquél. El simple allanamiento en un lugar se practica cuando hubiese indicios de encontrarse allí la persona presuntamente responsable de los hechos delictivos que se investigan. El registro si se sospecha de la presencia de efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación. Ambas diligencias son objeto de un tratamiento legal conjunto justificado por su normal conexión.

El registro de sitios públicos, si bien es cierto, es con el objeto de verificar la comisión de un delito o la existencia de pruebas relacionadas con el que se está investigando o que en él se encuentra alguna persona fugada o sospechosa de haber participado en la comisión de un delito, será registrado sin mas trámite, y sin las formalidades que se requieren para practicar un allanamiento en sitio domiciliario, es decir, que se hace sin previa autorización judicial. Ya que se puede realizar durante días y horas hábiles o inhábiles. Y en los edificios públicos, instalaciones militares, en general de los bienes inmuebles del Estado, bastará con comunicárselo a la persona encargada, de la diligencia a realizarse, y el registro se hará en presencia de todas las personas que ahí se encuentren.

ARTICULO 210. Facultades de las autoridades en la práctica de registros. Cuando se practique un registro, la autoridad competente podrá ordenar que permanezcan en el lugar las personas que se encuentren en el mismo o que hagan acto de presencia cualesquiera otras.

Quienes no acaten la orden impartida, incurrirán en la responsabilidad de los testigos que no atiendan una citación, sin perjuicio de ser retenidos en el lugar o conducidos al mismo en forma coactiva.

La restricción de la libertad durará lo imprescindible para la práctica del registro y, en ningún caso podrá exceder de veinticuatro (24) horas.

COMENTARIO

Que el Fiscal, o los agentes de policía que practiquen los registros, tanto a los lugares privados como públicos, tienen la facultad de no permitir que las personas que se encuentran dentro de esos lugares, salgan, volviéndose una obligación permanecer en el mismo, sopena de incurrir en responsabilidad penal por el delito de desobediencia, quienes no acaten lo dispuesto por estas autoridades, pudiendo retenerlos o conducirlos en forma coactiva al lugar donde se practique el registro, y en su debido momento iniciarles diligencias por ello; la detención sólo será para los efectos y por el tiempo que dure el registro, y nunca más de veinticuatro horas, en relación a las personas que acaten lo dispuesto por el Fiscal o agentes de policía, de permanecer en el lugar donde se practique el registro, así como aquellas personas que quieran o se requiera su presencia.

ARTICULO 211. Horas en que pueden practicarse registros. Los registros que no impliquen el allanamiento de una morada, podrán practicarse en

días y horas hábiles o inhábiles.

COMENTARIO

En los casos en que el registro no implique el allanamiento de una morada, es decir, que si se penetra a una casa de habitación con el consentimiento de su morador o a un establecimiento público o privado, sin orden judicial, se podrán realizar en días y horas hábiles e inhábiles; pero sólo para ese efecto de registro.

ARTICULO 212. **Requisitos para practicar allanamiento de moradas.**
El allanamiento de una morada, casa o lugar en que viva una persona, sólo podrá efectuarse previa orden escrita del órgano jurisdiccional competente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable en caso de flagrancia o cuando la medida sea necesaria para impedir la comisión de un delito, para evitar la fuga de un delincuente o la destrucción, pérdida u ocultamiento de las pruebas o evidencias con miras a lograr la impunidad de los responsables y no sea posible esperar el tiempo necesario para solicitar la autorización judicial. En estos casos, el Ministerio Público, una vez practicado el allanamiento, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Juez competente, al que explicará las razones que lo determinaron. El Juez, por auto motivado, convalidará o anulará, total o parcialmente, lo actuado. En lo demás, se estará a lo dispuesto por el Artículo 99 de la Constitución de la República.

Quedarán comprendidos dentro de lo dispuesto por el párrafo anterior, los casos siguientes:

1) Cuando exista noticia fundada de que una persona extraña a las que habitan una morada, casa, lugar en que viva una persona, fue vista en el momento en que se introducía a ésta en circunstancias inusuales;

2) Cuando la persona que es perseguida para su captura, entra a una casa habitada, sea propia o ajena;

3) Cuando de una morada, se oyen voces o gritos de alarma que pongan de manifiesto que se está cometiendo un delito o que alguien solicita auxilio; y

4) Cuando el allanamiento se haga necesario por causa de incendio, terremoto, inundación, epidemia u otro peligro semejante.

En los casos contemplados en los numerales precedentes, la autoridad policial que practique el allanamiento deberá, en lo posible, hacerse acompañar de dos testigos mayores de edad, que no tengan vinculación alguna con los cuerpos de investigación. Concluido el allanamiento, se levantará acta que firmarán quienes hayan participado en el mismo y aquellos en cuya presencia se efectuó. Si se negaren a hacerlo, se hará constar esta circunstancia y las razones que aduzcan para ello.

COMENTARIO

La Constitución de la República, nos dice en su artículo 99, que el domicilio

es inviolable; así que su ingreso o registro no podrá verificarse sin el consentimiento de la persona que la habita o resolución de autoridad competente. Y solo se hará sin estos requisitos en casos de urgencia, flagrancia, y que sea para .impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o a la propiedad, y podrá realizarse a cualquier hora del día o de la noche; y el Fiscal, una ve practicado el allanamiento, sin orden judicial, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Juez Instructor, con la explicación debida de las razones que obligaron a hacerlo; y será éste quien legitimará tal actuación o en su defecto la anulará, bien total o parcialmente. El fiscal deberá en todo caso, levantar acta del allanamiento, donde consignará las circunstancias y razones, y todo cuanto crea de relevancia en procura de la investigación que se está llevando a cabo. Y solo en los casos de allanamiento sin orden judicial, deberá hacerse en presencia de dos testigos quienes deberán ser mayores de edad, y que no tengan vinculación alguna con los cuerpos de investigación, Ministerio Público o parte acusadora; y firmaran el acta que se levante al efecto.

En los demás casos los allanamientos domiciliarios, sólo podrán practicarse de las seis de la mañana a las seis de la tarde.

ARTICULO 213. <u>Mandamiento y contenido de la orden de allanamiento</u>. Para practicar un allanamiento, el Juez expedirá mandamiento que contendrá los requisitos siguientes:

1) El órgano jurisdiccional que ordena el allanamiento y el asunto con el que se relaciona;
2) La indicación precisa del lugar o lugares que habrán de ser registrados,
3) La indicación de ser registrados; ¡
4) La designación de Juez ejecutor, el que en todo caso deberá estar acompañado por agentes de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) o en su defecto por la Policía Nacional Preventiva;
5) El motivo preciso del allanamiento, con indicación concreta de las personas u objetos buscados, si son conocidos, y de las diligencias por practicar; y
6) La fecha, la firma y el sello del Juez.

COMENTARIO

El mandamiento es la resolución judicial, auto motivado, que deberá dictar todo juzgado que pretenda ordenar un allanamiento domiciliario, por lo tanto como todo auto se encabezará con el nombre del juzgado o tribunal emisor. La resolución deberá ser clara al indicar que el allanamiento se ordena en la causa interpuesta, bien por el Ministerio Público o persona particular, contra determinada persona, poniendo el nombre del proceso y el delito que se le imputa.

Cuando habla de la indicación precisa del lugar o lugares, se entiende que la casa o casas o edificios, establecimientos públicos o privados, deben ser bien identificados es decir, indicar claramente la colonia o barrio, calle y avenida, numero de casa y de ser posible si se encuentran cerca o próximos a un negocio, escuela, iglesia o lugar público; e indicando el día y la hora en que se llevará o llevaran a

cabo los allanamientos, bien sucesivamente o simultáneamente En el mismo auto se nombrará el juez o jueces ejecutores, y se ordenará que se hagan acompañar por elementos de la Policía Nacional preventiva o de agentes de la Dirección General de Investigación Criminal.

En cuanto al motivo preciso del allanamiento, hay que hacer mención si es para apresar una persona o para efectuar un registro, o si se van hacer ambas cosas y de ser posible la identificación de la o las personas que se van a capturar así como de los objetos a registrar, también podrá ordenarse, que en caso de ser necesario se secuestren los objetos, cosas o documentos, que se relacionen con el delito a investigar. Y como toda resolución o auto, este debe llevar fecha, así como la firma del juez que expida tal mandamiento.

ARTICULO 214. Procedimiento v formalidades a que están sujetos los allanamientos. La orden de allanamiento será notificada a quien habite la casa o 'lugar en que deba efectuarse. La notificación se hará mediante entrega de una copia del mandamiento.

Si quien habita la casa o lugar se encuentra ausente, la notificación se hará al encargado de aquélla y, en su defecto, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el sitio, particularmente a los parientes del primero. El notificado será invitado a presenciar el registro.

Si no se encuentra persona alguna en el lugar o si quien habita la casa se opone al ingreso, éste se hará con el auxilio de la fuerza publica.

Practicado el registro, se consignarán en acta los hechos más importantes ocurridos durante el mismo y sus resultados. Se cuidará, en su caso que el lugar quede cerrado y debidamente protegido hasta el regreso de quienes lo habitan.

COMENTARIO

La orden del allanamiento será notificada a quien habite la casa o lugar en que debe efectuarse, y la notificación se hará mediante la entrega de una copia de mandamiento, esto quiere decir, que se transcribirá el auto contentivo del allanamiento, en el acta de la notificación.

En todas las diligencias de allanamiento y registro, el juez ejecutor se hará acompañar de elementos de la Policía Nacional o agentes de la Dirección General de Investigación Criminal.

En los casos de allanamiento y registro, se notificará a la persona que vive en ella o la encargada de la misma o a un familiar de éste, y se conminara a presenciar la diligencia a evacuarse, y firmará el acta que al efecto se levante y donde se consignará todo lo relevante y de importancia que se suscite

ARTICULO 215. Personas que podrán participar en un allanamiento.

En el allanamiento solo podrán participar las personas designadas para el efecto, por la autoridad competente. Durante el mismo se evitarán las inspecciones que no guarden relación con los hechos que se investigan y no se perjudicara o importunara al investigado más de lo estrictamente necesario. Se evitará, igualmente,

comprometer su reputación y se respetarán todos los secretos que no interesen a la investigación.

Ni los medios de comunicación ni otras personas no autorizadas, tendrán acceso al domicilio durante la práctica del allanamiento.

COMENTARIO

En el allanamiento sólo podrán participar, las personas enunciadas en el auto del mandamiento de allanamiento, expedido por el juzgado o tribunal competente, de ahí que no podrán participar, ni periodistas, ni empleados de los medios de comunicación, ni ninguna otra personas que no sean las autorizadas por el Juzgado o Tribunal, aún cuando fueren miembros de la Policía Nacional o de la Dirección General de Investigación Criminal.

ARTICULO 216. Medidas para asegurar la eficacia y la calidad de los registros e inspecciones. Para asegurar la eficacia y la calidad de los registros e inspecciones, quienes los practiquen podrán ordenar operaciones técnicas o científicas.

La participación de testigos, peritos o intérpretes estará sujeta a las reglas establecidas en este Código respecto de los mismos.

COMENTARIO

Siempre al momento de realizar bien un registro o simple inspección, tanto jueces fiscales o la misma policía, deberán hacerse acompañar por personas con conocimientos científicos o técnicos, sobre los hechos a investigar, quienes deberán ser nombrados peritos para esos casos.

ARTICULO 217. Depósito y comiso de cosas y documentos. Secuestros. Los objetos y documentos relacionados con el delito que puedan ser importantes para la investigación y los que puedan ser objeto de comiso, serán tomados en depósito por las respectivas autoridades o asegurados y conservados del mejor modo posible.

Quienes tengan en su poder objetos o documentos de los señalados en el párrafo anterior, deberán presentarlos y entregarlos al solo requerimiento del Ministerio Público y, en su defecto, de la autoridad policial, o del órgano jurisdiccional competente. Si los bienes mencionados no son entregados, se dispondrá su secuestro y se le seguirá juicio por el delito de desobediencia al responsable.

COMENTARIO

Los documentos, cosas u objetos secuestrados, serán únicamente los que tengan relación directa con el delito que se está investigando, debiendo ser puestos a la orden del juez o tribunal que ordenó el allanamiento y/o registro.

Si la autoridad encargada de recoger, custodiar y poner a la orden del juzgado competente, no los entregare y los mismos se desaparecieren o no se conservaren en el estado que se encontraban cuando se practicó el allanamiento o registro, se les seguirá proceso por el delito de desobediencia, el cual se hará de oficio o a

petición de cualquier persona que ponga en conocimiento del Juez Instructor tal anomalía.

ARTICULO 218. Objetos que no pueden secuestrarse. No podrán ser objeto de secuestro:

1) Las comunicaciones escritas que hayan tenido lugar entre el imputado y su Defensor o entre el primero y las personas que, de conformidad con el Artículo 228, puedan legalmente abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o que no deban hacerlo por estar obligadas a mantener un secreto profesional;

2) Las notas tomadas por las personas a que se refiere el Artículo 228 sobre informaciones que les haya proporcionado el imputado o sobre cualquier circunstancia relacionada con los hechos que se investigan, cualquiera que sea su fuente; y

3) Los resultados de exámenes de laboratorio o de diagnósticos médicos realizados bajo secreto profesional, salvo que el propio examen técnico sea el hecho objeto de investigación.

Las limitaciones anteriores sólo serán procedentes cuando los objetos o documentos se encuentren en poder de quienes legalmente puedan abstenerse de declarar como testigos, excepto si son sospechosos de haber tenido participación en la comisión del delito o de que lo están encubriendo o si los objetos o documentos son producto del hecho punible o fueron utilizados en la comisión de éste.

COMENTARIO

Únicamente no podrán secuestrarse, toda documentación escrita cruzada entre el imputado, y su apoderado defensor, familiares entre ellas aquellas personas que no están obligadas a declarar en juicio.

Los documentos que posean médicos, laboratoristas y/o peritos, realizados bajo juramento secreto profesional.

Y sólo podrán secuestrarse estos cuando las personas que los posean sean sospechosas de haber participado en el ilícito que se investiga, o que los documentos o instrumentos u objetos sean producto del hecho punible o fueron utilizados para la comisión del delito.

ARTICULO 219. Ordenes de secuestro. Las órdenes de secuestro serán expedidas por el Juez, mediante resolución motivada.

Cuando la autoridad policial tenga conocimiento de la existencia de cosas que deben ser secuestradas por su relación con un delito, solicitarán de inmediato al juzgado competente la orden correspondiente y protegerán aquéllas para evitar su ocultamiento, sustracción o destrucción. El Juez resolverá de inmediato la petición de secuestro.

COMENTARIO

Toda orden de secuestro deberá ser expedida, por el juez o tribunal competente, y podrá ser en el mismo mandamiento del allanamiento u orden de registro; y las peticiones presentadas por el fiscal para ello, serán resueltas de inmediato, y de no

encontrarse juez para que resuelva tal petición en ese momento, podrá hacerlo el fiscal sin la autorización del Juez instructor, pero sólo para los efectos de proteger o evitar su ocultamiento, destrucción o sustracción de los objetos, instrumentos o documentos, que sean parte de la investigación o con que se haya realizado el hecho punible, e inmediatamente posterior a la realización del secuestro lo pondrá en conocimiento del Juez, para que éste lo legitime si lo considera correcto o anule si fuere el caso.

ARTICULO 220. Reglas a que quedan sujetas las cosas secuestradas,

Los efectos secuestrados, previa pericia acreditativa de sus características y estado, serán inventariados y quedarán, a disposición del órgano jurisdiccional, bajo su responsabilidad, custodiados en poder de la persona o establecimiento que aquél designe.

Los efectos secuestrados podrán ser depositados en poder de quien acredite ser su propietario, tenedor o poseedor legítimo, advirtiéndoles que los conserven a disposición del órgano jurisdiccional, o serles devueltos de forma definitiva, si no fueren de interés para el proceso.

Las armas de fuego, previo el referido informe pericial, se conservarán custodiadas en dependencia administrativa que ofrezca suficientes garantías a juicio del órgano jurisdiccional.

Cuando se trate de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el órgano jurisdiccional, oídas las partes, ordenará su destrucción, conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones; sin perjuicio de que, excepcionalmente, el órgano jurisdiccional, por auto motivado, disponga la conservación de la totalidad.

Las muestras o la totalidad de la sustancia secuestrada se conservarán en la forma prevista en el párrafo tercero de este Artículo.

Cuando se trate de objetos de ilícito comercio, y su conservación carezca de utilidad probatoria, el órgano jurisdiccional, oídas las partes, acordará su destrucción o inutilización. Sí fueren de interés criminológico, podrán ser entregadas a un museo u otra institución especializada.

Si los objetos secuestrados corren peligro de alterarse o de desaparecer o si son de difícil custodia, se sacarán reproducciones o copias o se certificará su existencia y estado.

Si transcurridos doce meses, contados a partir de la fecha del secuestro, no se han reclamado los bienes secuestrados, una vez practicada la pericia descriptiva de sus características y estado, su dominio podrá ser conferido a una institución pública o privada de asistencia social, sin fines de lucro, u otra entidad pública que los necesite, los que solo podrán utilizarlos para prestar el servicio que brindan al público. Esta regla será también aplicable a los bienes perecederos de los que se dispondrá, sin embargo, dentro de los veinticuatro (24) horas siguientes a aquélla en que se efectuó su secuestro.

En caso de depósito judicial, se harán al depositario las advertencias relativas a su responsabilidad civil y penal.

En todo caso, los objetos secuestrados serán asegurados con el sello y la firma del encargado de su custodia. Los documentos serán firmados y sellados en cada una de sus hojas. Cuando dichos objetos deban ser trasladados a un laboratorio técnico, almacén público u otra dependencia pública o privada, se adoptaran las garantías necesarias para prevenir su extravío, sustitución o alteración.

En caso de dudas o controversias sobre la propiedad o tenencia de los bienes secuestrados, éstos se entregarán en depósito a quien el Juez considere con mejor derecho hasta que la cuestión sea decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.

COMENTARIO

Todos los efectos secuestrados, piezas de convicción o de ejecución, se periciarán una vez puestas a la orden del juzgado o tribunal competente quien nombrará el perito especializado para que las pericie y avalúe, y mantendrá bajo su custodia y levantará el inventario correspondiente de las mismas.

En los casos que los objetos secuestrados, no sea necesaria su permanencia en el juzgado o tribunal, para los efectos de la investigación, podrán darse en custodia a aquellas personas, terceros sin responsabilidad en el hecho punible y que acrediten ser sus propietarios o poseedores legítimos.

En los casos que lo secuestrado (pieza de convicción) sean drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o sicotrópicas, una vez que se le hayan puesto a la vista a los imputados y oídas partes en relación a ellas, se ordenará su destrucción por cualquier medio al alcance del juzgado, conservando una muestra suficiente de dicha sustancia para en caso de ser necesario en una fecha posterior. Salvo si el Juez Instructor, mediante auto motivado, ordena la conservación total, pero solo para los efectos de la investigación.

ARTICULO 221 interceptación de correspondencia. El Juez, a petición del Ministerio Público o de parte acusadora, podrá ordenar mediante resolución fundada la interceptación de la correspondencia postal, telegráfica, facsimilar o de cualquier otra clase remitida por el imputado o destinada al mismo, cuando existan razones para creer que tienen relación con el delito investigado. Esta facultad comprende las comunicaciones hechas a través de un intermediario o bajo nombre supuesto.

El Juez valorará, en su resolución, la gravedad del delito investigado, la utilidad y proporcionalidad de la medida.

En caso de urgencia que impida solicitarla autorización judicial, el secuestro de correspondencia podrá efectuarse por el Ministerio Público o incluso por autoridad policial.

La autoridad policial entregará la correspondencia secuestrada, sin abrirla, al Ministerio Público.

El Ministerio Público hará entrega, a su vez, de la correspondencia recibida o cuyo secuestro haya ordenado, sin proceder a su apertura, al Juez competente, exponiendo las razones que dieron lugar a su interceptación sin autorización judicial.

El Juez, en el plazo de veinticuatro (24) horas, convalidará o anulará la interceptación.

Si la convalidare, se procederá con arreglo a lo establecido en el Artículo siguiente. Sí la anulare, se devolverá a la oficina postal o telegráfica de su procedencia, para que se le dé el curso ordinario.

Lo dispuesto en este Artículo no será aplicable a las personas a que se refiere el Artículo 228, siguiente.

COMENTARIO

Primero se deben distinguir dos tipos de intervención en la comunicaciones personales, porque el modo en que ambas se llevan a acabo difiere notablemente; de un lado, la detención y apertura de la correspondencia postal y telegráfica exige la interrupción de la comunicación, de forma que le impide llegar a su destinatario; de otro lado, la observación telegráfica y telefónica no obstaculiza o interrumpe la vía de comunicación utilizada para levantar el secreto, sino que intenta captar o fiscalizar la que se esté efectuando.

El juez a petición del Ministerio Público o de la parte acusadora, podrá ordenar mediante resolución fundada, la intercepción de la correspondencia postal, telegráfica, facsimilar o de cualquier otra clase remitida por el imputado o destinada al mismo. La motivación de esta resolución habrá de referirse a su relación con el concreto proceso, pues sólo procede cuando *hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.* En dicha resolución motivada, habrá de determinarse con absoluta precisión el objeto de la Intervención: a) La persona respecto de la cual se acuerda, que aún cuando normalmente coincida con el imputado en ocasiones puede acordarse respecto de otras personas, siempre que directa y determinadamente estén relacionados con los hechos delictivos; b) Debe fijarse con claridad el medio o medios de comunicación a los que alcanza la medida, especificando, si se trata de intervenciones telefónicas, el número de teléfono; por lo general, se tratará de una línea telefónica propiedad del imputado, pero nada quita que su titular sea otra persona, como en el caso de los establecimientos públicos, pero entonces la intervención no puede extenderse a conversaciones ajenas al destinatario; c) Las modalidades de intervención, señalando si afecta a las comunicaciones que reciba o las que realice; si es preciso, en las telefónicas, grabar la conversación o basta con anotar las llamadas y los números a los que se dirige o desde los que se comunica; y d) Enunciar el hecho delictivo al que se contrae el proceso penal en que se decrete y, por tanto, la intervención misma, sin que resulte legítimo amparar bajo un auto de intervención la investigación de hechos diferentes. Así pues, inmediatamente que aparezca en la intervención la comisión de otros delitos, deberá darse noticia al juez y sólo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado que específicamente la ordene para los nuevos

hechos descubiertos, puesto que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho investiga las intervenciones constituirían una injerencia no legítima.

La detención de correspondencia consiste en la aprehensión física del soporte que se remite, bien mediante transporte del objeto a cuyo través se produce la comunicación (carta, paquete), bien mediante la transmisión por vía telegráfica de un mensaje. Con ello se impide que el envío pueda llegar a conocimiento de su destinatario, porque si èste lo tuviera en su poder habría de ordenarse la diligencia de registro de libros y papeles.

En este caso como en todos en que se tenga que violentar un derecho constitucional, en aras de evitar la desfiguración del delito, desaparición o destrucción de evidencias o piezas de convicción, podrá el fiscal, sin orden judicial, pero solo para esos efectos, debiendo, una vez realizada la diligencia, ponerlo en conocimiento del Juez instructor, quién en el término de veinticuatro (24) horas, convalidará o anulara tal diligencia, en este coso, la interceptación de la correspondencia o la intervención telefónica.

ARTÍCULO 222. Apertura y examen de la correspondencia Recibida por el Juez la correspondencia interceptada, la abrirá y leerá para sí, y si la misma guarda relación con él hecho investigado, decretará su secuestro. En caso contrario mantendrá en reserva su contenido entregándola a su destinatario o, en defecto, a su representante o pariente más próximo.

Del acto de apertura y examen de la correspondencia, de sus incidencias y de las disposiciones tomadas por el, Juez, se dejará constancia en acta firmada por él, y por el secretario.

COMENTARIO

La correspondencia detenida y remitida a la autoridad judicial deberá ser naturalmente abierta para conocer su contenido. La apertura de la correspondencia se habrá de hacer en la sede del órgano jurisdiccional y a presencia de interesado, si citado compareciere, o de la persona que designe, y a quien de no comparecer el interesado, se lo entregará. En todo caso si el interesado no compareciere ni nombrara representante, se procederá igualmente a practicar la diligencia y la correspondencia podrá ser entregada a su apoderado o familiar más cercano. De todo lo cual se levantará un acta en donde se consignará todo lo acontecido así, como la decisión tomada por el juez, en cuanto al contenido de la correspondencia.

ARTICULO 223. intervención de las comunicaciones. El Juez, a petición del Ministerio Público o de parte acusadora, podrá ordenar, mediante resolución fundada la grabación de las comunicaciones telefónicas, informáticas o de cualquier otra índole análoga que tenga el imputado o cualquier otra persona directa o indirectamente que tenga el, imputado o cualquier otra persona directa o indirectamente relacionada con el delito que se investiga.

El Juez valorará, en su resolución, la gravedad del delito investigado, la utilidad y proporcionalidad de la medida.

La intervención de comunicaciones de que se trata en este Artículo, podrá consistir en la identificación y registro de su origen, de su destinatario o de ambas cosas a la vez, o en el conocimiento y registro de su contenido.

En el auto que acuerde la intervención, el Juez determinará a quien corresponde su ejecución.
La intervención no podrá durar más de quince (15) días, pero podrá ser prorrogada por el Juez a instancia del Ministerio Público o de parte acusadora, por periodos sucesivos de quince (15) días, en virtud de auto motivado, siempre que se mantengan los presupuestos que inicialmente justificaron la adopción de las medidas.

Las Grabaciones una vez hechas, serán entregadas exclusivamente al Juez que las ordenó dentro de los cinco (5) días a partir de la fecha de terminación del plazo de intervención y de cada una de sus prórrogas sucesivas; y, en caso de pretenderse una prorroga, con la antelación suficiente al final del periodo correspondiente para que el Juez pueda adoptar su resolución antes de que concluya. El juez tomará conocimiento de su contenido en forma exclusiva. Si las mismas tienen relación con el hecho que se investiga, podrá ordenar que se transcriban para ser oportunamente presentadas en el proceso.

Las personas encargadas de realizar las grabaciones o la transcripción de éstas mantendrán en secreto su contenido y en caso de incumplimiento incurrirán en la correspondiente responsabilidad penal.

La grabación de una comunicación realizada por uno de los comunicantes sin llenar los requisitos establecidos en este Artículo, carece de valor probatorio.

COMENTARIO

Recibidas por el órgano jurisdiccional las copias de los telegramas las grabaciones telefónicas o los datos que hubiere pedido, procederá a su examen y con conocimiento y citación de la persona o personas cuyas comunicaciones han sido observadas y de las partes, se habrá de proceder a destruir o entregar al interesado las grabaciones y las copias de los telegramas que no se relacionan con la causa, uniéndose a los autos las grabaciones o soportes originales lo que se documentará mediante la oportuna diligencia de constancia, mediante trascripción.

Esta solución (por aplicación extensiva de las normas sobre apertura de correspondencia) implica, pues, que es preceptivo notificar a realización de la diligencia, una vez finalizada con o sin el resultado que se pretendió a .la persona a quien se privó del derecho constitucional reconocido en el articulo 100**.** que se refiere a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en .especial de las postales, telegráficas y telefónicas, a que tiene derecho toda persona.

En los casos de urgencia, el Ministerio Público, sin orden judicial podrá ordenar la intervención de la correspondencia o comunicaciones, pero de todo ello deberá poner en conocimiento del juez instructor dentro de un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, mediante una exposición fundada del porqué, no se esperó a que se dictará una resolución para efectuar tal diligencia.

No constituirá plena prueba, si la persona a quien se investiga, no tiene conocimiento del remitente o de la persona que busca entablar una comunicación telefónica con él.

ARTICULO 224. Clausura de sitios o establecimientos. Los jueces, lo mismo que el Ministerio Público y, en defecto de éste, la Policía Nacional, podrá ordenar la clausura de cualquier casa, edificio, recinto, sitio o establecimiento, en el que existan indicios de que se ha cometido un delito. La clausura no podrá durar más de veinticuatro (24) horas prorrogables en virtud de autorización judicial hasta por veinticuatro (24) horas. Mientras dure la clausura, solo tendrán acceso al bien los representantes de la autoridad que haya ordenado la medida.

Si el sitio clausurado es una casa de habitación, las autoridades competentes procederán de acuerdo con las reglas del allanamiento previstas en este Código.

De todo lo actuado se dejará constancia en acta, que firmarán, en lo posible, dos testigos vecinos del lugar, además de los agentes de la autoridad que hayan intervenido.

COMENTARIO

El Juez mediante resolución motivada, ordenará la clausura de una casa de habitación sitio o establecimiento abierto al público, o edificio del estado, pero solo para los efectos de la investigación, con el objeto de recabar información o hacer un registro al mismo, en busca de evidencias; pero dicha clausura no podrá exceder de veinticuatro horas, salvo se requiera por lo delicado del caso, prorrogarse hasta por otras veinticuatro horas más. Y podrá tanto el Fiscal como la misma Policía Nacional clausurar los establecimientos antes indicados sin previa autorización del Juez instructor, pero una vez terminada la clausura deberá ponerla en conocimiento del juez competente.

ARTICULO 225. Orden de reserva. La autoridad competente podrá ordenar que se mantengan en reserva las medidas a que se refiere el presente Capítulo, hasta que las mismas se hayan cumplido.

Lo resuelto por el Juez contendrá una breve explicación de los motivos que tuvo para ordenar las medidas y los daños que la publicidad podría ocasionar al resultado que se persiga en el proceso.

Si la medida y su reserva hubiesen sido dispuestas por autoridad diferente de la judicial, el Juez, al aprobar la medida deberá pronunciarse igualmente sobre su reserva.

COMENTARIO

Esto significa que la autoridad judicial, Juez instructor, podrá prorrogar las medidas establecidas, en procura de la investigación, y en relación con la clausura de los sitios o establecimientos antes mencionados. En caso de que hayan sido el Fiscal o la Policía Nacional.

CAPITULO III

DE LOS TESTIMONIOS

ARTICULO 226. Deber de testificar. Todos los habitantes del país tienen la obligación de atender las citaciones que les libren los órganos jurisdiccionales, para declarar lo que sepan sobre un delito. Se excluyen únicamente los absolutamente incapaces y las personas a quienes se refieren los Artículos siguientes del presente Capítulo.

COMENTARIO

Tienen la obligación de declarar en juicio, toda persona que no es parte en la causa que ha presenciado el hecho criminal (visto, oído o conocido de referencia).

La capacidad para ser testigo no tiene prácticamente límites, puesto que en el proceso penal cualquier persona, sea cual fuere su edad y circunstancias, puede ser testigo, a no ser que sea un incapaz física o psíquicamente.

El deber de testificar no es, sin embargo, siempre exigible, puesto que existen personas exentas y personas incompatibles.

ARTICULO 227 Personas exenta de atender las citaciones, No están obligados a comparecer a las citaciones del Ministerio Publico ni los órganos jurisdiccionales, aunque sí 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 o capitulares 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 Centroamericano;
8) Los Magistrados de la Corte Centroamericana; y
9) Los demás que determinen las leyes especiales.

Las personas a que se refieren los numerales anteriores rendirán la declaración en su casa de habitación u oficina, previa cita o por oficio urgente. La declaración deberá producirse dentro de los dos (2) 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. Dichas personas sin embargo, podrán renunciar al tratamiento especial previsto en este Artículo.

Los diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la República y los representantes de organismos internacionales que gocen de inmunidad, de acuerdo con los convenios de que Honduras forme parte, no están sujetos a lo dispuesto en este Artículo, pero podrán declarar verbalmente o por escrito, si así lo determinan.

COMENTARIO

Existen dos grupos de personas exentas del deber de testificar, según se les exima tanto de concurrir como de declarar, o sólo de concurrir. En este caso sólo están exentas de concurrir, pero no de declarar; ya que podrán rendir su declaración testifical, sin necesidad de concurrir al juzgado o tribunal, en que se les haya nominado como testigos, haciéndolo bien mediante una comunicación que se le hará llegar a su Despacho, y que responderán dentro de dos días siguientes al recibimiento de la misma, o podrá el juez, constituirse a su Despacho, o donde estimen conveniente, y ahí tomarle su declaración testifical; y a donde podrán comparecer también las partes actuantes en el proceso.

ARTICULO 228. Personas no obligadas a declarar. 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 operar en el país en relación de las confidencias o secretos que hayan llegado 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 informadas, antes de que inicien su deposición, sobre el derecho que tienen de abstenerse de declarar y de que si toman la determinación de hacerlo podrán abstenerse de contestar las preguntas que deseen. Lo mismo se 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.

Los militares y los funcionarios públicos, en ningún caso, podrán dar testimonio sobre materias de que tuvieren noticias, y que deban considerarse secretos de Estado, porque su difusión pueda dañar gravemente o poner en riesgo también grave la seguridad o la defensa del Estado o sus relaciones internacionales.

COMENTARIO

En lo que refiere este artículo, la única obligación que tienen es de comparecer al juzgado, no así a declarar, que lo podrán hacer si ellos lo estiman conveniente, y de aceptar rendir declaración podrán abstenerse de contestar las preguntas que deseen.

ARTICULO 229. Facultad de las autoridades judiciales cuando un testigo se niega a declarar. 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, ordenará su declaración mediante resolución motivada.

En el caso previsto en el párrafo último del Artículo anterior, el órgano jurisdiccional no podrá resolver, sino después de haber oído en forma confidencial al testigo y de haber adquirido la convicción de que no se trata de un secreto de Estado.

COMENTARIO

Salvo las excepciones que da este mismo código, no podrá ninguna persona puede negarse a rendir su declaración en juicio, cuando haya sido nominada como tal, o cuando el juzgado tenga indicios suficientes para creer que tiene conocimientos o que estuvo presente en el lugar donde ocurrieron los hechos que se investigan; en caso de no probar que está protegido por la causal de no estar obligada a declarar, mediante resolución motiva podrá el juzgado, citarlo para que comparezca a rendir su declaración testifical, como obligatorio, oyéndolo primero por separado para escuchar sus descargos alegados.

ARTICULO 230. Citación de los testigos. Las personas que deban comparecer como testigos serán citadas por el órgano jurisdiccional conforme lo establecido en este Código.

En casos de. urgencia, los testigos podrán ser citados personalmente, por teléfono o por medio de facsímile.

Los testigos podrán también comparecer espontáneamente, lo que se hará constar en autos.

COMENTARIO

La necesidad de interrogar a los testigos surge de la denuncia o de la querella, por constar en ellas personas que han presenciado los hechos, o de cualquier otra diligencia del procedimiento preliminar, por la misma razón, y se ejecuta citando a su presencia el Juez instructor a los mismos. La citación de los testigos se realiza conforme a las disposiciones generales, establecidas en el artículo 146 del mismo cuerpo legal, aunque es posible una citación personal inmediata donde sean encontrados, e incluso verbalmente si existe urgencia, asimismo por intermedio de la Policía Nacional, se pueden realizar citaciones a los testigos. Al igual por medio de teléfono o facsímile, como también cuando se sabe de la existencia de testigos o se sospecha pero no son conocidos, se pueden citar por cualquier medio efectivo, v.gr. prensa, radio o televisión.

ARTICULO 231. Procedimiento para interrogar a testigos que no tienen su residencia en el lugar del asiento del órgano jurisdiccional. Cuando uno o varios testigos no residan en el lugar en que tiene su asiento el órgano jurisdiccional que conoce de la causa, se librará atenta comunicación al órgano jurisdiccional donde tenga su domicilio o residencia para que se practique el 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 de este Código, respecto a la práctica de la prueba testifical en el juicio oral.

En el caso de que el órgano jurisdiccional estime que es necesaria la comparecencia personal del testigo y éste resida fuera del lugar de su asiento, lo proveerá de fondos para los gastos ocasionados por el viaje.

COMENTARIO

Cuando el testigo resida fuera de la jurisdicción del juzgado o tribunal, a una distancia considerable, tal que su traslado le pueda ocasionar incomodidad a su persona o trabajo, el juez instructor se abstendrá de mandarle comparecer a su presencia, a no ser que lo considere absolutamente necesario para la comprobación del delito o para el reconocimiento de la persona del delincuente. En este caso, cuando el testigo resida fuera del asiento del juzgado o tribunal, el Juez lo ordenará por auto motivado y comisionará para recibir declaración al que lo fuera de la jurisdicción, de donde reside el testigo.

En aras de la investigación, el juzgado o tribunal, y de tener que llevarse a cabo otras diligencias en su presencia, hará llegar al testigo para que rinda su declaración, cubriéndole los gastos de transporte, hospedaje y alimentación cuando éste no residiere en el asiento del juzgado.

ARTICULO *232.* **Incapacidad física de un testigo.** En caso de incapacidad física, 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 intervengan en su deposición.

COMENTARIO

En los casos en que deba tomársele su declaración a un testigo en su casa de habitación o donde se encontrare recluido, deberá notificarse con la debida anticipación, y ponerle de conocimiento de la diligencia a realizarse, y a donde deberá comparecer el juez instructor o el tribunal en pleno. Todo lo anterior se podrá hacer siempre y cuando el interrogatorio no ponga en peligro la salud o la vida del enfermo.

ARTICULO *233.* **Abstención injustificada de un testigo a comparecer.** Cuando uno o varios testigos citados en legal forma se negaren sin alegar justa causa a comparecer a la presencia judicial, serán citados por segunda vez, y si tampoco comparecieren, el órgano jurisdiccional a petición de la parte que propuso la prueba, ordenará que sea llevado por medio de la fuerza pública a rendir su declaración. En todo caso, al ser citado por segunda vez, se le advertirá al testigo que si no comparece sin alegar justa causa, podrá ser conducido en la forma antes expresada, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir por el delito de desobediencia.

COMENTARIO

Aquí hay que hacer una diferencia en cuanto a la citación que se le hace a los testigos, pues sólo incurrirán en el delito de desobediencia, quienes hayan sido citados en legal y debida forma, es decir, en lo jurisdiccional, mediante resolución y por el receptor del Despacho, en forma personal y de acuerdo a las normas procesales, entregándole la cédula de citación, y levantando el acta respectiva, en la que conste haber realizado tal diligencia, la que se agregará al expediente contentivo del proceso, y hará constar la advertencia que de no comparecer, le

parará en perjuicio que hubiere lugar en derecho, cual es entrar en desobediencia, y será cuando incumpla al llamado judicial la segunda vez. En el caso del Ministerio Público, no incurrirá el testigo en desobediencia, por ser un órgano jurisdiccional.

ARTICULO 234. Testigos cuya fuga u ocultación se teme. Si existieren fundadas razones para temer que un testigo pueda tratar de fugarse u ocultarse, el órgano jurisdiccional a petición de parte, podrá ordenar, por auto motivado, que sea conducido a su presencia por la fuerza pública, para que se le reciba declaración, a los efectos que procedan. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro (24) horas.

El Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del testigo por un plazo máximo de seis (6) horas, para gestionar la orden judicial.

COMENTARIO

Esto se debe entender en el sentido de que el testigo no será citado previo a comparecer a rendir su declaración, sino que se hará llegar al despacho del Juez, por medio de agentes de la Policía, bien por su propia seguridad o que por sus propias razones no quiera concurrir al llamado judicial, como ser encubrir o proteger a alguien.

ARTICULO 235. Testigos residentes en el extranjero Si el testigo se encuentra fuera del país, el Juez a petición de parte, ordenará que se envíe suplicatorio con el respectivo interrogatorio a las autoridades judiciales del Estado en que se encuentre el testigo, para que preste declaración. También 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. En cuanto a las partes, éstas serán citadas oportunamente para que puedan intervenir durante la deposición del testigo.

COMENTARIO

Es claro, que si un testigo reside en el extranjero, no podrá un juez nacional, tomarle su declaración en el lugar donde se encuentre residiendo, ya que no es posible, ni dentro del territorio nacional, cuando no esté dentro de su jurisdicción territorial del juez que conozca la causa, por lo tanto se hará mediante suplicatorio, en el que se consignarán las preguntas que se le desean formular; pero de ser muy delicado el caso y de ser de especial utilidad la presencia del juez, en el momento de que este rinda su declaración, podrá constituirse, pero sólo para los efectos de estar presente, y de acuerdo a un tratado o convenio de cooperación jurídica entre ambos países.

ARTICULO 236. Forma en que debe rendirse el testimonio. Antes de que inicie su deposición, el testigo prestará juramento de decir la verdad y será instruido sobre sus obligaciones y las responsabilidades que asume, si viola el juramento prestado.

Cada testigo será interrogado en forma separada de los demás y se dejará constancia en autos de su nombre y apellidos, estado civil, edad, nacionalidad y domicilio. También se dejará 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 de otra persona, podrá indicara al órgano jurisdiccional, en forma reservada, el lugar en que vive o en que se encuentra, aunque no podrá ocultar su identidad.

Cumplido lo anterior, se le interrogará sobre los hechos que se investigan.

De las declaraciones tomadas en la etapa preparatoria e intermedia se dejará constancia detallada en acta. Las que se rindan en audiencias orales o en el, juicio oral y público, estarán sujetas a las reglas del debate.

El testigo tendrá derecho a leer o a pedir que le sea leída el acta antes de firmarla.

COMENTARIO

Los testigos han de prestar su declaración ante el Juez instructor quien debe concretar el contenido de las declaraciones a los datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente. Se procurará omitir la evaluación de citas impertinentes o inútiles. Los testigos declararan de viva voz sin permitírseles leer la respuesta, que llevaren por escrito, pero podrán consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar. En ningún caso se harán al testigo preguntas capciosas o sugestivas, ni se empleara coacción engaño promesa ni artificio alguno para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido. En cuanto a lo demás expuesto en este artículo se considera claro y únicamente habrá que hacer extensiva la protección de testigos o los elementos de la Policía Nacional y agentes de la Dirección General de Investigación Criminal en cuanto bastará con que den su numero de placa, como identificación personal o rindan su declaración en forma separada y secretamente ante el juez y secretario, fiscal y su apoderado.

ARTICULO 237. <u>Protección de los testigos</u>. 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 cónyuge o compañero de vida, o de un 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 convenientes y, entre ellas, cualquiera de las siguientes:

1) Que no consten en las actuaciones que se lleven a cabo, el nombre apellidos domicilio lugar de trabajo y profesión del testigo (que, figurando en documento que se guardará en sobre cerrado y sellado, solo serán conocidos por el 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; y,

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 público; y,
3) Que se fije como domicilio, a efecto de comunicaciones, la propia sede del órgano jurisdiccional interviniente, por cuyo conducto serán enviadas reservadamente a su destinatario.

COMENTARIO

Al igual que para los agentes de la policía, lo expuesto en este artículo, se considera claro, y únicamente habrá que hacer extensiva la protección de testigos, en cuanto bastará con que, presenten su identificación personal o rindan su declaración en forma separada y secretamente ante el juez y secretario, fiscal y su apoderado, no consignando su nombre, ni su dirección; pero deberá ser comprobada previo a ello la veracidad de los hechos que se tienen en cuanto al peligro del testigo, a la de sus familiares o bienes.

ARTICULO 238. Cambio de domicilio de un testigo. Los testigos deberán mantener informado al órgano jurisdiccional de los cambios que se operen en su domicilio.

COMENTARIO

Es claro en cuanto a que el testigo debe de notificar al juzgado o tribunal, pero no dice el término en que deba hacerlo, si con la debida anticipación o posteriormente al cambio de domicilio, que podría ser a más tardar quince días después de radicar en el nuevo domicilio.

CAPITULO IV

DE LA PERICIA

ARTICULO 239. Procedencia del dictamen pericial. Se oirá el dictamen de peritos, siempre que alguna parte lo pida y se trate:

1) Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales no jurídicos, de naturaleza técnica, científica o artística; y,

2) Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera.

COMENTARIO

En algunos casos, la investigación penal requiere que determinados datos sean examinados a los fines del proceso, por terceras personas (peritos) cualificadas por su saber científico, técnico o artístico y que auxilian al juez con sus dictámenes. En todo caso el dictamen o informe pericial, objetivo siempre, ha de ir encaminado a conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante a los efectos de la investigación.

ARTICULO 240. Personas que pueden actuar como peritos. Sólo podrán actuar como peritos quienes ostenten título profesional expedido por autoridad competente si la profesión, arte o técnica de que se trate está regulada por la ley. Si no está regulada o si en el lugar donde ha de efectuarse la pericia no existen profesionales autorizados, podrán actuar como peritos las personas que por notoriedad, se sabe que cuentan con los conocimientos requeridos sobre la materia de que se trate.

Las personas que reúnan los requisitos para ser peritos pero que no han sido designadas por autoridad competente para actuar como tales, si toman conocimiento de un hecho sometido a investigación criminal y deben rendir declaración, lo harán en su condición de testigos y no de peritos.

COMENTARIO

El perito puede ser toda persona que tenga conocimientos especializados, científicos o artísticos, con los que pueda auxiliar al juez. La pericia constituye un deber y por ello nadie puede negarse a acudir al llamamiento del Juez para desempeñar un servicio pericial, salvo que esté legítimamente impedido, lo que se hará saber al Juez para que se provea lo que haya lugar.

Los peritos pueden ser o no titulares, pero el Juez se valdrá preferentemente de peritos titulares. Son peritos titulares los que tienen título oficial de una ciencia o arte y este reglamentada por la ley. Son peritos no titulares los que, careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimientos o prácticas especiales en alguna ciencia o arte.

Pueden ser solamente testigos, las personas antes indicadas, cuando no se hayan nombrado como tales, pero que deban comparecer en juicio, en razón del conocimiento que tienen sobre los hechos que se investigan.

ARTICULO 241. Personas que no pueden actuar como peritos. No podrán actuar como peritos aunque reúnan los requisitos a que se refiere el Artículo anterior:

1) Los absoluta o relativamente incapaces;
2) Quienes deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, según el presente Código;
3) Quienes hayan presenciado el hecho sometido a investigación; y,
4) Los inhabilitados por sentencia firme.

COMENTARIO

No podrán ser nombrados como peritos y por ende no podrán prestar informe pericial acerca del delito, cualquiera que sea la persona ofendida, los que no puedan rendir su declaración como testigos de acuerdo al artículo 220, del mismo cuerpo legal, así como el abogado del procesado o imputado; los absolutamente o relativamente incapaces; los que hayan presenciado el hecho que se investiga.

El perito que hallándose comprendido en alguno de dichos casos, preste el informe sin poner antes está circunstancia en conocimiento del Juez, incurrirá en responsabilidad penal.

ARTICULO 242. Designación de peritos. El Tribunal de Sentencia competente, y durante la etapa preparatoria, el Ministerio Público o el Juez, con conocimiento de las partes, cuando se haya de practicar prueba pericial, seleccionarán los peritos. Su número será determinado según la complejidad de las cuestiones por plantear, para lo cual deberán considerarse las sugerencias del Ministerio Público y las partes.

Se podrá nombrar un solo perito cuando la cuestión no fuere compleja.

Asimismo, se fijarán con precisión los temas e la pericia y el plazo para la presentación de los dictámenes.

Una vez investido judicialmente, el perito procederá a cumplir el encargo recibido. Pondrá en conocimiento de quién lo designó, la fecha en que procederá a realizar las actuaciones propias de la pericia. La autoridad que lo nombró, la comunicará a las partes, para que puedan presenciar su práctica, salvo el caso en que esa presencia carezca de utilidad procesal, o el perito justifique que podría perjudicar gravemente el buen éxito de aquélla.

COMENTARIO

El nombramiento de peritos lo hace el Juez instructor. Todo reconocimiento que requiera conocimientos científicos o de arte, se hará por medio de peritos, dos o más, sólo en los casos urgentes, y cuando no hubiere en el lugar otros peritos, se hará con uno sólo, siempre que no fuese posible esperar la llegada del otro perito, sin graves inconvenientes para el curso de la causa.

El nombramiento de peritos debe ser notificado inmediatamente así al actor particular, si lo hubiere, como al procesado si estuviere a disposición del Juez o se encontrare en el mismo lugar de la instrucción o a su representante si le tuviere.

Y su nombramiento se hará con la presencia del representante del Ministerio Público, y con conocimiento de la parte que represente al acusado, si lo tuviere o se le hubiere nombrado.

ARTICULO 243. Recusación de los peritos. Las partes podrán recusar al perito o peritos por alguna causa legal de incapacidad y también por alguna de las causas de recusación de jueces, magistrados o auxiliares de los órganos jurisdiccionales, comprendidas en los numerales 1), 2), 5), 6), 7), 9), 10), 11), 12) y 13) del Artículo 83 de este Código. Las relaciones personales que pueden dar lugar a la recusación del perito, serán las que medien entre éste y el Juez, cualquiera de los miembros del tribunal, o las partes.

Las partes deberán interponer la recusación hasta el momento en que se cite al perito para su juramentación y el órgano jurisdiccional oídas las demás partes, resolverá por auto motivado, lo que tenga por conveniente.

El perito designado comparecerá ante el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal para ser juramentado en su cargo, en la forma prevista en el artículo 129.

El perito designado una vez que acepte el cargo, tendrá la obligación de desempeñar su cometido, salvo que alegue justa causa, valorada prudencialmente por el órgano que lo designó, previa audiencia de las partes.

El perito tendrá la obligación de abstenerse de desempeñar su cargo cuando concurra en él alguna causa de recusación, que pondrá en conocimiento de quién lo designó,

COMENTARIO

La recusación mira a evitar que pueda intervenir como perito aquella persona en la que pueda concurrir alguna circunstancia indicativa de parcialidad.

El actor o procesado que intente recusar al perito o peritos nombrados por el Juez deberá hacerlo por escrito, sin necesidad de valerse de procurador, antes de ser investido como tal, expresando la causa de la recusación y la prueba testifical que ofrezca, y acompañando la documental o designando el lugar en que ésta se halle, si no la tuviere a disposición.

ARTICULO 244. Citación de los peritos. Los peritos serán citados en la misma forma que los testigos y tendrán el deber de comparecer al debate, durante el cual rendirán su informe de modo detallado, claro y preciso.

Cuando el perito oportunamente citado se negare, sin causa justificada, a comparecer, será citado por segunda vez. Si tampoco compareciere a esta segunda citación, el Juez o el presidente del tribunal podrá ordenar que sea conducido por medio de la fuerza pública.

Al citar al perito, se le advertirá que si no compareciere sin justa causa, podrá ordenarse su conducción coactiva, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir, por delito de desobediencia.

COMENTARIO

Los peritos serán citados en igual forma que los testigos, por medio del receptor del despacho, y si no comparecieren a las audiencias para los cuales fueren citados, sin justificarla causa de su no-comparecencia, incurrirán en la misma responsabilidad penal que los testigos. (Art. 222 y 225).

ARTICULO 245. Dictamen pericial. En la etapa preparatoria, el informe pericial se rendirá por escrito, sin perjuicio de que el perito pueda ser requerido para aclararlo o completarlo personalmente o también por escrito. En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito.

COMENTARIO

Antes de darse principio al acto pericial, todos los peritos, prestarán juramento o promesa de proceder bien y fielmente en sus operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad. El Juez manifestará clara y determinantemente a los peritos el objeto de su informe y facilitará a los peritos los medios materiales necesarios para practicar la diligencia que les encomienda.

ARTICULO 246. Pericia 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 Publico y las partes de exigir la declaración del perito durante el debate.

COMENTARIO

El Juez podrá, por iniciativa propia o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando pronuncien sus conclusiones, las preguntas que estimen pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias. Las contestaciones de los peritos se considerarán como parte de su informe.

Cuando los peritos tuvieren necesidad de destruir o alterar los objetos que analicen, deberá conservarse, a ser posible, parte de ellos en poder del Juez para que, en caso necesario, pueda hacer nuevo análisis.

ARTICULO 247. Auxilio judicial a los peritos. El Juez, a solicitud del Ministerio Público o de las partes, podrá ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, o la comparecencia de personas, si ello es necesario para llevar a cabo las operaciones periciales.

También se podrá requerir al imputado o a otras personas, que escriban de su puño y letra lo que se les dicte, estampen su firma, graben su voz o realicen cualquier otro acto necesario para la pericia.

En casos urgentes, la orden a que se refiere el párrafo anterior la podrá impartir el respectivo Fiscal, si el asunto aún se encuentra en la etapa de investigación.

COMENTARIO

El auxilio judicial, solo será necesario, cuando el acusado, o las personas que tengan en su poder documentos, papeles u objetos, y no los quieran poner a la orden de los peritos, se les requerirá para ello, y de ser necesario coaccionados. Así mismo cuando sea necesario que el imputado tenga que escribir de su puño y letra lo que le dicte el perito y no lo quisiere hacer, así como para grabar su voz o realizar otro acto de pericia y sea necesaria la colaboración del inculpado, podrá intervenir el órgano jurisdiccional.

ARTICULO 248. 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 procedimiento, siempre que concurran las circunstancias que aquel precepto tiene en cuenta para su adopción.

COMENTARIO

Al igual que a los testigos, a los peritos se les dará la misma protección, tal y como lo prescribe el artículo 228 en su párrafo tercero.

ARTICULO 249. 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.

COMENTARIO

Estos honorarios serán de acuerdo al arancel en relación con la profesión y

gremio que pertenezcan y los cancelaran las partes que lo o los propongan; salvo sin son empleados del estado.

ARTICULO 250. Traductores e intérpretes. Lo dispuesto en los Artículos 244, 245, 247 y 249 será aplicable a los traductores e intérpretes.

COMENTARIO

Son una clase de peritos, pues tienen conocimientos en lenguas extranjeras o en el lenguaje utilizado por los sordo-mudos o ciegos, y auxilian al juez con esos conocimientos. Por lo que son tratados al igual que los testigos y los peritos llamados así propiamente.

CAPITULO V

DE OTROS MEDIOS DE PRUEBA

ARTICULO 251. Reconocimiento de los elementos de convicción. Los bienes, documentos y demás elementos de convicción incorporados al proceso, deberán ser exhibidos al imputado y a los testigos, para que manifiesten si los reconocen. También tendrán acceso a los mismos los peritos, cuando sea necesario para el cumplimiento de sus cometidos.

COMENTARIO

Tanto las piezas de convicción como las de ejecución, se pondrán a la vista del imputado, cuando éste rinda su declaración indagatoria, así como a los testigos, cuando estos depongan ante el Juez instructor, con el fin de que manifiesten si los reconocen. Así también se le pondrán a la vista a los peritos para su evaluación.

ARTICULO 252. Determinación del carácter de un documento. Para determinar el carácter público o privado de un documento, se estará a lo prescrito por los Códigos Civil y de Procedimientos Comunes. .

COMENTARIO

Para la determinación de que si un documento es público o privado, se hará de acuerdo a lo establecido en el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles; ya que es en ellos donde se establece el concepto de documento público o privado, y como se legitimará cuando es expedido en el extranjero.

ARTICULO 253. Reconocimiento de personas en rueda. Para identificar a una persona o para establecer que quien la menciona efectivamente la conoce o la ha visto, deberá practicarse su reconocimiento, el cual se hará de la manera siguiente:

1) Quien lleve a cabo el reconocimiento, describirá a la persona de que se trate y manifestará si después del hecho que es objeto de investigación, la ha visto de nuevo, en qué lugar, porqué motivo y con qué propósito;
2) Se tomarán las previsiones para que el imputado no se desfigure y se le pondrá junto a otras personas que físicamente se le parezcan;
3) Se preguntará a quien lleva a cabo el reconocimiento, si entre las personas a que se refiere el numeral anterior, se halla el imputado y, en caso afirmativo,

se le invitará para que lo señale en forma precisa; y ,

4) Finalmente, quien lleve a cabo el reconocimiento, expresará las diferencias y semejanzas que observe entre el estado actual de la persona señalada y el que tenía en la época a que se refiere la declaración.

El reconocimiento procederá aún sin el consentimiento del imputado.

Cuando el imputado no pueda estar presente, se podrá utilizar su fotografía u otros registros.

La observación de las personas a que se refieren los numerales 1) y 2), se practicará desde un lugar en el que quien hace la identificación no pueda ser visto por aquel a quien se trata de identificar.

COMENTARIO

Previo al reconocimiento de personas, en confrontación o rueda, deberá haber rendido su declaración como testigo, y en la cual aseverará reconocerlo si lo volviere a ver.

El reconocimiento de personas, se tendrá que hacer lo más breve posible, es decir, que sea una de las primeras diligencias, para evitar que el imputado se desfigure. Y se hará aún sin el consentimiento de este; pero en los casos en que el imputado no pueda estar presente se hará el reconocimiento con una fotografía u otro documento donde conste su imagen.

En cuanto a lo demás esta suficientemente claro, que es la forma en que se llevará a cabo tal diligencia.

ARTICULO 254. Reconocimiento de varias personas. Cuando sean varias las personas que deban practicar el reconocimiento, éste se llevará a cabo en actos separados para cada uno de ellos, cuidando que quien haya hecho el reconocimiento, no se comunique con los demás antes que aquéllos practiquen el reconocimiento.

Cuando sean varios los imputados deberán ser reconocidos por una persona, el reconocimiento deberá hacerse individual o conjuntamente, pero en todo caso, los imputados son los que deberán estar acompañados por otras personas.

COMENTARIO

Al igual que en el caso de reconocimiento de una persona, para poder participar en la diligencia de reconocimiento de varias personas, deberá haber rendido su declaración como testigo, primero para manifestar que le constan los hechos, y luego que puede reconocer al encausado si lo volviere a ver.

Lo que se hará en forma separada, para cada uno de los procesados, así como si hubiere varios testigos, también se hará en forma separada, es decir un acta para cada uno.

ARTICULO 255. Carácter de las personas que intervienen en su reconocimiento. Las personas que participen en la práctica de un reconocimiento, tendrán el carácter de testigos, por lo que quedarán sujetos a las reglas aplicables a éstos. Cuando el reconocimiento deba ser hecho por el imputado,

éste quedará sujeto a lo dispuesto en el Capítulo III del Título II del Libro Segundo de este Código.

COMENTARIO

Las personas que participen o intervengan en su reconocimiento, deberán tener el carácter de testigos, es decir, haber rendido previo al reconocimiento, su declaración testifical.

ARTICULO 256. Forma de practicar el reconocimiento para que tenga el carácter de prueba anticipada. Para que el reconocimiento que se practique en la etapa preparatoria, tenga el carácter de prueba anticipada y pueda ser incorporado al debate, mediante la lectura del acta en que conste, deberá practicarse en presencia del Juez, del Fiscal y del Defensor del imputado.

COMENTARIO

Si la diligencia en mención se pretende hacerla valer en el juicio oral y público, el debate, deberá practicarse como prueba anticipada, para lo cual deberá hacerse con el conocimiento de la parte contraria.

ARTICULO 257. Reconocimiento de personas distintas del imputado. Si es necesario reconocer a una persona distinta del imputado para los efectos de la investigación, se procederá en lo posible, de conformidad con las reglas anteriores.

COMENTARIO

Personas distintas al imputado, son aquéllas, que puedan surgir a raíz de la investigación, y se crea que es otra persona más que participó en el .hecho punible o sea el verdadero autor.

ARTICULO 258. Acta de reconocimiento. De todo lo actuado durante el reconocimiento, se levantará acta en la que se consignará el nombre y apellidos de todos los que participaron en el proceso de identificación y los resultados que se hayan obtenido.

COMENTARIO

Se levantará un acta por cada testigo que intervenga en el reconocimiento, al igual por cada imputado sí fueren varios. En el acta se consignará el nombre y apellidos de todos los que hayan participado en el proceso de reconocimiento, así como los resultados que se hayan obtenido, en pro o en contra del procesado.

ARTICULO 259. Reconocimiento de objetos. Antes del reconocimiento de un objeto, quien deba realizarlo deberá describirlo. En lo demás, se estará a lo dispuesto' en los Artículos precedentes, relacionados con el reconocimiento de personas, en lo que fueran aplicables.

COMENTARIO

Ningún testigo podrá reconocer un objeto sin antes describirlo. Lo que quedará consignado en el acta que al efecto se levante, la declaración testifical.

ARTICULO 260. <u>El careo de testigos, imputados y peritos.</u> El careo tendrá lugar cuando dos o más testigos, hayan discrepado en sus declaraciones sobre hechos o circunstancias importantes del proceso. Se aplicarán al careo las reglas contenidas en el Capítulo III del Título VII del Libro Primero de este Código. 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 sí, en la misma forma prevista para el careo de testigos.

COMENTARIO

El careo podrá llevarse a cabo en testigos, entre testigos e imputados, e imputados entre sí, cuando las declaraciones rendidas por estos discrepen o sean contradictorias. Todo con el fin de averiguar quién dice la verdad.

ARTICULO 261. <u>Procedimiento para practicar el careo</u>. El careo no podrá verificarse entre más de dos personas simultáneamente.

La diligencia se iniciará con la lectura, en lo pertinente, de las declaraciones que se reputen contradictorias y que hayan sido rendidas antes del debate, o tan pronto como las contradicciones se pongan de manifiesto durante el debate. Cumplido lo anterior, se llamará 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.

COMENTARIO

El careo se realiza ante el Juez instructor, leyendo el Secretario a los testigos o a los imputados las declaraciones en donde se deduzcan las contradicciones, y pidiéndoles que se ratifiquen en ellas o que varíen lo que consideren conveniente, de todo lo cual se levanta acta. El juez instructor no permitirá ningún insulto o amenaza.

En esta diligencia podrán participar o intervenir el Fiscal, las partes, el Juez o Tribunal de Sentencia, en el entendido que serán únicamente los careados quienes se hagan preguntas recíprocamente, pues son ellos o uno de ellos que conocen los hechos y dice la verdad; y de llegar a preguntar el Fiscal o una de las partes, estaría llevándolos o conduciéndolos a que respondan las preguntas de acuerdo a sus conveniencias, y no se llegaría a esclarecer los hechos, que es el fin que busca el Juez, en forma objetiva.

ARTICULO 262. <u>Reconstrucción de los hechos investigados</u>. 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 necesaria para la comprobación de la verdad.

El Juez o quien actúe en representación del 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.

La escena del delito se reproducirá tan fielmente como sea posible, para lo cual, quienes hayan participado, presenciado el mismo o hagan sus veces, asi como los objetos relacionados con aquél, serán colocados en la posición que tenían en el momento de la ejecución o del hallazgo; se oirá la declaración del imputado, si este accediere a ello, y en este caso deberá explicar detalladamente las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos y se interrogará 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 levantará acta, la que se incorporará mediante su lectura en el debate, salvo el caso, en que se haya practicado durante éste.

COMENTARIO

Esta diligencia se practicará previo haber realizado la de inspección ocular al lugar de los hechos, salvo casos excepcionales que el juez lo determinará y ordenará mediante resolución motivada que se haga sin haber realizado la inspección, y podrá realizarse tanto en la etapa de investigación, como en la del juicio oral o debate. La reconstrucción de hechos se hará basándose fundamentalmente en la declaración indagatoria rendida por el imputado o imputados, en una sola vez si entre ambos no existe contradicción, de haber contradicción tendrá que hacerse cuantas veces como imputados sean, y que sus declaraciones sean contradictorias, pero con todo de unas y otras se levantarán las respectivas actas. Así mismo podrá realizarse la reconstrucción de hechos, en cualquier otro lugar, cuando el sitio donde ocurrieron los hechos no tenga influencia en desarrollo de los hechos que se reconstruyan.

* * *

LIBRO SEGUNDO DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

TITULO I

DISPOSICIONES COMUNES AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

CAPITULO ÚNICO DISPOSICIONES GENERALES

Jorge Alberto Burgos Córdova

[1]**ARTICULO 263. <u>Etapas de la investigación y del juzgamiento</u>.** El proceso de investigación y juzgamiento de los delitos constará de las fases siguientes:

3 Los artículos 263 al 284 están comentados por D. Jorge Alberto Burgos Córdova

1) Etapa preparatoria;
2) Etapa intermedia y;
3) Debate o juicio oral y público.

COMENTARIO

Todo proceso penal se estructura y organiza en fase que cumplen objetivos específicos como parte de gran objetivo general del proceso penal que persigue el encuentro de la verdad real o material y la realización de la justicia penal.

La fase preparatoria, llamada también "de investigación" persigue mediante la búsqueda de elementos probatorios, lograr una adecuada preparación del requerimiento fiscal o acusación y del debate o juicio oral y público.

La fase intermedia, consiste en el análisis crítico y técnico del resultado de la fase de investigación y en ella se decide la realización o no del debate

La fase de debate o juicio oral y publico, persigue discutir el objeto de la imputación bajo el amparo de garantías procesales con arraigo en el principio constitucional del "debido proceso penal". Dichas garantías son los principios de inmediación, oralidad, publicidad y continuidad.

El proceso penal concluye hasta que han transcurrido las etapas posteriores de impugnaciones y de ejecución judicial.

ARTICULO 264. La Etapa preparatoria. La etapa preparatoria estará formada por los actos siguientes:

1) Denuncia, cuando se presente;
2) Investigación preliminar,
3) Requerimiento fiscal; y,
4) Audiencia Inicial,

COMENTARIO

Las denuncias es la forma mas común con que se conoce la "noticia criminis" o perpetración de un delito. No obstante el proceso puede iniciar de oficio por las autoridades de la Policía Nacional o del Ministerio Público, cualquiera que haya sido el modo de conocimiento, aun `por medio de información periodístico.- todo ello forma parte de los "actos iniciales del proceso".

La investigación preliminar, llámase al conjunto de investigaciones urgentes y necesarias sobre el hecho denunciado, llevadas a cada por los agentes de investigación bajo la dirección del fiscal:

El requerimiento fiscal, es la petición formulada por el fiscal al juez de instrucción como garante de la legalidad, según haya sido el resultado de la investigación preliminar.

Audiencia inicial, es la instancia en la que el Juez de Instrucción decide sobre la petición formulada en el requerimiento fiscal, En está audiencia también se conocen y deciden excepciones. Lo más importante es que recae resolución provisional sobre la situación jurídica del imputado.

ARTICULO 265. La Etapa Intermedia. La etapa intermedia comprenderá los

actos siguientes:

1) Formalización de la acusación;
2) Contestación de cargos; y,
3) Auto de apertura del juicio.

COMENTARIO

En la etapa intermedia del proceso penal se impone siempre la oralidad. Se desarrolla en una audiencia, denominada audiencia preliminar. En ella el fiscal y el acusador privado, en su caso, formalizarán la acusación y el defensor contestará los cargos.

La formalización de la acusación, constituye el marco fáctico y jurídico en que el acusador basa su pretensión acusatoria, de allí su trascendencia;

La contestación de cargos, es el momento en que la defensa conoce formalmente la imputación y de manera concreta argumenta contra la tesis del acusador.

Auto de apertura a juicio, es la resolución del Juez de la etapa intermedia en la cual define el marco fáctico - jurídico y decide la realización o no del debate.

ARTICULO 266. Actos Integrantes del Debate. El debate o juicio oral y público estará formado por los actos siguientes:

1) Preparación del debate;
2) Sustanciación del juicio; y,
3) Deliberación y sentencia

COMENTARIO

Preparación del debate, la forman todas aquellas decisiones a cuestiones previas planteadas al tribunal por los sujetos del proceso antes de la realización del debate. Persigue la evacuación de toda clase de incidentes procesales como nulidades, excepciones, recusaciones y demás con el propósito de prevenir la discontinuidad o interrupción del debate o juicio oral y público.

Sustanciación del Juicio, es la etapa más importante del proceso penal. En ésta los sujetos procesales de manera oral, pública, contradictoria y continua presentan sus alegatos y medios de prueba ante un tribunal colegiado formado por tres Jueces profesionales y en presencia de la sociedad representada por un público presente.

Deliberación y sentencia, Luego de la realización del debate, agotadas las pruebas y escuchados los sujetos procesales el tribunal se retira a discutir sobre la culpabilidad del imputado, fijación de los hechos, aplicación de la pena abstracta o sustitutivas. En posterior audiencia se decidirá sobre la pena concreta.

TITULO II

DE LA ETAPA PREPARATORIA

CAPITULO I

DE LA DENUNCIA

ARTICULO 267 Denuncia del hecho criminal. La etapa preparatoria del juicio se iniciará con la denuncia del hecho criminal ante la Policía Nacional o el Ministerio Público, o con las informaciones que se hayan recibido acerca del mismo, sin perjuicio de la acción del Acusador Privado, del Estado y sus entes.

COMENTARIO

La denuncia es el acto mediante el cual alguna persona que ha tenido noticia de un hecho social conflictivo que considera delito lo pone en conocimiento o de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policías fiscales) Esa persona podrá ser alguien interesado directamente en ese hecho conflictivo como sus víctimas o familiares de éstas, o cualquier otra persona que haya conocido el hecho en calidad de testigo presencial o de referencia.

ARTICULO 268. Personas que puedan denunciar un delito o falta. Toda persona que presencie o tenga conocimiento directo de la comisión de un delito o falta de acción pública, inclusive la victima o su representante legal, podrá denunciarlo a la Policía y otra autoridad competente, Los menores de dieciocho (18) años también podrán denunciar hecho supuestamente constitutivo de delito o falta.

La Policía Nacional u otra autoridad competente en su caso, pondrá en conocimiento inmediato del Ministerio Público las denuncias o informaciones que haya recibido.

Los delitos de acción privada solo deberán investigarse y sancionarse a instancia de parte interesada.

COMENTARIO

La persona que tenga conocimiento directo de un ilícito penal de acción publica ya sea por ser la victima haberlo presenciado o tener información del mismo de cualquier otra manera, podrá denunciarlo ante el Ministerio Público o a la Policía Nacional. Incluso puede hacerlo un menor de dieciocho anos.

Cuando la denuncia no sea presentada ante el Ministerio Público, la autoridad que la reciba deberá hacerla saber de inmediato a ese ente estatal; e igual deberá hacer con cualquier información que con respecto a un delito de acción penal haya llegado a su conocimiento.

En relación con el párrafo último del artículo que comentamos, cabe señalar que resulta innecesario puesto que en el artículo 25, párrafo último, en relación con el 27 y en el párrafo tercero del artículo 279 está regulada la situación de los delitos de acción privada

ARTICULO 269. Obligación de denunciar. Tienen la obligación de denunciar los delitos de acción pública:

1) Los funcionarios o empleados públicos que tengan conocimiento de los mismos, en ocasión de sus funciones;
2) Los médicos, farmacéuticos, odontólogos, estudiantes de medicina u odontología, enfermeros, paramédicos, parteros y demás personas relacionadas con el ejercicio de profesiones, oficios o técnicas vinculadas con la salud, que tengan conocimiento de acciones u omisiones penales durante el ejercicio de sus actividades; y,
3) Los representantes de las personas naturales, los gerentes, administradores o representantes legales de las personas jurídicas y en general, quienes tengan bajo su cuidado bienes ajenos, que tengan conocimiento de delitos cometidos en perjuicio de los intereses con los que estén relacionados.

COMENTARIO

Los ciudadanos no están obligados a denunciar los hechos presuntamente delictivos aunque se puede considerar deseable que lo hagan.- Es obligatoria la denuncia para los profesionales, funcionarios o empleados públicos cuando tengan conocimiento del hecho en ocasión de sus funciones debido a encontrarse vinculado a una situación profesional o funcional de mayor compromiso con el orden público.

ARTICULO 270. Forma v **contenido de la denuncia.** La denuncia podrá presentarse verbalmente o por escrito.

De las denuncias verbales se dejará constancia en acta que se levantará al efecto, la cual deberá contener:

1) La indicación del lugar y fecha;
2) El nombre, apellidos y domicilio del denunciante, debiendo consignarse el documento de identificación personal;
3) La relación circunstanciada del hecho denunciado;
4) La indicación del nombre, apellidos y domicilio de cuantas personas hayan intervenido en el hecho o puedan proporcionar información sobre lo sucedido o en caso de que esos datos no fueren conocidos, deberán indicarse cualesquiera otros que puedan servir para la identificación y localización de tales personas; y,
5) La firma del denunciante y de la autoridad que haya levantado el acta.

Las denuncias escritas deberán reunir los requisitos señalados en el párrafo anterior.

La autoridad que reciba la denuncia, podrá requerir al denunciante para que proporcione datos complementarios que aquélla estime necesarios, para valorar la confiabilidad de la información.

El denunciante tendrá derecho a que se mantenga en reserva su nombre y su identidad y a que se le extienda copia del acta en que conste la denuncia, en su caso.

COMENTARIO

La denuncia debe contener una descripción del hecho, el nombre y datos de la persona presuntamente autora o partícipe, en la medida de lo posible el señalamiento de pruebas y antecedentes de la noticia y la identificación del denunciante.

No está permitida la denuncia anónima. Si bien ha demostrado ser un mecanismo eficaz para conocer la comisión de delitos puede convertirse fácilmente en un instrumento de persecución infundada y aún de persecución política.- No es propia de un Estado de Derecho protector de los derechos de los ciudadanos.

ARTICULO 271. **Responsabilidad por denuncias falsas.** La persona denunciante será advertida de los casos constitutivos del delito de denuncia falsa y de las penas establecidas para él por el Código Penal.

Si hubiere lugar a proceder por posible comisión de este delito, la persona ofendida tendrá derecho a que se le suministre las menciones de identidad de la persona denunciante.

COMENTARIO

El denunciante no se convierte en sujeto procesal, ni adquiere mayores responsabilidades por el resultado final del proceso penal. Sin embargo, es responsable al pago de las costas si su denuncia es maliciosa y temeraria. Sin perjuicio de hacerse responsable del delito de falsa denuncia.

CAPITULO II

DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

ARTICULO 272. **Objeto de la Investigación.** En la investigación de la verdad la Policía Nacional, el Ministerio Público u otra autoridad competente, practicará todas las diligencias pertinentes y útiles, para determinar la existencia del hecho punible y tomará en cuenta las circunstancias que, de acuerdo con la ley penal, sean importantes para establecer el grado de responsabilidad de los agentes

COMENTARIO

Llámase investigación preliminar, sumario, procedimiento preparatorio o diligencias iniciales de investigación al conjunto de investigaciones encaminadas realizar todos aquellos actos urgentes y necesarios sobre el hecho histórico tendente a preparar la acusación.

La dirección de la investigación está a cargo de los Fiscales el Ministerio Público. Esta investigación debe ser oportuna, lo más amplía posible tanto de las circunstancias favorables como en contra del imputado.

Los Jueces controlan la observancia de garantía procesales o derechos constitucionales durante la investigación preliminar y autorizan medidas de coerción

personal en relación a los elementos de prueba aportados y ordena anticipos de prueba.

ARTICULO 273. **Atribuciones de las autoridades encargadas de la Investigación Preliminar,** Las dependencias del Ministerio Público, la Policía Nacional y otra autoridad competente a que se refiere el Artículo anterior, al tener conocimiento de un hecho que pueda ser constitutivo de delito, cualquiera que sea el medio por el cual haya llegado a su conocimiento, cuando la noticia parezca verosímil, teniendo en cuenta su contenido y los datos proporcionados para su comprobación, adoptará las medidas necesarias para impedir que produzca consecuencias ulteriores e iniciará las investigaciones del caso, para lo cual podrán:

1) Citar a cualquier persona que pueda aportar datos relacionados con el hecho que se investiga y recibirle la correspondiente declaración. A quienes no estén obligados a comparecer ante los tribunales pero sí a declarar, les recibirá la declaración en sus oficinas. Podrá asimismo, interrogar a las personas en su casa de habitación o en el sitio que considere más apropiado para el éxito de la investigación;
2) Practicar inspecciones oculares en archivos, registros contables, documentos o sitios que formen parte de oficinas públicas, o de oficinas o locales privados abiertos al público;
3) Realizar pericias en todos los campos de la criminalística y de la Medicina Forense; y,
4) Adoptar las medidas urgentes y necesarias para preservar los elementos de prueba susceptibles de perderse.

Para la realización de las actividades anteriores las señaladas dependencias no necesitarán autorización judicial, salvo cuando pueda afectarse un derecho garantizado por la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de los que Honduras forma parte.

Las investigaciones de las mencionadas dependencias comprenderán no solo los cargos que se hagan al imputado, sino también los hechos que puedan servir para su defensa.

COMENTARIO

Para garantizar la efectiva selección de casos a investigar y para otorgar legalidad al archivo o remisión de denuncias formuladas a la Policía Nacional como al Ministerio Público sus resoluciones deben encontrase debidamente fundadas. De igual forma de no hacerse una revisión oficiosa de estas resoluciones es oportuno que el denunciante o querellante pueda impugnar la decisión del archivo de diligencias ante superior jerárquico del órgano investigador.

La comparecencia de una persona citada para declarar se debe consignar si es en calidad de sospechoso o como testigo a los efectos de que pueda comparecer junto a su defensor técnico.

Las fotocopias de documentos recogidos por los agentes del Ministerio Público ante los órganos del Estado tendrán valor práctico a los efectos de la investigació

preliminar. Para efectos de prueba en juicio se requiere que el funcionario que lo expide u otro ministro de fe pública certifique su autenticidad. De esta manera se reduce el tiempo de la instrucción formal.

Es necesario crear un manual de manejo de evidencias para proteger la cadena de custodia desde los primeros momentos de su recolección, de acuerdo al tipo de objeto de que se trate y la autoridad encargada de su custodia para garantizar su eficacia y valor probatorio.

Corresponde a los agentes de investigación dirigidos por los fiscales del Ministerio Público realizar actividades puras de investigación; y al Juez de instrucción tomar las decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento, el anticipo prueba, o la realización de diligencias de prueba que no puede esperar su producción en el debate; y, las decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantía procesales o derechos constitucionales.

ARTICULO 274. Citaciones de las autoridades encargadas de la investigación preliminar y obligación de colaborar con las mismas. Las citaciones que haga el Ministerio Público u otra autoridad competente a través de las dependencias que quedan señaladas, serán de cumplimiento obligatorio.

Los funcionarios y empleados públicos, inclusive los municipales, deberán proporcionar a los representantes del Ministerio Público toda la información que requieran, salvo que se trate de secretos de Estado. Para determinar este último extremo, la autoridad competente deberá pedirle al Juez ante quien se haga la solicitud que haga uso del procedimiento contenido en el párrafo segundo del Artículo 229.

Los funcionarios de las instituciones que formen parte del sistema financiero nacional, deberán proporcionarle a la autoridad correspondiente, la información que les solicite, previo mandato judicial. El Juez correspondiente, en resolución fundada, resolverá de plano la petición dentro de las veinticuatro (24) hora siguientes a la fecha de su presentación, sin perjuicio del cumplimiento de disposiciones legales pertinentes.

El incumplimiento de lo prescrito en este Artículo, será sancionado con multa equivalente al triple del valor de su sueldo; sin perjuicio del debe cumplimiento de la obligación y del inicio del trámite administrativo o disciplinario en su caso.

COMENTARIO

Para garantizar la efectiva selección de casos a investigar y para otorgar legalidad al archivo o remisión de denuncias formuladas a la Policía Nacional como al Ministerio Público sus resoluciones deben encontrase debidamente fundadas. De igual forma de no hacerse una revisión oficiosa de estas resoluciones es oportuno que el denunciante o querellante pueda impugnar la decisión del archivo de diligencias ante superior jerárquico del órgano investigador.

La comparecencia de una persona citada para declararse debe consignar, si es en calidad de sospechoso o como testigo a los efectos de que pueda comparecer junto a su defensor técnico.

Las fotocopias de documentos recogidos por los agentes del Ministerio Público ante los órganos del Estado tendrán valor práctico a los efectos de la investigación preliminar. Para efectos de prueba en juicio se requiere que el funcionario que lo expide u otro ministro de fe pública certifique su autenticidad. De esta manera de reduce el tiempo de la instrucción formal.

Es necesario crear un manual de manejo de evidencias para proteger la cadena de custodia desde los primeros momentos de su recolección, de acuerdo al tipo de objeto de que se trate y la autoridad encargada de su custodia para garantizar su eficacia y valor probatorio.

Corresponde a los agentes de investigación dirigidos por los fiscales del Ministerio Público realizar actividades puras de investigación; y al Juez de instrucción tomar las decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento, el anticipo de prueba, o la realización de diligencias de prueba que no puede esperar su producción en el debate; y, las decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.

ARTICULO 275. Obligaciones de las autoridades encargadas de la investigación preliminar. En la práctica de toda diligencia investigativa, las autoridades encargadas de la investigación preliminar guardarán el más absoluto respeto a los derechos individuales consagrados por la Constitución de la República, por los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte y por este Código.

Las informaciones obtenidas solo podrán utilizarse para las finalidades investigativas propias de las autoridades referidas, debiendo guardarse la más absoluta reserva para cualquier otro efecto, so pena de incurrir en el delito de violación de secretos.

COMENTARIO

La absoluta reserva de las informaciones obtenidas durante la investigación preliminar responde a la más estricta observancia de las normas de derechos humanos del imputado: estado de inocencia, derecho de defensa .derecho a su propia imagen, derecho a la intimidad personal, al secreto de sus comunicaciones, al secreto bancario y otros. Únicamente se podrá limitar o restringir garantías individuales por resolución fundada de juez competente. La información obtenida por las autoridades de investigación solo tiene valor en cuanto sea útil, necesaria y pertinente al proceso, de no ser así dichos agentes incurren en responsabilidad penal y civil por violación de garantías.

ARTICULO 276. **Presentación voluntaria para ser investigado**. La persona que tenga conocimiento de que está investigada podrá presentarse voluntariamente al Ministerio Público, a fin de que se le oiga en relación con los hechos investigados.

COMENTARIO

Se reconoce la necesidad de dotar de un defensor técnico al imputado desde los primeros momentos de la imputación previo a rendir su declaración ante las autoridades de investigación. Se constituye en el garante de los derechos fundamentales de su defendido tales como a ser tratado como inocente hasta que

no se recaiga sentencia condenatoria dictada por juez competente y con las formalidades de ley, a no declarar contra sí mismo o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a no ser objeto de amenazas, promesas, coacción de naturaleza alguna para declarar en forma determinada, etc. Corresponde a las mismas autoridades de investigación el ineludible deber de informar al sospechoso del derecho que le asiste a nombrar abogado defensor y si no tiene los recursos a pedir que se le nombre un defensor público o de oficio.

ARTICULO 277. Actos Jurisdiccionales: pruebas anticipadas. En caso de peligro de pérdida o inutilización de cualquier medio de prueba, el órgano jurisdiccional, a petición del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, adoptará las medidas necesarias para evitar el peligro, y en su caso, ordenar la recepción anticipada de la prueba.

Igualmente, el órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, podrá disponer que se practique anticipadamente cualquier medio de prueba, cuando exista peligro grave de que resulte imposible o extraordinariamente difícil su práctica en el acto del debate.

Del mismo modo procederá el órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, cuando exista riesgo grave de fallecimiento de un testigo o perito; de que, por ausencia o por cualquier otra causa, sea imposible o extraordinariamente difícil que comparezca en el acto del juicio o corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos.

En todo caso, el Juez librará citación al Fiscal y los demás interesados: hasta el momento hayan sido identificados y que puedan comparecer, y éstos tendrán derecho a asistir a la práctica anticipada de la prueba, en la forma prevista para el debate.

El imputado que se encuentre detenido, será representado por su Defensor, salvo si pide intervenir personalmente y no existe peligro de fuga. En aquellos casos en que se desconozca quién es el imputado y la práctica de la prueba sea de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir la intervención del Juez que actúe de la manera más expedita, debiendo éste citar a un Defensor de oficio para que controle el acto.

COMENTARIO

Llámase prueba anticipada, a la práctica excepcional pero debidamente justificada de un medio de prueba por parte de un Juez de Letras, a petición de uno de los sujetos procesales, para conservar hechos relevantes al juicio en peligro inminente de desaparecer, ser alterados o destruidos por circunstancias objetivas apreciadas por la autoridad judicial y que no pueden esperar a la realización del debate o juicio oral y público.

La etapa fundamental del proceso es el debate por lo que toda la prueba debe ser reproducida y valorada por las reglas de la sana crítica racional durante el debate. La prueba anticipada es excepción al principio de inmediación del tribunal de sentencia con el objeto de prueba, pues se incorpora por lectura del acta.

Al haberse producido con las formalidades legales adquiere pleno valor probatorio, por lo que el tribunal no puede obviarlas al dictar su fallo definitivo. Para ello requiere haber sido ordenada por juez competente mediante resolución fundada, con la presencia de los sujetos del proceso y reproduciendo las condiciones del debate, es decir inmediación, continuidad, oralidad y publicidad.

Es causa de nulidad de la prueba anticipada la no comparencia del imputado o del defensor.

En el caso de que se desconozca quien es el imputado y tratándose de pruebas de extrema urgencia, podrá siempre practicarse como prueba anticipada, debiendo el Juez citar un defensor de oficio para efectos de control de la diligencia, cubriéndose así la exigencia de que el imputado o su defensor deben necesariamente estar presentes en la práctica de actuaciones de esa naturaleza.

ARTICULO 278. **Secretividad de las investigaciones.** Las investigaciones realizadas por las autoridades competentes, se mantendrán en secreto respecto de toda persona que no forme parte de las mismas, mientras sus resultados no sean presentados ante los órganos jurisdiccionales. Las autoridades encargadas de la investigación, procurarán no lesionar los derechos de los investigados durante la práctica de sus investigaciones.

Las indicadas autoridades podrán proteger y aislar cualquier elemento de prueba que se encuentre en los lugares en que esté investigando un delito, a fin de evitar su contaminación o destrucción.

COMENTARIO

Las investigaciones practicadas por las autoridades competentes serán relativamente secretas. Dicha relatividad garantiza que no se limite o restrinja el derecho del imputado o de su defensor a conocer, en su oportunidad, todos los hechos y medios de prueba en se encuentren en su contra con el fin de hacer efectiva su defensa. La secretividad de las investigaciones procede contra terceros y al público en general, quienes serán informados oportunamente durante la celebración del debate o juicio oral y público. No obstante pueden haber diligencias propias de la investigación que restrinjan garantías, por resolución de Juez competente dictada mediante resolución fundada para mantener en secreto del imputado por breve espacio de tiempo las diligencias previas a allanamiento de morada, operativos de captura, secuestro de objetos del delito: drogas, armas, documentos etc., intervenciones telefónicas; asimismo otras que persiguen proteger la identidad de agentes infiltrados en bandas criminales que de hacerse públicos afectarían el proceso y pondrían en grave riesgo a sus agentes.

ARTICULO 279. **Investigación de los delitos.** En el cumplimiento de sus funciones, los miembros de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC), actuarán por propia iniciativa, de acuerdo con las orientaciones generales impartidas por los Fiscales y ejecutarán las órdenes de actuación concreta que de ellos reciban, en relación con el hecho investigado, cumpliendo sus cometidos de modo que se alcancen los fines perseguidos por aquéllos.

Lo mismo harán los miembros de la Dirección General de la Policía Preventiva cuando desempeñen funciones de investigación criminal. Los directores de respectivas instituciones establecerán los procedimientos de coordinación necesarios para el logro de tal fin.

Cuando se trate de uno de los delitos a que se refiere el Artículo 27, solo podrán actuar a instancia de la víctima.

La Policía Nacional o el Ministerio Público, en su caso, actuarán de conformidad con lo prescrito en el párrafo primero, cuando la víctima de un delito de acción privada le solicite que efectúe las investigaciones que servirán de base para formulación de la correspondiente querella.

En los casos a que se refieren los dos párrafos precedentes, la Policía Nacional o el Ministerio Público según corresponda, sólo podrán actuar de oficio para impedir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores, será aplicable a la Policía Especial Lucha contra el Narcotráfico en asuntos de su competencia.

COMENTARIO

Las organizaciones de la Dirección General de Investigación Criminal y Policía Nacional Preventiva responden a directrices y mandos estructurados jerárquicamente para que unos dependan de otros y a su vez sea posible delegar niveles de autoridad y responsabilidad. Este sistema vertical es necesario para mantener la disciplina, la eficacia en el alcance de sus objetivos y la permanencia institucional. Es claro que los agentes de investigación dependen orgánicamente de su propia estructura orgánico-operativa, sin embargo, funcionalmente su investigación es dirigida por el fiscal asignado a cada caso concreto. Orgánico operativamente dependen de sus mandos y funcionalmente lo son de los fiscales como autoridades encargadas de la investigación criminal.

Está vedado realizar actuaciones de investigación en los delitos de acción privada como regla general. Podrá actuar preventivamente para impedir la comisión del delito, en auxilio de la víctima ante la comisión del delito infraganti y para realizar actos urgentes de investigación que de no llevarse a la práctica harían muy difícil o imposible su investigación, todo lo cual sin instar oficiosamente la iniciación del proceso. Obviamente, a petición de la víctima sí podrá realizar las investigaciones que a ella servirán para fundamentar la respectiva querella.

En los lugares de ia República donde no hayan agentes de investigación realizarán los miembros de la Policía Nacional Preventiva. En cuanto a investigación los policías uniformados al igual que los agentes de investigación dependen funcionalmente del fiscal a cargo del caso concreto y para los efectos ésta es su superior.

Se requiere la elaboración de un manual técnico-operativo para prevenir eventuales disfunciones.

ARTICULO 280. <u>Atribuciones de la Dirección General de Investigación</u>

Criminal (DGIC). La Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) tendrá además, de las establecidas en la Ley Orgánica de la Policía, las atribuciones siguientes:

1) Recibir denuncias;
2) Emplear la fuerza de modo excepcional y en la medida estrictamente necesaria;
3) Permitir la intervención del Defensor del inculpado en los términos previstos en este Código;
4) Informar sin tardanza al Comisionado de los Derechos Humanos sobre las detenciones practicadas; y,
5) Auxiliar a la víctima y proteger a los testigos.

COMENTARIO

Corresponde a la Dirección General de Investigación Criminal la recepción de denuncias para investigar delitos y a la Policía Nacional Preventiva en los lugares donde no hayan agentes de investigación.

El manejo y uso de la fuerza para la investigación debe restringirse en la medida estrictamente necesaria para el desempeño eficaz de sus funciones, de manera que sea viable bajo parámetros bien delimitados y cause el menor daño posible.

Actuar con estricto apego a las normas de derechos humanos y notificar su detención al Comisionado Nacional.

La víctima como los testigos pueden solicitar su incorporación al Programa de protección establecido en la Dirección General de Investigación Criminal para garantizar sus derechos. La víctima puede requerir asistencia jurídica para el resarcimiento el daño provocado por el delito y su derecho a participar en todos los actos de la investigación; los testigos para proteger su integridad física y moral o su identidad y datos personales por existir indicios racionales comprobados de peligro o riesgo inminente en su contra antes y después de deponer ante un Juzgado o tribunal y para asegurar su intención de colaborar con la justicia.

ARTICULO 281. Funciones de la Dirección General de la Policía Preventiva. En casos de flagrancia y en los demás en que la Dirección General de Investigación Criminal no pueda intervenir oportuna y urgentemente por carecer de agentes en el lugar, los miembros de la Dirección General de la Policía Preventiva, cumplirán las funciones a que se refiere el Artículo anterior, en cuyo ejercicio cesarán, tan pronto como los representantes de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) se hagan cargo de las mismas.

El resultado de las investigaciones hechas por la Dirección General de Policía Preventiva, será puesto sin tardanza a disposición de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC).

COMENTARIO

La Policía Nacional Preventiva puede realizar investigación por vía muy excepcional, en caso de flagrancia. También lo podrá hacer cuando la Dirección

General de Investigación Criminal no pueda intervenir oportuna y urgentemente, porque no tenga agentes en el lugar en que se produzca el hecho. Su función en este caso es realizar las primeras diligencias de investigación a fin de aprehender a los participes del delito, recoger los instrumentos o piezas de ejecución, proteger la escena del crimen, recabar información de testigos, la víctima, situación de tiempo, lugar y circunstancias del delito y demás datos indispensables. La cadena de custodia de la evidencia física encontrada en el lugar del crimen debe protegerse desde los primeros momentos de la investigación y ser entregadas a los agentes de la Dirección General de Investigación Criminal para su análisis científico y posterior remisión al Juzgado de la causa.

ARTICULO 282. Reglas a que está sometida la detención o captura de una persona. Para aprehender, detener o capturar a una persona, los miembros de la Policía Nacional actuarán de acuerdo con las reglas siguientes:

1) Identificarse, en el momento de la captura, como agentes de la autoridad, para lo cual exhibirán el carnet o placa que los acredite como tales:
2) Hacer uso de la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario para el eficaz desempeño de las funciones y en la proporción que lo requiera la práctica de la detención;
3) Emplear las armas solo cuando exista riesgo grave inminente o racional para la vida y la integridad física del agente o de terceras personas; temer una grave alteración del orden público, o sea necesario para evitar la comisión de un delito y no estén disponibles otros medios igualmente eficaces y menos peligrosos;
4) No cometer ni inducir o permitir que se cometan torturas, tormentos u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, tanto en el momento de la captura como durante el tiempo que dure la detención;
5) No presentar a los detenidos ante los representantes de los medios de comunicación, preservando su derecho a que se les considere y trate como inocentes y el respeto a su propia imagen;
6) Informar a los detenidos o arrestados, en el momento de su detención o arresto, con la mayor claridad posible, sobre el motivo de la detención y ponerles de manifiesto el derecho que tienen de darle cuenta de su situación a un pariente o persona de su elección; de ser asistidos por un Defensor; de guardar silencio; de no declarar contra sí mismos, contra su cónyuge o compañero de hogar ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y de que solo hace prueba la declaración rendida ante Juez competente; de su derecho a ser examinados por Médico Forense o, no siendo posible la presencia de éste sin gran demora, por otro médico disponible a fin de que deje constancia de su estado físico, y pueda atenderlo si fuere necesario y, en general, detalladamente, de cuantos derechos se reconocen al imputado en el Artículo 101 de este Código;
7) Comunicar en el momento de efectuarse la detención, a los parientes u otras personas relacionadas con el detenido, el establecimiento al que será conducido; y,
8) Asentar en un registro especial que tendrá el carácter de documento público, el lugar, día y hora de la detención, el que será autorizado por el Secretario de Estado en el Despacho de Seguridad.

COMENTARIO

Es de enorme trascendencia para garantizar el éxito o fracaso de cualquier operativo policial que los agentes se sometan a reglas muy concretas y obligatorias para regular la observancia de garantías públicas y el uso de la fuerza policial.

El cumplimiento de estas reglas depende de un adecuado entrenamiento en el campo del respeto de los derechos humanos de las personas sometidas a proceso penal, que se les imparte a los agentes en las academias durante su tiempo de instrucción.

Más que una adecuada supervisión por parte de los superiores el cabal cumplimiento de estas reglas de oro merecen el calificativo de dogmas, una doctrina o filosofía de trabajo. En el fondo harán la diferencia entre un policía bueno y otro malo, entre un legítimo representante de la ley y el orden público y un vulgar delincuente.

La ejecución de orden de captura o la detención de un hechor en flagrante comisión de un hecho criminal, no le otorga por sí al agente de la autoridad el derecho a aplicar los medios de coerción personal de manera desmedida o arbitraria. El policía está en el deber de identificarse plena e inequívocamente como agentes del orden o de investigación según sea el caso. Naturalmente que las medidas de cautela adicionales irán tomándose en relación al análisis de los informes que del caso se tengan, tales como la naturaleza del delito y sus antecedentes judiciales y de policía del imputado, a manera de medir el grado de peligrosidad y los correspondientes niveles de coerción.

Un agente deficiente y con poca conciencia del alcance de sus actos desde el punto de vista legal, tiende normalmente a excederse en el uso de la fuerza.

El uso correcto de tácticas para obtener desde el principio un margen de ventaja frente al imputado garantiza la obtención del resultado deseado. La obtención de ese fin debe ser alcanzado por medios legítimos que no pierdan de vista la necesaria realización del debido proceso penal como único medio de realización de la justicia.

Es precisamente en el proceso penal donde el respeto a los derechos y garantías individuales adquieren inconmensurable valor. El Estado y la sociedad misma si bien tiene derecho a investigar y castigar los delitos encuentran su medida, límite y restricciones en las normas procesales penales.

Tampoco concebimos a una policía hipercontrolada, vigilada o supergarantista de los derechos del imputado al extremo de no poder actuar con suficiente libertad contra esos enemigos de la sociedad, por el contrario perfecciona su actividad, se profesionaliza de tal forma que no malgasta ninguno de sus recursos y esfuerzos para concluir en la condena de los infractores de la ley, sin dar lugar a que puedan anularse sus actuaciones.

El uso de medidas extraordinarias de coerción personal se rigen por los principios de inminencia, congruencia, oportunidad, utilidad, proporcionalidad y subsidaríedad.

Inminencia de un peligro grave contra su persona, terceras personas o sus

bienes; congruencia, o igualdad en el uso de medios para prevenirla o repelerla; oportunidad, para poder reconocer el momento oportuno para usarla; utilidad, de manera que sea un medio idóneo para alcanzar su cometido; y, subsidiariedad, es decir que no exista otro medio menos gravoso para obtener el resultado deseado.

ARTICULO 283. Manejo y registro de la información recabada por la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC). Los miembros de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) informarán al Fiscal correspondiente, a la mayor brevedad, y, en todo caso, dentro de las seis (6) horas siguientes a la recepción de la información, de cada delito de que tengan noticia. Practicarán además, las investigaciones iniciales para reunir o asegurar los elementos de prueba y evitar la fuga u ocultación de los sospechosos.

El personal a que se refiere el párrafo anterior, dejará constancia en acta de las diligencias practicadas, con expresión del día y la hora en que tuvieron lugar, de cualquier circunstancia que pueda ser útil para la investigación y de las instrucciones recibidas de los fiscales.

El acta será firmada por el oficial que haya dirigido la investigación y, en lo posible, por las personas que hayan intervenido en los actos o proporcionado alguna información.

Los objetos secuestrados serán enviados al Fiscal correspondiente, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación, junto con el informe respectivo.

Las disposiciones contenidas en este Artículo, serán aplicables a la Dirección General de la Policía Preventiva y demás Direcciones dependientes de la Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad, así como, a la Policía Especial de Lucha contra el Narcotráfico, dependiente del Ministerio Público, en los casos en que, de acuerdo con este Código, hayan debido realizar la investigación criminal.

COMENTARIO

La etapa de investigación es escrita, por tanto las actuaciones de los agentes y de los fiscales se harán constar en actas. A partir de la denuncia quedará constancia de las diligencias de investigación. La información básica deberá estar contenida en el pliego de la denuncia, para ello el agente receptor llenará los formularios diseñados al efecto de manera que no puedan quedar por fuera datos importantes. El agente que ha recibido la noticia criminal dentro del término de seis horas deberá informar al fiscal. Durante este término de tiempo es menester que tome las medidas para asegurar los objetos encontrados en la escena del crimen, o que haya secuestrado para ser debidamente embalados y etiquetados. Todo ello es necesario para asegurar la cadena de custodia y su eficacia probatoria.

La cadena de custodia es el mecanismo a través del cual se asegura que la cosa secuestrada, incautada o recogida no ha sido alterada o cambiada por otra, al momento de practicar sobre ella una pericia o un reconocimiento. La cadena de custodia suele ser el principal punto de ataque al que recurrirá la defensa para desvirtuar la valoración de las evidencias presentadas por la acusación.

ARTICULO 284. <u>Decisiones del Ministerio Público una vez concluidas las investigaciones iniciales.</u> Concluidas las investigaciones iniciales, la correspondiente dependencia del Ministerio Público podrá:

1) Ordenar el archivo del respectivo expediente;

2) Pedir, por escrito, al Juez de Letras competente que:
   a) Lo autorice para suspender la persecución penal y que le imponga al imputado una o varias de las reglas de conducta previstas en el Artículo 37**;**
   b) Se dé al proceso el trámite del procedimiento abreviado o del juicio por faltas, remitiendo en este caso, las actuaciones al Juez de Paz competente; o,
   c) Se dicte sobreseimiento definitivo.
3) Presentar requerimiento fiscal ante el Juez competente.

En los casos previstos en el numeral 2) de este Artículo, el Juez resolverá sin más trámite, la solicitud correspondiente.

COMENTARIO

El archivo de las diligencia es el resultado de una denuncia infundada, incompleta o deficiente. El fiscal como coordinador de la investigación policial dictará resolución fundada que así lo ordene. No obstante su resolución al será revisada por el Director de Fiscales que convalidará o no esa decisión.

El resto de decisiones requieren del necesario control de la autoridad jurisdiccional en la persona del respectivo Juez de Letras, cuya función principal es constituirse en garante de legalidad.

Este juez en virtud de la petición fundada del fiscal deberá resolver también motivadamente:

La suspensión de la persecución penal e imposición de reglas de conducta al imputado; la implementación del procedimiento abreviado o por faltas; o sobreseimiento definitivo.

La acción del fiscal sobre las decisiones iniciales del procedimiento se ven sometidas al control del Juez limitando sus actuaciones.

La actividad de control del Juez se resume a las siguientes:

- Control sobre la decisión de ejercicio de la acción.
- La decisión sobre la aplicación de alguna medida de coerción sobre el imputado.
- La autorización en diligencias limitativas de derechos constitucionales tales como el allanamiento de morada.
- La práctica de la prueba anticipada.
- El control sobre la admisión por parte del fiscal de diligencias propuestas por las partes.
- El control de la duración de la investigación.

CAPITULOIII

REQUERIMIENTO FISCAL

Nelson Baudilio López Lazo

[2] ARTICULO 285. Reglas del requerimiento en relación con la detención del Imputado. En el caso de que el Ministerio Público decida presentar requerimiento Fiscal, se procederá de la manera siguiente:

1) Si el imputado se encuentra detenido, será puesto a la orden del juzgado competente, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su detención o aprehensión, y el Fiscal respectivo deberá, al mismo tiempo, presentar un escrito con expresión del hecho imputado y de su calificación provisional, indicando si considera necesaria, la detención judicial por un tiempo máximo de seis (6) días, justificando, en todo caso, la concurrencia de los presupuestos legitimadores exigidos por este Código, o una medida sustitutiva, con exposición de las investigaciones que han de practicarse y de la necesidad de la detención judicial o de la medida pretendida para su éxito. Asimismo, pedirá que el Juez señale fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial;

2) Si el imputado no es detenido, el Ministerio presentará un escrito como se señala en el literal anterior, y sí considera que no concurren las circunstancias justificativas, para que el Juez decrete detención judicial por el término de ley, así lo expresará; y solicitará se cite al imputado para hacerle conocer los hechos y que preste su declaración si desea. Si por el contrario, el Ministerio Público estima que concurren tales circunstancias, solicitará que se libre orden de captura; y,

3) Si el imputado no ha sido detenido por encontrarse en el extranjero, el Ministerio Público presentará requerimiento Fiscal para los efectos de solicitar su extradición.

COMENTARIO

La etapa intermedia del proceso penal se caracteriza por la formulación de la petición del Fiscal la que hará conforme a un criterio muy objetivo, ya que el Ministerio Público no es un persecutor a ultranza, poniendo al descubierto no solo los aspectos del caso que puedan perjudicar al imputado, sino también los que puedan beneficiarles, presentándola ante el Juez de Letras de lo criminal competente ya que constitucionalmente corresponde a los Tribunales de Justicia la potestad de juzga r y promover la ejecución de lo Juzgado (Artículo 314 de la Constitución de la República). Según nuestro Código Penal Vigente el Juez competente conocer de un ilícito penal es: el del lugar en que se considera cometido el delito tomando en cuenta tanto el lugar en donde se produjo o debió producirse la actividad delictuosa de autores o cómplices (teoría de la actividad) como donde se produjo o debió producirse el resultado (teoría de l resultado) o sea que, de acuerdo con la

[2] Los artículos 285 al 299 están comentados por D. Nelson Baudilio López Lazo.

teoría mixta, el delito deberá considerarse cometido tanto donde se produjo o debió producirse la acción u omisión como donde se produjo o debió producirse el resultado (Art. 19 Código Penal), Si el Ministerio Público decide presentar requerimiento fiscal, se procederá de tres maneras según el imputado se encuentre detenido, en libertad en el territorio nacional o en extranjero.

El primer supuesto: Que supone una aprehensión en flagrancia (art. 84 párrafo 2º. De la Constitución) el Ministerio Público debe apegarse a lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución de la República, esto es que "ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por mas de veinticuatro horas, sin ser puesta a la orden de autoridad competente para su juzgamiento (Art. 7 # 5 Convención Americana sobre derecho) ya que de lo contrario, entraríamos al campo del ilícito penal de detención ilegal, lo que como lógica consecuencia daría en primer lugar a interponer el recurso de habeas corpus o exhibición personal por violentarse el derecho a la libertad individual, que tiene garantizada su inviolabilidad en el 69 de nuestra Constitución. (Ver artículo 182 de la Constitución de la República), y en segundo lugar la deducción de responsabilidad para el que resulte ser el autor. Resulta también importante que el Ministerio Público deberá hacer una calificación provisional, ya que la acusación define los limites de los hechos sometidos a juzgamiento, y es en el debate donde debe haber ya una calificación definitiva del ilícito penal imputado, por otra parte el párrafo segundo de' mismo artículo 71 ya referido consagra, que la detención judicial para inquirir no podrá excederse de seis días contado desde el momento en que se produce la misma; para algunos éste término incluye las 24 horas referidas sin embargo en nuestra práctica forense no ocurre así; igual cuidado que el Ministerio Público, debe tener el Juez de Letras en respetar este término de detención, que en todo caso solo procede, si se justifica, la concurrencia de las supuestas legitimidades exigidas por este Código. Cuando pida la detención el Ministerio Público debe explicar los concretos indicios de, Culpabilidad y Peligrosidad Procesal.

Fumus Boni luris (Indicios serios de culpabilidad).
Periculum In Mora (Indicios serios de peligrosidad Procesal)

Este último implica lo siguiente:

B.1. Riesgo de fuga (Artículo 179 C.P.P.)

B.2. Riesgo de ocultación o manipulación de fuentes de prueba y obstrucción de la investigación (Artículo 180 C.P.P).

B.2.1. Riesgo de reintegración a la organización-delictiva. (Art. 178#3 C.P.P.)

B.2.2. Riesgo de represalia (Art.178#4 C.P.P.)

Como es sabido el Código proclama la libertad de las personas como la regla general y la prisión como la excepción, vinculado con este, siempre se debe dar prioridad a otras medidas alternativas dado la gravosidad que entraña. En ese sentido debe quedar muy claro que la alarma social por sí sola no es una circunstancia suficiente para solicitar una detención.

En este primer supuesto el Ministerio Público debe pedir al Juez que señale fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial.

El segundo supuesto: Es que el imputado no está detenido, entonces el Ministerio Público presentará requerimiento solicitando: a) detención, justificando los indicios legitimadores; b) (sin detención) que solo se cite al imputado para hacerle conocer los hechos y presente su declaración si desea. Es importante hacer resaltar que el derecho de defensa en este Código está plenamente garantizado, ya que hacerle conocer los hechos, es precisamente para que pueda preparar para la eventualidad de un juicio. El Ministerio Público puede solicitar que el Juez libre una orden de captura, ésto es fundado constitucionalmente en que nadie podrá ser arrestado o detenido sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, expedido con las formalidades legales y por motivo previamente establecido en la ley o sea la concurrencia de los supuestos legitimadores a que nos hemos referido, ya que la libertad es uno de los bienes de mayor valor, por ello su limitación, requiere orden judicial practicada con las formalidades de ley. En relación con lo anterior y con sustento en el artículo 84 de la Constitución de la República al Momento de una detención todo ciudadano tiene derecho a: 1.- Que se le presente por escrito una orden judicial, 2 - Ser informado de que se le acusa y quien lo acusa. 3.- Comunicar su detención, por los efectos legales correspondientes (Art.7 # 4, 8 letra b de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

Tercer Supuesto. Se presenta requerimiento Fiscal para los efectos de la extradición del imputado. La extradición es la entrega que un país hace a otro cuando éste así lo reclama, del acusado de ciertos delitos, para ser juzgado donde se suponen cometidos, esta entrega dentro del derecho internacional se funda en la reciprocidad, siempre que se trate de delincuentes comunes. El que reclama tiene la obligación de presentar las pruebas de los hechos por los cuales se le acusa y someterse a las normas de carácter internacional establecidas, y en todo caso debe hacerse un análisis de lo referente al Ámbito Espacial de aplicación de la Ley Penal; ya que si bien, mediante el principio de territorialidad de la ley penal, el Estado castigará conforme a su derecho a todos los hechos delictivos cometidos en su territorio con independencia de por quien y contra quien se haya cometido; (Artículos 3, 8 del Código Penal); habría que tomarse en cuenta al momento de plantear la extradición del imputado, que este principio no es absoluto y que tiene sus excepciones, como a la que se refiere el artículo 8 del Código Penal y el 171 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

Por otra parte debe observarse cuidadosamente lo dispuesto en los artículos 4, 5 del Código Penal que se refiere, a casos o ilícitos cometidos en el Extranjero y que puede aplicarse la ley Penal hondureña. (Véanse los artículos: 297, 298, 299, 300, 301, 307, 308 y 309 del Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como de Bustamante, que Honduras depositó su ratificación en la oficina de la Unión Panamericana el 19 de mayo de 1930, fecha en que el Código entró en vigor con las naciones signatarias y adherentes; que se refieren específicamente a la ficción de la extraterritorialidad).

ARTICULO 286. Declaración del imputado. Una vez que el imputado se encuentre en el Juzgado, se le recibirá su declaración, sin perjuicio de sus derechos constitucionales y de los establecidos en el Artículo 101 de este Código y de conformidad a las reglas contenidas en los Artículos siguientes de este Capítulo.

COMENTARIO

Se refiere a la primera declaración del imputado ante el Juez de Letras de lo Criminal competente y antes de la audiencia inicial, la que deberá prestarse bajo él más absoluto respeto de sus derecho Individuales, básicamente los derechos a la defensa, a que se le presuma inocente, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. (Art. 8#1, 2 del a Convención Americana Sobre Derecho Humanos).

Según el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

ARTICULO 287. <u>Información de sus derechos al imputado</u>. Antes de que el imputado preste su declaración, el Juez le hará saber:

1) El contenido del requerimiento Fiscal, indicando, en todo caso, de forma clara y precisa, los hechos que en él se le imputan;
2) La vigencia de los derechos que a todo imputado reconoce el Artículo 101, de este Código, y en especial, por lo que se refiere a la declaración, de los reconocidos en los numerales 5) y 10) de ese mismo Artículo; y el derecho constitucional del imputado a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero o compañera de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
3) Su derecho a consultar con su Defensor, la actitud que debe asumir durante la audiencia; y,
4) Su derecho a proponer, en su defensa, lo que considere oportuno y exigir que el Ministerio Público, con la colaboración de su Defensor, compruebe los hechos que exponga en su descargo.

COMENTARIO

Por desaparecer de una vez y para siempre la delegación de funciones en nuestra Administración de Justicia Penal, el Juez personalmente, hará saber al imputado:

- El contenido del requerimiento Fiscal, en forma clara y precisa, esto es en un lenguaje que pueda ser entendido por el imputado.

- Los derechos que la ley le reconoce, a efecto de que en el acto pueda ejercitarlos y hacerlos valer. (Art. 7# 4 de la Convención Americana Sobre Derecho Humanos).

- Algo bastante novedoso, en la práctica Forense hondureña y que refleja al fin la plena aplicación del derecho de defensa, es que el imputado pueda consultar a su defensor la actitud que debe asumir al rendir su declaración ya que los

viejos esquemas habían vedado ese derecho, justificando en fondo nuestros legisladores, la impotencia del Estado de probar los hechos imputados, evitando según ellos que el defensor "alineara" al imputado a negar los hechos, ya que lograr una confesión era todo un "éxito" para la administración de justicia, ahora el defensor puede aconsejarle que se abstenga de declarar o que niegue cualquier grado de participación, ya que, de todas maneras el principio de inocencia debe prevalecer, la carga de la prueba corresponderá al que hace la imputación.

- Que puede exigir que el Ministerio Público compruebe los hechos que exponga en su descargo, ya que como se dijo la investigación del Ministerio Público se rige por el principio de objetividad.

ARTICULO 288. <u>Métodos prohibidos para la declaración del imputado.</u>

El imputado que no se abstenga de declarar, prestará su declaración libre de juramento y no será sometido a ninguna coacción, amenaza o promesa. Tampoco podrá usarse medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni formulársele cargos o reconvenciones tendentes a obtener su confesión.

Queda prohibida, en consecuencia, toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado; que tienda a confundirlo o que menoscabe su capacidad de recordar los hechos, de comprender el alcance de sus actos o de autodeterminarse con arreglo a esa comprensión. Quedan prohibidos, en especial, las torturas y los malos tratamientos de obra o de palabra, las amenazas, el empleo de medidas susceptibles de producir agotamiento físico o mental, así como, la utilización de engaños y la administración de psicofármacos, la hipnosis y el empleo de polígrafos o aparatos similares destinados a detectar posibles mentiras del declarante.

COMENTARIO

Está garantizado Constitucionalmente que no se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar, ya que nadie puede ser obligado a declarar en asunto penal, disciplinario o de policía; porque acarrea nulidad la declaración rendida bajo estos términos y los responsables incurrirán en las sanciones que establece nuestra legislación, debido a que los servidores del Estado no tienen mas facultades que las que la Ley expresamente les confiere.(Art. 88, 321 de la Constitución de la República, Artículo 8 letra g de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

La declaración del imputado tiene una doble finalidad: a) Oportunidad de descargo y b) Un medio de obtener información (fuente de prueba en sentido amplio).

Tomándose en cuenta para ser valorada los aspectos siguientes: 1) La credibilidad objetiva que implica: a) Similitud y b) su coherencia; 2) Fiabilidad (sinceridad) lo que implica: a) Ausencia de cualquier sospecha de insinceridad. Si de la declaración del imputado resulta una confesión (admisión de los hechos) El Ministerio Fiscal deberá hacerle una crítica sobre el valor que le merece la misma, siempre tomando en cuenta lo s dos aspectos antes referidos y sin dejar de

corroborarla por medio de otras pruebas. Con esto queremos decir que el Fiscal nunca debe descuidar la proposición de esas pruebas, porque en esta etapa el imputado perfectamente puede confesar o aceptar participación en los hechos, ya sea para proteger a otra u otras personas o cualquier otro motivo. Si el Fiscal corre el riesgo de conformarse con la confesión y queda sin pruebas para el debate, el imputado puede negarse y el tribunal de sentencia devendría en la obligación de absolver por falta de pruebas y en el respeto al principio de inocencia. En definitiva el esfuerzo de la acusación nunca debe encaminarse entonces, a obtener una confesión.

ARTICULO 289. **La declaración del imputado**. La declaración del imputado será un acto personalísimo y se prestará siempre en presencia del Defensor, bajo pena de nulidad. Cuando el Defensor no compareciere, será requerido, por el medio más rápido, para que se persone de inmediato. Si transcurriere una hora sin que el Defensor se presente, el Juez requerirá al imputado para que designe otro y, si no lo hiciere así, le será designado un Defensor de oficio, debiendo recibirse la declaración con su asistencia, en el mismo día y, si no fuere posible, en el siguiente, adoptando el Juez a petición del Fiscal, las disposiciones que estime oportunas sobre la situación personal del imputado.

COMENTARIO

Porque la declaración de la persona imputada es un acto personalísimo, ha de ser prestada por ella directamente, sin posibilidad de sustituirla por una manifestación escrita o de hacerla por medio de representante.

Sí el imputado hubiese hecho alguna declaración por escrito, deberá ratificarla personalmente ante el Juez.

Además, se impone la intervención de un Defensor. Frente al sistema de defensa facultativa o potestativa, el precepto comentado opta por el de defensa imperativa, irrenunciable por el declarante. La omisión de esta intervención viciaría de nulidad radical o absoluta la declaración, porque afecta a un derecho fundamental de la persona. Los datos obtenidos serían procesalmente inutilizables, así como aquellos otros que deriven necesariamente de él, por imperativo del párrafo primero del artículo169 de este mismo Código.

El artículo 289 prevé un sistema encaminado a garantizar la presencia del Defensor, designado por el declarante o, en su defecto (por falta de designación o imposibilidad de su presencia), de otro de oficio, de forma que se reciba la declaración a la mayor brevedad, resolviendo, luego, el Juez, sobre la situación personal del imputado.

Nótese que esta resolución judicial la adoptará el Juez a instancia del Fiscal, porque él es quien valorará el riesgo que podría representar la libertad del imputado en espera de juicio. El Juez no está vinculado por la pretensión fiscal de que se adopte una medida cautelar privativa de libertad contra el imputado, pero, en cambio, no podrá disponerla si el Fiscal no la interesa.

ARTICULO 290. **Forma en que el imputado rendirá su declaración**. Si

el imputado no hace uso de su derecho de guardar silencio, prestará declaración teniendo como base las preguntas que le formulará el Juez sobre su nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, en su caso, edad, estado civil, profesión u oficio nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, su domicilio actual y los principal lugares de residencia anterior, sus condiciones de vida, el nombre y apellidos d sus padres, cónyuge e hijos y el de las personas con quienes viva y de las cual dependa o estén bajo su guarda. En las declaraciones posteriores bastará con que confirme los datos ya proporcionados.

En seguida, el Juez le pedirá que declare lo que sabe sobre el hecho que le imputa y que indique los medios de prueba, cuya práctica considere oportuna

Es obligatoria la presencia del Fiscal, quien podrá interrogar libremente imputado, sin perjuicio del control que ejercerá el Juez. Igual derecho tendrá el Acusador Privado, en su caso.

El Defensor podrá objetar ante el Juez aquellas preguntas que considere violatorias de los derechos del imputado, y hacer por su parte, las que estime convenientes para los intereses de su defendido.

El indagado no podrá consultar notas o apuntes ni a persona alguna, salvo su Defensor, sobre las respuestas que debe dar a las preguntas que se le formule Se exceptúa el caso en que el Juez lo autorice, cuando por la naturaleza de la pregunta, la complejidad del asunto o las circunstancias personales del declarante sea preciso para ayudar a la memoria.

Concluido el interrogatorio, cuando sea del caso, se preguntará al imputado reconoce los instrumentos y objetos del delito.

COMENTARIO

A diferencia de lo dispuesto en el Código anterior, en el acto de declarado del imputado se prestará siempre con la presencia de su defensor bajo pena de nulidad, estableciendo en este artículo los mecanismos a seguir para garantizar este derecho.

Señala los datos generales que debe proporcionar por única vez todo imputado al rendir su declaración, con la presencia obligatoria del defensor y el Fiscal del Ministerio Público en seguida el Juez le pedirá que declare lo que sabe sobre la Imputación. El Fiscal puede intervenir libremente, siendo prohibido por el mismo principio de oralidad cualquier tipo de interrogatorio formulado por escrito lo mismo las respuestas del imputado, por lo que habrá siempre un control judicial y las objeciones de la defensa, quien además puede preguntar lo que conviene a lo intereses de su defendido.

ARTICULO 291. **Suspensión de la declaración.** No se procederá al examen de la persona imputada cuando se aprecien en ella signos de sueño, fatiga, enfermedad o pérdida de serenidad que reduzcan su capacidad de juicio. En esto casos, así como cuando el examen de la persona imputada se prolongue mucho tiempo, o el número de preguntas que se le hayan hecho sea tan considerable que

hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar a las demás que deban hacérsele, se suspenderá el examen, concediendo a la persona interrogada el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. En caso de enfermedad de la persona imputada, el Juez, por propia iniciativa o a instancia de la persona interrogada o de su defensa, dispondrá que le sea prestada la atención médica necesaria.

COMENTARIO

Si bien la declaración procede prolongarse, sea por la complejidad de los hechos, la misma libertad de interrogatorio u otros factores; la ley garantiza al imputado que la misma se efectuará respetando su capacidad y serenidad de juicio, asimismo en condiciones de salud óptimas a efecto de poder explicar en forma clara y precisa lo que tiene que decir respecto a la solicitud fiscal y además indicar la prueba de descargo con que cuenta, ya que la declaración esta inspirada principalmente en su beneficio.

ARTICULO 292. **Decisiones que deben adoptarse después de prestada la declaración.** Prestada la declaración por el imputado, o después que éste manifieste su voluntad de abstenerse de declarar, el Juez decretará la detención judicial del mismo, por el término de ley o en su caso, las medidas cautelares sustitutivas a que quedará sujeto o la libertad provisional por falta de mérito para ser detenido. Asimismo, en este caso señalará día y hora para la celebración de la audiencia inicial, dentro de un plazo que no deberá exceder de seis (6) días si el imputado queda detenido o dentro de un plazo que no deberá exceder de treinta (30) días calendario si no queda detenido. A esa audiencia las partes deberán comparecer con sus testigos y demás medios de prueba.

COMENTARIO

Inmediatamente después de declarar o de que el imputado manifieste su voluntad de abstenerse de hacerlo, el Juez de Letras enmarcado dentro de los lineamientos establecidos en este Código, decretará siempre como excepción la detención judicial, o bien cualquiera de las medidas cautelares contempladas en este Código, también ante la falta de méritos deberá decretar la libertad provisional del imputado, sin perjuicio de que siempre señalará plazo razonable para la celebración de la audiencia inicial. Se da un plazo de seis días que es el que constitucionalmente se le denomina para inquirir, que debe entenderse como un máximo para la celebración de la audiencia, resaltando en este caso el señalamiento de la hora, ya que constituye una ilícita pena excederse de ese plazo, el que se cumplirá a la hora exacta en relación con la que se decretó la detención. Si está libre el imputado se da un mayor margen con un máximo de 30 días calendarios, lo que incluye los días no laborables, ya que para esos efectos que todos los días son hábiles.

ARTICULO 293. **Requisitos del requerimiento Fiscal.** El requerimiento Fiscal deberá contener, además, de lo señalado en el Artículo 284 de este Código:

1) El nombre y apellidos del imputado;
2) La relación sucinta de los hechos

3) El delito que se imputa;
4) La relación de las pruebas mediante los cuales pretenda acreditar la existencia del delito y la participación del imputado en la comisión de aquél;
5) La petición que, según las circunstancias, proceda conforme a derecho y
6) El lugar, fecha, firma y sello del Fiscal.

ARTICULO 293. Estos son los requisitos esenciales que debe contener el requerimiento Fiscal, lo que no implica coartar la libertad creativa y de redacción de cada agente del Ministerio Público, al elaborar su solicitud.(Art.13 Ley del Ministerio Público); Es importante señalar que la ley no exige como requisito que en el requerimiento se consigne nombre, apellidos de la víctima.

CAPITULO IV

DE LA AUDIENCIA INICIAL

ARTICULO 294. **Audiencia inicial.** El día y hora señalados, tendrá lugar la audiencia inicial con la presencia del imputado, el Defensor, el Fiscal y el Acusador Privado, en su caso. La ausencia del imputado o del Acusador Privado no impedirá que se celebre la audiencia.

El Juez concederá la palabra al Fiscal y al Acusador Privado, para que expliquen y fundamenten sus requerimientos, y al Defensor para que plantee lo que considere procedente a favor del imputado.

La parte que pretenda producir prueba, se hará cargo de su presentación en la audiencia y el Juez resolverá únicamente con la prueba que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes.

De inmediato el Juez pronunciará resolución:

1) Dictando sobreseimiento provisional;
2) Dictando sobreseimiento definitivo; y,
3) Decretando auto de prisión o declaratoria de reo.

COMENTARIO

Por su contenido, podríamos en primer término definir la audiencia inicial como aquella fase de la etapa preparatoria que se efectúa ante el órgano jurisdiccional a requerimiento del Ministerio Público a fin de que se decida de acuerdo a los argumentos y prueba que allí se produzca, la procedencia del auto de prisión o declaratoria de reo.

Pero la importancia que ésta reviste en la fase de investigación va más allá de esa simple definición, su función además de depuradora al actuar como filtro evitando que se lleven a juicio hechos que no se encuentren debidamente fundamentados o que carezcan de elementos probatorios razonables para sustentar la acusación en la audiencia preliminar, posibilitando el cese o la extinción de la persecución penal mediante el sobreseimiento que corresponda, también facilita el que se disponga de la acción o que ésta se gradúe a través de la aplicación de

criterios de oportunidad en los delitos de poca o ninguna importancia social, o que mediante consenso los intervinientes decidan la aplicación del procedimiento abreviado.

En ésta, aún y cuando no se trate del juicio propiamente dicho, acorde a los principios que inspiran éste código, se reconoce el derecho de defensa y la igualdad de los intervinientes al establecer como necesaria la constitución en la audiencia tanto del Fiscal, acusador privado si lo hubiere y la defensa de él o los imputados, adquiriendo particular importancia las razones y fundamentos en que apoyen sus requerimientos y la prueba que allí se produzca en razón de ellos en el caso de los primeros y las exposiciones y planteamientos que realice la defensa en favor de él o los imputados teniendo también éste la oportunidad de producir prueba al respecto.

No debe olvidarse que si se presentare prueba será mínima y servirá únicamente para sustentar el requerimiento Fiscal o los argumentos de la defensa, pero deberá también reunir las condiciones de pertinencia y conducencia en relación a lo que se pide, pues con la que se produzca o incorpore en la audiencia el juez resolverá y sustentará lo que proceda en el mismo acto sin que le sea dable al funcionario judicial su diferimiento para otra fecha o la suspensión del acto, sobre las partes recae la responsabilidad de asegurar la presencia de los testigos y demás pruebas que pretendan producir pues solo con las que se alleguen se dictará la resolución, amparándose cuando las circunstancias así lo requieran en el In Dubio Pro Societate que es el principio que debe operar en caso de duda en esta fase de la investigación. Acostumbrados como hemos estado a asociar auto de prisión con privación de libertad, es necesario recordar que la libertad es la regla en este proceso y la privación de libertad únicamente tendrá lugar cuando concurran en un imputado los presupuestos procesales que para ello se establecen en el artículo..., caso contrario, se impone la aplicación de medidas sustitutivas de privación de libertad una vez que éste haya sido dictado.

De las circunstancias anteriores y para cumplir con las exigencias de motivación (legalidad) que debe llenar todo acto emanado de autoridad, el auto que se dicte en ésta audiencia deberá contener los elementos siguientes:

a) La identificación del Tribunal de que se trata, con ello se fijará inclusive la competencia del Tribunal de Sentencia
b) La individualización del imputado con sus nombres y apellidos completos incluyendo sus generales y demás datos que sirvan para su plena identificación.
c) Una relación suscinta de los hechos que se le atribuyen con especificación de la conducta observada por el imputado según se haya establecido con los elementos y resultados de la investigación que se alleguen en esa audiencia y lo que resulte acreditado con ésta expresando los motivos que lo han conducido a ella de acuerdo a los principios de la sana crítica.
d) La calificación legal del hecho, si en la conducta observada concurren los elementos que constituyen el delito; antijuridicidad, culpabilidad, tipicidad etc., en éste caso el auto de prisión o declaratoria de reo debe ser vinculante con el pedido por el MP.
e) Lo que se dispone, la fecha y firmas del Juez y Secretario del Juzgado.

ARTICULO 295. Sobreseimiento provisional. El Juez dictará sobreseimiento provisional si, no obstante haber plena prueba de la comisión del delito, no hay indicio racional de que el imputado haya tenido participación en el mismo, pero las pruebas presentadas dan margen para sospechar que si la tuvo y existe, además, la posibilidad de que en el futuro se incorporen nuevos elementos de prueba, lo cual debe señalarse de manera concreta en la resolución respectiva.

Si dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha del sobreseimiento provisional surgen nuevos elementos de prueba que den base para decretar auto de prisión o declaratoria de reo, el Juez, a petición del Fiscal o del Acusador Privado, podrá ordenar la prosecución del proceso. En caso contrario, se estará a lo prescrito en el Artículo 42, numeral 5).

COMENTARIO

De la regulación que aquí se establece, la paralización del proceso penal puede verificarse a través de! sobreseimiento provisional hasta por un período de cinco (5 años), para que éste tenga lugar es necesario que concurran las circunstancias siguientes:

a) Plena prueba de la comisión de un delito
b) Inexistencia de indicio racional de participación en el mismo por parte del imputado
c) Margen mínimo de sospecha sobre su participación
d) Posibilidad de incorporar en el futuro nuevos elementos de prueba.

De concurrir los elementos anteriores, el juez en la resolución que al efecto pronuncie señalará de manera concreta los medios de prueba que podrían incorporarse en el futuro.

Habiéndose dictado el sobreseimiento provisional si fuere el caso, el principio acusatorio que rige éste proceso impide al juez llevar a cabo la prosecución del proceso de oficio, por lo que de surgir nuevos elementos de prueba dentro del período antes señalado que sirvan para sustentar auto de prisión o declaratoria de reo, será necesaria la petición del agente Fiscal o del acusador privado en su caso, pues no puede atribuirse al órgano que tiene la facultad jurisdiccional, poderes de dirección material del proceso que cuestionarían su imparcialidad. Si transcurridos cinco años (5) luego de haberse dictado el sobreseimiento provisional no se reabriere la investigación, se procederá por el mismo medio a declarar extinguida la acción penal.

ARTICULO 296. Sobreseimiento definitivo. Se dictará sobreseimiento definitivo cuando:

1) Resulte probado que el hecho no ha existido o que no está tipificado como delito o que el imputado no participó en su comisión.
2) No existan fundamentos suficientes para decretar auto de prisión o declaratoria de reo y no hayan motivos para sospechar que el imputado tuvo participación en el delito; y
3) Se ha extinguido la acción penal

COMENTARIO

Si el sobreseimiento provisional paraliza la prosecución penal, el definitivo produce los efectos extintivos de la acción penal, pues a través de éste se pone fin a la investigación realizada por el Ministerio Público, ésto ocurre cuando de dicha investigación se determina cualquiera de la circunstancias que claramente se señalan y que incluyen varios supuestos a saber:

1) Cuando resulte probado cualquiera de estas circunstancias::

   a. El hecho no ha existido
   b. La acción no constituye delito; o,
   c. Que el imputado no participó en la comisión del ilícito penal.

2) Cuando habiéndose dictado sobreseimiento provisional transcurrieren cinco años sin que se reabra la investigación y no hayan motivos para sospechar que el imputado participó en la comisión del delito; y,

3) Por concurrir cualquiera de las causas que por las que procede la extinción de la acción penal al tenor de los establecido en el artículo 42 de éste código.

ARTICULO 297. <u>Resoluciones en caso de que no proceda el Sobreseimiento.</u> Si no procede el sobreseimiento provisional ni el definitivo, el Juez resolverá, según corresponda:

1) Dictar auto de prisión y, en tal caso, decidir si decreta la prisión preventiva del imputado u otras medidas cautelares de conformidad con las pruebas practicadas al respecto.

   Para decretar el auto de prisión, el Juez considerará como plena prueba de haberse cometido el delito, la concurrencia de todos los elementos de su tipificación legal y estimará como indicio racional todo hecho, acto o circunstancia que le sirva para adquirir la convicción de que el imputado ha participado en la comisión del delito; y

2) Declarar reo al imputado cuando se trate de delitos que no merezcan pena de privación de libertad y concurran los requisitos señalados en el párrafo segundo del numeral anterior.

COMENTARIO

Si no existieren las razones que hacen prodecente la suspensión de la investigación o extinción de ésta, la prueba que se produce en la audiencia inicial servirá como ya antes lo dijéramos para sustentar la resolución que allí se dicte, el Juez amparado en éstas resolverá motivadamente dictando según el caso AUTO DE PRISIÓN y si concurrierren los PRESUPUESTOS LEGITIMADORES decidirá si decreta la PRISIÓN PREVENTIVA DEL IMPUTADO u otras medidas sustitutivas que tiendan a asegurar la presencia de éste en el juicio, atendiendo siempre los principios de proporcionalidad, o podrá también en los casos en que se persiga la comisión de delitos en que se encuentre expresamente prohibida la privación de libertad, dictar DECLARATORIA DE REO.

Cualquiera de esas resoluciones que se tome, deberán sustentarse en la

existencia de los presupuestos siguientes: Plena prueba de haberse cometido un delito, entendiéndose como tal aquella en la concurran todos los elementos de su tipificación legal y la convicción de que el imputado ha participado en la comisión del mismo para lo cual estimará como indicio racional todo hecho acto o circunstancia que sirva para tal fin. No obstante lo anterior, la prisión preventiva no podrá decretarse ni aún y cuando todos los elementos antes indicados concurrieren en los casos que señala el artículo 183.

ARTICULO 298. **Levantamiento de acta.** El acta de la audiencia inicial contendrá la decisión del Juez, una breve fundamentación y una sucinta relación de lo ocurrido, evitando la trascripción literal de lo acaecido, para no desnaturalizar su carácter de audiencia oral. Los elementos de prueba que en esa audiencia se presenten, tendrán validez solamente para fundamentar la resolución que se profiera en ella. El acta deberá ser leída al finalizar la audiencia y firmada por las partes. Su lectura valdrá como notificación.

COMENTARIO

Caracterizado el actual proceso por su oralidad, ni aún en esta fase se permite la transcripción literal de lo acaecido en la audiencia inicial, de ahí que para el único fin de ir organizando las actuaciones que servirán de base tanto al Ministerio Público y al acusador privado para formalizar la acusación como al defensor para contestar los cargos en defensa de su cliente, se recogerá en acta de forma suscinta, una relación de lo ocurrido en ésta. Y como antes ya se manifestó, los elementos de prueba que en ella se produzcan servirán únicamente para fundamentar la resolución que allí se dicte, a menos que por circunstancias especiales que imposibiliten la reproducción de un medio de prueba en el acto del juicio fuere excepcionalmente necesario la incorporación de uno de estos medios al acto del debate en ese caso el Tribunal de sentencia analizará las circunstancias en que ésta se rindió y ponderando los intereses que resulten afectados decidirá su procedencia.

ARTICULO 299. **Disconformidad.** El Juez que no esté de acuerdo con la solicitud que el Fiscal le presente, a efecto de que se dicte sobreseimiento, se decrete la suspensión condicional del proceso o se siga el procedimiento abreviado, lo hará saber exponiéndole las razones en que se funde al superior del Fiscal, quien está obligado a pronunciarse al respecto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que le sea puesta en conocimiento la resolución del Juez.

Si el superior está de acuerdo con la decisión del Juez, le asignará el caso a otro Fiscal, con el fin de que éste formule requerimiento. En caso contrario, el Juez resolverá de conformidad con lo pedido.

COMENTARIO

Legalidad procesal y beneficio inquisitivo son los principios que rigen la disconformidad según el contenido de este artículo. El de legalidad procesal que no debemos confundir con el de legalidad del derecho penal (art.2 CP) se cumple, cuando el Ministerio Público dadas las condiciones mínimas suficientes para estimar que un hecho puede ser constitutivo de delito promueve ante el órgano jurisdiccional la acción penal hasta su agotamiento por cualquiera de las

vías que para ello se establecen. Mientras que el beneficio inquisitivo que lleva como propósito asegurar el derecho de defensa de la víctima y evitar retiradas indebidas del Agente Fiscal, es concedido al órgano jurisdiccional como controlador de la legalidad y se materializa, con la facultad que se le atribuye de manifestar su desacuerdo cuando la solicitud del fiscal lleve como propósito el cese de la persecución penal o su extinción pidiendo el sobreseimiento, suspensión condicional del proceso, o la aplicación del procedimiento abreviado; éste desacuerdo será comunicado por el Juez al superior del Fiscal exponiendo las razones en que se funde encontrándose éste obligado a pronunciarse sobre ello en el término de que para ello se establece.

Si el superior se manifestare conforme con el desacuerdo del Juez, procederá a asignar el caso a otro fiscal a fin de que éste formule otro requerimiento, de no ser así, el Juez deberá dictar resolución conforme a lo pedido, de ésta se notificará a la víctima para que pueda hacer uso de los recursos y recibiendo el amparo del tribunal superior podrá éste continua ejerciendo la acción penal a través del acusador privado como si se tratare de los casos de conversión de la acción pública en privada..

ARTICULO 299. **Disconformidad.** El Juez que no esté de acuerdo con la solicitud que el Fiscal le presente, a efecto de que se dicte sobreseimiento, se decrete la suspensión condicional del proceso o se siga el procedimiento abreviado, lo hará saber exponiéndole las razones en que se funde al superior del Fiscal, quien está obligado a pronunciarse al respecto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que le sea puesta en conocimiento la resolución del Juez.

Sí el superior está de acuerdo con la decisión del Juez, le asignará el caso a otro Fiscal, con el fin de que éste formule requerimiento. En caso contrario, el Juez resolverá de conformad con lo pedido.

* * *

TITULO III

DE LA ETAPA INTERMEDIA

CAPITULO ÚNICO

DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Lesbia Dinora Cubas Urcina
Jaime Banegas Zerón

[3] **ARTICULO 300. Señalamiento de la audiencia preliminar.** A petición del Fiscal o del Acusador Privado, el Juez señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar, la cual deberá tener lugar dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en que quede firme el auto de prisión o la declaratoria de reo.

[3] Los artículos 300 a 303 están comentados por Dña. Lesbia Dinora Cubas Urcina y D. Jaime Banegas Zerón.

En casos de excepcional complejidad, el Ministerio Público o el Acusador Privado podrán solicitar que el Juez fije una prórroga del término a que se refiere el párrafo anterior, sin que la misma pueda exceder de otros sesenta (60) días para la celebración de la indicada audiencia.

La prórroga se podrá solicitar, por una sola vez, antes del vencimiento del plazo que se señala en el párrafo primero de este Artículo.

El Juez para la fijación del nuevo plazo tomará en consideración:

1) Que se trate de un delito cuya investigación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos relacionados o por el elevado número de imputados o de víctimas; y

2) Que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior o la producción de pruebas de difícil realización.

La prórroga no significará una ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento previsto en este Código.

COMENTARIO

El principio acusatorio que legitima al MP o al acusador privado según el caso, para ejercitar la acción penal, impiden al juez o Tribunal una vez valorado y decidido el decreto de auto de prisión o declaratoria de reo, señalar de oficio la fecha de celebración de la audiencia preliminar con la cual se abre paso la Etapa Intermedia del proceso.

El anterior precepto así señala, que a petición del Fiscal cuando de los delitos públicos se trate o del acusador privado en los casos en que se haya acordado la conversión de la acción pública a privada como en la disconformidad señalado en el artículo previo y en los demás casos en que así se acuerde, o en los delitos perseguibles sólo a instancia privada; el juez señalará día y hora para la celebración de la audiencia preliminar, la cual tendrá lugar dentro del término de los sesenta días siguientes a la fecha en que quede firme el auto de prisión o declaratoria de reo.

La excepción en cuanto a éste término la constituye, Primero: La excesiva complejidad que el caso presente, y ésta puede ser provocada por dos razones: a) Por la multiplicidad de los hechos relacionados (delitos conexos); b) Por el elevado número de víctimas o imputados (delitos cometidos por las denominadas bandas, o por muchedumbres etc.); y la segunda: Porque se haga necesaria la práctica de actuaciones en el exterior del país o la producción de pruebas de difícil realización; Ejemp. de ésto podría ser que se hayan librado exhortos o cartas rogatorias a países amigos para recibir la declaración de testigos o víctimas domiciliados en el extranjero cuyas declaraciones no hubieren sido recibidas en las etapas previas (prueba anticipada) y que aún no se haya obtenido respuesta alguna, siempre y cuando esas declaraciones sean de importancia para el resultado del juicio; que en la investigación se hayan ordenado reconocimientos científicos o análisis químicos o de otra especie cuyo resultado aún no ha sido obtenido ya sea por su complejidad que requiere un tiempo mayor para su práctica o porque se carece en el país de los técnicos o personal especializado, testigos o peritos que no hayan podido ser localizados etc.

Concurriendo cualquiera de los casos anteriores, el término para que se señale la audiencia preliminar podrá ser prorrogado a petición de parte y por una sola vez antes que venza el plazo, y no podrá ser otorgado por períodos superiores al similar establecido (60 días), ello no conlleva a prolongar el plazo máximo de duración del procedimiento que el código señala, hacerlo sería tanto como ir en contra de las finalidades del proceso violentándolo.

ARTICULO 301. **Celebración de la audiencia preliminar**. En la audiencia preliminar el Fiscal y el Acusador Privado, en su caso, formalizarán acusación, haciendo una exposición que deberá contener:

1) Una relación breve y precisa de las acciones u omisiones en que se funda la acción;
2) La expresa mención de los aspectos más relevantes de la investigación realizada en torno de dichas acciones u omisiones;
3) La calificación de los hechos, conforme lo dispuesto por el Código Penal o la ley especial de que se trate. En caso de duda la calificación podrá recaer, alternativamente, sobre delitos que se excluyan entre sí;
4) La participación que en las acciones u omisiones tuvo el imputado; y,
5) El mínimo y el máximo de las penas que considere deban aplicarse al indiciado o indiciados según resulte de su participación en el delito, sin perjuicio de las precisiones o modificaciones que a este respecto se puedan introducir en el debate.

Después de las intervenciones del Fiscal y del Acusador Privado, se dará la palabra al Defensor para que conteste los cargos formulados contra el imputado. Cumplido lo anterior, se clausurará la audiencia.

COMENTARIO

Todas las audiencias en este proceso llevan como propósito oír la exposición de las partes cuando de pedir se trata o el recibimiento o desahogo de pruebas, ésta no podía ser la excepción, caracterizándose el proceso por su oralidad, llegada la fecha señalada para la celebración de la audiencia preliminar que tiene como propósito la formalización de la acusación ya por parte del MP, del acusador privado en los casos señalados, o de ambos si así estuvieren constituidos, oralmente harán la presentación de cargos que no es más que la sustentación sobre la hipótesis de un hecho delictivo que ya ha sido fijado en la audiencia inicial, aunque la vinculación puede ser modificada por el acusador cuando de las investigaciones complementarias resulte establecido la comisión de un hecho de mayor gravedad que el que fuera requerido o cuando exista duda, por lo que podrá calificar alternativamente sobre delitos que se excluyan entre sí, sobre ésta base se guiará en lo sucesivo todo el examen posterior del proceso, desde la defensa del acusado y el examen de la prueba hasta la discusión en el debate.

El contenido de las exposiciones claramente aparece definido en este artículo por lo que en el comentario nos adherimos a lo que aparece consignado en los literales que lo componen, faltaría por agregar la relación de los objetos secuestrados y demás medios de prueba (piezas de convicción) con que pretende sustentar en el juicio la acusación y defensa señalando el sitio en que éstos se encuentran si no los tuvieren a disposición, pues el precepto no lo prevé expresamente pero resulta del contexto de las disposiciones siguientes y de los principios que regulan el proceso.

ARTICULO 302. Auto de apertura a juicio. Dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el Juez dictará el auto de apertura a juicio, el que deberá contener:

1) Los nombres y apellidos y, de ser posible, número de identidad o pasaporte en su caso de las partes;
2) La descripción de las acciones u omisiones por las cuales se acusa. Si existe discrepancia entre la acusación presentada por el Fiscal y la del Acusador Privado, el Juez tratará de compatibilizarlas y, de no ser posible, se estará al contenido de la primera;
3) La orden de que se tramiten separadamente las acciones que no puedan acumularse o que se acumulen las conexas;
4) El emplazamiento a las partes para que, en el plazo común de cinco (5) días, contados a partir de la última notificación, más el que corresponda por la distancia, en su caso, se personen ante el Tribunal de Sentencia e indiquen la dirección exacta para hacer notificaciones; y,
5) La orden de remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia competente.

En casos excepcionales de prueba compleja o difusa, el plazo a que se refiere el numeral 4) podrá ampliarse hasta por un (1) mes, a petición del Fiscal, del Acusador Privado o del Defensor. La petición deberá presentarse por escrito antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

Si con base en la formalización de la acusación por el Fiscal y el Acusador Privado y en la contestación de cargos, el Juez considera que no hay fundamentos razonables para el desarrollo del juicio, podrá dictar resolución, que será apelable en ambos efectos, en el sentido de que no procede la apertura del mismo y, según el caso, pronunciará sobreseimiento provisional o definitivo.

COMENTARIO

De la regulación a la que el legislador ha sometido éste precepto, se establecen varios principios:

a) El interés Estatal en que se juzguen las conductas ilícitas, el aseguramiento para que se haga efectivo el derecho de defensa, y la excepción al principio de oralidad; y,
b) El beneficio del principio inquisitivo.

Los primeros los encontramos en la prolongación o ampliación del término del emplazamiento hasta por un (1) mes para que las partes concurran ante el Tribunal de sentencia, en casos excepcionales de prueba compleja o difusa, ampliación que deberá ser solicitada por escrito por la parte a quien interese, ya sea el Fiscal, Acusador Privado o Defensor y debe realizarse antes de que se dicte el auto de apertura a juicio, de presentarse se resolverá la petición si fuere procedente suspendiendo el acto de apertura a juicio por el término que haya sido solicitado dentro del mes que la ley concede a ese efecto.

El segundo que se reserva al órgano jurisdiccional (Juez o Tribunal) quien al no encontrase vinculado como lo está el MP y el acusador privado con los límites objetivos y subjetivos que han sido determinados por éstos en la descripción de las acciones y omisiones, le es permitido compatibilizarlas para el caso de que exista discrepancia y de no ser posible se estará al contenido de la que exponga el órgano

al que legítimamente le compete el ejercicio de la acción penal (MP).

En beneficio de ese mismo principio se le atribuye al órgano jurisdiccional la facultad de, decretar el auto de apertura a juicio dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, decidir en éste la acumulación de las acciones *cuando* de delitos conexos se trate, separar las que no resulten acumulables, disponer de la acción penal sobreseyéndola provisional o definitivamente según sea el *caso,* cuando de los hechos expuestos en la formalización de la acusación por el Fiscal y Acusador Privado y la contestación de cargos, considere que no existen fundamentos razonables para el desarrollo del juicio. El caso anterior podría darse por varias razones , primero, recordemos que en la audiencia inicial es posible que el juez haya dictado auto de prisión con los indicios mínimos de valoración que le permitieron aplicar el In Dubio Pro Societate, pero llegado el momento del juicio éstos serían insuficientes para enervar el principio constitucional de inocencia y no se han procurado otros elementos para producirlos en el acto del juicio; segundo, es posible también, que la conducta que se consideró ilícita primariamente se encuentre amparada en algunas causas señaladas en el artículo 22 y subsiguientes del Código Penal, en éste caso la disposición de la acción por parte del Tribunal será objeto del recurso de apelación en ambos efectos paralizándose la acción hasta que exista pronunciamiento del Tribunal superior.

De no presentarse ninguna de las situaciones anteriores, el auto de apertura a juicio que deberá llenar los requisitos aquí señalados será dictado dentro de los tres días siguientes a aquel en que se haya clausurado la audiencia preliminar con la correspondiente orden de remisión al Tribunal de Sentencia en donde las partes deberán *concurrir* dentro del término común del emplazamiento que será de cinco días comunes a partir de la última *notificación.*

ARTICULO 303. **Remisión de actuaciones al Tribunal de Sentencia.**

Notificado el auto de apertura *a* juicio, el Secretario remitirá a la sede del Tribunal de Sentencia, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, las actuaciones y la documentación. Asimismo, pondrá a su disposición a los detenidos, en su caso.

En cuanto a los objetos secuestrados que las partes hayan designado en su acusación y defensa como piezas de convicción, los pondrá a la orden del Tribunal, indicándole el lugar en que se encuentren, o la persona o institución que los tenga en depósito, a quienes también deberá hacerlo saber.

COMENTARIO

Surtido los efectos de la notificación, el secretario del Juzgado remitirá a la sede del Tribunal de Sentencia dentro de las cuarenta y horas siguientes, las actuaciones y la documentación que se haya presentado; asimismo pondrá *a* su orden y disposición a los imputados si estuvieren detenidos, los objetos secuestrados que hayan sido designados por las partes acusadoras o por la defensa como piezas de convicción, indicándole el lugar en que se encuentren si no se hubiesen presentado en la audiencia, si este fuere el caso los remitirá, sino hará saber a las personas o instituciones que los tuvieren en depósito que han quedado a la orden del Tribunal de Sentencia de la sección que sea competente señalándosela

TITULO IV

DEL JUICIO ORAL Y PÚBLICO

DEL JUICIO ORAL Y PUBLICO

Ángel Lorente Fernández de la Requera
Magistrado

Primera parte: La instauración del juicio oral.

La exigencia de un juicio oral y público, como trámite indispensable para la imposición de cualquier pena o medida de seguridad, constituye seguramente la novedad más destacada del actual procedimiento penal y buena prueba de ello es que el Código dedique precisamente su primer artículo al principio de legalidad procesal y equipare, en cierto modo, proceso penal y juicio oral. El tránsito de un procedimiento inquisitivo, entendido como aquél en el que el juez lleva la iniciativa en su desarrollo prescindiendo de las partes, al moderno procedimiento penal que acoge el modelo acusatorio, supone la jurisdiccionalidad del proceso, en la medida que la función jurisdiccional a la que el Estado somete el derecho a castigar, como titular del "ius puníendi", tiene como finalidad la condena del culpable y la absolución del inocente a través de un juicio justo, que necesariamente debe desarrollarse en forma oral y pública para lograr de ese modo la *pronta* y efectiva realización de la justicia penal proclamada en el art^{0}. 8 del Código. La investigación preliminar participa de las características de un proceso, en cuanto está sometida a unas normas procesales y a los *actos* de un *órgano estatal, pero no* tiene el carácter de un verdadero proceso jurisdiccional, ya que la justificación de éste la constituye la prueba y en la fase procedimental previa al juicio no se practican pruebas en sentido jurídico, *sino* que se prepara una posible acusación que no es seguro siquiera si será finalmente formulada.

La incorporación del juicio oral al proceso penal, instituida en el nuevo Código procesal hondureño, supone sin duda uno de los logros más relevantes del Estado de Derecho, a través del cual se asegura a los habitantes de la república el goce de la justicia proclamado en el art°. 1 de la Constitución Política de Honduras. Se instaura una institución esencial del proceso penal, regida por los principios de oralidad, publicidad, contradicción, igualdad, inmediación y defensa, en la que se concentra el procedimiento probatorio, situándose los *actos* de investigación en su verdadero papel preparatorio del juicio.

La introducción del juicio oral *como* núcleo *central* del proceso penal era, por otra parte, una exigencia inaplazable del Poder Legislativo *para* adaptar la normativa procesal penal a los principios constitucionales contenidos en una Constitución moderna y avanzada *como* la hondureña en la que se otorga una

importante protección a los derechos fundamentales, posibilitándose mediante la institución del juicio que puedan hacerse valer a través del proceso. La reforma procesal penal era también necesaria para el cumplimiento de los compromisos internaciones asumidos por Honduras, teniendo en cuenta la prevalencia que el art°. 18 de la Constitución hondureña confiere a los Tratados o Convenciones internacionales sobre la ley y que tanto los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948, como el art°. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 2 de noviembre de 1.969 -tratados ambos debidamente aprobados y ratificados por la República de Honduras-, reconocen el derecho de toda persona acusada de un delito a ser juzgada en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El juicio oral permite también la agilización del proceso, al simplificar y concentrar los trámites. La celeridad en la resolución de las causas penales redunda en una mayor eficacia de la jurisdicción penal a la hora de enjuiciar los conflictos sociales. De igual modo, con el establecimiento de un juicio oral y público se adecúa la legislación procesal penal a las exigencias de un verdadero Estado democrático de Derecho, en armonía con las sociedades democráticas y pluralistas de los países más desarrollados, cuyas leyes se caracterizan por el respecto efectivo de los derechos humanos y las garantías individuales.

Segunda parte: Significado y relevancia del juicio oral

El juicio oral es el momento culminante del plenario. Es la fase decisoria del proceso penal en la que se desarrollan las actividades propias del enjuiciamiento que pueden desembocaren la imposición de una pena o medida de seguridad.

La expresión "juicio oral" puede utilizarse en un doble sentido. En sentido estricto, como vista oral o juicio propiamente dicho y en un sentido más amplio, que incluiría los diversos actos integrantes del debate que se relacionan en el art°. 266 del Código y que comprenden desde su preparación hasta la Sentencia. En este apartado nos centraremos en la primera acepción y más concretamente en la sustanciación del juicio.

El debate tiene lugar de forma solemne y pública en el escenario del juicio oral, acto en el que, concentradamente y bajo la inmediación del Tribunal de Sentencia, se practican de forma contradictoria las pruebas que hayan sido propuestas y resultado admitidas por considerarse pertinentes y necesarias, bien a instancia de la acusación como de la defensa, en apoyo de sus respectivas tesis, tanto si han sido o no practicadas en la etapa preparatoria diligencias de contenido similar.

Se cumple en el juicio oral el principio acusatorio formal en toda su pureza, conforme al cual las partes actúan en pié de igualdad y el Tribunal resuelve las peticiones concretas que le sean formuladas, según el resultado de la prueba y sin haber tenido intervención alguna en la etapa preparatoria del juicio, para salvaguardar su imparcialidad y evitar cualquier contaminación derivada del conocimiento previo del caso litigioso.

El pronunciamiento de absolución o condena de la parte resolutiva de la Sentencia sólo puede apoyarse en las pruebas practicadas con todas las garantías en el acto del juicio oral y no en las diligencias de investigación preliminar, salvo que sean incorporadas al acervo probatorio del debate con las formalidades legales y en condiciones que respeten los principios de contradicción, defensa e igualdad de armas procesales. Por lo tanto, el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral y pública, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar la Sentencia, de manera que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes, pues únicamente pueden considerarse auténticas pruebas de cargo que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia aquellas que se hayan ejecutado durante el debate, como señala el art^{0}. 336.

La función del Tribunal de Sentencia consiste fundamentalmente en realizar una actividad enjuiciadora de los hechos sometidos a su consideración, en los que descansa la pretensión penal, los cuales han de configurar definitivamente en la Sentencia, tras la valoración conjunta de las pruebas aportadas por las partes y practicadas a su presencia durante la sustanciación del juicio (art^{0}. 1), de acuerdo con las reglas de la sana crítica (arts. 336 y 202), para hacer posteriormente, si procede, una labor de subsunción de los hechos que considere probados en el tipo de delito o infracción penal objeto de acusación y dar respuesta fundada en derecho a las peticiones formuladas por las partes.

En definitiva, el juicio es un acto público en el que se desarrolla contradictoriamente el procedimiento probatorio ante el Tribunal que ha de dictar la Sentencia, en el que se juzgan conductas tipificadas penalmente y cuyo objeto es la absolución o condena del imputado.

Tercera parte: los principios rectores básicos del juicio

El nuevo Código procesal penal tiene un intenso contenido principal. Entre los principios procesales básicos relacionados en el Título I, y que son comunes a todo el procedimiento, se contienen varias referencias al juicio oral en los artículos 1 y 4. Algunos de los principios fundamentales que informan la fase de juicio están formulados expresamente en preceptos específicos del Código, mientras que *otros* deben deducirse del ordenamiento procesal en su conjunto. Todos ellos sin embargo, sean explícitos o implícitos, están íntimamente interrelacionados, hasta el punto de formar una especie de entramado común que en ocasiones resulta muy difícil separar, pues hay determinados trámites o momentos procesales que están afectados por diversos principios a la vez.

El juicio oral es un verdadero proceso, puesto que en él la parte o partes acusadoras ejercitan frente a la parte *acusada una* acción de condena, quedando constituida de esa forma una auténtica relación jurídico - procesal. De acuerdo con esta naturaleza y partiendo de que el propio art^{0}. 1 de este Código dispone, con carácter general, que el juicio debe llevarse a cabo conforme a los principios constitucionales, los tratados internacionales de los que Honduras forme parte y

con estricto respeto de los derechos del imputado, podemos destacar como principios básicos que rigen durante la sustanciación del juicio los siguientes:

1) Publicidad: Según la doctrina procesalista debe distinguirse la publicidad interna de la externa. La primera supone que las partes tienen derecho a conocer todas las actuaciones procesales como medio indispensable para articular una eficaz defensa, mientras que la segunda se refiere a los ciudadanos en general, que no son parte en el proceso. La publicidad interna está esencialmente vinculada al derecho de defensa y al derecho a un proceso con todas las garantías. La publicidad externa, por el contrario, viene a ser garantía de una justicia transparente y un medio de control de la actividad judicial por los ciudadanos.

El principio de publicidad de las actuaciones procesales lo introdujo el pensamiento liberal como medio para fortalecer la confianza de la comunidad en sus tribunales, como instrumento de control popular sobre la justicia y como forma de proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público. El derecho a la publicidad del proceso aparece consagrado internacionalmente en el art°. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art°. 8.5 del Pacto de San José, tratados suscritos por la República de Honduras y que forman parte de su ordenamiento interno, a tenor de lo dispuesto en el art°. 16 de la Constitución. En el Código Procesal, la exigencia de la publicidad del juicio se recoge en el art°. 1 y se reitera en el art°. 308. Por juicio público debe entenderse aquél en que la práctica de la prueba y todos los actos del debate se llevan a cabo con la posibilidad de ser presenciados por las partes intervinientes en el proceso y por cualquier miembro de la sociedad. 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, como se indica en el último párrafo del citado artículo, que limita el número de personas asistentes a la capacidad de la sala. Es suficiente, por tanto, que la posibilidad de acceso del ciudadano sea real y efectiva para que se respete el principio de publicidad externa, haya o no público presente en la sala de visitas.

Sin embargo, el principio general de publicidad que rige en la fase de juicio oral, como todos los derechos, no se configura de un modo absoluto y admite determinadas restricciones que son de común aceptación en la legislación internacional, destacando la salvedad contenida en el art°. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se establece que "el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia". La decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada, total o parcialmente, sólo resulta posible en los casos taxativamente previstos en el art. 308 del Código, debiendo siempre razonarse los motivos que llevan al Tribunal a adoptar esa medida excepcional.

Ha de aclararse que la celebración del juicio en forma privada no afecta a las partes y al imputado. No cabe ninguna limitación a la llamada publicidad interna o relativa en el juicio oral, pues las partes tienen pleno derecho a conocer toda la actividad que se desarrolla en el debate y a presenciar la prueba. La publicidad interna, a diferencia de la externa, no puede ser limitada pues está estrechamente

ligada al principio de contradicción y al derecho de defensa, excepto en el supuesto de que el imputado sea expulsado de la Sala por alterar el orden en los casos previstos en el art^{0}. 307 y cuando sean varios los imputados, que sólo podrá estar presente en la audiencia quien esté rindiendo su declaración (art^{0}. 324). En estos casos resulta preceptiva la presencia e intervención del defensor para garantizar el derecho de defensa.

La lectura pública durante el juicio de aquellas diligencias practicadas en la etapa preparatoria e irreproducibles en ese acto, sirve para que se considere formalmente salvado el principio de publicidad.

2) Oralidad: Las referencias al juicio se suelen completar en el Código con el adjetivo "oral", que se contrapone a escrito y significa expresado con la palabra. La oralidad es por tanto un principio relativo a la forma que pueden revestir los actos procesales, en contraposición con la escritura y supone que la actividad procesal del debate deba transcurrir verbalmente bajo la inmediación del Tribunal, de manera que éste habrá de fundamentar el veredicto de culpabilidad o inocencia del imputado basándose en el material procesal de hecho introducido verbalmente en el juicio. Las ventajas de la oralidad con respecto al procedimiento escrito podrían resumirse doctrinalmente de la siguiente forma: 1) Mayor celeridad, energía, agilidad y naturalidad en la exposición, 2) Fácil adaptación del informe a cada caso, 3) Posibilidad de eliminar malas interpretaciones, 4) Alejamiento de falsedades y triquiñuelas, 5) Publicidad de los debates, 6) otorgamiento franco de audiencia a las partes y 7) Proceso más económico que el escrito.

La interrelación que existe entre los principios de publicidad y oralidad es tan patente, que muchos procesalistas consideran que el segundo está implícito en el primero y otros incluyen dentro de la oralidad principios del procedimiento derivados de ella como los de inmediación, concentración y publicidad. Al margen de ello, puede afirmarse que la oralidad es el único sistema que permite hacer efectivos los demás principios procesales que informan el procedimiento penal en su etapa de juicio. Este principio del procedimiento penal tiene sus raíces en el art^{0}. 94 de la Constitución ("a nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio"), se consagra normativamente en el art^{0}. 4 del Código y se dota de contenido en el art^{0}. 310.

Aunque la oralidad es la base del juicio, resulta preciso documentar por escrito todo lo que va ocurriendo en su transcurso. El art^{0}. 346 impone al Secretario el deber de dejar constancia de ello en el acta a efectos fundamentalmente de garantizar la posibilidad de recurrir la Sentencia y, en su caso, la práctica de prueba en segunda instancia.

En el art^{0}. 311 del Código se contempla la posibilidad excepcional de que determinadas actuaciones documentadas de la etapa preparatoria, como aquellos testimonios o pericias que o bien se hayan recibido antes del debate como prueba anticipada y que resulte imposible reproducir en el juicio, o bien sean de difícil o

imposible reproducción, puedan ser incorporados al plenario por medio de su lectura. También se autoriza la lectura de las actas que documenten inspecciones, reconocimientos, registros o allanamientos, que habrán de ser ratificadas además en juicio, siempre que sea factible. Esta posibilidad se amplía también a la lectura de los informes periciales realizados en la etapa preparatoria, a efectos de ratificación en juicio. Las pericias ordenadas durante la investigación preliminar por el Fiscal, sólo podrán incorporarse por lectura al debate si se hubieran seguido las reglas sobre la prueba anticipada, sin perjuicio de que el Tribunal, el Ministerio Público y las partes puedan exigir la declaración del perito en el juicio (art°. 246). En estos supuestos especiales se resiente el principio de producción de pruebas en el juicio oral, pues aunque se salve formalmente la oralidad, ésta queda muy desnaturalizada, ya que la lectura de actuaciones no realizadas en el juicio no puede equipararse a las pruebas que se lleven a cabo oralmente en la sala de justicia a presencia de las partes y del Tribunal.

En todo caso, habrán de revestir necesariamente en forma oral la fase de ejecución de la prueba, los informes y el derecho del imputado a decir la última palabra.

3) Inmediación. Como consecuencia obligada del principio de oralidad surge durante la sustanciación del debate la inmediación Este principio está muy ligado al de concentración y se contiene en el art°. 306 del Código, precepto en el que se establece que el juicio se realizará con la presencia del Tribunal de Sentencia, de las partes y de las demás personas intervinientes en el proceso, dando lugar a la suspensión del procedimiento el retiro momentáneo de los miembros del Tribunal o de cualquiera de las partes. La forma de sustanciación del juicio está imbuida por este principio y se manifiesta en diversos momentos, como cuando el Presidente pregunta al acusado acerca de su eventual conformidad, dirige los debates y la actividad probatoria e informes que han de realizarse ante la presencia del Tribunal que ha de pronunciar la Sentencia.

En su acepción gramatical, la inmediación supone cercanía y proximidad, respecto a la posición del órgano enjuiciador. La inmediación significa que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia e intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la Sentencia, de manera que un procedimiento está presidido por tal principio cuando el Tribunal viene obligado a formar su íntima convicción y a fundamentar su Sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que se ha materializado bajo s u directa apreciación en el juicio oral. La inmediación permite al Tribunal recibir de forma directa la impresión producida por las manifestaciones de los imputados, testigos y peritos, apreciar personalmente la credibilidad de sus declaraciones, examinar sus características y percibir, en suma, su aptitud e idoneidad respecto a las fuentes de su conocimiento. La vigencia de los principios de oralidad e inmediación han de obligar, por otra parte, a que la Sentencia sea dictada también con inmediatez temporal porque, de otro modo, los resultados favorables de aquélla, tales como las impresiones y recuerdos, se borran o desaparecen de la memoria de los miembros del Tribunal. Por esa razón, el Tribunal debe reunirse para deliberar inmediatamente después del cierre del debate (art°. 335). El juicio deberá repetirse desde su inicio si alguno de los jueces

integrantes del Tribunal no pudiera estar presente y participar en la deliberación de la Sentencia, como se señala en el último inciso del art^{0}. 335; pues en caso contrario se produciría la quiebra del principio de inmediación.

Sin embargo, la exigencia general de que sólo la práctica de los medios de prueba en la fase de debate de juicio oral bajo la inmediación del Tribunal puede considerarse prueba en sentido técnico, admite en todos los modelos procesales regidos por el principio acusatorio, y el hondureño no podía ser una excepción, algunas limitaciones, ya que debe buscarse un punto de equilibrio para conseguir, por un lado, que el sentido del juicio no quede desnaturalizado mediante la reproducción de lo actuado en la etapa preparatoria y, por otro, que las actuaciones anteriores al mismo carezcan de toda validez, pues ello impediría en muchos casos la realización efectiva de la justicia penal, que se erige en la finalidad del proceso en el art^{0}. 8 del Código. Se permiten, por lo tanto, algunas excepciones a la inmediación, en las que se otorga valor probatorio a determinadas actividades de la etapa preparatoria, pese a faltar en ellas la presencia del órgano jurisdiccional decisor, concretamente en los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, siempre y cuando se observe el cumplimiento de unos requisitos materiales, como su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral, subjetivos, como es la necesaria intervención del órgano jurisdiccional, objetivos, consistentes en la presencia y posibilidad de intervención de las partes, especialmente del defensor para salvaguardar el derecho de defensa y formales, como es la introducción en el debate a través de su lectura por el secretario, conforme establece el art^{0}. 311 del Código.

4) Concentración: Es otro de los principios que informan el procedimiento penal en su etapa de juicio, constituye una manifestación de la celeridad que caracteriza la institución del juicio oral y aparece expresamente recogido en el art^{0}. 306 del Código. La concentración de la actividad del proceso supone que el juicio haya de sustanciarse de forma continua y en el *menor número de* sesiones consecutivas posibles o al menos suficientemente próximas, para evitar que se rompa la unidad de acto y facilitar de esa manera la labor de juzgamiento del Tribunal, que debe tener una visión de conjunto y completa del caso.

Para garantizar este principio se establece en el art^{0}. 312 del Código un plazo máximo de suspensión del debate de quince días, por las causas excepcionales que en dicho precepto se recogen, conservando su validez los actos procesales realizados, siempre que el juicio se reanude en el plazo indicado pues, en otro caso, deberá iniciarse de nuevo, como dispone el art^{0}. 313, quedando sin efecto la parte del juicio celebrada. En consecuencia, si se sobrepasa el límite de suspensión de quince días la prueba ya practicada debe repetirse, pues la convicción del Tribunal debe *formarse sobre* la valoración conjunta de la actividad probatoria en condiciones de absoluto respeto al principio de concentración, que se *conculcaría* en el supuesto de que el Tribunal deba *valorar una* prueba disgregada y temporalmente lejana en su práctica.

Sólo se admite que se rompa la concentración de la actividad probatoria en los supuestos de prueba anticipada, cuando exista peligro fundado de que la fuente de prueba pueda perderse antes del señalamiento y también en los *casos de* prueba

preconstituida por su irrepetibilidad en el momento del debate, siempre y cuando se observen los presupuestos anteriormente indicados.

Se pretende esencialmente con el principio de concentración que el Tribunal tenga a su disposición los elementos de juicio en unidad de acto para que pueda dictar sentencia con base a todos ellos, facilitándole una imagen global. Ello es consecuencia lógica de la oralidad con que se desarrolla el juicio a lo largo de las sesiones que sean necesarias, de las que queda sólo una sucinta constancia documentada, por lo que, iniciada la fase de debate, el juicio oral ha de continuar hasta la sentencia.

La concentración de la actividad probatoria contribuye a la celeridad del procedimiento y ésta 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 art°. 8 del Código.

5) Contradicción, derecho de defensa e igualdad de armas: En el juicio rige también el principio de contradicción proclamado en el art°. 4 del Código. La contradicción está estrechamente vinculada al derecho de defensa y éste lo está también con el de igualdad de armas que impone a jueces y magistrados velar por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso, de ahí que se analicen los tres conjuntamente.

Tanto el principio de contradicción, como los derechos de defensa e igualdad de armas, aunque son comunes a otras fases del proceso, en el que no cabe introducir privilegios procesales en favor de ninguna de las partes, alcanzan su máxima expresión en el juicio, puesto que en el mismo se concentra la actividad probatoria y alegatoria. La contradicción es también presupuesto inexcusable para otorgar validez a la prueba anticipada y preconstituida, en las que debe asegurarse la participación efectiva de las partes y del acusado.

La contradicción es trasunto del derecho a un proceso con todas las garantías e implica que todo imputado y su defensor tienen derecho a ser informados de la acusación y a participar en cualquier etapa del proceso para poder defenderse eficazmente de la imputación que pese sobre aquél, articulando, dentro de los márgenes legales, con plena libertad y en condiciones de igualdad de armas, los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer sus derechos en el proceso. Una manifestación específica del principio de contradicción la encontramos en el art°. 311 del Código, que permite leer en el debate las declaraciones del acusado y los testimonios practicados en la etapa preparatoria, cuando sean contradictorios con lo manifestado en el acto del juicio, al objeto de confrontarlas y de que las partes puedan interrogar al acusado o al testigo sobre la contradicción apreciada entre tales declaraciones, de manera que se introduzcan en el debate ambas y alcancen aptitud para ser objeto de valoración por el órgano sentenciador, que podrá optar en la Sentencia por otorgar mayor o menor credibilidad a uno u otro dicho. Lo mismo sucede en caso de contradicción entre el contenido de los informes periciales realizados en la fase preparatoria y lo manifestado por los peritos en el acto del juicio.

El principio de contradicción debe ser complementado con el principio de igualdad en la actualidad de los intervinientes en el proceso, recogido en el art°. 13

de la parte general del Código y que se incardina en el derecho de las partes a un juicio con todas las garantías reconocido en el art^{0}. 90 del texto constitucional, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que ésta sea efectiva, es también necesario que ambas partes procesales, acusación y defensa, tengan los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.

La defensa, además de ser un derecho individual de rango constitucional característico de un Estado de Derecho, es el contrapunto necesario de la acusación y por ello elemento imprescindible para la existencia del principio de contradicción. El derecho de defensa es inviolable e irrenunciable (art^{0}. 82 de la Constitución y arts. 14 y 15 del Código), nace con la imputación o la detención, sólo acaba con una resolución firme que ponga fin al proceso y una vez la Sentencia haya sido plenamente ejecutada. Se traduce en una serie de derechos instrumentales, como el derecho a la asistencia técnica por un defensor, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo ni reconocerse culpable y a la presunción de inocencia.

Cuarta parte: Consideraciones sobre algunos momentos del debate.

1). Sobre la apertura del debate.

De entre los distintos momentos procesales que integran el debate y que se relacionan en el art^{0}. 266 del Código, me voy a referir sólo a algunos que son propios de la sustanciación del juicio, no sin antes apuntar que la etapa de juzgamiento se inicia materialmente con el auto de apertura del juicio, que procesalmente se ubica en la etapa intermedia del procedimiento y dicta el Juez de letras después de examinar, tanto el escrito en que el Fiscal y el acusador privado, en su caso, hayan formalizado la acusación, como la contestación de los cargos realizada por el defensor. Por lo tanto, sólo puede accederse al juicio oral en aquellos casos en que lo haya solicitado alguna de las partes acusadoras en el escrito de formalización -ya que el sistema acusatorio impide que sin acusación pueda haber enjuiciamiento- y en los que además el Juez de letras no haya decretado el sobreseimiento de la causa por considerar que existen fundamentos razonables para el desarrollo del juicio; es decir, haya emitido un juicio de razonabilidad sobre el derecho a acusar y la procedencia de abrir el debate. El periodo intermedio concluye con la remisión de las actuaciones al Tribunal de Sentencia y puesta a disposición del mismo de los detenidos, si los hubiere, así como de las piezas de convicción que las partes hayan designado (art^{0}. 303), iniciándose a partir de ese momento la fase de juicio oral propiamente dicha. Llegados a este punto no está de más recordar que el juicio está presidido por el principio de aportación, como consecuencia obligada del principio acusatorio y compete a las partes acusadoras la introducción de los hechos que constituirán su objeto y la prueba de los mismos. Será la prueba de cargo, practicada regularme en el juicio con todas las garantías legales, la que deba llevar a la certeza o al convencimiento de la existencia de la infracción penal y de la culpabilidad del imputado, mientras que basta que la prueba de descargo genere la duda para, en ese caso, absolver al acusado (art^{0}. 339).

En esta breve introducción no se va a hacer un recorrido general por las

normas procesales que regulan la sustanciación del debate (arts. 316 y ss.), pues serán objeto de un análisis pormenorizado más adelante al glosar el articulado. Sin embargo, se considera de interés detenerse a comentar algunos pasajes del juicio que tienen gran importancia desde un punto de vista práctico, como son concretamente las cuestiones previas incidentales, la conformidad del imputado y el derecho del inculpado a la última palabra.

2). Las cuestiones incidentales previas.

Las cuestiones previas de carácter incidental aparecen reguladas en dos momentos distintos de la sustanciación del debate, concretamente en los arts. 316 y 320. En el primero de ellos se contempla la posibilidad de que las partes planteen al Tribunal, antes del señalamiento del juicio, determinadas cuestiones incidentales que estén basadas en hechos nuevos y en el segundo, que es al que voy a referirme, una vez iniciada la audiencia, se puede abrir un turno de intervenciones a instancia de cualquiera de las partes para exponer lo que estimen oportuno sobre la competencia del órgano judicial, recusación de alguno de sus miembros, excepciones, causas de nulidad o exclusión de medios de prueba por su posible ilicitud, siempre que estas alegaciones se funden en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces y acerca de cualquier otra cuestión incidental. El Código procesal establece, en consecuencia, dos controles anteriores al juicio, ambos dentro de esa misma fase procesal, refiriéndose el primero de los preceptos citados a algunos obstáculos que podrían impedir el inicio de la audiencia y el segundo a otros específicos que se oponen o inciden en su desarrollo, una vez comenzada, requiriéndose en ambos casos un pronunciamiento concreto del Tribunal.

Centrándonos en los incidentes regulados en el art 320, los mismos 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 precise de una valoración judicial previa, siempre que sea naturalmente conexa con el objeto del juicio oral.

Esta audiencia alegatoria o fase preliminar de la vista sirve para sanear, a instancia de parte, presupuestos procesales de entidad diversa. Las cuestiones incidentales de referencia, según su naturaleza, pueden ser resueltas en el mismo acto o reservarse el Tribunal la facultad de tomar la decisión sobre ellas en la Sentencia. El pronunciamiento sobre aquellas alegaciones que, por ejemplo, afecten a la exclusión de un medio de prueba por su posible ilicitud o a 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, en mi opinión, una solución específica y previa a la Sentencia.

No debe olvidarse que las cuestiones incidentales previas tienden por lo general al saneamiento de aquellas incorrecciones o defectos de carácter procesal que hayan 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 art^{0}. 9 de la parte general. Deben rechazar igualmente de manera fundada las pretensiones, 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 Tribunal o que entrañen manifiesto abuso de derecho o fraude de ley, como señala el art^{0}. 12

3). Conformidad del imputado con la acusación

La institución de la conformidad del imputado con la acusación en la etapa de juicio, regulada en el art^{0}. 322 del Código, es una manifestación del principio de oportunidad, de inspiración anglosajona (similar a la *guilty* plea, que puede traducirse como "declaración de culpabilidad", aunque no es necesario en el caso hondureño que el imputado haga una plena confesión, sino que basta con que manifieste su voluntad de aceptar la pena solicitada) y que, en la mayoría de los sistemas acusatorios puros que la han acogido, se ha demostrado muy eficaz para agilizar el proceso, favoreciendo una salida convencional que ponga fin al mismo. La conformidad del acusado es una manera consensuada de resolver el proceso, sin necesidad de pruebas ni debates, que responde a razones de economía procesal e implica la aceptación plena del imputado y su defensor de los términos del escrito de acusación inicial o del que en ese momento se proponga, así como de la pena solicitada.

La negociación del defensor con el Fiscal y el ulterior pacto para que el imputado admita su culpabilidad es una posibilidad que puede brindar la acusación a éste último para conseguir una atenuación de la pena, sin asumir el riesgo de 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, eliminando la incertidumbre que todo juicio conlleva. La decisión compete al encausado, debe ser voluntaria y el defensor tiene la obligación de informar a su patrocinado debidamente, para que sólo acepte la conformidad en el supuesto de que realmente sea culpable y pueda convenirle la propuesta penológica hecha por la acusación.

La transacción entre Fiscal y defensor, ratificada por el imputado, es admisible en cualquier clase de delito, con independencia de su mayor o menor gravedad, vincula al Tribuna y éste debe dictar sin más trámites Sentencia de estricta conformidad con lo interesado por las partes, la cual produce el efecto de cosa juzgada propio de cualquier Sentencia. Sin embargo, el convenio está sometido a un control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional, que debe comprobar que la pena pactada no sea inferior al mínimo legal para el delito o concurso de delitos de que se trate. El Tribunal de Sentencia no queda tampoco sujeto por el acuerdo cuando el hecho imputado resulte atípico o estuviera cubierto por una

causa de exención de la responsabilidad penal, supuestos ambos en los que ordenará que prosiga el juicio.

Por último, el Tribunal debe decidir que el juicio continúe cuando considere que la petición de las partes entraña fraude de ley. El órgano judicial debe ser cuidadoso y vigilar los términos y las condiciones en que se produce la conformidad y sólo deberá convalidarla en la Sentencia cuando no aprecie obstáculo alguno en el acuerdo alcanzado por las partes y que sometan a su consideración. Cierto es que será difícil que el Tribunal pueda cuestionar la realidad de los hechos, al existir una declaración del imputado y de su defensor aceptando los mismos, pero no es descartable que pueda dudarse de la verdadera motivación de la conformidad, a la vista de las diligencias practicadas en la etapa preparatoria o de otras circunstancias que puedan concurrir en el caso concreto.

4). El derecho del imputado a la última palabra.

Para concluir esta breve introducción sobre el juicio oral, nada mejor que terminar con un comentario sobre el trámite final con el que se cierra el telón de este acto. El último párrafo del art°. 334 dice textualmente: *"Finalmente, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después de lo que él exprese, declarará cerrado el debate.".* El derecho a la última palabra es la manifestación más genuina del derecho de autodefensa, el máximo exponente del principio de que "a *nadie se impondrá pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio",* consagrado en el art°. 94 del texto constitucional, y la última oportunidad también que tiene el acusado para convencer al Tribunal de su inocencia. Esta posibilidad, que debe brindarse siempre a todo imputado, es un paradigma de la preocupación por el derecho de defensa de aquellas leyes procedimentales que, como la hondureña, están regidas por los principios de contradicción y defensa en el juicio oral.

Es una facultad del acusado a la que puede renunciar, pues también es un derecho constitucionalizado del reo el de negarse a declarar (art°. 88 de la Constitución), por lo que se considera cumplido con el otorgamiento de su posibilidad de ejercicio, dentro del mantenimiento del orden que compete al Presidente del Tribunal (art°. 307), de ahí que no se vulnere este derecho si se decide expulsar justificadamente al encausado de la sala de audiencias o si se le retira la palabra por faltar al debido respeto o sus manifestaciones fuera totalmente impertinentes.

El contenido de este derecho es amplio y debe concederse gran libertad a su ejercicio, pues no puede concebirse como una mera formalidad, sino como la oportunidad final que tiene el imputado en la primera instancia de aclarar, ampliar o rectificar por si mismo sus declaraciones, de discrepar de las realizadas por otros coimputados, testigos o peritos, como incluso de contradecir o ratificar los alegatos de su defensa.

* * *

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Manuel Antonio Fortin Aguilar

[4] **ARTÍCULO 304. Funciones del Presidente del Tribunal de Sentencia.**
El Presidente del Tribunal dirigirá la audiencia, hará las advertencias legales, recibirá los 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 intervenciones conduzcan al esclarecimiento de la verdad.

COMENTARIO

El Juicio Oral o Debate es la etapa más importante del nuevo procedimiento, es el momento procesal donde tiene verdadera eficacia el principio de contradicción, donde las partes batiéndose con igualdad de armas y ante la inmediación del Tribunal harán valer sus pretensiones.

Mediante el ejercicio fáctico del principio de inmediación, el Juicio Oral permite que el tribunal adquiera el conocimiento pleno del hecho enjuiciable, hace posible que el órgano decisor determine si existe responsabilidad o no del imputado después de un análisis y valoración de toda aquella prueba de cargo y descargo presentada por las partes en el debate,- Este artículo dispone que la dirección y preparación del debate está a cargo del juez que ha sido designado para actuar como presidente del Tribunal; los tribunales de sentencia estarán integrados por cuatro jueces, tres de ellos actuarán en el juicio y uno de ellos será el suplente que debe estar presente durante el juicio, de esos tres jueces se designará uno para que actúe como presidente en el caso concreto otorgándole las facultades necesarias para el buen desempeño de sus funciones directoras.

Este funcionario judicial es el encargado de juramentar a los peritos y testigos así como de hacer las respectivas advertencias a éstos o al imputado. Como director del proceso el Presidente del tribunal vigilará el orden y desarrollo del juicio oral y público; tiene amplias potestades para dirigir el debate, sin menoscabar el derecho de las partes y permitir un contradictorio fluido.

ARTÍCULO 305. Reclamaciones contra las decisiones adoptadas por el Presidente. En caso de reclamación contra las decisiones que adopte el Presidente del Tribunal en el ejercicio de las funciones que le son conferidas en el artículo anterior, resolverá por mayoría el Tribunal de Sentencia. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

COMENTARIO

Las partes pueden no estar de acuerdo con la decisión que emita el presidente del tribunal; en ese sentido éste artículo posibilita que las mismas

4 Los artículos 304 al 334 están comentados por D.Manuel Antonio Fortín Aguilar.

puedan interponer reclamos en la audiencia contra estas decisiones ante el tribunal en pleno, el cual decidirá por simple mayoría el reclamo de mérito.

El mismo tribunal se convierte en una instancia inmediata ante el reclamo de alguna de las partes.

Una buena medida para evitar estos incidentes es que el Presidente procure no abusar 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.

ARTÍCULO 306. Concentración. El juicio se realizará en forma continua, con la presencia del Tribunal de Sentencia, de las partes y de las demás personas que hayan sido autorizadas para intervenir en el mismo.

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.

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 éste, 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.

Si el representante del Acusador Privado no concurre a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del Tribunal, dejará de tenérsele como parte, sin perjuicio de que la persona del Acusador Privado, podrá ser obligado a comparecer cuando deba declarar como testigo.

COMENTARIO

Recepta este artículo dos de los principios básicos del juicio Oral y Público el "Principio de Inmediación" y el de "Concentración".

El de Inmediación dispone la obligatoriedad de que tanto los Jueces de sentencia como las partes intervinientes (Fiscal, Acusador Privado si lo hay y Defensor, el Imputado, Testigos y Peritos) estén presentes en la audiencia; además este principio conlleva la apreciación directa por parte del tribunal de la prueba aportada por las partes al debate.

La inmediación permite que las partes procesales ejerzan eficazmente sus derechos a la mejor defensa de sus intereses y a la contradicción.

La inmediación permite que el tribunal se informe sobre las circunstancias de modo y tiempo en que sucedió el ilícito, la participación que tuvo el imputado y así como la observación directa de la prueba para emitir su fallo.

La percepción directa e inmediata de las manifestaciones del acusado, de los peritos y de los testigos permitirá que el tribunal valore la prueba en su integridad y literalidad, y además tenga en cuenta el modo en que se expresan los declarantes, porque ese modo de expresión importa a efectos de calibrar la sinceridad y credibilidad de dichos declarantes.

El Principio de concentración, dispone que la audiencia tenga lugar en una sola sesión, o, si fueren necesarias dos o más, se lleven a cabo una tras otra en una secuencia lógica (concentración en sentido estricto, a que se refiere específicamente el artículo 312) sin más interrupciones que las necesarias y dispuestas por el Tribunal o a solicitud de las partes (principio de consecutividad o inme-diatividad). Lo anterior posibilita que la inmediación no se diluya, pues en la medida que un juicio se prolonga, en esa medida la inmediación se pierde, el Código contempla en numerus clausus las causas por las cuales el juicio oral puede suspenderse.

Como consecuencia del principio de inmediación y el de presencia física, este artículo dispone que el imputado debe estar presente durante el desarrollo de Juicio. El Juicio no se podrá celebrar en ausencia del imputado; por ello el propósito de imponerle una medida cautelar de orden personal es precisamente lograr o asegurar su presencia en el debate y lógicamente el cumplimiento de la sentencia que se emita.

El juicio oral aunque se lleve a cabo en varias audiencias se tendrá como un solo acto, esto implica que la presencia física de los miembros del tribunal, y las partes es esencial para el desarrollo del mismo.

Este artículo dispone que en caso que el defensor no se presente o se retire sin autorización del tribunal se tendrá por abandonada la defensa e inmediatamente se intimará al imputado para que nombre a otro defensor y si éste no lo nombra, el presidente le designará un defensor público.

Lo anterior se explica en virtud que el derecho de defensa debe ser respetado en toda su extensión, los jueces ni los abogados defensores pueden vulnerar ese derecho ni siquiera el imputado puede renunciar a ese derecho. El derecho de defensa debe estar plenamente garantizado desde el momento mismo en que a una persona se le imputa un ilícito hasta que se lleve a cabo el juicio y este finalice e incluso ya condenado tiene derecho a la defensa técnica cuando así lo requiera.

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 el. La labor del defensor es muy impor tante, 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.

ARTÍCULO 307. Reglas a que está sujeto el imputado durante la audiencia. El imputado asistirá a la audiencia sin ninguna limitación para sus movimientos. El Presidente del Tribunal deberá disponer la vigilancia y cautela necesarias para impedir su fuga o que cometa o sea víctima de agresiones verbales o físicas o cualquier otro acto de violencia.

Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella 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 éstas en su ausencia con la presencia de su Abogado Defensor.

Si el imputado se halla en libertad y no se presenta a la audiencia, el Tribunal de Sentencia ordenará 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.

En el mismo caso, dicho Tribunal podrá variar las condiciones a que esté sujeta la libertad del imputado o imponerle medidas cautelares adicionales a las que se halla sujeto.

COMENTARIO

En aplicación a la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José, instrumento jurídico del cual Honduras es signataria y lo contemplado en nuestra Constitución, se permite que el imputado, concurra a las audiencias sin ninguna limitación en sus movimientos, sin embargo deben tomarse por parte del presidente del Tribunal las previsiones de vigilancia y custodia a efecto de evitar la fuga de aquellos procesados peligrosos.

Cualquier acto agresivo que realice el imputado faculta al presidente del tribunal para adoptar las medidas que estime pertinentes para resguardar el orden en la audiencia Dispone este artículo la posibilidad para que la persona imputada pueda ser conducida por la fuerza pública ante el tribunal cuando no se presente a las audiencias; en caso que no sea factible conducirla el debate no se podrá celebrar, sino hasta que sea habida.

Le conducta adoptada por la persona imputada al no presentarse a las audiencias del debate, permite que el presidente del tribunal le imponga una medida cautelar a fin de asegurar su presencia en dichas audiencias.

ARTÍCULO 308. Publicidad del juicio oral. El juicio será público, sin embargo, excepcionalmente el Tribunal de Sentencia de oficio o a petición de cualquiera de las partes y previa audiencia de éstas, podrá resolver motivadamente, que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando:

1) Afecte directamente el honor, la intimidad personal o familiar o la vida privada de la víctima o de cualquiera de los testigos:
2) Ponga en peligro la vida o la integridad física de cualquiera de los miembros

del Tribunal de Sentencia, de las partes o de alguna de las personas autorizadas para participar en el juicio;

3) Ponga en peligro un secreto oficial o privado que amerite protegerse;
4) Pueda alterarse el orden público;
5) El testigo sea menor de dieciocho (18) años.

Si el juicio se celebra en forma privada, el Presidente del Tribunal prevendrá a quienes intervengan en el mismo que deben mantener en secreto los hechos en que hayan participado o de los que hayan tenido conocimiento. El incumplimiento de esta obligación, se sancionará con la pena prevista en el Código Penal, en sus respectivos casos.

COMENTARIO

Como consecuencia de la aplicación del artículo 94 Constitucional, el principio de juicio previo o necesidad del proceso contemplado en el artículo uno de este código y de Instrumentos Internacionales suscritos por Honduras, se reconoce el derecho que le asiste al imputado de ser juzgado en juicio público donde se le respeten de manera irrestricta todas sus garantías procesales y constitucionales.

La publicidad, es un principio básico del juicio oral, actúa como una medida de control que realiza la sociedad sobre el sistema judicial, permite la legitimidad de una administración de justicia transparente. Este mismo artículo dispone las excepciones a la positividad del principio de publicidad, al disponer que el Tribunal podrá de oficio o a petición de parte que las audiencias se lleven a cabo total o parcialmente en forma privada

Fuera de estos casos expresados en numerus clausus por el código, el juicio será público.

Con respecto del testigo que tema por su vida y por eso no quiere declarar sobre los hechos, muchos países han adoptado medidas para proteger al testigo en el acto del juicio; una de estas medidas es colocar al testigo oculto a la vista del público y del imputado, pero sin menoscabo del contradictorio que siempre debe existir entre las partes, si se permite la controversia entre las partes queda salvaguardado el derecho de defensa.

El Presidente del tribunal tiene la obligación de advertir a toda aquella persona que participe en esa audiencia privada la obligación de salvaguardar con sus silencio los actos desarrollados en la misma.

ARTÍCULO 309. Prohibiciones para el acceso a la audiencia.

No obstante, lo dispuesto en' el Artículo anterior respecto de la publicidad del juicio, en la sala de audiencias no podrán hacer acto de presencia las personas menores de quince (15) años que no vayan acompañadas de un adulto responsable, quienes usen distintivos partidistas o gremiales, se encuentren en notorio estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas o estupefacientes o que aparezcan con síntomas de desequilibrio mental que puedan perturbar el orden en la sala. Sólo los miembros del personal que tengan encomendadas oficialmente las funciones de vigilancia y seguridad de la sede del órgano jurisdiccional podrán permanecer armados en la sala de audiencias.

El número de personas que asista a presenciar las audiencias estará limitado por el número de asientos disponibles para las mismas.

COMENTARIO

Aunque la regla general, es que el público pueda acceder a la sala de audiencias, este artículo limita el acceso de personas a la misma, ya sea por el criterio de minoría de edad, ebriedad, drogadicción (para evitar posibles disturbios en la sala de justicia), portar insignias partidistas o gremiales (para evitar cualquier presión inconsciente, de origen partidista o gremial, sobre el tribunal, garantizando de este modo la independencia de éste) o por portar armas (previniendo el peligro de graves alteraciones del orden e incluso comisión de delitos durante el juicio). Otra limitante para poder ingresar a la sala de debates es el cupo del local, el cual será determinado por el número de asientos disponibles en virtud que el acto es solemne no se permiten personas que estén de pié. Los oficiales judiciales o personal de vigilancia que estén a cargo del control de las salas deben regular el acceso del público a las mismas.

ARTÍCULO 310. Oralidad del Juicio. 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 dejará constancia en acta, en los términos que se regulan en el Artículo 346 y sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 133 y 134, 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 intérprete.

COMENTARIO

La oralidad, es otro de los principios básicos del Juicio Oral y Público; según este principio todas las actuaciones del juicio serán orales, la recepción de la prueba, a excepción de la prueba documental y la prueba anticipada toda la que se vierta en el debate será en forma oral, de ahí que no se permitirán las pruebas que se pretendan introducir mediante escritos; declaraciones de testigos, perito o del imputado y las demás participaciones en el debate de parte de los intervinientes serán verbales de igual forma las resoluciones emitidas por el Tribunal y quedarán notificadas por su emisión de esa forma las partes. Lo anterior no limita que todas las incidencias del debate sean recogidas en el acta que levantará el secretario del tribunal. Se consigna además el derecho del que depone en juicio que si no habla el idioma oficial se le proporcione un intérprete que le hará las preguntas que hagan las partes y luego manifestará en idioma oficial cada respuesta que dé el interrogado.

La oralidad es uno de los mejores medios de comunicación que tiene el hombre, a través de la palabra hablada los jueces pueden detectar la falsedad de una

respuesta vertida por una persona. Y como manifiesta Jorge Leonardo Frank [5]" *mediante la oralidad existe la posibilidad que las versiones depuestas en el juicio queden gravadas en cinta magnetofónica o filmada, la oralidad garantiza la solvencia, fluidez y operatividad del debate contradictorio entre las partes intervinientes.*

La oralidad establece la obligatoriedad de la lectura pública de todas las pruebas documentales, así como la aclaración oral por parte de los peritos de sus dictámenes previos, "la oralidad propende a un alto índice de elevamiento cultural de la sociedad, haciéndola partícipe como espectadora y contralora del proceso judicial"

La positividad del principio de inmediación se logra a través de la oralidad, debido al contacto directo entre el tribunal y el imputado ,el fiscal y el defensor, permite y facilita el escudriñamiento de los hechos con las versiones de los testigos.

ARTÍCULO 311. Lecturas autorizadas. Excepcionalmente podrán ser incorporadas al juicio por lectura que hará el Secretario:

1) Los testimonios 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;

2) Los testimonios o pericias practicadas durante la etapa preparatoria, cuando sea imposible o extraordinariamente difícil su reproducción en el acto del juicio oral;

3) Los testimonios rendidos en juicio o excepcionalmente, en los casos previstos en el numeral anterior, durante la etapa preparatoria por los sordomudos que solo puedan darse a entender por escrito;

4) Las actas que documentan 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;

5) Los informes periciales realizados durante la etapa preparatoria, a efectos de ratificación en el acto del juicio. Cuando su contenido sea contradictorio con lo manifestado en dicho acto, las partes podrán interrogar al perito sobre la contradicción apreciada entre ambas manifestaciones sucesivas; y,

Las declaraciones del acusado y los testimonios practicados durante la etapa preparatoria, cuando sean contradictorios con lo manifestado después en el acto del juicio, a fin de que las partes puedan interrogar al acusado o al testigo, sobre la contradicción apreciada entre ambas manifestaciones sucesivas.

El Tribunal tendrá a su disposición, para su examen o lectura a efectos probatorios, los libros, documentos y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos enjuiciados.

Ningún otro elemento de prueba podrá ser introducido al juicio por su lectura.

---

5 FRANK, Jorge Leonardo.- Sistema Acusatorio criminal y juicio oral, pág. 26

COMENTARIO

El ideal que trata de asegurar este artículo es que la decisión del Tribunal se tome sobre la base de la prueba practicada en juicio.

Por tanto, cualquier acto de investigación que se quiera utilizar como prueba, habrá de reproducirse en juicio, siempre que sea posible. Si no se reproduce, siendo posible, la información conseguida durante la etapa preparatoria, no podrá ser utilizada para formar la convicción del Tribunal.

Lo anterior debe ser tenido muy en cuenta por las partes (acusación y defensa), cuidándose de proponer toda la prueba que necesiten para defender sus posiciones respectivas, para que esa prueba se practique enjuicio.

Sin embargo, excepcionalmente, podrá introducirse material procedente de la etapa preparatoria, para funcionar como medio de prueba, por dos razones esenciales:

1. Para integración de la prueba: cuando sea imposible o muy difícil su reproducción enjuicio (Artículo 311.2). Piénsese en el fallecimiento de un testigo o de un perito; o en el caso de que un testigo, residente en país extranjero, haya regresado a él y no se sepa su paradero o su traída a Honduras pudiera representar gran dificulta y pérdida de tiempo.

2. Para contraste de la prueba: cuando el acusado, un testigo o un perito, después de haber manifestado una cosa, durante la etapa preparatoria, se contradiga en el juicio oral (Artículo 311.5 y 311.6).

La prueba anticipada es aquella que no puede ser evacuada en el debate por diversas circunstancias, ya sea porque el testigo está enfermo o no puede estar presente en el debate por enfermedad o cualquier otra razón; la prueba preconstituida es aquella prueba técnica ordenada por el Juez a petición de parte que no se puede evacuar durante el debate, en ambos casos debe existir el contradictorio, es decir la posibilidad que las partes puedan controvertir la prueba, el juez deberá poner en conocimiento de las partes la práctica de esas pruebas. En casos de prueba anticipada, se puede dar lectura de su resultado (Artículo 311.1), porque, en realidad, no es más que la misma que se practica en juicio, pero en un momento anterior, por causa de necesidad. En ella se respetan los principios de inmediación y contradicción, por lo que, en definitiva, no es tan excepción como a primera vista pudiera parecer.

Los casos comprendidos en los numerales 3 y 4 del Artículo 311 deben interpretarse en el siguiente sentido: siempre que sea posible traer a juicio a los agentes, peritos o testigos que intervinieron con anterioridad, será preciso hacerlo así, sin poder acogerse a la excepción consagrada en dichos numerales. El testigo sordomudo que pueda expresarse por escrito, lo hará de este modo, también, al comparecer en juicio.

Estas excepciones tiene el carácter de de «numerus clausus». No caben otras sino las expresamente consignadas en el articuló comentado.

ARTÍCULO 312. **Forma de celebrar el debate** El debate podrá realizarse en una o varias sesiones que, para todos los efectos, se tendrán como una sola audiencia. Las sesiones serán diarias y consecutivas y sólo 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 (15) días, cuando:

1) Deba resolverse alguna cuestión que por su naturaleza, no pueda decidirse inmediatamente;
2) Deba practicarse alguna diligencia en lugar distinto de aquel en que se celebre la audiencia.
3) No comparezcan los testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable y no hayan pruebas que puedan evacuarse;
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) 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) Alguna revelación o retractación inesperada produzca alteraciones sustanciales en la causa;
7) El Defensor lo solicite después de ampliada la acusación siempre que por las características del caso, el debate no pueda continuarse de inmediato;
8) El imputado incurra en rebeldía durante el debate;
9) Al imputado 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; y,
10) Se ponga de manifiesto que la defensa del imputado resulte ineficiente, a juicio del Tribunal.

En el caso previsto en el numeral nueve, se estará a lo dispuesto en los Artículos 105 y 106 de este código.

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

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

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

COMENTARIO

Reitera este artículo el principio de Concentración al indicar que el debate podrá celebrarse en varias audiencias las cuales se tendrán por una sola, ordena la consecución o secuencia de dichas sesiones y expresa las causas de suspensión del debate por el término de 15 días por las causas expresadas en este artículo.

En caso de sobrevenir la incapacidad del imputado, se estará a lo dispuesto en los artículos 97 y 98 que se refieren respectivamente, a la suspensión del debate en caso de sobrevenir la incapacidad del imputado, pudiéndose continuar con la práctica de actuaciones con el resto de imputados si existe pluralidad de estos y, el internamiento del imputado para determinar su capacidad o incapacidad.

ARTÍCULO 313. **Reanudación. Nueva sustanciación del debate.** Reanudadas las sesiones, el debate continuará a partir dle 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 Capitulo siguiente

COMENTARIO

Determina la reanudación del debate; si las sesiones no se reanudan en la fecha prevista y señalada por el tribunal debe celebrarse un nuevo juicio desde su inicio siguiendo la tramitación señalada en el Código, lo anterior tiene su explicación en virtud del principio de inmediación, ya que los acontecimientos del juicio deben ser inmediatos a efecto que la inmediación perdure y los jueces puedan con mayor convicción encontrar la verdad real que es el objeto del proceso.

ARTÍCULO 314. **Imposibilidad de asistencia a los debates**. 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 aquéllos se encuentren con citación de las partes, para que puedan intervenir en la práctica de la prueba.

COMENTARIO

Recepta este artículo la posibilidad de producir la prueba anticipada, por los motivos expresados en el mismo, imponiendo la obligación al Tribunal de poner en conocimiento de las partes para que concurran a la práctica de dicha prueba para hacer efectivo el principio de contradicción.

ARTÍCULO. 315. **Delito cometido durante la audiencia.** Si durante la audiencia se comete un delito de acción pública, el Tribunal de Sentencia ordenará la inmediata detención del presunto culpable y lo entregará a la Policía Nacional, junto con los antecedentes necesarios, para que proceda como corresponda. De todo lo ocurrido se dejará constancia en la correspondiente acta.

COMENTARIO

Cabe la posibilidad de que se produzca un ilícito de acción pública en el

momento que se celebre la audiencia, en ese caso el tribunal ordenará la detención del presunto culpable, debiendo el secretario del tribunal recoger en el acta el incidente ocurrido dentro de la audiencia.

CAPITULO II

DE LA SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO

ARTÍCULO 316. **Preparación del debate**. Recibidas las actuaciones a que se refiere el Artículo 303, el Tribunal citará a las partes a fin de que, dentro de los diez (10) días siguientes, examinen las diligencias y planteen, en su caso, las recusaciones, excepciones o nulidades, basadas en hechos nuevos a que haya lugar. Tales cuestiones serán resueltas por el Tribunal en audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la presentación. En dicha audiencia se presentarán y ejecutarán las pruebas que se relacionen con la recusación.

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

COMENTARIO

El Juicio Oral, consta de diversas fases o etapas que permiten su preparación y desarrollo, esas etapas son:

1) La etapa preparatoria del debate,
2) La etapa de sustanciación del juicio oral o debate,
3) La etapa de deliberación y sentencia.

Dispone este artículo que el Juicio Oral se preparará en una etapa denominada preparatoria del debate, esta fase sirve para depurar el juicio, es la etapa en la que las partes pueden presentar incidentes, nulidades, recusaciones, o situaciones que pudieren entorpecer el buen desarrollo del debate, es el momento procesal en que las partes proponen la prueba que harán uso en el debate para ello el Presidente celebrará una audiencia. Las cuestiones incidentales presentadas se evacuarán en una audiencia convocada para tal efecto por el Presidente del Tribunal.

Conviene insistir en la importancia de esta audiencia, que tiene como función el saneamiento de vicios o defectos que podrían interferir la buena marcha del juicio, y comprometer la eficacia del proceso.

Pero hay que advertir que sólo se tendrán en cuenta extremos que no hayan sido (o podido ser) objeto de atención en fases anteriores del procedimiento. Las eventuales recusaciones, excepciones o nulidades han de fundarse en hechos nuevos o en hechos precedentes, de los que no se haya tenido noticia con anterioridad.

ARTÍCULO 317. **Proposición de prueba para el debate**. Inmediatamente después de vencido el plazo a que se refiere el artículo Anterior o de quedar

integrado el Tribunal después de que 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 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 señalarán 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 indicación de 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 (3) días, el Tribunal resolverá por auto motivado sobre la admisión de aquellas. Solamente podrán ser rechazados los medios de prueba manifiestamente impertinentes, útiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita.

COMENTARIO

Este artículo dispone el momento procesal en que las partes ofrecerán la prueba con la cual quieren probar sus pretensiones en el debate, esta prueba debe reunir los requisitos de licitud, idoneidad, necesidad y pertinencia.

Una vez que han quedado resueltos todos los incidentes promovidos por las partes, el presidente convocará a las partes a una audiencia que se llevará a cabo diez días después de quedar firme la resolución que pone fin a las cuestiones incidentales, en esa audiencia las partes propondrán.

La lista de testigos y peritos, señalando además de su dirección, nombres y apellidos, profesión u oficio, los hechos sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate.

Además de ofrecer la prueba, durante el desarrollo de esta etapa se fija la fecha y hora para la celebración del juicio.

La prueba propuesta por las partes debe reunir los requisitos de: pertinencia, licitud, necesidad e idoneidad, con la obligación de las partes de presentar sólo la prueba necesaria evitando presentar pruebas superfluas

Pertinencia en cuanto debe referirse al hecho debatido y a su tratamiento jurídico; licitud, porque, si no, se viola derechos del imputado, el juez debe rechazar toda aquella prueba obtenida ilícitamente y toda aquella que dependa directamente de ella; necesidad, así que la prueba debe ser necesaria para probar el hecho; una prueba puede ser pertinente pero no necesaria; idoneidad, en sentido que no exista otro medio para probar el hecho.

Para garantizar la eficacia de estos principios se exige que, al proponer cada prueba, se explique qué se quiere probar con ella, así como su necesidad y su utilidad. Esta explicación facilitará la tarea del tribunal a la hora de admitir y rechazar las pruebas propuestas.

ARTÍCULO 318. **Señalamiento de fecha y hora para el debate**.
Dentro de los tres (3) 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, fijará la fecha y la hora en que se iniciará el juicio oral y público. Dicha fecha deberá estar comprendida entre los diez (10) y los treinta (30) días siguientes Excepcionalmente el Tribunal podrá prorrogar este plazo por auto motivado, hasta por quince (15) días más.

Instruirá asimismo al Secretario del Tribunal para que convoque a las partes a fin de que se hagan presentes 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.

COMENTARIO

Una vez notificados las partes de la resolución relativa a la admisión de la prueba presentadas; el presidente del tribunal de sentencia fijará la fecha y hora en que se iniciará el juicio oral; la fecha debe estar comprendida entre los diez(10) y treinta días (30) siguientes ;ordenará al secretario del tribunal para que convoque a las partes, para que se hagan presentes en la audiencia , que cite a los testigos y peritos y se adopten las medidas para la preparación del debate.

ARTÍCULO 319. **Apertura de la audiencia**. El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia.

Iniciada ésta y a falta de conformidad del imputado con la acusación, el Presidente comprobará la presencia de las partes y de los testigos, peritos e intérpretes, en su caso.

Cuando sea previsible que el debate se prolongue más 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.

Inmediatamente, declarará abierto el debate y después concederá la palabra, por su orden, al Fiscal y al Acusador Privado, en su caso, y al defensor para que expongan oralmente y en forma breve y sumaria las posiciones planteadas en la formalización de la acusación y en la contestación de cargos.

COMENTARIO

Señala el procedimiento a seguir para sustanciar el Juicio; este es el momento Procesal en que el imputado pueda acogerse a la CONFORMIDAD (ART 314) ; ésta es una forma de terminar el proceso sin que se lleve a cabo el juicio oral; es una figura de discrecionalidad, que permite que el imputado acepte los hechos imputados en la acusación y la pena solicitada por el Ministerio Público, para ello es necesario su aquiescencia así como la solicitud expresa que realizan al Tribunal el Fiscal y el Defensor, exponiendo la conformidad del

imputado extremo que será comprobado por el órgano decisor.

Si no existe la conformidad, el presidente del tribunal continuará con el desarrollo del juicio según lo establecido en la normativa.

Al abrir el debate el presidente del tribunal tiene la obligación de confirmar la presencia de las partes intervinientes, para ello pedirá al Secretario del tribunal que informe si están presentes las partes; a continuación informará al imputado de la importancia del acto que se está desarrollando exhortándole para que esté atento a lo que suceda en el juicio a este acto se le denomina intimación que está dispuesto en el artículo 84 de la Constitución de la República.

Posteriormente el Presidente del tribunal cederá la palabra, primero al Fiscal luego al defensor para que expongan en forma oral las posiciones planteadas en sus escritos de formalización de la acusación y de contestación de cargos.

ARTÍCULO 320. Incidentes. A instancia de cualquiera de las partes el Presidente del Tribunal abrirá un turno de intervenciones, para que aquéllas puedan 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.

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 reservará para resolver todas o alguna de ellas en su sentencia.

COMENTARIO

Dispone este artículo el último momento procesal en que las partes tienen la posibilidad de presentar incidentes basados en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces, asimismo podrán proponer otros

Se pueden interponer incidentes sobre la competencia del órgano judicial, recusación de alguno de sus miembros, excepciones, causas de nulidad o exclusión de algún medio de prueba por causa de ilicitud. Requisito esencial para admisión de estos incidentes es que se basan en hechos nuevos o desconocidos hasta entonces. La resolución del tribunal será inmediata o si lo estima pertinente lo reservará para resolverlas en la sentencia.

ARTÍCULO 321. Ampliación de la Acusación. Si durante el juicio se tienen noticias de circunstancias o hechos, relacionados con el hecho objeto del juicio que no hayan sido mencionados 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 aquéllos sean considerados durante el debate.

Si las circunstancias o hechos señalados en la ampliación exigen nuevos elementos de prueba, cualquiera de las partes podrá pedir la suspensión de l juicio

y el imputado, por su parte, tendrá derecho a pedir que se amplíe su declaración.

Aún no siendo necesaria la práctica 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 tendrán el carácter de ampliación.

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

COMENTARIO

Recoge este artículo la disposición que permite que la parte acusadora pueda ampliar su acusación o dar calificación distinta de los hechos que se imputan. En respeto al derecho de defensa se posibilita también que los hechos sean controvertidos y para ello aportar la prueba necesaria, en ese sentido se permitirá la suspensión del juicio para que las partes puedan aportarla.

Para que el tribunal acceda a la petición de ampliación son requisitos necesarios:

a) Que sean hechos relacionados con el objeto del juicio que no hayan sido mencionados en la acusación,
b) Que estos hechos puedan modificar la calificación legal o la pena del delito.

Si estos hechos señalados en la ampliación requieren de nuevos elementos de prueba, tanto la parte que propone la ampliación o el defensor en su caso podrán pedir la suspensión del debate.

Si lo que se trata son hechos nuevos, independientes o conexos o no con el objeto del juicio debe abrirse un procedimiento diferente para su investigación y enjuiciamiento separado.

ARTÍCULO 322. <u>Conformidad del imputado con la acusación</u>. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, el acusador y la defensa, con la aquiescencia del acusado, podrán 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 estima que el hecho imputado pudiera no ser típico o estar cubierto por una eximente de responsabilidad penal, no estará vinculado por la conformidad manifestada por las partes y ordenará la prosecución del juicio.

Lo mismo acordará motivadamente cuando la petición de las partes entrañe fraude de ley sustantiva o procesal.

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

COMENTARIO

La conformidad es causa de terminación prematura del proceso, sin necesidad de debate en juicio, porque presupone la extinción del conflicto existente entre las partes acusadora y acusada. Si no hay conflicto, no hay necesidad de debate, y se dicta sentencia de acuerdo con los términos de la acusación.

La conformidad en sentido estricto supone el allanamiento del acusado a las pretensiones de la parte acusadora. Sin embargo, puede ocurrir que entre una y otra haya alguna negociación, que lleva a la acusación a modificar sus planteamientos iniciales, en términos tales que promueve la conformidad del acusado.

Cualquiera que sea su origen, la terminación del proceso por conformidad supone un grado mayor o menor de disponibilidad del objeto del proceso por las partes, y estará estrechamente relacionada, en caso de negociación entre ellas, con los márgenes de discrecionalidad u oportunidad de ejercitar la acusación conferidos al Ministerio Público.

Momento Procesal: La conformidad debe ser solicitada ante el tribunal de sentencia antes de evacuarse la prueba propuesta.

Requisitos: Debe ser solicitada por el Ministerio Público y el Defensor del imputado,

El imputado debe estar de acuerdo con esa solicitud y aceptar la pena solicitada por el Ministerio Público.

Si los imputados son varios debe existir la conformidad de todos, de lo contrario el juicio continuará.

La doctrina[6] recomienda que cuando existen varios imputados y alguno no se presenta deben seguirse las siguientes reglas:

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 a juicio.

2. Si el ausente no fue citado a juicio o si citado existe una causa justificativa de su ausencia no debe ser concedida la conformidad de los demás acusados.

Si el tribunal estima que el hecho imputado no es típico, es decir no está previsto en la ley penal sustantiva o está cubierto por una eximente de responsabilidad penal no estará vinculado con la conformidad y ordenará la continuación del juicio.

---

[8] Ver MORENO VERDEJO Jaime y otros autores-El Juicio en el proceso Penal; Editorial Comares.

Lo mismo acordará cuando esa petición de las partes entrañe fraude de ley sustantiva o procesal.

El tribunal tiene, pues, control de la conformidad en interés del acusado, en unos casos, y para evitar un mal uso de la autonomía o disposición del objeto del proceso por las partes.

El tribunal deberá tener sumo cuidado al ordenar la continuación del juicio, por estimar que el hecho puede ser atípico o porque pueda concurrir alguna causa de exención de la responsabilidad penal. En estos casos habría que interpretar (para evitar resultados perjudiciales para el acusado) que el tribunal no esta vinculado por la conformidad, sólo en cuanto a que puede ordenar la celebración de juicio, pero habría que entender que el resultado de dicho juicio nunca podría perjudicar al acusado en relación con la pena con que se había conformado inicialmente.

Una vez aceptada por el tribunal la conformidad procederá a dictar la sentencia respectiva.

Debemos manifestar que la conformidad entraña desde luego negociaciones entre la parte acusadora y la defensa y posterior consulta de esta con el imputado.

ARTICULO 323. Declaración del imputado. Cumplido lo dispuesto en el artículo 319, el Presidente del Tribunal le concederá la palabra al imputado para que deponga si lo desea, lo que considere oportuno sobre los cargos formulados en su contra.

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 declare o amplíe sus manifestaciones.

COMENTARIO

Una vez que el fiscal y el defensor hayan realizado sus exposiciones, el Presidente del tribunal le preguntará al imputado si va a declarar; imputado tiene el derecho de no declarar contra si mismo y de no producir prueba alguna en su contra; este extremo será comunicado por el presidente del tribunal al imputado el cual decidirá si se acoge a ese derecho o renuncia al mismo; si decide declara se somete a los interrogatorios de las partes y de los miembros del tribunal.

Según Florian[7], la declaración del imputado es un medio de defensa ya que el imputado con su declaración busca defenderse y exculparse y un medio de prueba en cuanto que narra los hechos y todos los particulares que a los mismos se refieren.

---

7 FLORIAN Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Pág. 33

El imputado, tiene el derecho de negarse a declarar; el artículo 88 constitucional ampara este derecho; su negativa no puede considerarse como fuente probatoria en su contra.

Si declara no podrá ser exhortado a decir la verdad ya que su declaración debe ser libre, llana y sin presiones.

Artículo 324. Declaración de varios imputados. Si son varios los imputados en la audiencia solo podrá estar presente quien esté rindiendo su declaración.

COMENTARIO

Declaración de varios imputados. Si se están juzgando a varios imputados y uno o varios de ellos decide declarar, el presidente ordenará la salida de la sala de aquellos imputados que en ese momento no depondrán.

Este artículo prohíbe la presencia de coimputados en el momento procesal que uno de ellos declara; el propósito de evitar la presencia de oros imputados es para que el que depone lo haga con libertad, llanamente y sin presiones y evitar que se pongan de acuerdo y que no conozcan lo que cada uno declara.

ARTÍCULO 325. Recepción de pruebas. Rendida la declaración del imputado, cuando lo halla, se recibirán las pruebas propuestas por las partes, en el orden indicado por éstas, y en la forma prevista en los Artículos del 326 al 332.

COMENTARIO

Contempla las reglas a seguir para la evacuación de la prueba. Una vez que el imputado haya rendido o no su declaración se inicia la etapa de recepción de la prueba en el orden siguiente: Primero la Prueba Pericial ofrecida por el Ministerio Público, y el Acusador Privado y luego la ofrecida por la Defensa; en cuanto a la recepción de la Prueba Testifical, el Tribunal determinará el orden de la recepción de la misma.

ARTÍCULO 326. Dictamen Pericial. Una vez identificados, los peritos serán juramentados y advertidos de las consecuencias legales de sus actos, si faltan a la verdad. Rendirán sus dictámenes en forma verbal y mientras cumplen sus funciones, podrán consultar documentos de cualquier clase. Si el dictamen pericial se ha rendido por escrito, se leerá durante la audiencia, a efectos de su ratificación y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo tercero de este Artículo.

Siempre que sea posible, las operaciones periciales se efectuarán en la audiencia misma.

Los peritos responderán las preguntas que les formulen las partes, los consultores técnicos y los miembros del tribunal.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en lo pertinente, a los intérpretes

COMENTARIO

El Presidente del tribunal juramentará al perito de acuerdo a lo prescrito en el artículo 236 de este código, previamente se debe identificar al perito. En el juicio los peritos deben rendir su dictamen en forma oral ayudándose con sus notas o documentos que él utilice.

El código adopta el sistema de interrogatorio cruzado, esto implica que el perito y testigos deben ser interrogados por el fiscal y las demás partes autorizadas para hacer efectivo en contradictorio.

Si son varios los peritos que han de emitir su dictamen sobre un mismo asunto, por economía procesal es recomendable que se interrogue a todos al mismo tiempo. Esta simultaneidad de la pericia puede ser muy útil en caso de discrepancia entre peritos, ya que permitirá que discutan entre sí (una especie de careo entre peritos), lo que hará posible al tribunal valorar la mayor o menor persuasividad de cada uno.

Los dictámenes periciales ordenados en la etapa preparatoria por el ministerio público podrán ser incorporados al debate, siempre y cuando se hayan respetado las disposiciones para la prueba anticipada, es decir que se haya permitido el contradictorio en la práctica de la misma.

Lo relativo a la protección de los testigos expresadas en el artículo 237 es aplicable a los peritos.

Los peritos deben reunir los requisitos de honradez, profesionalismo e imparcialidad al momento de emitir su dictamen; el código exige que los peritos nominados por la autoridad deben ostentar el título expedido por la autoridad competente en la materia sobre cual vertirán su dictamen. Sin embargo en aquellos lugares donde no existe profesional capacitado sobre la materia podrán ser nombrados peritos otras personas que tengan conocimiento sobre la materia objeto de la pericia.

El número de peritos será determinado por la complejidad del asunto, para ello en la etapa preparatoria del debate, el presidente del tribunal de sentencia tendrá muy en cuenta lo anterior evitando la prueba superflua o superabundante sin menoscabar el derecho de defensa.

ARTÍCULO 327. **Incomparencencia del Perito.** 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.

COMENTARIO

El precepto es claro. Se procura dar al perito la oportunidad de atender la citación recibida, sin paralizar, entretanto, en principio, la práctica de la prueba, procurando, a la vez, la colaboración de la parte que lo propuso.

La contumacia del perito da lugar al que el Presidente pueda tomar medidas coercitivas, e incluso que se exija al perito renuente responsabilidad penal por delito de desobediencia.

ARTICULO 328. Declaración de los testigos. Los testigos propuestos por el Fiscal y las Partes, rendirán sus declaraciones en el orden que determine el Presidente del Tribunal.

Los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con terceras personas antes de rendir sus declaraciones. Tampoco podrán 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.

El presidente podrá después de que hayan rendido sus declaraciones, ordenar que los testigos continúen incomunicados entre sí, autorizarlos para que presencien la audiencia o facultarlos para que se retiren.

COMENTARIO

Las partes han tenido la oportunidad de proponer la prueba testificar en la etapa preparatoria del juicio oral, los testigos deben estar aislados separados unos de otros a efecto de evitar su comunicación o componendas en cuanto a su versión de los hechos. Para que esta incomunicación sea posible, será conveniente (diríase imprescindible) habilitar una sala especial donde guarden los testigos, en espera se ser citados a la Sala de Justicia. De no existir esa sala especial, el Presidente habrá de tomar otras medidas (por ejemplo, vigilancia por agentes policiales), para evitar que persona alguna tenga acceso a los testigos. Una vez que han declarado podrán si así lo desean y el Presidente del tribunal lo autoriza permanecer en la sala de audiencias.

ARTÍCULO 329. Incomparecencia de los testigos. Lo dispuesto en el artículo 327, precedente, será aplicable también a los testigos.

COMENTARIO

Se trata de un artículo de mera remisión, que no precisa comentario.

ARTÍCULO 330. Del testimonio. 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 sea 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 origen de sus informaciones y designarán con la mayor precisión posible, a los terceros que se les hayan comunicado.

Terminada la deposición, el Presidente del Tribunal permitirá que el testigo sea interrogado por quien lo propuso y por los demás intervinientes. 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.

El Presidente determinará el orden de los interrogatorios, los moderará e impedirá que se le formulen al testigo preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas. Evitará, además, que el testigo sea objeto de presiones de cualquier clase o que se lastime su dignidad.

COMENTARIO

El código establece en el artículo 236 la forma en que los testimonios serán realizados; aspectos ratificados en este artículo comentado; dispone que el testigo debe ser juramentado por el Presidente del Tribunal e instruido por dicho funcionario de las responsabilidades que asume si viola el juramento prestado.- Después del juramento será interrogado sobre sus antecedentes personales y luego depondrá sobre lo que conoce sobre los hechos.

El código recepta para la etapa del debate y las demás audiencias la técnica de interrogatorio denominada de relato, donde el testigo narra libremente lo que sabe acerca del hecho; una vez que narra lo que el sabe podrá ser interrogado por las partes.

Si el testigo teme por su integridad lo comunicará al Tribunal, quien procurará recibir el testimonio ocultando la persona de testigo del público y del imputado pero haciendo posible el contradictorio.

También el tribunal podrá adoptar si es necesario las medidas preventivas consignadas en el Artículo 238 de este Código.

Orden del interrogatorio.

El orden de interrogatorio queda a criterio del Presidente del Tribunal será pues quien lo determinará. De manera explícita el Código prohíbe las preguntas impertinentes, inútiles, capciosas o sugestivas, así como faculta al presidente del Tribunal para evitar que el testigo sea objeto de presiones de cualquier frase o que se lastime su dignidad.

Preguntas a los Testigos.

Las preguntas serán impertinentes si no se refieren a los hechos objeto de prueba, es decir que son preguntas que no van encaminadas a establecer los hechos; en cambio se determinarán como pertinentes aquellas preguntas congruentes con los hechos objeto del debate.

Serán pruebas inútiles si no tienen trascendencia en la obtención de la verdad real, y útiles serán aquellas preguntas encaminadas a obtener dicha verdad.

Las preguntas capciosas son aquellas preguntas de doble sentido o que dan por presupuestos hechos que no se han probado (por ejemplo: ¿era grande el cuchillo que llevaba el acusado?, cuando todavía no se le preguntó si el acusado llevaba algún arma).

Las preguntas sugestivas son aquellas en el que el interrogador sugiere, embebida, la propuesta; ejemplo: ¿Verdad que el imputado andaba ebrio? O bien ¿verdad que lo tomó primero de la mano y luego disparó?

Protesta. Las preguntas impertinentes, capciosas o sugestivas pueden ser protestadas por las partes: el Presidente del Tribunal determinará si ha o no lugar a la protesta, solamente la protesta que sea aceptada por el Presidente valdrá, en ese sentido el Presidente le manifestará al testigo que no conteste la pregunta que se trata.

ARTÍCULO 331. <u>Interrogatorio de menores de quince años.</u> El interrogatorio a las personas de quince años, no estará sujeto a las reglas establecidas en el artículo anterior. El mismo será hecho directamente por las partes. Durante el interrogatorio, podrán estar presentes los padres del menor o su representante legal.

Si el interrogatorio produce alteraciones en el estado de ánimo del menor a que se refiere el párrafo anterior, 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 tomó conocimiento de los hechos.

COMENTARIO

Dispone este artículo que el interrogatorio que personas menores de quince años no estará sujeto a las reglas establecidas en el artículo 320; es decir que el testigo no será juramentado y el interrogatorio es de carácter responsivo o sea que las partes preguntan y el testigo responde; el Tribunal debe valorar lo expresado por el menor tomando en cuenta su madurez, la objetividad y circunstancias por las que tuvo conocimiento de los hechos.

Conviene poner de relieve la situación, un tanto extraña, que se produce, al comparar este Artículo con los Códigos Penal y de la Niñez.

A diferencia de lo establecido en este último, ya a partir de los quince años, se toma juramento al testigo, quien, por lo mismo, podrá incurrir en delito de falso testimonio (lo que representa una extensión de su responsabilidad penal –no se sabe si querida o inadvertida- en relación con la situación anterior, ya que, tras la entrada en vigor del código de la Niñez, no cabía que el menor de dieciocho años pudiese incurrir en falso testimonio, porque no se le exigía juramento), pero, para exigirle esta responsabilidad habrá que proceder con arreglo a lo dispuesto en el repetido código de la niñéz.

ARTÍCULO 332. Pruebas documentales y otros medios de pruebas..

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 las demás pruebas audiovisuales será dado a conocer durante la audiencia.

Los careos, reconstrucciones o inspecciones judiciales que soliciten las partes, se practicarán de conformidad con lo prescrito en este Código.

COMENTARIO

Es importante que las pruebas documentales y las pruebas de convicción sean exhibidas durante el desarrollo del debate; lo anterior permite que las preguntas realizadas tengan mayor efectividad.

La presencia o exhibición de los documentos y piezas de convicción debe ser solicitada por las partes; la doctrina nos enseña que dichas pruebas de convicción necesariamente deben haber sido recogidas del lugar de donde ocurrieron los hechos; que exista la petición de parte y que su exhibición sea necesaria, este último aspecto será valorado por el tribunal.

ARTÍCULO 333. Diligencias para 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 por el juez en la audiencia inicial.

COMENTARIO

La regla general es que las partes deben proponer las pruebas que van a utilizar en el juicio oral en la etapa preparatoria del debate, sin embargo este artículo posibilita que las pruebas importantes que no se pudieron evacuar por una omisión puedan ser practicadas a petición de parte o de oficio ordenará el tribunal que se practiquen. Debemos entender que la otra parte podrá proponer las pruebas que estime pertinentes para controvertir la prueba que se practique. De esa manera no se lesiona el derecho de defensa.

Esta regla que establece una excepción al principio de preclusión de la oportunidad para proponer prueba, deberá ser interpretada precisamente en función de su razón de ser: el conocimiento de una fuente de prueba, no propuesto, de importancia para la reconstrucción del caso, y que no hubiera sido conocido con anterioridad.

Aún cuando se atribuye al Tribunal poder para disponer pruebas para mejor proveer, deberá utilizarlo excepcionalísimamente, para no comprometer su imparcialidad objetiva. Acaso habría que interpretar la norma en sentido de reservar esta facultad de aportación probatoria por el Tribunal para el caso en que no se

haya propuesto una prueba acreditativa de la inocencia del acusado, ya que desde un punto de vista ético (el mismo que subyace en el principio <<in dubio, pro reo>>), no repugna que el órgano jurisdiccional pueda actuar así, evitando la condena de un inocente, pero sí, para conseguir la condena de un culpable, supliendo la pasividad de las partes acusadoras.

ARTÍCULO 334. 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 evitarán la lectura integra de aquellas, aunque pueden servirse de notas para ordenarla o para ayudar 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.

La víctima podrá hacer uso de la palabra por una sola vez, aunque no hubiera intervenido en el proceso.

Finalmente, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después de lo que él exprese, declarará cerrado el debate.

COMENTARIO

Este artículo recepta lo concerniente a las conclusiones, denominadas en otras legislaciones informes o alegatos finales; éste es el momento procesal en que el Fiscal y las partes exponen en forma definitiva sus pretensiones de acuerdo a la prueba evacuada en el juicio oral; cada uno hará la fundamentación de los puntos o extremos sobre lo que van a dictaminar las conclusiones.

A través de las conclusiones de las partes ratifican sus calificaciones (la acusación y la defensa) después de realizada la actividad probatoria.

En las conclusiones se plantean los puntos de hecho y derecho para que el tribunal los resuelva en la sentencia; si el tribunal de sentencia no decide sobre los mismos se produce la llamada “incongruencia omisiva”; cuando el tribunal omite considerar elementos importantes de la acusación y de la defensa. Se fija a través de las mismas los límites de la congruencia penal. Es decir que el tribunal tiene que decidir conforme a estas conclusiones; fiscal fija la acusación porque ya se evacuó toda prueba necesaria para determinar la culpabilidad o no del imputado, así como la defensa plantea su posición.

Mediante sus exposiciones las partes establecen los hechos que fueron probados durante el debate, cual es la calificación legal de estos, la participación que en ellos haya tenido él o los imputados.

Durante la exposición que realicen las partes deben evitar leer sus conclusiones, solamente pueden hacer uso de notas como ayuda a la memoria sobre el orden para vertirlas en el juicio.

Este artículo consigna lo que se denomina la competencia extensiva, si el delito se califica como falta podrá el tribunal emitir la sentencia correspondiente.
Una vez que las partes emitan sus conclusiones, debe permitírsele a la victima al agraviado por el delito, si ésta estuviere presente en la audiencia para exprese lo que le convenga, pero esta versión de la víctima no vincula al tribunal para dictar su sentencia, tampoco debe el tribunal hacer mención de esa argumentación.

Derecho a la última palabra. Después de escuchar a la víctima se le concede la palabra al imputado, para de esta manera alcanzar la positividad del artículo 94 constitucional que expresa "QUE A NADIE SE LE IMPONDRA PENA ALGUNA SIN HABER SIDO OIDO Y VENCIDO EN JUICIO" pero al igual como ocurre con la versión emitida por la víctima, esta versión vertida por el imputado tampoco vincula al tribunal para emitir su sentencia, solamente es el cumplimiento de un derecho potestativo que tiene el imputado. Una vez cumplido lo anterior el presidente declarará cerrado el debate.

* * *

CAPITULO III

DE LA DELIBERACION Y LA SENTENCIA

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Lesbia Dinora Cubas Urcina
Jaime Banegas Zerón

ARTÍCULO 335. <u>De la deliberación.</u> Cerrado el debate el tribunal de Sentencia se reunirá de inmediato para deliberar, a fin de dictar la sentencia que proceda en derecho.

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

En caso de impedimento de alguno de los jueces, éste será sustituido de inmediato por el cuarto Juez. SI el impedimento afecta a más de un Juez, el Tribunal de Sentencia le librará comunicación a la Corte de Apelaciones correspondiente, para que designe sin tardanza el o los Jueces sustitutos. Estos serán escogidos de entre los jueces de letras del mismo departamento o de uno adyacente, que no hayan participado en el proceso. El reemplazo deberá producirse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de la comunicación.

Efectuada la designación, La Corte de Apelaciones dará cuenta de ello a la Corte Suprema, y el juicio oral y público de realizará de nuevo desde su inicio.

---

8 Los artículos 335 al 346 están comentados por Dña. Lesbia Dinora Cubas Urcina y D. Jaime Banegas Zerón.

COMENTARIO

Una vez concluido el debate el tribunal en pleno se retirará a la sala de deliberaciones; en virtud de los principios de inmediación y concentración la deliberación debe realizarse inmediatamente salvo el caso que por avanzada la hora el tribunal tendrá que deliberar al día siguiente; la deliberación es un solo acto por tanto los miembros del tribunal que han tenido la inmediación de toda la prueba evacuada en el debate deben participar en la misma como etapa previa para dictar el fallo respectivo.

El código postula la integración de los tribunales de sentencia con cuatro jueces; tres que actuarán en el debate y uno será suplente el cual deberá estar presente durante el desarrollo del juicio; en caso de que uno de los jueces se enferme o por cualquier otro motivo justificado no pueda participar en la deliberación, el juez suplente lo sustituirá, si es mas de un juez el que no puede participar en la deliberación, se le comunicará a la Corte Suprema para que sustituya a los jueces por otros; el código establece que los sustitutos serán jueces de Letras del mismo departamento o bien de otro adyacente. En este último caso, una vez sustituidos los jueces el juicio debe realizarse desde el inicio por respeto al principio de inmediación.

ARTÍCULO 336. <u>Normas para la deliberación y la votación.</u> El Tribunal, para resolver, sólo tendrá en cuenta las pruebas que se hayan ejecutado durante el debate, las que serán apreciadas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El Tribunal de Sentencia deliberará y votará respecto de todas las cuestiones debatidas en la primera fase del juicio oral, según el orden siguiente:

1) Las relativas a la procedencia de la acción penal y las relacionadas con los incidentes que se hayan diferido para este momento;

2) Las relativas a la existencia del hecho, su calificación y demás circunstancias del delito, a la participación que en él haya tenido el imputado y a los casos de concurso de leyes o de delitos; y,

3) En su caso, el mínimo y el máximo de la pena aplicable.

Las decisiones se adoptarán por mayoría de votos. El miembro del tribunal que disienta, emitirá voto particular razonado.

COMENTARIO

A través de la sentencia se aplica la voluntad del legislador planteada en la norma genérica a un caso concreto, este acto procesal pone fin al proceso, todas aquellas cuestiones debatidas en el juicio oral se resuelven en este momento procesal.

El tribunal de sentencia debe ahora valorar todas las pruebas aportadas por las partes al debate, sólo aquella prueba lícita vertida en el juicio oral tendrá validez para quebrantar la presunción de inocencia.

El sistema de valoración de la prueba adoptada por el código es la sana

crítica; este sistema de valoración existe entre el sistema de valoración de Prueba Tasada o legal que obliga al juez a regirse por determinadas pruebas preestablecidas en la ley con un valor también predeterminado en la ley para cada prueba; y el sistema de la libre convicción que no sujeta al juez a determinada prueba o valor de la misma sino que deja al subjetivismo arbitrario de dicho funcionario la apreciación y valoración de la prueba.

La sana crítica o sana crítica racional como también se le denomina, obliga al juez a sujetarse a ciertas reglas del entendimiento humano, estas son la lógica, la psicología y la experiencia común. Además de sujetarse a estas reglas mencionadas el juez debe explicar las razones o motivos que le impulsaron a tomar dicha resolución.

La sana crítica implica que el juez puede valorar en sentencia con absoluta libertad toda aquella prueba que ha sido introducida legalmente al proceso por las partes, excluyendo otras pruebas que no han sido debatidas en el juicio oral.

Al valorar la prueba conforme a la sana critica el tribunal debe tener en cuenta las leyes de la lógica, como ser la, ley de identidad, ley de contradicción, ley de tercero excluido y ley de razón suficiente[9].

LA LEY DE IDENTIDAD, IDENTIFICACION O INDIVIDUALIZACION.

Conforme a la misma el tribunal, debe apreciar la prueba, relacionando todo lo relativo al delito, piezas de ejecución, los participantes del delito como autores, cómplices, ofendido o testigo, de tal suerte que debe identificarse plenamente al autor material del delito, el grado de participación de él y los cómplices, testigos presenciales del hecho, etc.

Así como identifica plenamente al imputado y se determina el grado de participación que tuvo en el delito, también los testigos deben identificarse; para ello se les debe de solicitar la tarjeta de identidad o cualquier otro documento que los identifique plenamente.

Con respecto a las cosas o piezas de ejecución y de convicción, deben estar identificadas y tener especial cuidado en la custodia de los elementos probatorios desde su requisa en el sitio donde de cometió el delito hasta el momento que se lleva a cabo el juicio.

LEY DE CONTRADICCION

Se violaría esta ley cuando el tribunal valora en una sentencia la prueba, y en relación a ella se afirma algo y luego se niega; ejemplo, que en la sentencia se diga que el imputado es culpable y luego se diga que es inocente[10].

LEY DE TERCERO EXCLUIDO

Esta ley se violentaría, cuando los hechos que el tribunal estima probados no son congruentes con la prueba vertida en juicio oral; de tal manera que seria ilógica.

---

9 DE LA RUA Fernando. El Recurso de Casación den el derecho positivo argentino; Victor P. Savalia, Editor, Argentina, 1968.

10 DALLÄNNESE, Ruíz Francisco. Temas de casación Penal, Editec, Editores, San José Costa Rica, 1991

una sentencia donde se afirma que el imputado es culpable o inocente pero los elementos de prueba en los cuales se sustentó el tribunal al dictar la sentencia desvirtúan tal afirmación.

LEY DE RAZON SUFICIENTE

Esta ley se aplica manifestando que cada elemento probatorio debe estar probado por los otros elementos de prueba, de la suerte que cada uno sirva de soporte a otro.

Esta ley rige fundamentalmente en materia de apreciación de la prueba indiciaría. Así por ejemplo un indicio debe estar probado por otro.

El código establece un orden para la deliberación y votación de todas las cuestiones planteadas en el juicio oral. Ese orden es el siguiente:

1. Las relativas a la procedencia de la acción penal y las relacionadas con los incidentes que se hayan diferido para ese momento.

COMENTARIO

La acción penal es una excepción procesal que debe resolverse en el momento procesal oportuno, no puede ser pospuesta para la sentencia, esta posibilidad sólo está prevista para las cuestiones incidentales que no son obstáculos procesales para tratar el fondo del asunto. El juicio debe concluir con la sentencia que dé por terminado el asunto, no se puede detener a determinar si procede o no la acción penal, ya que existe una especial etapa, aunque las partes tienen por última oportunidad donde deben ser dilucidados estos extremos que es la etapa preparatoria del juicio oral.

2. Las relativas a la existencia del hecho, su calificación y demás circunstancias del delito, a la participación que en él haya tenido el imputado y a los casos de concurso de leyes o de delitos.

COMENTARIO

En primer lugar debe determinarse si el hecho existió o no pues de ello depende la deliberación; si el hecho existió debe pasarse a lo siguiente, si no esta probado debe absolverse. La segunda cuestión es la calificación del hecho ilícito es típico o no, luego debe pasarse al tercer aspecto, la participación que en el mismo haya tenido el imputado, determinar en calidad de que participó, (autor, cómplice) por último cabe determinar si existe concurso de delitos o de leyes.

3. En su caso, el mínimo y el máximo de la pena aplicable.

COMENTARIO

El tribunal debe determinar la pena a la que se ha hecho acreedor el imputado, fijada entre un mínimo y un máximo establecido este último por la petición de la

pena que haya hecho la acusación.

El tribunal de sentencia no puede imponer una pena más allá de la pena máxima solicitada por el Ministerio Público, lo que si puede es imponer una pena menor, atendiendo las atenuantes existentes.

El código dispone que la desición se tome por mayoría dejando la posibilidad que el juez que disienta emita su voto particular, al respecto sobre si es voto disidente, muchos autores opinan que ese voto debe emitirse en forma de sentencia enunciando el porque o los motivos por los cuales se disiente, en nuestro caso el código no dice nada al respeto por tanto debe emitirse la opinión particular en forma razonada.

Como el Código Procesal Penal no indica el sentido de la discrepancia, el voto particular puede ser disidente (cuando no se esta conforme con el fondo de la decisión) y concurrente (cuando se participa del contenido de la desición, pero no de la argumentación empleada por la Mayoria, para llegar a la conclusión).

La formulación de un voto particular no tiene porque entrañar necesariamente una quiebra del tribunal que sentencia. Ese voto puede contribuir a enriquecer el debate, en caso de impugnación de la resolución por vía de recurso.

ARTÍCULO 337. Congruencia de la sentencia con la acusación. La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta, ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas.

Si el tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlos así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso.

COMENTARIO

Un pilar fundamental del sistema acusatorio está precisamente consignado en este artículo al establecerse la necesidad de congruencia entre la sentencia y la acusación, y que representa en gran medida la ruptura de un paradigma de arbitrio judicial imperante en el sistema inquisitivo.

El principio de congruencia indica que en la sentencia no se pueden dar por acreditados otros hechos y otras circunstancias que los descritos en la acusación.

Otro aspecto importante es que la sentencia condenatoria que se dicte debe ser consecuencia del juicio y enmarcado en los límites fijados por la acusación. El propósito de este principio, es impedir que el acusado sea condenado por un hecho diverso al que fuera imputado e intimado.

La afirmación de una correlación e identidad entre acusación y sentencia, no significa que se trata la sentencia de una copia mecánica de la acusación, pueden existir diferencia en detalles poco significativos para lo sustancial de la decisión que se toma.

Es también interesante resaltar el hecho que el tribunal de sentencia en el caso que lo sometido a juicio sea un hecho constitutivo de falta, podrá apreciarlo en la sentencia sin que con ello pierda su competencia para someterlo a su juzgamiento.

Un factor de suprema importancia es que el esquema propuesto opera con una identidad entre el hecho planteado en la acusación y el hecho juzgado en el debate y por ende el sometido a sentencia, base toral del principio de congruencia teniendo que ver también la calificación (contra reo) que deberá estar sujeta a la regla de prohibición peyorativa (no reforma en perjuicio).

* * *

LA SENTENCIA

Francisco Gutierrez López
Magistrado

La función de juzgar, entendida como el acto de deliberar acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente, es de naturaleza universal, pues obedece a necesidades consustanciales con la naturaleza humana. No obstante, esta actividad de juzgar no se realiza de un modo único ni uniforme, pues cada ordenamiento jurídico cuenta con sus propios procedimientos que la regulan y principios que la inspiran.

La Constitución de la República de Honduras de 1982 incorporó al ordenamiento jurídico los principios básicos rectores de la función jurisdiccional, que constituyen el punto de partida de toda la regulación procesal. El artículo 89 instituye el principio de presunción de inocencia al manifestar que <<Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente>>; el artículo 90 establece que <<nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la ley establece>>; el artículo 94 dispone que <<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>>; al artículo 303 que dispone: <<La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se administra gratuitamente en nombre del Estado por magistrados y jueces independientes>>; y el artículo 314 que concreta que: <<Es facultad privativa de los Tribunales de Justicia juzgar y ejecutar lo juzgado.>>.

El nuevo Código Procesal Penal de la República de Honduras, tomando como punto de partida de los principios constitucionales anteriormente reflejados, ha introducido en el ordenamiento jurídico un novedoso procedimiento para enjuiciar las causas penales que, superando la anterior normativa procesal, que resultaba ya insuficiente, introduce mas garantías, claridad y precisión al regular la labor de enjuiciar, lo cual redunda en una mejora de la aplicación del derecho al ciudadano.

Como destinatario final de la norma. Gracias a esta reforma el ordenamiento jurídico hondureño se adapta a la normativa internacional recogida en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La sentencia, como documento en el que se plasma la decisión del tribunal, ha sido objeto de una especial atención por parte del legislador en el nuevo Código Procesal penal, que ha introducido sustanciales modificaciones en su regulación, que no se refiere sólo a aspectos meramente formales de la estructura de la sentencia, que si los hay y muy destacables, sino que son más ambiciosos y trascendentales, pues se refieren a la manera en que por parte de los tribunales se debe de realizar la función de enjuiciar. Así, mientras en el antiguo Código la sentencia era el resultado de un proceso inquisitivo que se desarrolla por escrito; en el nuevo código va a ser la culminación de un procedimiento regido por el principio acusatorio que dilucidará la controversia en un juicio oral y público, celebrado bajo los principios de inmediación judicial, igualdad y contradicción de las partes.

Si podemos definir la sentencia como la resolución judicial que culmina una instancia procesal, dando respuesta civilizada y motivada a las pretensiones de las partes, también tenemos que añadir que, además de esta función esencial, la sentencia cumple otras funciones: por una parte, es la manifestación de la potestad sancionadora del Estado, y como tal contiene un juicio de reproche que la sociedad dirige al que ha transgredido la norma; y, por otra, también se da satisfacción, aunque sea parcial, a la víctima, que obtiene, cuando menos, satisfacción moral por la actuación de la Justicia.

Cuando el nuevo CPPH regula la institución de la sentencia, debemos tener presente que, por una parte, prevé el proceso de gestación de la sentencia, entendida como desición o fallo del Tribunal de Sentencia, cuyo análisis debe realizarse en el apartado correspondiente al juicio oral; y por otra, determina cual ha de ser la estructura y el método de redacción del documento oficial que contiene la desición judicial.

LA ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA

Una vez cerrado el debate del juicio oral, los miembros del tribunal, tras deliberar las cuestiones debatidas y adoptar por mayoría las decisiones, procederán a plasmar por escrito la resolución judicial. En la redacción de la sentencia el Tribunal deberá ajustarse, bajo pena de nulidad, a las previsiones recogidas en el artículo 338 del Código Procesal Penal, precepto que constituye la piedra angular de la nueva regulación.

> Dado que la función que cumple la sentencia excede del mero ámbito judicial, y se extiende no sólo a las partes relacionadas con el proceso, sino que también extiende sus efectos a la sociedad en general, la misma debe obedecer a un proceso intelectual lógico y fácilmente comprensible y el lenguaje utilizado en la misma debe ser claro, preciso, sencillo y accesible al conjunto de la ciudadanía.
> En la motivación de los aspectos jurídicos de la sentencia se

requerirá, lógicamente, el uso de términos técnicos-jurídicos que exceden del normal conocimiento del ciudadano, pero ello no debe impedir que el razonamiento que realice el tribunal sea claro y preciso, y que permita que las sentencias sean comprensibles por todos sus destinatarios, pese al empleo de conceptos técnicos, que como resolución de un tribunal de Justicia debe contener.

El CPPH distingue en su regulación entre sentencias interlocutorias, que serán aquellas que pongan fin a cuestiones incidentales que requieran de previo y especial pronunciamiento, las que se adopten antes del juicio oral y público y las que se pronuncien en la etapa de ejecución de la pena; y sentencias definitivas, que serán aquellas que, con vista a todo lo alegado y probado por los entervinientes, son dictadas para dar por concluido el juicio oral y público o el procedimiento abreviado.

La estructura y principios que recoge el artículo 338 del CPPH deben ser observados en ambas clases de sentencia; no obstante, al incluirse en la regulación legal datos exclusivos del juicio oral, éstos sólo deberán incluirse en las sentencias definitivas, pero no así en las interlocutorias, que como no son dictadas como resolución que ponen fin al juicio oral, deberán adaptar su contenido al momento procesal en que se dicten.

El artículo 338 del CPPH, ya citado, divide la estructura de la sentencia en siete apartados que a continuación se reseñan.

Primero . Encabezamiento.

El artículo 303 de la Constitución de la República de Honduras dispone que la sentencia penal constituye una acto de poder del Estado; consecuencia de ello, el artículo 338 del CPPH prevé, en primer lugar, que “las sentencias se dictarán en nombre del Estado de Honduras”, manifestación que ha de constituir siempre el encabezamiento de todas las sentencias.

Segundo. Preámbulo.

El segundo apartado de la sentencia se denominará Preámbulo. El código ha optado por considerar desde el primer artículo, con indudable acierto, que el juicio oral y público es el único procedimiento válido para destruir la presunción de inocencia que ampara a todos los ciudadanos e imponerles alguna pena o someterlos a una medida de seguridad.

La sentencia deberá contener todos los datos esenciales para identificar el juicio oral; así, se reseñará el lugar donde se celebró el juicio, los delitos o faltas objetos de acusación, la fecha de la sentencia, y se identificarán a todos los que en él intervinieron, tato los miembros del Tribunal, como el Fiscal, Acusadores y Defensores, y, sobre todo, y con la finalidad de evitar confusiones que pueden perjudicar gravemente a terceros ajenos al proceso, resultará esencial la correcta identificación del acusado, con todos los datos personales disponibles (nombre y apellido, edad, filiación, estado civil, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilio, número de tarjeta de identidad), de tal modo que no se pueda producir el equívoco de dirigir el proceso o de ejecutar la pena impuesta en la sentencia contra

otro ciudadano distinto del imputado, pero de idéntico nombre; circunstancia que no es tan extraño que se produzca si solo se identificase al acusado con su nombre y apellido.

Aún cuando la norma no lo prevea expresamente, cabría la posibilidad de que en el Preámbulo de la sentencia, además, se identificase quién, de entre los miembros del tribunal, ha sido el redactor material de la sentencia, pues no debemos olvidar que la sentencia es también una obra jurídica producto de la labor intelectual de jueces profesionales, y la valoración de su función se realizará atendiendo a la calidad técnica de sus resoluciones, que sólo se reconocerá si se identifica al redactor material de la sentencia.

Tercero. Antecedentes Procesales.

Una vez identificados los participantes en el juicio oral será necesario, en tercer lugar, consignar como Antecedentes Procesales en párrafos numerados y separados las conclusiones finales que han mantenido la Acusación y la Defensa.

Este resumen no debe contener ningún razonamiento ni explicación, solo una sencilla y escueta transcripción de las conclusiones finales sostenida por todas las partes en el juicio, reseñando en párrafos independientes por cada una de las partes intervinientes, las cuestiones incidentales que se hayan planteado, de qué infracción penal se acusa, a quien acusa y qué participación ha tenido en los hechos, así como si concurren circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes, que pena se le pide, si ha incurrido o no en responsabilidades civiles, a quien corresponde el pago de las costas y, para terminar, cuál es la respuesta de la defensa a esa acusación.

En la sentencia se debe dar cumplida respuesta a todas las pretensiones de las partes, de ahí que resulte necesario que en la misma queden reflejadas todas las cuestiones con trascendencia jurídica planteadas por las partes en el juicio, aunque sea de forma concisa. De este modo, realizando una somera lectura de los antecedentes procesales y de la parte resolutiva podremos comprobar se ha respetado el principio de congruencia de la sentencia, que exige expresamente en el artículo 337 del Código Procesal, y, consecuentemente, el principio acusatorio, pues el Tribunal no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias ni calificar los hechos en perjuicio del acusado, en forma distinta de la que resulte de las conclusiones finales de la acusación. Circunstancias que, de producirse, será motivo de recurso de casación por quebrantamiento de forma, conforme dispone el artículo 362-6º del C.P.P.

Cuarto. La Fundamentación del Fallo.

La sentencia contendrá en cuarto lugar, y siguiendo lo dispuesto en el artículo 338, la Fundamentación del Fallo.

La motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función judicial. Es el factor primordial para fortalecer la legitimación democrática de los jueces, alimentando la confianza de los ciudadanos en la justicia, y permitiendo en control difuso y democrático del Poder Judicial por parte de la ciudadanía como titular de la soberanía.

Constituye este apartado el núcleo central de la sentencia. En él deberán realizarse las valoraciones de hecho y de derecho que justifiquen el fallo de la misma.

La exigencia de motivar las resoluciones judiciales se encuentra prevista en el artículo 141 del CPPH que declara que “los autos y sentencias, tanto interlocutorias como definitivas, contendrán bajo pena de nulidad, una clara y precisa motivación”. Obedece esta exigencia a la creciente y necesaria racionalización de la función judicial, que intenta alejar la función jurisdiccional de cualquier sombra de arbitrariedad o subjetivismo, y que pretende, por una parte, explicar razonablemente a las partes los motivos de la estimación o desestimación de sus pretensiones; permite, por otra, el control de la decisión por los órganos superiores; permite, por otra, el control de la decisión por los órganos superiores; y trata, además de impedir la arbitrariedad en la decisión judicial mediante el control que las partes, en particular, y la sociedad, en general, ejercen sobre el proceso.

El apartado correspondiente a la Fundamentación del Fallo contendrá, a su vez, varios subapartados: el primero, la declaración de hechos probados; el segundo la valoración de la prueba y el tercero, la fundamentación jurídica.

A. Hechos Probados.

Establece el Código que “en párrafos separados y numerados se hará declaración expresa y terminante de los hechos que se consideran probados, descritos con claridad, precisión y coherencia, sin emplear conceptos que , por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse”.

La declaración de hechos probados es la base sobre la que se construye la sentencia penal. Tras la celebración del juicio oral el Tribunal, en ese proceso lógico de construcción de la verdad judicial, deberá declarar, en primer lugar, que hechos considera ciertos, y para ello sólo podrá contar con las pruebas que se han practicado validamente en el juicio. Este procedimiento va a resultar esencial para la construcción jurídica de la sentencia, pues a partir de esta declaración, el Tribunal deberá traducir al mundo del derecho esa verdad judicial.

La descripción que realice el Tribunal de los hechos probados deberá asemejarse a la narración que efectúa un testigo presencial de un hecho cualquiera, describiendo lo que ocurrió como si estuviese reconstruyendo literalmente la escena ocurrida; deberá expresar hora, día, lugar y partícipes, y describir las acciones que tengan trascendencia jurídica, pero no dar opiniones, ni razones, solo describir las acciones que el tribunal consideró probado que ocurrieron.

En esta narración el Tribunal deberá observar las siguientes reglas técnicas:

1.- Si la sentencia tiene como finalidad establecer la verdad procesal, resulta indispensable que esta verdad se establezca con claridad, de tal modo que sea fácilmente comprensible, evitando que por la utilización de frases ininteligibles se produzca cierta incomprensión de lo que realmente se pretendió manifestar.

2. Esta relación deberá contener una narración precisa, y terminante de todos los hechos esenciales que tengan trascendencia jurídica, y si bien deben ser excluidos de la misma aquellos hechos que sean necesarios para resolver el conflicto, nunca deben omitirse datos esenciales y relevantes para la descripción del hecho, ni tampoco hacer uso de expresiones dubitativas que infundan al equívoco, o realizar una descripción probatoria huérfana de toda afirmación.

3. La declaración de hechos debe ser coherente, sin que exista tal contradicción en el relato, que los hechos sean irreconciliables y antitéticos, de forma que la afirmación de uno implique la negación de otro, y que la contradicción sea tan manifiesta, patente e insubsanable que ni siquiera contra la integración de otros pasajes del relato pueda hacerse la comprensión; o bien que afecte a partes esenciales del silogismo judicial de modo que pongan de manifiesto la incongruencia existente entre lo que se acuerda y sus antecedentes fácticos.
Por ello, no podría decirse que A se apoderó del dinero de B y, a su vez, que B no llevaba dinero.

4. Al realizarse la declaración de hechos probados no podrán emplearse conceptos Jurídicos que determinen el fallo, sino que se hará constar exclusivamente la descripción fáctica que integran su contenido, y se trasladará al apartado de la Fundamentación Jurídica los conceptos técnicos que constituyan la calificación jurídica de los hechos. Se produce el vicio de la predeterminación del fallo cuando por la utilización en el factum de expresiones técnico jurídicas que definen y dan nombre a la esencia del tipo aplicable y aplicado, se utilizan expresiones ajenas al gran público y al lenguaje común, con un valor causalista del fallo, o sea, que la predeterminación sea eficaz y causal, de manera que, si se suprimen tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato, se deja el hecho histórico sin base alguna, huérfano de inteligibilidad y sentido.

Se pretende, de este modo, realizar una descripción con términos que no tengan Sólo significado jurídico, sino que cualquier ciudadano al leer los hechos probados entienda lo que ocurrió, aún cuando ignore la traducción que tales hechos tienen en el mundo del derecho. No obstante, cuando se utilicen términos con significado jurídico, pero que por pertenecer al lenguaje común o vulgar, como pueden ser <<lesiones>> o <<daños>>, sean fácilmente comprensibles para el ciudadano común, el uso de los mismos en la descripción de hechos probados no se considerará predeterminación del fallo de la sentencia.

Un ciudadano que no tenga conocimientos jurídicos no tiene porque conocer la diferencia existente entre calumnia e injuria o entre robo y hurto, pero se entenderá el sentido de la acción cuando se describa con términos no jurídicos. Así, si no quisiéramos incurrir en el vicio de predeterminación del fallo no podríamos decir que <<el imputado A amenazó a B, logrando con ese proceder robarle el dinero y objetos de valor que portaba>>, porque se están utilizando dos términos jurídicos como amenazar y robar, que sólo debe interpretar el jurista y que están condicionando la calificación jurídica y predeterminando el fallo de la sentencia, sino que deberíamos decir que <<A exhibió la navaja a B, diciéndole que o le daba lo que tenia o lo mataba, logrando con ese proceder

apoderarse del dinero y objetos de valor que portaba>>.

La inobservancia de tales reglas, de modo que la declaración no sea clara y terminante o sea contradictoria, daría dar lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, y a la consiguiente anulación de la sentencia, conforme dispone en el artículo 353-1º del Código Procesal.

B. Valoración de la Prueba.

Una vez que se hayan redactado los hechos probados, como consecuencia ineludible de la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, “se expresan las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas en juicio y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente probados”.

La valoración de la prueba conlleva, por lo tanto, una doble función: una primera consistente en seleccionar de entre las pruebas practicadas aquellas que pueden ser valoradas por el tribunal al haber sido practicadas en el juicio oral en legal forma, excluyendo aquellas otras que por contener algún vicio procedimental sean nulas y no puedan ser tenidas en consideración (por ejemplo, un allanamiento o una interceptación de correspondencia sin orden judicial); y una segunda que obligará al Tribunal a razonar por qué motivo se ha decantado por dar mayor credibilidad a una prueba frente a otra, razonamiento que se realizará apreciando la prueba en su conjunto y conforme a la regla de la sana crítica, que es un parámetro cultural que remite la labor de razonar a criterios de experiencia común, vulgar o de la vida.

Esta labor, que conlleva una elevada y necesaria dosis de discrecionalidad, constituye la esencia misma del acto de juzgar; por ello, debe ser realizada con precisión y rigor, haciendo uso de criterios lógicos, de tal modo que la decisión del tribunal, aunque no se comporta, sea merecedora del reconocimiento de la comunidad por su solidez intelectual y por obedecer a criterios comúnmente aceptados. No se trata sólo de decidir, de elegir, sino que también es necesario elegir lo que sea más lógico y razonable, y como quiera que esta facultad de elección es subjetiva, el Tribunal deberá exponer con claridad y precisión los razonamientos en los que ha basado su decisión para considerar más digna de credibilidad una determinada prueba frente a otra.

La ley hace una especial mención a la llamada prueba de indicios. No es que esta prueba tenga un tratamiento distinto al resto de material probatorio, sin que el legislador que es consciente de la dificultad añadida que entraña la acreditación de hechos por indicios, debido a la elevada dosis de subjetivismo que en ella existe, que es muy superior, generalmente, a la de la prueba directa, advierte de modo expreso al juzgador para que cuando se consideren acreditados determinados hechos mediante prueba indiciaria (es decir, por medio de datos periféricos que por sí mismo no pueden probar el hecho principal que se pretende acreditar), se explique de forma adecuada, detallada y precisa el procedimiento intelectual seguido para enlazar el indicio con el hecho declarado probado.

La inobservancia de los principios de valoración de la prueba, bien por basarse la sentencia en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente a juicio o incorporados por su lectura con violación de las normas procedimentales contenidas en el Título IV del libro II del CPP o deje de considerar alguna prueba de valor excluyendo alguna prueba decisiva o que no hayan observado las reglas de la sana crítica, darán lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, según lo dispuesto en el artículo 362, 2º y 3º del CPP.

C. Fundamentación Jurídica.

Una vez que se haya declarado expresa y terminantemente los hechos que se consideren probados, y se ha justificado, conforme a las reglas de la sana crítica, el valor se ha dado a las pruebas practicadas en el juicio oral, el Tribunal deberá también en párrafos separados y numerados, consignar de forma clara, sucinta y precisa, con indicación de los preceptos o doctrina legal aplicables, los fundamentos legales de la calificación de los hechos hubiesen tenido para cada uno de los procesados; de las causas de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal; en caso de que concurran alguna de ellas; y de las penas que se impongan, en caso de condena, así como, los fundamentos doctrinales y legales de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella; del pronunciamiento sobre las cosas; y de las disposiciones que puedan adoptarse sobre el destino de los objetos secuestrados.

Esta actividad debe ser, igualmente, razonada, y si la sentencia careciera de la misma o bien fuera insuficiente o contradictoria, dará lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma (artículo 362-3º).

En este apartado de la sentencia el Tribunal, en primer lugar, realiza lo que se denomina doctrinalmente la subsunción típica, por la cual, aplicando las normas jurídicas, y las interpretaciones de la jurisprudencia se determinará que infracción penal se ha cometido, reseñando el precepto concreto en el que esta definida como típica la conducta (por ejemplo, un delito de robo con violencia previsto en el artículo 217 del Código Penal), analizando las distintas circunstancias del delito y los elementos del tipo (si es consumado, o intentado, si es doloso o imprudente, la relación de causalidad, la fuerza típica, el valor del objeto si es esencial para delimitar la gravedad de la infracción etc…),; o, en el caso de que el Tribunal considere que los hechos probados no constituyen infracción penal alguna, las razones en las que fundamente su decisión, con el análisis de porque no concurren los elementos del tipo, sin que sea suficiente decir simplemente que no concurren, sino que será necesario explicar los motivos que fundamenten la decisión, dando cumplida respuesta a los argumentos de los acusadores.

Concretada, en su caso, que infracción penal se ha cometido, el Tribunal deberá terminar, en segundo lugar, si el acusado es el responsable criminalmente de la infracción, y que grado de participación ha tenido en la misma si es autor o cómplice), explicando las razones que motivan tal desición y los preceptos legales o doctrina jurisprudencial que respaldan su resolución. Igualmente, si el Tribunal considera que el delito o falta se ha cometido, pero que, el acusado no ha tenido

participación en el mismo, deberá razonar los motivos en que fundamenta su desición.

Acreditada la infracción penal y el responsable de la misma, el Tribunal deberá analizar las causas de exención , atenuación o agravación de la responsabilidad que concurran en la infracción penal, reseñando los preceptos legales y la doctrina jurisprudencial aplicables al caso.

Seguidamente, se procederá, en cuarto lugar, a determinar la pena concreta a imponer conforme a las reglas de individualización prescritas en el Código Penal.
Cada infracción penal tiene una pena asignada legalmente, y el Código Penal cuenta con preceptos específicos para delimitar la extensión de esa pena legal (grado de ejecución y participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad, normas concursales, etc…). De la aplicación de esas normas de obligada observancia resultará no una pena concreta, sino una pena posible con máximos y mínimos que el Tribunal debe concretar valorando la entidad del hecho cometido y la peligrosidad del acusado. En esta operación de individualización el Tribunal goza de discrecionalidad, pero debe justificar su decisión y exponer los criterios seguidos para haber impuesto, dentro de la pena legal posible, una pena concreta.

A continuación, y siempre en párrafos numerados y separados, se hará expreso y razonado pronunciamiento sobre la responsabilidad civil en que hubiera podido incurrir las personas acusadas u otras sujetas a ella. Pronunciamiento que servirá de base al perjudicado para, una vez firme la sentencia penal, reclamar en procedimiento aparte, regulado en el capítulo VI, del Título Único, del Libro Quinto (artículo 422 a 430) del CPP, los daños y perjuicios recibidos como consecuencia de la infracción.

La sentencia continuará haciendo expreso pronunciamiento sobre las costas procesales conforme a las disposiciones que regulen la materia, contenida en el artículo 56 del Código Penal.

El último fundamento jurídico de la sentencia contendrá el expreso pronunciamiento sobre el destino de las piezas de convicción, instrumentos y efectos del delito, si los hubiere.

Pese a que el artículo 338 no contiene reseña expresa, el artículo 344 del CPPH precisa que cuando corresponda, conforme a lo dispuesto en la regulación contenida en los artículos 70 a 74 del Código Penal, se otorgará la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Esta resolución que suspenda la ejecución de la pena deberá ser, igualmente, razonada y se expondrá en un fundamento jurídico independiente a los reseñados anteriormente.

Cuando en la fundamentación jurídica de la sentencia se infringiere un precepto constitucional, penal u otra norma jurídica de carácter sustantivo que deba ser observada para la aplicación de la ley penal o un principio de doctrina legal (por tal debe entenderse la establecida por la Corte Suprema de Justicia por medio de, al menos, tres sentencias conformes sobre un mismo asunto) también de carácter sustantivo, establecen los artículos 361 y 360 del C.P.P. que habrá lugar al recurso

de casación por infracción de precepto constitucional, de ley o de doctrina legal. No obstante, los errores de derecho cometidos en la fundamentación de la sentencia impugnada que no hayan influido en su parte dispositiva, no la anulará, pero deberán ser corregido.

Quinto. La Parte Resolutiva.

La sentencia penal contendrá, en quinto lugar, la Parte Resolutiva. En ella el Tribunal procederá a dar respuesta concreta al conflicto suscitado, absolviendo o condenando al acusado, dando respuesta separada respecto a cada una de las personas acusadas y de los delitos de que haya sido acusado, determinando, en caso de condena, como dispone el artículo 344 del CPP, las penas y las medidas de seguridad correspondientes a cada una de ellas y por cada infracción. Asimismo, se hará expreso pronunciamiento en materia de costas y se dispondrá lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción instrumentos y efectos del delito.

Por último, contendrá mención expresa de lo resuelto en relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La Parte Resolutiva no contendrá fundamentación de hecho ni de derecho alguna, sino que será una respuesta coherente y congruente a los razonamientos antes realizados, de tal modo que si entre la acusación formulada, la fundamentación del fallo, y el fallo mismo existiera contradicción o fuere incongruente habría lugar, conforme dispone el artículo 362-6 del C.P.P. al recurso de casación por quebrantamiento de forma, que también podría interponerse si se omitieren elementos esenciales en la Parte Resolutiva, tales como la individualización precisa del imputado, las resolución de todas las cuestiones debatidas y la determinación exacta de la pena en caso de condena (art. 362-4º).

Sexto. Firma.

Seguidamente, el Código exige que todos los miembros del Tribunal y el Secretario pongan su firma autógrafa en la sentencia, dando el Secretario fé de la autenticidad de la sentencia y de las firmas. Si faltare alguna de las firmas habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma (artículo 362,7º C.P.P).

Séptimo. Votos Particulares.

Por último, cuando algún miembro del Tribunal discrepe de la mayoría con la parte resolutiva o con todos o algunos de los argumentos, deberá hacer constar su voto particular disidente.

La ley ha optado por un sistema total de transparencia y publicidad en la adopción del fallo, de tal modo que se debe conocer el criterio de todos los miembros del Tribunal, incluido el de la minoría. En la redacción de éste voto particular el miembro disidente deberá fundamentar las discrepancias que mantenga con la mayoría del Tribunal, utilizando la misma técnica que se exige para la redacción de la sentencia.

Con la firma de los miembros del Tribunal y el Secretario, y, en el caso que lo hubiere, con la redacción y firma del voto particular, la sentencia estaría preparada para ser notificada a las partes según el procedimiento previsto en los artículos 340 y 342 del CPP. Si la sentencia adoleciese de algún vicio el artículo 345 dispone que serán saneados de oficio por el tribunal o a petición de parte siempre que no constituyan motivo de casación por quebrantamiento de forma. Igualmente, según lo dispuesto en el artículo 134, las partes podrá solicitar aclaraciones y adiciones dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la notificación.

Piénsese por ejemplo, lo desproporcionado que resultaría que para ratificar la transcripción defectuosa del nombre del acusado en el fallo de la sentencia fuese preciso interponer un recurso de casación por quebrantamiento de forma. La acertada solución que adopta el Código permite economizar trámites procesales innecesarios; pero debe precisarse que la posibilidad de subsanación se circunscribe sólo a vicios eventuales, por transcripción material incorrecta u omisiones involuntarias, pero no a omisiones esenciales derivadas de la ausencia de razonamiento o motivación, que si precisarán para ser rectificados un recurso de casación por quebrantamiento de forma.

Con el apartado correspondiente a la subsanación de los vicios eventuales de la sentencia el CPPH da por concluido el análisis de la sentencia penal. Como puede observarse, el legislador ha prestado especial atención a la regulación de la sentencia penal como resolución esencial del proceso, imponiendo, acertadamente, no sólo una estructura obligatoria que permitirá una mayor uniformidad, orden y rigor en su redacción, sino que, además, ha basado la reforma en exigir que las sentencias se redacten con claridad, sencillez y que siempre sean suficientemente razonadas lo que provocará, sin lugar a dudas, una mejor comprensión de las resoluciones judiciales, un mayor control de las mismas por los órganos jurisdiccionales y, consecuentemente, un mayor acercamiento de la justicia al ciudadano, dando expreso cumplimiento a los principios recogidos en la Constitución de la República de Honduras.

*** * ***

Lesbia Dinora Cubas Urcina
Jaime banegas Zerón

ARTÍCULO 338. <u>Requisitos de la Sentencia.</u> Las sentencias se redactarán por escrito, con sujeción a las reglas siguientes:

Primera: Se dictará en nombre del Estado de Honduras.

Segunda: En su preámbulo se expresarán:

1) El Tribunal que la dicte, los nombres y apellidos de sus miembros y el lugar y la fecha de la sentencia
2) Los delitos o faltas objeto de la acusación,

3) Los nombres y apellidos del Fiscal, si hubiere intervenido en el juicio, y, en su caso, del acusador y del apoderado, si lo tuvieren;
4) El nombre y apellido de la persona acusada, edad, filiación, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar de nacimiento y el de su domicilio o residencia; así como el número de tarjeta de identidad o cualquier documento legal o autenticado que lo identifique, lo mismo que el nombre y apellidos de su Defensor.

Tercera: Como antecedentes Procesales, se consignarán, en párrafos separados y numerados, las conclusiones finales de la acusación y de la defensa.

Cuarta: Se consignará la fundamentación de fallo de la manera siguiente:

1) Declaración de hechos probados.
En párrafos separados y numerados, se hará declaración expresa y terminante de los hechos que se consideren probados, descritos con claridad, precisión y coherencia, sin emplear conceptos que, por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse.

2) Valoración de la prueba.
Seguidamente, se expresarán las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas en juicio, y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente declarados probados.

3) Fundamentación Jurídica.

En párrafos también separados y numerados se consignarán, de forma clara, suscinta y precisa, con indicación de los preceptos o doctrina legal aplicables, los fundamentos legales de la calificación de los hechos que se hubiesen tenido para cada uno de los procesados; de las causas de exención, atenuación, o agravación de la responsabilidad penal, en caso de que concurra alguna de ellas; y de las penas que se impongan, en caso de condena; así como , los fundamentos doctrinales y legales de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella; del pronunciamiento sobre las costas; y de las disposiciones que puedan adoptarse sobre el destino de los objetos secuestrados.

Quinta: En la parte resolutiva se absolverá o condenará a las personas acusadas, con pronunciamientos separados con respecto a cada una de ellas, y cada uno de los delitos de los que hayan sido acusados, determinando, en caso de condena, la pena correspondiente a cada una de ellas y por cada infracción.

La parte resolutiva contendrá, además, el pronunciamiento que corresponda en materia de costas.

Asimismo, en la parte resolutiva se dispondrá lo que proceda cerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos y efectos del delito.

Sexta: Al final, pondrán su firma autógrafa todos los miembros del Tribunal y el Secretario, quien dará fé de la autenticidad de las firmas que constan al pie de ella.

Séptima: El miembro del Tribunal que discrepe con la mayoría, hará constar su voto particular disidente, que firmará, inmediatamente después de las firmas a que se refiere la regla anterior.

De la misma manera hará constar su voto particular concurrente, cuando se encuentre conforme con el contenido de la parte resolutiva, pero disconforme con todo o parte de los argumentos aceptados por la mayoría.

COMENTARIO

El paso culminante del proceso se da cuando luego de haberse aportado las pruebas en la audiencia y realizado el debate entre las partes, el tribunal tiene que emitir su resolución, esta es la Sentencia. Siendo la principal resolución del juicio oral y público, de allí la necesidad de que cumpla con ciertos requisitos formales que se detallan en el presente artículo. Una de las virtudes de la sentencia es su adecuada fundamentación, concepto que no equivale a excesiva extensión sino precisión y concisión para hacer públicos los argumentos utilizados.

Es oportuno recalcar, que la validez de la sentencia está condicionada a su fundamentación lo que implica además razonamiento del derecho aplicado a las circunstancias, comprobadas de la causa conforme a las reglas de la sana crítica, en la cual la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos ni determinar el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador su libertad para admitir toda prueba que estime útil para lograr la verdad.

Bajo este aspecto, el Tribunal debe realizar la valoración, cumpliendo las leyes de la lógica, la experiencia y la psicología.

La lógica viene a constituirse en la existencia de una coherencia de los pensamientos del juzgador, la sentencia debe ser una estructura lógica y está constituida por una serie de razonamientos que armonicen entre si, operación que se realiza evaluando la prueba y extrayendo conclusiones.

La experiencia y la Psicología. La segunda se aplica por parte del tribunal en las pruebas que han sido incorporadas al proceso e implica que se dé preferencia a un testimonio en base a su procedencia, es decir, preferir al de un ciudadano honesto ante el otro que no lo es, el de un testigo veraz sobre el de otro que miente, valorando el dicho de cada testigo.

En cuanto a las máximas de la experiencia no conlleva las mismas mayores explicaciones, basta con tener conocimiento genérico de nuestra realidad social.

En relación con los requisitos particulares del fallo es preciso apuntar con singular importancia que todos los aspectos allí detallados puedan adoptar modalidades propias del tribunal que la dicta, siempre que se respeten las reglas descritas con exactitud del caso. Así en el caso del lugar donde se determina la audiencia determina si el fallo pronunciado se dictó dentro de la competencia territorial del tribunal, así también la fecha sirve para saber si se dictó respetando los plazos, si fuere día hábil, o si se juzgó en plazo establecido, etc.

Por otro lado la consignación de los integrantes del tribunal de sentencia como el de las partes intervinientes y del imputado es elemental por cuanto a los primeros les causa responsabilidad el fallo pronunciado y en caso de recurrir se facilita su ubicación y comunicación.

En cuanto al imputado, tiene que existir una identificación tanto nominal como física para poder individualizarlo en aplicación al principio non bis idem.

La estructura orgánica de la sentencia en una modalidad simple concatenada con un solo sistema de valoración y con una amplia valoración de orden jurídico son la novedad en la estructura de la sentencia en la cual siempre encontraremos, la subsunción de los hechos al derecho, el proceso dialéctico del que resulta el producto genuino y esencial del proceso penal.

Es preciso apuntar que en ésta estructura orgánica debe dejarse claro que en la apreciación del hecho debe existir una formula descriptiva neutra de no sesgo jurídico para no determinar, sumado a la descripción de los hechos que constituyen los elementos estructurales de tipo, de la conducta de imputado, y de las circunstancias concurrentes.

En cuanto a la prueba resalta la obligación del tribunal de hacer un análisis y crítica individualizada y conjunta, en los términos se hará en lo que respecta a la prueba indiciaria y tratamiento jurídico de ésta.

La sentencia es un producto, formal, no sólo por la importancia que tiene respecto de la solución del caso, sino porque se trata del objeto principal de los recursos y el resultado al que tiende todo el proceso.

* * *

PRUEBA INICIARIA EN EL PROCESO PENAL

Luís Alfredo de Diego Diaz
Magistrado

I. INDICIO, PRESUNCION Y PRUEBA INDICIARIA
1. *Indicio*
2. *Presunción*

II. VALOR PROBATORIO
1. *La presunción de inocencia*
2. *Los requisitos de la prueba indiciaria*
   A) Los indicios han de estar plenamente probados
   B) Pluralidad de indicios
   C) El nexo causal ha de ser racional y lógico
   D) Motivación en la sentencia

III. LOS CONTRAINDICIOS

IV. CLASIFICACION DE LOS INDICIOS
1. *Indicios de capacidad física*
2. *Indicios de capacidad moral*
3. *Indicios relativos al móvil*
4. *Indicios de oportunidad*
5. *Indicios de manifestación*
6. *Indicios de huellas materiales*
7. *El* mondus operandi.

V. ALGUNOS CASOS CONCRETOS DE PRUEBA INDICIARIA EN DETERMINADOS DELITOS
1. El *animus necandi* en el homicidio
2. Trafico de drogas y estupefacientes
   A) *Tenencia preordenada al tráfico*
   B) *La aprehensión de la droga*
   C) *La cantidad de droga, su distribución en papelinas, el lugar en que se portaba (ánimo de ocultamiento), la inverosimilitud de las explicaciones de los acusados*
   D) *La cantidad de droga ocupada, su diversidad, la investigación policial previa, su distribución en envoltorios*
3. Robo con toma de rehenes
4. Delito contra la Hacienda Pública

VI. EL CONTROL CASACIONAL DE LA PRUEBA INDICIARIA

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ar.: Receptorio de Jurisprudencia Aranzadi.
Art.: artículo
Arts.: artículos
CC: Constitución Civil español
CE: Constitución española
Cfr.: confróntese.
CPH: Constitución Política de Honduras.
Ed.: edición.
FJ: fundamento jurídico.
FFJJ: fundamentos jurídicos.
p. ej.: por ejemplo.
Pág.: página
Págs.: páginas.
ss.: siguientes.
SSTC: sentencia del Tribunal Constitucional español.
SSTS: sentencias del Tribunal Supremo español.
STC: sentencia del tribunal Constitucional español.
STS: sentencia del Tribunal Supremo español.

I. INDICIO, PRESUNCION Y PRUEBA INDICIARIA

Debe desde ahora distinguirse entre indicio y presunción. Ambos elementos integran la llamada <<prueba indiciaria>> o <<de presunciones>>, pero su naturaleza jurídica es bien distinta.

La conocida como prueba indiciaria o circunstancial es, en palabras de la STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ 3), <<aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que puede inferirse *[sic]* éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar>>.

Se ha dicho que en puridad no es un auténtico medio de prueba, <<entendido como vehículo de traslación al proceso de los hechos de la realidad, sino que opera sobre los resultados de los anteriores medios de prueba>>(11). El Tribunal Supremo, en España, ha sostenido en su sentencia de 5 de marzo de 1992 (ar. 1784). Que:

> […] La mal llamada prueba indirecta, circunstancial o derivada de indicios no es un medio autónomo de prueba, sino un método para valorar la prueba

(11) Cfr. SERRA DOMINGUEZ, Manuel, <<De las presunciones>>, *Comentario del Código Civil,* obra colectiva, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo II, pág. 414. También MONTON REDONDO, Alberto, se refiere a ello en *Derecho jurisdiccional,* tomo III, *Proceso Penal* (con Montero, Ortells y G. Colomer), 6.a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 300, donde escribe que la prueba indiciaria o de presunciones <<en realidad, no es un auténtico medio de prueba sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditadas en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que si lo tienen así como la participación y responsabilidad en ellos>

existente y que de manera directa se proyecta sobre otros hechos distintos al que se trata de probar. De un lado, el hecho de que ha de deducirse la presunción ha de estar (art. 1249 del Código Civil) completamente acreditado y, de otro, <<es indispensable –según establece el artículo 1253 del mismo Código- que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano>>.

Sea como fuere lo cierto es que su composición es compleja en cuanto requiere la existencia de unos hechos base (indicios), un razonamiento nexo lógico-inductivo y unos hechos inferidos o hechos consecuencia.

Sí, en la prueba directa la demostración del hecho enjuiciado deriva de modo inmediato del medio de prueba utilizado; en cambio, la prueba indiciaria se caracteriza por un mayor subjetivismo en cuanto el juez ha de realizar el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia (STC 256/1988).

1. Indicio

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define el indicio como <<fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido>>. Esta acepción atribuye al indicio un carácter eminentemente objetivo (no subjetivo o valorativo), en tanto fenómeno del que se extrae una conclusión o averiguación desconocida(12). El indicio es por consiguiente, un elemento de hecho que autoriza una deducción y una afirmación acerca de un hecho oculto, no percibido. Es <<el elemento inicial del que parte la presunción>>(13).

2. Presunción

Afirma SERRA que presunción es <<la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente>>(14).

Este concepto y sus elementos no difieren sustancialmente de la prueba de presunciones regulada en el Código Civil español (arts. 1249 y concordantes). Así lo ha entendido la STS de 19 de noviembre de 1990 (Ar. 9008) en cuanto afirma que <<la prueba de indicios o de presunciones (artículos 1215, 1249, y 1253 del Código Civil)(15) sirve para destruir la presunción de inocencia>>.

---

(12) Véase ASENCIO MELLADO, José Maria, <<Presunción de inocencia y prueba indiciaria>>, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia,* colección <<Cuadernos de Derecho Judicial>>, 1992-V, pág. 169.

(13) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, <<Función del indicio en el proceso penal>>, en *Estudios de Derecho Procesal,* Ariel, Barcelona, 1969, pág. 702.

(14) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, ibidem.

(15) A efectos ilustrativos, el texto de los preceptos citados es el siguiente:
Artículo 1215. las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones.
Artículo 1249. Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.
Articulo 1253. Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

El nexo causal o lógico que liga el hecho mediato y el inmediato ha de ser fruto de un proceso inductivo racional (STC 182/1995), no de una simple suposición, de tal modo que nadie puede ser condenado sobre la base de un proceso de interferencia que sólo ofrezca meras sospechas o simples conjeturas (cfr. STC 256/1988).

II. VALOR PROBATORIO

1. La presunción de inocencia

El derecho constitucional a la presunción de inocencia (arts. 89 CPH y 2 CPP) no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria. No siempre es posible, en el enjuiciamiento criminal, la utilización de prueba directa y prescindir de la indiciaria <<conduciría, en ocasiones, a la impunidad lo que provocaría una grave indefensión social>> (SSTC 174/1985, 189/1986, 111/1990).

La STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ 4), reflexiona sobre ello en los siguientes términos:

[…] La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum,* que se desvirtúa por prueba en contrario. Sin duda la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria.

Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente, de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social.

Más explicaciones aún ofrece la STC 133/1995, de 25 de septiembre (FJ 3):

[…] la prueba de cargo ha de ser directa, en principio, atestiguado y verificando objetivamente lo sucedido por quienes lo presenciaron, así como por la constancia y, en su caso, análisis de huellas, restos y vestigios hallados o dejados en la escena del delito. Sin embargo, también puede coadyuvar o producir por si sola la convicción del juzgador la llamada prueba circunstancial, que sirve para situar en aquella escena y en su tiempo al acusado, como también la prueba indiciaria, una y otra válidas y eficaces en su dimensión constitucional, por virtud del principio de libre valoración de la prueba inherente a la independencia judicial y no obstante el peligro que ofrece la prueba conjetural, señalado ya en el Digesto (1.5, *de poena)* y en Las Partidas (3. ª, ley 8. ª, Título XIV), donde sin embargo se permite excepcionalmente.
Ahora bien, el indicio, que lleva desde un hecho conocido a otro desconocido, por su relación mutua, ha de ser inmediato y necesario, grave y concluyente como exigía la ley provisional sobre la reforma del procedimiento criminal de 1868, para reducir al máximo el margen de indeterminación o error del juicio probalístico en que consiste. En tal sentido, pero con otras palabras más cercanas al concepto de la prueba por presunciones según la define el Código Civil (arts. 1252 y 1253 CC),

este Tribunal ha considerado inadmisible la indiciaria, equivalente de aquella en el ámbito penal, siempre que con base en un hecho plenamente acreditado –demostrado- dice, también pueda referirse la existencia de otro, por haber entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. En definitiva se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia (SSTC 174/1985, 229/1988, 197/1988, 197/1989, 124/1990, 175/1985 y 78/1994).

2. Los requisitos de la prueba indiciaria

La jurisprudencia constitucional española ha reiterado que, para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y simples sospechas han de darse cuatro requisitos básicos: *a)* los indicios han de estar plenamente probados; *b)* han de ser una pluralidad, no bastando uno solo; *c)* el razonamiento que liga los indicios con el hecho inferido ha de ser racional y lógico; y *d)* en la sentencia ha de plasmarse todo lo anterior [cfr. Por todas, las STC 68/1998, de 30 de marzo (FJ 5)].

Por su parte, la STS de 5 de febrero de 1998 (FJ 1), señala, entre las exigencias más importantes que debe superar la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia, las siguientes:

[…] a) Que los indicios o hechos-base estén plenamente acreditados pues no es legítimo establecer presunciones sobre presunciones; b) que sean plurales aunque no se puedan descartar la certeza deducida de un solo indicio de singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes o periféricos, no extraños o extravagantes, en relación con el hecho que se trata de probar; d) que entre sí se encuentren en cierto modo articulados, de forma que recíprocamente se refuercen y no se neutralicen, y e) que el *iter* lógico capaz de conducir de la acreditación de los indicios a la declaración probada sea suficientemente explicitado por el Tribunal que alcanza la convicción de culpabilidad.

La simplicidad con que se enuncian las anteriores exigencias requiere de ciertas matizaciones que, en algún caso, puedan llegar incluso a poner en cuestión las apodícticas afirmaciones hechas por las resoluciones citadas. Seguidamente lo veremos.

A) *Los indicios han de estar plenamente probados*

El Tribunal Constitucional español ha venido repitiendo que la prueba indiciaria ha de partir <<de hechos plenamente probados>> (p. ej., SSTC 24/1997 y 68/1998), de determinados <<indicios indubitados>> (STC 175/1993) o bien <<suficientemente probados>> (STC 256/1988); y que <<no puede tratarse de meras sospechas>> (STC 206/1994). Ya la STC 174/1985 (FJ 6) señalaba que <<no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades>>. Es, por tanto, exigible, cuando se trata de prueba indiciaria, <<la constatación clara de los indicios>> (STC 62/1994).

Pero la constatación de los indicios puede serlo por cualquier medio de prueba,

Incluso mediante otras presunciones(16). Es decir, no resulta aplicable la máxima *praesumptio de praesumptione non admitir,* esta regla de SERRA- <<responde a una errónea prestación del valor probatorio de la presunción, que es considerada con disfavor como un simple sucedáneo de la prueba directa, a la que hay que acudir cuando no queda otro remedio>>. Añade el autor citado que <<en el proceso penal en el que la apreciación de la prueba queda al arbitrio *[razonado y razonable, claro está]* del Tribunal, nada impide que este considere completamente acreditada la conclusión intermedia extraída del indicio primitivo y que sobre la misma extraiga a su vez una nueva presunción>>(17). A fin de cuentas, el proceso discursivo no esta sujeto a ninguna limitación mientras se desenvuelva escrupulosamente por los cauces de la lógica(18).

Esta tesis, aunque no sea unánimente compartida(19), ha de reputarse acertada. Por el contrario, exigir que el <<*indicio*>> haya de ser siempre acreditado por prueba directa sería tanto como sostener, ni más ni menos, que la convicción judicial obtenida de la prueba indiciaria en de <<peor calidad>> que la resultante de prueba directa. Con buen criterio sostiene BELLOCH que un planteamiento como este supone una verdadera contradicción ontológica o, si se refiere, constituye una *contradictio a terminis(20).* En efecto, conforme a las reglas del discurso lógico no cabe afirmar que la <<prueba indiciaria>> sirve y puede producir la certeza jurídica en que se funda la convicción judicial de condena del acusado, y al mismo tiempo, mantener que a través de dicha prueba no se pueden acreditar uno o varios hechos que, a su vez, supongan el indicio o hecho base en que fundar una nueva presunción.

El Tribunal Supremo español ha admitido, al menos implícitamente, que los hechos base o indicios puedan estar acreditados, a su vez, por otros hechos indicarios. La STS de 3 de octubre de 1997 (Ar. 6999) parece clara al respecto:

> […] esta labor de control de casacional tiene también dos limites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento.

Si el tribunal supremo sostiene que no es posible cuestionar en sede casacional los hechos base o hechos indiciarios declarados probados en la instancia cuando éstos lo fueron mediante prueba directa, quiere decir que admite la posibilidad de que también hayan podido ser acreditados por prueba indiciaria, aunque en este

---

(16) Así, por ejemplo, MITTERMAIER, C.J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal,* 10ª ed., adicionada y puesta al día por Pedro Aragoneses Alonso, Reus S.A., MAdris, 1979, págs. 381-382; SERRA DOMIMGUEZ, Manuel, *Función del Indicio…,* cit., pág. 710.

(17) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, ibidem.

(18) Así Lluis Múñoz CABATÉ, ibidem.

(19) P. ej., la STS de 14 de octubre de 1986 (Ar. 5614). Más recientemente, la STS de 23 de octubre de 1997 (Ar. 7246), señala que <<los requisitos para la validez de la prueba de indicios consisten en que los indicios […] *se hayan recogido a través de pruebas directas>>. Y la STS de 5 de febrero de 1998 (Ar. 646) enumera, entre las exigencias que debe enumerar la prueba indiciaria para sustentar el juicio de culpabilidad:* <<a) que los indicios o hechos-base estén plenamente acreditados pues *no es legítimo establecer presunciones sobre presunciones>>.*

(20) BELLOCH JULBE, Juan Alberto, <<La prueba indiciaria>>, en *La sentencia penal,* colección <<Cuadernos de Derecho Judicial>>, 1992, tomo XIII, pág. 45.

último caso si sea posible el control casacional sobre su declaración como hechos probados.

B) *Pluralidad de indicios*

La virtualidad de los indicios reside precisamente en la acumulación Naturalmente, cuando más variada y plural sea la concurrencia de hechos indiciarios concluyentes, tanto más correcta intrínsecamente deberá considerarse la presunción que de ellos se deriva(21). Su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-guión causa22.

La STC 111/1990, de 18 de junio (FJ 4), recuerda la necesidad de la condena basada en prueba indiciaria ha de contar con una pluralidad de indicios:

> […] aunque la prueba no sea directa, si ésta *[la condena]* se produce, es constitucionalmente correcta siempre que se razone o pueda razonarse el correlato que existe entre los varios indicios, que han de ser consistentes y plurales, se fije su condición y naturaleza, y la ilación de la estructura de los fundamentos que conduzca a la condena sea lógica y razonada. Por todo ello, en la medida de que queda en pie un considerable cúmulo de hechos probados en debida forma y de ellos se deriva, razonada y fundadamente, un juicio de culpabilidad, si bien de forma indicaria, a través de presunciones, por la propia naturaleza y desenvolvimiento de los hechos (STC 174/1985, entre otras), no puede decirse que haya violado de modo constitucionalmente censurable la presunción de inocencia del recurrente.

Sin embargo, debe reconocerse que la exigencia de una pluralidad de indicios no puede mantenerse con absoluta rigidez. Es verdad que ordinariamente serán necesarios varios hechos básicos o indicios para tener por buena la aplicación al caso de esta clase de prueba. La concurrencia de uno sólo suele ser equívoca.
Pero hay casos excepcionales, por lo demás nada infrecuentes en determinados delitos y zonas geográficas, en que la especial significación como indicio de un determinado hecho básico puede acreditar de modo indubitado la realidad del hecho consecuencia(23). Y es que, como recuerda MUÑOZ SABATË, <<los indicios no se cuentan, sino que se pesan>>(24).

---

(21) SERRA DOMMINGUEZ, Manuel, *Función del indicio*…, cit., pág. 709, donde añade: <<Teniendo en cuenta que en proceso penal normalmente las presunciones se forman a base de relaciones de casualidad, si un efecto determinado puede tener varias causas, no podrá considerarse probada la causa partiendo del efecto. Si en cambio existen dos efectos que pueden haber sido producidos por diversas causas, de las cuales sólo una es común a ambos, podrá formarse con una cierta seguridad la presunción de que ambos efectos son debidos s una causa común. Y conforma valla aumentando el número de indicios, la probabilidad será indudablemente mayor.>>

(22) ASENCIO MELLADO, José Maria. *Presunción de inocencia…,* cit., pág. 175.

(23) No parece difil aceptar que cuando al acusado se le han intervenido 100 kilogramos de hachís ello puede ser suficiente indicio para estimar que trataba de destinarlo al tráfico.

(24) *Técnica probatoria,* cit., pág. 192. Se trata de un viejo aforismo citado entre otros dos por DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial,* Buenos Aires, 1970. pág. 656; SICARD, *La preuve en justice, París 1960, pág. 363.*

En fin, <<si tenemos presente que el juicio de hecho de la sentencia está integrado por diversos hechos relacionados entre sí, nada impide que cualquiera de ellos devenga probado a través de una presunción, máxime si existe una relación de gran fuerza entre la afirmación base y la presumida>>(25).

De hecho, si observamos la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta que en las más recientes sentencias, cuando glosa su propia doctrina relativa a los requisitos de la prueba indicaria, ya no aísla expresamente como uno de tales requisitos el que los indicios sean plurales, limitándose señalar genéricamente que: *a)* la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y *b)* los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria [cfr., p. ej., SSTC 24/1997 (FJ 2.º), 45/1997 (FJ 6.º) y 68/1998 (FJ 5.º)].

El Tribunal supremo, aunque sea excepcionalmente, si admite la convicción judicial fundada en un solo indicio. Tal es el criterio de la STS de 3 de octubre de 1997 (Ar. 6999)(26):

[…] Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o indiferencia. En cuanto a los indicios es necesario: […] *b)* que sean plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular potencia acreditativa.

En cualquier caso, de haber varios indicios, éstos tienen que ser unívocos unidireccionales. O, en palabras de la STS de 5 de febrero de 1998, <<que entre sí se encuentren en cierto modo articulados, de forma que recíprocamente se refuercen y no se neutralicen>>.

Claro es que, el concurso de indicios no exige coincidencia en cuanto al tiempo, pudiendo ser anteriores, concomitantes o posteriores al hecho consecuencia. La univocidad que se predica consiste, <<o en la indudable relación del hecho generador con el hecho principal, o en la relación de los indicios entre sí>>(27). Es preciso –sigue diciendo MITTERMAIER- que todos recaigan sobre el mismo objeto cuya averiguación trata de hacerse, y que cada uno de ellos designe al mismo inculpado.

Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 5 de febrero de 1998 (FJ 2)(28):

> […] EL hecho de que en el arma blanca encontrada en el domicilio del procesado días después de la muerte de la víctima apareciesen restos de sangre humana, el perfil genético de cuyo ADN coincidió en el de la

---

(25) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, Función del indicio…, cit., pág. 708.
(28) En idéntico sentido la STS de 5 de febrero de 1998 (Ar. 646).
(27) MITTERMAIER: C. J. A., *Tratado de la prueba…, cit., pág. 386.*
(28) Excmo. Sr. D. José Jimenéz Villarejo *(Base de Datos Aranzadi, marginal: RJ 1998/646).*

sangre de la víctima, una vez realizadas las pruebas pertinentes en la Sección de Biología del Instituto Nacional de Toxicología, unido al dato científico de que la posibilidad de encontrar un individuo con el mismo perfil genético es de un 0.072%, es decir, estadísticamente despreciable, se debe considerar, frente a lo que se afirma en este motivo del recurso, mucho más que un indicio. Aquel hecho empírico y este dato científico, conjuntados, equivalen a la práctica seguridad de que la navaja del procesado estuvo en contacto con la sangre de la víctima. Si dicha seguridad se pone, a su vez, en relación con: *a)* el dictamen médico-forense según el cual las heridas determinantes de la muerte de la víctima se hubieron de causar con una navaja idéntica a la navaja del procesado, *b)* la circunstancia de que éste conoció a la víctima horas antes de su muerte, por lo que los restos de sangre detectados en la navaja no podrían proceder de una ocasión anterior, *c)* el hecho indudable de que fué el procesado la última persona que fué vista la noche de autos en compañía de la víctima y *d)* el dato significativo –que esta sala ha podido comprobar haciendo uso de la facultad que le reconoce el art. 899 LECrim- de que no ha sido posible hallar y analizar el jersey o camisa que llevaba el procesado cuando los hechos tuvieron lugar, nos encontramos ante un cúmulo de indicios –no ante uno solo como supone el recurrente- que apuntan inequívocamente en la misma dirección incriminatoria que la incontestable prueba biológica.

C) ***El nexo causal ha de ser racional y lógico***

Como es sabido, <<lo que el indicio muestra no es lo que en definitiva se quiere probar, sino un paso intermedio para llegar a ello con la ayuda de una regla de relación lógica, científica, estadística o de experiencia entre los dos hechos>> (voto particular a la STC 68/1998. La valoración de la prueba indiciaria conduce a una presunción; y toda presunción se caracteriza por la conclusión de un hecho a partir de otro inmediato. Al faltar, pues, por la propia naturaleza de las pruebas indirectas, un enlace directo y preciso con el hecho que se declara probado, dicho enlace deberá ser demostrado a partir de la certeza de los indicios y de la solidez de la regla que une lo que los mismos prueben directamente y lo que se pretende probar.

La prueba indiciaria requiere, por consiguiente, un proceso de inferencia (inductivo) que aúne (hecho antecedente o hecho base) con el hecho presunto (el que se necesita probar), pero de tal modo que siempre la relación entre el indicio y el resultado sea *precisa y directa.* Así lo afirma, por ejemplo, la STC 182/1995, de 11 de diciembre (FJ 3):

Este Tribunal ha considerado admisible la prueba indiciaria siempre que con base en un hecho plenamente acreditado, pueda inferirse la existencia de otro por haber entre ambos un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. Se trata pues, de una operación lógica consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia (SSTC 174/1985, 175/1985, 217/1989, 40/1990, y 93/1994).

Al propio tiempo, la conclusión así obtenida ha de ser fruto de una *inferencia lógica,* y no de una mera suposición o conjetura (STC 174/1985); o, lo que es lo mismo, el proceso deductivo ha de ser *coherente* (STC 256/1988), *no arbitrario, irracional o absurdo* (STC 175/1985)

Es posible, y frecuente, que los mismos hechos (indicios) probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso –indica la STC 174/1985 (FJ 6)- <<el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar porque elige la que estima como conveniente>>.

D) ***Motivación en la sentencia***

La motivación de las sentencias, de <<todas>> las sentencias y no solo de las que se funden en prueba indiciaria, no constituye una simple formalidad. Es una exigencia derivada, fundamentalmente, de lo establecido por el artículo 82.1 de la Constitución Política de Honduras sobre el derecho de defensa(29). Difícilmente podrá la parte debatir en instancias superiores los argumentos que han servido de base para su condena si no han sido expuestos con claridad en la sentencia. Lo que se quiere es –según afirma la STC 231/1997- <<que el Juez explique suficientemente el proceso intelectivo que le condujo a decidir de una determinada manera>>.

En concreto, cuando se trata de una condena basada en hechos indiciarios, la motivación expresa sobre las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración es una exigencia básica para poder determinar si existió verdadera prueba indiciaria o si lo único que se produjo fue una actividad que tan solo logró arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado.
La STC 174/1985, de 17 de diciembre (FJ 7), trató de explicar la necesidad de que en la sentencia se exprese el desarrollo lógico que llevo al juzgador a considerar probados los hechos que fundamentan la condena, singularmente en los casos de prueba indiciaria:

[…] Es cierto que el artículo 242 *[sic; rectius: 142]* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la forma en que se han de redactar las sentencias, no impone que se recoja en su texto el desarrollo lógico que lleva al juzgador a considerar probados los hechos que fundamentan la condena, pero también es cierto que no lo impide. Ahora bien, cuando

---

(29) La necesaria motivación de las resoluciones judiciales, singularmente autos y sentencias, viene igualmente impuesta por el derecho de acceso a la jurisdicción a que se refiere el artículo 82.II de la Constitución hondureña. Este derecho, que implica el de acceso a la tutela judicial, tiene su proyección en distintas vertientes (cfr., p., ej., STC 102/1984): a) derecho de acceder al sistema judicial; b) derecho a obtener una resolución motivada (fundada en derecho) y de fondo salvo, -en cuanto a éstos último- que existan obstáculos procesales insubsanables; c) derecho de acceso a los recursos legalmente previstos; y d) derecho a obtener la ejecución de las sentencias.
Y es que, el derecho a la tutela judicial es –en palabras de GARCIA MORILLO-, un derecho complejo integrado por una diversidad de elementos o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales>>. Cfr. GARCIA MORILLO, Joaquin, *Derecho Constitucional* (con López Guerra y otros), vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 280.

el artículo 120.3 de la Constitución requiere que las sentencias sean <<motivadas>>, elevando así a rango constitucional lo que antes era simple imperativo legal, ha de entenderse que esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia. Conviene advertir que no se trata de coartar la libre apreciación de la prueba que establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, es decir, no se vuelve a ningún sistema de prueba legal o tasada, sino que se le pide únicamente que exprese los criterios que han presidido la valoración de los indicios para llevarle a considerar probados los hechos constitutivos del delito. Tampoco se trata que el juzgador tenga que detallar en la sentencia los diversos momentos de su razonamiento, sino las líneas generales de ese razonamiento. Esta exigencia, no es por otra parte nueva en nuestro Derecho postconstitucional. La Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, relativa al procedimiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, establece en su artículo 10.6 que el juez dictará sentencia <<en la que se recogerán de manera expresa las pruebas practicadas y su resultado>>. No es difícil ver en esta disposición una acertada aplicación de principios constitucionales, y no una peculiaridad derivada de la especial naturaleza de ese tipo de juicios.

En parecidos términos, y circunscribiendo también su doctrina a la denominada prueba indicaria, la STC 175/1985, de 17 de diciembre (FJ 5), declara:

En conexión con lo anterior, es necesario efectuar algunas consideraciones en relación con la denominada prueba de indicios, y con la posibilidad de que a partir de la misma el órgano judicial deduzca racionalmente la veracidad de hechos no probados directamente en el juicio oral, sea que tales hechos figuren en el atestado, o en las actuaciones sumariales, o al margen de los mismos.

En este caso surge la cuestión de determinar si el órgano judicial debe razonar su actividad deductiva, cuestión a la que ha de darse una respuesta afirmativa, teniendo en cuenta que la Constitución –como ha señalado reiteradamente el Tribunal –constituye un todo en el que cada precepto adquiere un verdadero valor y sentido en función de los demás. En efecto, debe señalarse, de una parte, que el artículo 120.3 de la Constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito –artículo 25.1 de la Constitución- no puede ser

meramente interno, sino que ha de expresarse en la sentencia, y de otra, que ello es también una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones de Tribunal, ni habría manera de que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar cuales son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posteridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios

La doctrina anterior, circunscrita a la denominada prueba indiciaria, no se opone al principio de libre valoración de la prueba, ni tan siquiera a su valoración en conciencia (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues, como ha reiterado el Tribunal en múltiples ocasiones, la legalidad vigente ha de interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad el derecho fundamental; y por otra parte, valoración libre o en conciencia no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno, cuando es precisamente a través de la actividad de juicio sobre los hechos probados como el órgano judicial llega a deducir que le permiten subsumir la conducta en el tipo penal.

Ya en términos generales, la STC 46/1996, de 25 de marzo, puede ser un claro exponente de la doctrina elaborada por el Alto Tribunal en relación a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (30). En dicha sentencia se dijo (FJ 3):

Este Tribunal ha elaborado una amplia doctrina sobre la motivación de las resoluciones judiciales (SSTC 16/1993, 58/1993, 165/1993, 166/1993, 28/1994, 177/1994, 153/1995, entre otras muchas), que pueden resumirse en las siguientes declaraciones: *a)* La obligación de motivar las sentencias que el artículo 120.3 CE impone a los órganos judiciales, puesta en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE que comprende, entre otros, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, determina la necesidad de que las resoluciones judiciales (autos y sentencias) contengan una motivación suficiente, cuya carencia entraña la vulneración del artículo 24.1 CE; *b)* El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes

---

30) Doctrina literalmente reproducida en la STC 231/1997, de 16 de diciembre (FJ 2).

Pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; *c)* La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales. No exige que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta o se haga por remisión a la motivación de otra resolución anterior.

En fin, si la motivación de la sentencia penal es necesaria en cualquier caso, más aun lo es cuando se valoren pruebas indirectas o circunstanciales. Entonces, el razonamiento circunstancial a la prueba indiciaria sirve precisamente para determinar si lo valorado constituye o no una prueba preciable. La motivación, como plasmación externa de este razonamiento, es la única vía que permite controlar si el proceso deductivo es lógico; esto es, si existe un enlace lógico y suficientemente sólido (<<preciso y directo>>) entre los hechos base (indicios) y los hechos declarados probados; o, por el contrario, los elementos utilizados como cauces de inferencia de la culpabilidad del acusado se muestran incoherentes, arbitrarios, irracionales o absurdos, en cuyo cayo se vería vulnerada la presunción de inocencia.

Como se dice en la STC 229/1988, precisando la doctrina que estamos exponiendo, la sentencia ha de contener <<no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a las mismas, y el iter mental que ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido>>.

Por lo demás, y por lo expuesto por la STC 175/1985 (FJ 5), <<en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuales son los indicios probados, y, en segundo término, como se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal>>.

Con todo, deberá retenerse que la falta de motivación en la instancia es considerada un defecto subsanable en casación. La STC 256/1988, de 21 de diciembre (FJ 3), es un buen ejemplo de esa doctrina:

[…] Es cierto que en su sentencia la Audiencia omite injustificadamente la fundamentación lógica por la que llega a la conclusión de atribuir al recurrente en amparo participación en los hechos enjuiciados, pero nada impide que puede entenderse subsanada dicha falta por el Tribunal Supremo: Primero, como se dijo en el auto de 8 e abril de 1988, RA 28/1988, porque ello es coherente con el cauce utilizado de la casación por infracción de la ley que, a diferencia de aquella que se sustenta en infracciones procesales, no obliga a retrotraer las actuaciones al momento en que se cometió el vicio, y, además, porque así lo impone la misma lógica interna del principio de subsidiariedad que rige el amparo constitucional [art. 44.1 c) LOTC].

El Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina subrayando el *carácter eminentemente formal* de la motivación. La STC de 15 de abril de 1989 (Ar. 3355), tras sentar que los Jueces deberán fundamentar sus sentencias <<con el objeto de posibilitar en la casación el control de sus apreciaciones respecto de los elementos subjetivos del delito>>, inmediatamente después (FJ 3) señala que:

[…] Ello no quiere decir, como es claro, que la ausencia de motivación expresa deba generar en todos los casos, como infracción puramente formal, la casación de la sentencia. En aquellos supuestos casos en los que el Tribunal Supremo implícito en la sentencia, la casación no será necesaria.

Este mismo criterio sanatorio sería aplicable, *mutatis mutandis,* en el marco de la apelación (31).

III. LOS CONTRAINDICIOS

Los contraindicaos –señala MITTERMAIER- son aquellos hechos que, <<por vía de conclusión, hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo , en cuanto de ellos resulta a favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito y daban importancia a las sospechas>>(32).

Normalmente los contraindicaos suelen consistir en las explicaciones o coartadas que los acusados ofrecen a fin de enervar la virtualidad de los indicios de cargo existente en su contra. Pero, claro está, las más de las veces tales explicaciones o coartadas son una mala invención, inverosímil y pueril, contrarias a las normas de la lógica o, incluso, de probada falsedad a la vista de otras pruebas .

El tratamiento que entonces haya de darse a los pretendidos contraindicios que, finalmente, ha resultado frustrados es una cuestión poco clara. El Tribunal Constitucional Español se refiere a los contraindicios indicando al juzgador que ha de aceptarlos o rechazarlos fundamentalmente y que el simple hecho de que la coartada resulte falsa no puede servir para condenar al acusado. Fiel exponente de ello es la STC 24/1997, de 11 de febrero (FJ 3):

En el presente recurso se suscita específicamente el problema relativo a la determinación de la eficacia que constitucionalmente debe atribuirse a los denominados <<contraindicios>>, como, por ejemplo, pueden serlo las declaraciones falsas o las coartadas poco convincentes. Este Tribunal ha precisado que <<la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el juzgador ha de tener en cuenta , pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulte convincente o resulte contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable>> (STC 229/1988); <<ciertamente el acusado no tiene que demostrar su inocencia, e incluso el hecho de que

(31) Cfr.Belloch Julbe, Juan Alberto, la prueba indiciaria, cit, pág. 73
(32) En tratado de la prueba… cit., pág.376

su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente>> (STC 174/1985).

Aparentemente podría pensarse que el Tribunal Constitucional toma la escasa o nula verosimilitud o credibilidad de las explicaciones o exculpaciones del acusado como un hecho neutro: intrascendente en cuanto no está obligado a confesarse culpable y, por ende, inane para declarar la culpabilidad del acusado. Pero, si bien es cierto que la condena no puede fundarse tan sólo en la falsedad de una coartada, nada impide valorar este hecho como un elemento indicario más junto con otros para llegar a la convicción de su culpabilidad. El tribunal Constitucional no niega radicalmente esta posibilidad y, por lo demás, aunque el acusado no tenga obligación de declarar, cuando voluntariamente lo hace, su versión de los hechos (o la probada falsedad de la misma) pueden perfectamente valorarse tanto en sentido exculpatorio como incriminatorio.

Esta parece ser la tesis del tribunal Supremo, quien lo toma, en ocasiones, como una especie de <<indicio de segundo orden>>. Así, por ejemplo, la TSC de 14 de octubre de 1986 (Ar. 5614), señala que:

[…] si el procesado, que en forma alguna tiene la carga probatoria de su inocencia al estar amparado por la presunción de inocencia, formula unas alegaciones exculpatorias que la prueba posterior revela falsas y no acaecidas, tal circunstancia puede servir corroborativamente para establecer su culpabilidad(33).

Claramente lo admite como un indicio más, sin ambages de ningún género, la STC de 29 de septiembre de 1997 (Ar. 6830):

[…] Cuarto, la inverosimilitud de a razón explicativa de la posesión ofrecida por ambos inculpados a la luz de sus propias contradicciones internas. En efecto, el relato resulta objetivamente inverosímil, pues afirmado que la droga pertenecía a un tercero y que la intención posesoria era al efecto de su devolución, sin embargo nada se especifica en relación a la persona destinataria ni tan siquiera en relación a las circunstancias espacio-temporales en las que se produciría dicha devolución, limitándose ambos inculpados a manifestar se dirigían a Alcanar a devolver un paquete conteniendo droga a persona indeterminada y en lugar tampoco determinado; indeterminación que por elementales máximas de la experiencia hacia poco probable el éxito del viaje, lo que contrasta con el alto riesgo que implica la posesión de sustancia estupefaciente en la cantidad que resulto finalmente intervenida y del que eran plenamente conscientes los inculpados.

---

(33) En el mismo sentido la STS de 30 de septiembre de 1997 (Ar. 7168) tras exponer toda una serie de indicios de cargo, afirma <<[…] todo lo cual concatenado, y *sumado a la falta de verdad de las explicaiones* que Luis y José dieron sobre lo que en hors coincidentes hacían […] han conducido con toda lógica al Tribunal sentenciador a concluir que es indudable la presencia y la intervención de este recurrente y de José A en los hechos de que fueron acusados >>.

IV. CLASIFICACION DE LOS INDICIOS

Sin pretensiones académica y los únicos efectos de servir de pauta orientativa a la hora de elaborar el razonamiento lógico inductivo que nos lleva del hecho base al hecho consecuencia, exponemos seguidamente la clasificación de los indicios a partir de las efectuadas por ELLERO(34) y REYES ALVARADO(35).

1. Indicios de capacidad física

Lo único que pueden acreditar es la aptitud del acusado para delinquir, en cuanto reúna las condiciones necesarias para realizar el concreto comportamiento del que se le acusa; indicios que sólo pueden tener importancia cuando tal comportamiento exija determinados requisitos de inteligencia, conocimientos, complexión o fuerza física en su autor. Piénsese en el robo efectuado introduciéndose en el inmueble a través de una pequeña canalización o abertura sólo apta para personas muy delgadas y menudas.

2. Indicios de capacidad moral

Son aquellos que pueden revelar una inclinación al delito por parte del acusado. Aunque de escasa importancia y con valor secundario en orden a determinar la autoría de los hechos, pueden utilizarse como tales los antecedentes penales: condenas anteriores contra el mismo sujeto por hechos delictivos semejantes o que violen un mismo bien jurídico. En esta sede no tienen cabida los antecedentes policiales porque cuando son sólo tales no podemos afirmar que nos encontremos ante hechos completamente acreditados (cfr. Art. 1249 CC español), aunque quizás si podrían servir como elementos coadyuvantes de los demás indicios.

3. Indicios relativos al móvil

Descubrir que el acusado tenía un motivo concreto para cometer el delito es, sin duda, un indicio apto para –junto con otros- llegar al convencimiento de su participación en el delito. Ello no significa, *a contrario,* que la falta de aparente móvil haya de llevarnos ineludiblemente a negar la autoría del acusado. Como bien indica DELGADO GARCIA, <<la experiencia nos muestra con relativa frecuencia que hay delitos con autoría comprobada en los que, normalmente por deficiencia probatoria, no llega a conocerse el móvil del comportamiento punible>>(36).

4. Indicios de oportunidad

Se refieren a la presencia del acusado en el lugar del hecho y a la hora de su

---

(34) EILLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratados de la prueba en materia penal.* Reus S.A., 6ª. Ed., Madrid, 1968, págs, 69 y ss.

(35) REYES ALVARADO, CESID, *La prueba indiciaria,* Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda., 2.a ed., Bogotá (Colombia), 1989.

(36) DELGADO GARCIA, Joaquín, <<Prueba de indicios>>, en *La prueba en el proceso penal II, colección <<Cuadernos de Derecho Judicial>>, 1996, tomo IX, pág. 394*

comisión, según fueran muchos o pocos (o tan sólo el imputado) quienes tuvieran ocasión u oportunidad de cometer el delito, estos indicios tendrán a su vez, menor o mayor fuerza probatoria.

5. Indicios de manifestación

Las actividades anteriores a la perpetración del delito (preparatorias del mismo) y las posteriores a su comisión (tales como actos destinados a la ocultación del delito o a impedir su investigación), pueden proporcionar datos fácticos relevantes para inferir el hecho consecuencia. Entre los actos posteriores, estima DELGADO GARCIA que <<pueden tener alguna importancia los relativos a la actitud del acusado en relación al proceso, por ejemplo, haciendo declaraciones contradictorias o que se acrediten falsas o no creíbles (37), o tratando de eliminar pruebas o impedir que se practiquen mediante amenazas o engaños, etc. también el estado de ánimo (nerviosismo o tranquilidad) del imputado puede tener alguna pequeña significación en algún caso concreto.>>

El silencio del acusado ante ciertas preguntas puede, según los casos, ser otro indicio que refuerza las pruebas de cargo. Así se establece en el fundamento jurídico 16.º de la STC de 29 de noviembre de 1997 (Ar. 8535), con fundamento en la STEDH de 8 de febrero de 1997 (caso Murray *versus* Reino Unido):

> Consideramos preciso dejar constancia de la forma en que se produjeron los interrogatorios de los acusadores para afirmar la posibilidad de valorar determinados silencios como refuerzo de otras inferencias y acreditaciones que obran en la causa, pues, como se expresa en la antes citada STEDH 8 de febrero 1997(Caso Murray c. Reino Unido) no cabe considerar injusto el procedimiento criminal por haber tenido en cuenta el silencio de los imputados al evaluar la persuasión de otras evidencias que consten en las actuaciones. En síntesis, en los paragrafos 45 a 51 de la reciente resolución citada, se señala que la cuestión en cada caso particular es si la evidencia aducida por la acusación es lo suficientemente fuerte como para requerir una respuesta. El tribunal nacional no puede concluir que el acusado es culpable simplemente porque opta por permanecer en silencio. Sólo si la evidencia contra el acusado pide una explicación que el acusado debería estar en posición de dar, su negativa a hacerlo puede, como una cuestión de sentido común, permitir la deducción de una inferencia de que no hay explicación y que el acusado es culpable. A la inversa, si el caso presentado por la acusación tiene tan poco valor evidencial que no pide respuesta, una negativa a contestar no puede justificar una inferencia de culpabilidad.
> Contra tales conclusiones no puede argumentarse con la deducción de

(37) Recuérdese en este punto la equívoca postura sostenida al respecto por el Tribunal Constitucional español.

inferencias razonables del comportamiento del acusado tenga el efecto de trasladar la carga de la prueba de la acusación a la defensa como para infringir el principio de presunción de inocencia.

En relación con este mismo grupo de indicios, el autor antes citados considera que puedan tener cierta relevancia, en algún supuesto, <<el intento de soborno a los funcionarios, testigos o coimputados por parte del acusado, o la fuga intentada o consumada por parte de éste cuando se encontraba detenido o preso>>. Otro indicio que aquí se incluye, aunque con muchas cautelas, es el caso de que el acusado se haya enriquecido y no pueda justificar la causa. Hay que tener cuidado con la utilización aislada de este indicio, pues evidentemente el origen de un injustificado enriquecimiento puede hallarse en la comisión de un delito distinto de aquel por el que se le acusa o en una simple infracción fiscal, por el deseo de ocultar ciertos bienes o ingresos a la Hacienda Pública aunque sean procedentes de negocios lícitos.

6. Indicios de huellas materiales

Son los que suelen tener mayor significación como medio para inferir las circunstancias del delito y la identificación del delincuente. Se trata de indicios vinculados con el hecho mismo de la ejecución criminal y consisten en el hallazgo de objetos o de huellas que ponen en relación inmediata a una persona con la dinámica o circunstancias delictivas.

A veces sucede que se encuentran en poder del acusado los instrumentos con que se cometió el delito (armas, vehículos, máscaras, ganzúas, etc.), o alguno de los objetos sustraídos en un robo o hurto. Algunos de ellos, como éste último, por sí solo no tendría relevancia suficiente para acreditar el robo, pero unidos a otros pueden tener una importante significación en el caso concreto.

En otras ocasiones, los indicios de ésta índole se encuentran en el lugar del crimen y revelan la presencia del acusado en dicho lugar. Desde las huellas corporales: huellas dactilares, semen, cabellos, saliva, sangre, rastros de piel, etc.; hasta las relativas a objetos de uso más o menos personal: huellas de zapatos, de neumáticos de coche, trozos de ropa, pañuelo, cigarrillos, encendedor, colgante, mechero, etc.

7. El *modus operandi*

Las circunstancias similares y a veces idénticas en cuanto a la zona o lugar y a la dinámica en la comisión de varios delitos puede servir de indicio para averiguar la autoría de los mismos si, probada la actuación en alguno o algunos de tales hechos, se ignora respecto de los demás, Es frecuente, por ejemplo, que una banda de atracadores de entidades bancarias realice varios hechos de esta clase con el mismo número de componentes, con las mismas armas y con distribución de sus

tareas de modo similar. La identificación de los autores de uno o varios de tales hechos puede tener relevancia indiciaria respecto del resto.

V. ALGUNOS CASOS CONCRETOS DE PRUEBA INDICIARIA EN DETERMINADOS DELITOS

1. El *animus necandi* en el homicidio

Suele inferirse de la clase de arma utilizada y de la zona del cuerpo donde se producen las heridas. La STS de 15 de noviembre de 1989 (Ar. 8641), razona del siguiente tenor:

> […] La sentencia recurrida utilizó correctamente esta prueba indirecta cuando dedujo la intensión de matar a partir de dos hechos básicos: 1.º.
> La clase de arma utilizada, una navaja cuyas características no concreta, pero que indudablemente tenía potencialidad de que llegara a alcanzar al corazón concretamente en el ventrículo izquierdo. 2.ª. La zona del cuerpo donde se produjo la herida, región torácico-abdominal, la más característica de todas aquellas que conforman la anatomía humana como para ocasionar en ella el fallecimiento de una persona si el ataque se realiza con un objeto inciso-punzante, como ocurrió en el supuesto ahora examinado.
>
> […]
> En conclusión hay que estimar que es conforme a la lógica entender que hubo intensión de matar en quien con una navaja dio un golpe que interesó el corazón produciendo gran hemorragia que no produjo la muerte porque hubo una rápida asistencia médica.

2. Tráfico de drogas y estupefacientes

A) *Tenencia preordenada al tráfico*

STS de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6829):

> […] La tenencia de drogas preordenada al tráfico descansa en un elemento subjetivo o intencionalidad inaprehensible, como tal, por los sentidos, cuya conclusión ha de derivar de la valoración de los hechos externos objetivos directamente comprobables. Así todo ello reflejado en sentencias como las de 17 de enero 24 de febrero de 1984, 10 de mayo de 1985, 11 de julio de 1986, 20 de enero y 18 de julio de 1988, 3 de febrero de 1989, 21 de noviembre de 1990, 5 de junio de 1992, 9 de diciembre de 1994, 6 de abril y 20 de diciembre de 1995, 4 de octubre y 12 de diciembre de 1996, etcétera.

B) *La aprehensión de la droga*

No cabe duda del valor indiciario de la aprehensión de la droga en poder del acusado. Hasta el propio Tribunal Constitucional no ha tenido más remedio que reconocer este hecho como un indicio idóneo de cargo. Así, por ejemplo, la STC 256/1988, de 21 de diciembre (FJ 3):

[…] Este mismo Tribunal ha reconocido expresamente el valor indicario de la aprehensión de droga o sustancia de tráfico ilícito (AATC de 15 de julio de 1987, R. A. 518/1987; de 9 de diciembre de 1987, R.A. 153/1987, y 20 de junio de 1988, R.A.234/1988.

C) *La cantidad de droga, su distribución en papelinas, el lugar en que se portaba (ánimo de ocultamiento), la inverosimilitud de las explicaciones de los acusados*

STS de 29 de septiembre de 1997 (Ar. 6830):

[…] la conclusión del destino al tráfico que se cuestiona la funda el juzgador a *quo* en los siguientes indicios: <<*Primero,* la propia cantidad de droga(vid. Informe del Laboratorio de Drogas del Ministerio de Sanidad) aprehendida que supera con creces, desde las reglas de aproximación apuntadas por la doctrina del tribunal Supremo (vid. SSTS de 23 de octubre de 1991, 14 de abril de 1992 y 15 de noviembre de 1994, la que se considera razonablemente como destinada al autoconsumo debiéndose recordar que la dosis tóxica de 1 anfetamina generadora de los efectos propios se sitúa entre 20 y 40 mg. (vid. Goodmann, *Las bases farmacológicas de la Terapéutica).* Indicio, el anterior que adquiere singular importancia si atendemos a lo manifestado por P., tanto en la fase de investigación como en el plenario, de que era consumidor esporádico de anfetaminas, lo cual fue igualmente afirmado por L.S. ante el juez instructor si bien en el acto de la vista afirmó ser consumidora de *Speed* con una periodicidad semanal. Segundo, la distribución de la sustancia anfetamínica en dieciocho papelinas que denotan una previa preparación y una aptitud para su ilícita distribución de las sustancias anfetamínica en dieciocho papelinas que denotan una previa preparación y una actitud para su ilícita distribución dosificada.
Tercero, el lugar donde la inculpada portaba la droga intervenida, entre el vientre y el pantalón que revela un claro ánimo de ocultamiento.
Cuarto, la inverosimilitud de la razón explicativa de la posesión ofrecida por ambos inculpados a la luz de sus propias contradicciones internas.
En efecto, el relato resulta objetivamente inverosímil, pues afirmado que la droga pertenecía a un tercero y que la intención posesoria era al efecto de su devoción, sin embargo nada se especifica en relación a la persona destinataria ni tan siquiera en relación a las circunstancias

espacio-temporales en las que se produciría dicha devolución, limitándose ambos inculpados a manifestar que se dirigían a Alcanar a devolver un paquete conteniendo droga a persona indeterminada y en lugar tampoco determinado; indeterminación que por elementales máximas de la experiencia hacia poco probable el éxito del viaje, lo que contrasta con el alto riesgo que implica la posesión de sustancia estupefaciente en la cantidad que resultó finalmente intervenida y del que eran plenamente conscientes los inculpados, atendiendo el lugar donde L.S. llevaba oculta la sustancia>>(sic).

A partir de los criterios de ponderación expuestos- asentados en fórmulas de lógica y racionalidad, interrelación y globalidad- no es posible aceptar la tacha de inexistencia o valoración errónea de tan contundente prueba indiciaria.

D) ***La cantidad de droga ocupada, su diversidad, la investigación policial previa, su distribución en envoltorios***

STS de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6829):

Al acusado le fue ocupada en el bolsillo interior de la cazadora que llevaba puesta 0.8 gramos de heroína, y realizado a continuación un registro en su domicilio se encontraron una cápsula de plástico amarilla conteniendo 24.2 gramos de heroína (de una riqueza del 63.8 por 100 de heroína base), otra cápsula amarilla de mezcla de heroína-cocaína, de 0.4 gramos, una papelina con 0.010 gramos de heroína. Son argumentos dignos de acogimiento y corroboradors de la tenencia para distribución a terceros de las sustancias intervenidas, y en ellos hace hincapié el recurso del Ministerio Fiscal: *a)* La diversidad de la droga encontrada; *b)* la cantidad de droga, singularmente de heroína, ocupada y pureza que ofrezca, la que sin duda supera las previsiones de consumo de una persona adicta a la misma; *c)* la investigación policial previa a la ocupación de los productos, habiendo sido objeto de seguimiento por efectos policiales; *d)* distribución de la droga en diversos envoltorios, algunos reveladores de su disponibilidad para entrega inmediata.

A la vista de lo expuesto no puede menos que concluirse que el acusado tenía a su disposición con intención de traficar apreciable cantidad de heroína y leve de cocaína.

3. Robo con toma de rehenes

La STS de 23 de octubre de 1997 (Ar. 7306) analiza no sólo los variados indicios existentes en el caso, sino las insatisfactorias explicaciones que los acusados dan sobre aquéllos:

3. La determinación de la autoría esta en íntima conexión con el tema de la presunción de inocencia por lo que lo abordaremos conjuntamente. Como dice el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, la participación de los recurrentes en el delito de robo, se impone por la vía de multitud de pruebas indirectas. Se les sorprende en las proximidades del lugar del hecho sin que den ninguna explicación satisfactoria sobre su estancia en el lugar. En el momento de su detención portan cada uno de ellos cien mil pesetas y tratan de justificar su tenencia afirmando que iban a pasar un fin de semana en una localidad próxima a los hechos. En las proximidades del local atracado se encuentra el coche o furgoneta de otro hermano del que no se ha podido determinar si ha sido partícipe en los hechos y no dan explicación satisfactoria de esta circunstancia. Para cubrir esta laguna, la cuñada de los recurrentes declara que la furgoneta fue robada y denunciada la desaparición, sin embargo no consta ninguna denuncia de este hecho y, por otro lado, el vehículo no presenta signos de fuerza ni en las puertas ni en el sistema de arranque.

A uno de los recurrentes, el que no portaba la pistola, se le encuentran en el bolsillo dos pagarés, perfectamente identificados por el gerente del establecimiento atracado. A ello se puede añadir que en el momento de ver a la policía huyen los dos y uno de ellos dispara.

Como puede verse ha concurrido una prueba indicaria que cubre suficientemente exigencias de efecto protector de la presunción de inocencia, ya que se ha utilizado más de un indicio, todos ellos son de signo concurrente, proceden de hechos objetivos y obedecen a la aplicación de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

4. Frente a estos indicios, presentan una serie de coartadas o explicaciones de descargo, mal llamados contraindicios, que no han tenido la entidad suficiente como para desvirtuar oponer en duda los indicios acusatorios. Trata de negar el tiempo y el lugar en el que se produjo la detención frente a la abrumadora evidencia que nos proporcionan los datos de la policía. Respecto a la existencia de los pagarés en el bolsillo de uno de los recurrentes, la exculpación consiste en mantener como explicación que el comisario de policía se los metió en el bolsillo, cuando fue la policía local la que efectuó el registro y encontró los papeles.

4. Delito contra la Hacienda Pública

STS de 23 de octubre de 1997 (Ar. 7246):

2.º
[…]
2. En síntesis de lo que la parte recurrente plantea es que, a su juicio, el hecho de la imputación de las cantidades abonadas en las cuentas corrientes

como rendimientos netos de las sociedades de donde procedían, no está probado.

Dada la naturaleza del hecho delictivo que estamos examinando, lo normal es que la acreditación de su existencia conste por medio de prueba documental que de manera directa acredite la realidad de la base fáctica que constituye el antecedente necesario de la existencia de un delito fiscal. No obstante no existe ningún inconveniente legal o argumental que impida aplicar el sistema de la prueba indirecta o indiciaria, para determinar los hechos que puedan ser la base de un delito contra la Hacienda Pública, siempre que las circunstancias del caso lo permitan.

La Ley General Tributaria (arts. 47, 48 y 49) permite, para la determinación de la base imponible, acudir al régimen de estimación directa, estimación objetiva y estimación por jurados. El régimen de estimación directa se utilizará para la determinación singular de las bases imponibles, sirviéndose de las declaraciones o documentos presentados o de los datos consignados en libros y registros comprobados administrativamente. La estimación objetiva o indirecta se utilizará para la determinación singular o global de la base tributaria, sirviéndose de signos, índices o módulos previstos en la ley propia de cada tributo, considerando como un supuesto en que procede la estimación objetiva, la omisión o el falseamiento de una operación.

3. Ante un hecho irrebatible como es la existencia de una caja única y la ausencia de una contabilidad perfectamente diferenciada entre el numeroso grupo de sociedades que el recurrente dirigía como administrador único y socio mayoritario, la Sala sentenciadora tiene que acudir necesariamente a las pruebas indiciarias obteniendo sus conclusiones a través de un examen lógico e inductivo. La sentencia resalta la existencia de una anomalía contable que impide determinar la base imponible real de casa sociedad, por lo que no puede acudirse al sistema de estimación directa, imputando los ingresos efectuados en las distintas cuentas a cada sociedad en proporción a los ingresos declarados por cada una, al no haberse aportado por el acusado datos objetivos que permitan imputar cada operación a la correspondiente sociedad.

La prueba de indicios está admitida, como ya se ha dicho y es perfectamente válida para anular los efectos del principio constitucional de presunción de inocencia. Según la doctrina jurisprudencial es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos, a partir de indicios de los que puede inferirse la existencia de un delito y la participación del acusado, por medio de un razonamiento basado en establecer un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar. Los requisitos para la validez de la prueba de indicios han sido acuñados por una constante jurisprudencia y consisten en que los indicios sean varios, es decir más de uno, que se haya

recogido a través de pruebas directas y no de meras sospechas y por último que parezcan perfectamente relacionados o en conexión con la infracción criminal que es objeto de la investigación. Todos estos requisitos o condicionantes se recogen en el caso que nos ocupa.

Existe la apertura de las cuentas corrientes con dinero procedente de sociedades, como hecho indubitado y a eso se añade el dato de que las citadas cuentas no figuraban en las contabilidades de las sociedades. Como elementos indiciarios coincidentes podemos añadir que el acusado era el administrador único y socio mayoritario de todas las sociedades, por lo que es evidente que el dinero procedía de las sociedades. Por otro lado, si como pretende demostrar el recurrente, las cantidades ingresadas no eran los rendimientos netos sino los brutos de los que había que descontar los gastos, no se explica bien como en dichas cuentas no figuraban partidas de ingresos y gastos sino que se trataba de cantidades líquidas que representaban el beneficio total, descontados gastos, de las sociedades. Todos estos datos se desprenden del informe pericial que la Sala juzgadora, en el ejercicio de su facultad de valorar ponderadamente las pruebas, ha tenido como más cierto frente a otros que figuraban en la causa.

Todo este bagaje probatorio de carácter válido y con entidad suficiente para enervar el efecto protector de la presunción de inocencia, demuestra que no puede prosperar la tesis de la parte recurrente.

VI. EL CONTROL CASACIONAL DE LA PRUEBA INDICIARIA

La STS de 15 de noviembre de 1989 (Ar. 8641) sostiene <<el principio de la intangibilidad del hecho probado>> propia de la casación (que en este caso son los hechos indiciarios), y proyecta el control de Sala sobre el <<hecho consecuencia>> y el razonamiento en que éste se asienta:

> Esta Sala, en el presente momento procesal, tiene facultada para examinar el raciocinio propio de esta clase de prueba, pues no queda amparado por el principio de intangibilidad del hecho probado, que en estos casos sólo abarca a la primera parte del referido mecanismo probatorio, esto es, a la fijación de los hechos básicos de los que luego se deduce la realidad del hecho necesitado de prueba pero no a la última parte, a la deducción lógica, que encierra un juicio de valor revisable en casación […].

En la misma línea se había pronunciado ya la STS de 3 de mayo de 1989 (Ar. 4046), recordando que no es posible en casación controlar los aspectos probatorios dependientes de la inmediación:

> […] La jurisprudencia de esta Sala viene reiterando que en la

casación, en principio, sólo es posible controlar los aspectos de la valoración de la prueba que no dependen directamente de la inmediación con la que ésta fue percibida por el tribunal de instancia. Por ello tal control se ve limitado a lo referente a la corrección de las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia a partir de las circunstancias que declara probadas. Asimismo, se ha puesto de manifiesto en numerosos precedentes que este control afecta a la corrección lógica del razonamiento y la observancia de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos.

Los límites de control en sede casacional cobre la prueba indiciaria los fija la STS de 5 de marzo de 1992 (Ar. 1784) en que la valoración efectuada en la instancia no sea notoria u ostensiblemente irracional o arbitraria:

> […] La valoración de la prueba con arreglo a la norma contenida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que la convicción se forme con arreglo a las reglas de la lógica y de la experiencia común. Libre valoración de la prueba no es sinónima de irracionalidad, sino que exige que el criterio, aun no partiendo de medios tasados de prueba, no sea notoria u ostensiblemente irracional o arbitraria.

Pese a los buenos propósitos del tribunal Supremo español, lo cierto es que no siempre se limita a observar su propia doctrina al respecto. Hay que convenir con BELLOCH que <<una cosa es "revisar" lo "irracional o arbitrario" y otra, bien distinta, sustituir un criterio "razonable" por otro criterio igualmente razonable. Lo primero puede formar parte del control casacional; lo segundo debería estar vedado a cualquier Tribunal que carezca de "inmediación">>(39).

La STS de 3 de octubre de 1997 (Ar. 6999), tiene el merito de sistematizar cuales son los controles y cuales sus límites en sede casacional, respecto del eventual desvío del juzgador de instancia en lo relativo a la prueba indiciaria. Los controles exigibles lo son desde un aspecto formal y material:

> La función del tribunal casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de instancia.
>
> Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumple una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son:
>
> 1.º Desde el punto de vista formal: *a)* que en la sentencia se

---

(39) Juan Alberto BELLOCH JULBE, *La prueba indiciaria,* cit., pág. 76.

expresen cuales son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; *b)* que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que –aun cuando pueda ser sucinta o escueta- se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2.º Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario: *a)* que estén plenamente acreditados; *b)* que sean plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular potencia acreditativa; *c)* que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y *d)* que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí (sentencias 515/1996, de 12 julio, ó 1026/1996, de 16 de diciembre , entre otras muchas). Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundida, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos en un <<enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano>> (art. 1253 del CC) (sentencias 1051/1995, de 26 de octubre, 1/1996, de 19 de enero, 507/1996, de 13 de julio, etc.).

Los límites al control casacional vienen impuestos por los hechos indiciarios declarados probados, cuyo cuestionamiento no es posible; y por la ponderación que el Tribunal de instancia hizo acerca <<del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas>>; en uno y otro caso se trata de cuestiones íntimamente ligadas a la inmediación del Tribunal sentenciador:

Ahora bien esta labor de control casacional tiene también dos límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento Criminal y la propia naturaleza del recurso de casación impide que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de instancia. Puede criticarse que la sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que- de la prueba testifical, por ejemplo- ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado.

En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.
Como señalan las sentencias 272/1995, de 23 de febrero ó 515/1996, de 12 de julio <<es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia>>. Es decir que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas –que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del tribunal *a quo,* siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la congruencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador se los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia.

*** * ***

SECCION SEGUNDA

DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA

Lesbia Dinora Cubas Urcina
Jaime Banegas Zerón

ARTÍCULO 339. <u>Resolución.</u> Si el Tribunal considera que no hay pruebas suficientes para condenar al imputado, dictará sentencia absolutoria; asimismo será absuelto en caso de duda razonable.

En la misma se ordenará la inmediata libertad del imputado, aún cuando no haya adquirido el carácter de firme.

Mientras la sentencia no adquiera el carácter de firme, el Tribunal a instancia de parte, podrá mantener todas o alguna de las medidas cautelares a que se encuentre sujeto el reo o imponer otras, con el propósito de garantizar que el imputado permanezca a la orden del Tribunal, siempre que no implique privación de libertad.

COMENTARIO

La sentencia absolutoria implica que nos se comprobaron los extremos de la acusación o que se ha comprobado una causa de exclusión de responsabilidad penal, en beneficio del imputado.

En los casos en que no exista certeza en la valoración de la prueba hay que tener presente que la duda favorece al imputado, por imperativo del principio de indubio pro reo, deberá absolvérsele al imputado.

Cuando no exista convencimiento pleno de culpabilidad del acusado, y solo sería duda, la inocencia de hace patente ya que la carga probatoria no es suficiente.

Por ello en el caso de que el Tribunal de Sentencia considere que no hay motivos para condenar, dictará una sentencia Absolutoria, y de inmediato se ordenará la libertad del imputado aunque la misma no tenga firmeza, pudiendo mantener el tribunal medidas cautelares a que se encuentre ya sujeto el imputado, sin que ninguna de estas implique privación de libertad ya que el código la utiliza la misma como última ratio. Igualmente se hará la restitución de los objetos que no están sujetos a comisos, e igual deberá pronunciarse respecto a la responsabilidad civil en su caso.

Para el doctor Guerrero Vivanco, <<la sentencia absolutoria se entiende libre en todos los casos, es decir, no puede quedar supeditada al cumplimiento de un acto o a la realización de algún acontecimiento. En este sentido, es siempre una decisión incondicionada. Como las medidas cautelares siempre tienen un base de presunción de existencia de un hecho, la absolución destruye esa base, por lo que carecen de fundamento, aunque la sentencia todavía no se halle ejecutoriada>>.

ARTICULO 340. <u>Redacción y lectura de la sentencia.</u> La sentencia absolutoria será redactada y firmada tan pronto haya sido votada.

Cumplido lo anterior, el Tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias y, después de asegurarse de la presencia de las partes, dará a conocer verbalmente lo resuelto por medio de su Presidente. Acto seguido, el Secretario entregará a las partes o a sus apoderados, fotocopia de la sentencia lo que equivaldrá a la notificación de ésta.

Con todo, si por razones de tiempo o por la complejidad de los asuntos no

pueda cumplirse lo anterior, la redacción y firma deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes. En tal caso, el Presidente del Tribunal señalará la fecha y hora en que se celebrará la audiencia de notificación.

Si alguna de las partes se hallare ausente, la notificación se le hará en la forma prevista en el titulo IV del Libro Primero de este Código.

COMENTARIO

Hay que recordar que, por imperativo de los principios de continuidad, concentración, e inmediación, el desarrollo del debate, la deliberación y la elaboración de la sentencia, debe estar indisolublemente ligados, lo cual obliga a que la sentencia sea redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación.
Esto es así porque un fraccionamiento entre estos tres momentos, desnaturalizaría la inmediatez del juicio oral y público.

Por tal razón, concluida la deliberación y elaborada la sentencia, el tribunal de constituirá nuevamente en la sala de audiencias, y una vez asegurada la presencia de las partes dará a conocer lo resuelto por medio de su presidente.

Excepcionalmente, cuando por la complejidad del caso o lo avanzado de la hora, sea necesario deferir la redacción de la sentencia, en dicha ocasión se señalará la fecha y hora en que se celebrará la audiencia de notificación.

SECCION TERCERA

DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

Artículo 341. <u>Reglas que deben seguirse para condenar al imputado.</u> Si el Tribunal considera que existen motivos suficientes para condenar al imputado, procederá de acuerdo con lo dispuesto en la presente sección.

COMENTARIO

La sentencia condenatoria se da cuando existe certeza en la valoración de la prueba, y cuando se han cumplido los extremos procesales que obligan a imponer una condena con lo que ha conocido en el proceso.

Y será declarada la culpabilidad del acusado, fijando las penas correspondientes o en su caso, determinará la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo mismo las obligaciones que deberá cumplir el condenado.

Así también tendrá que resolver sobre el monto de la responsabilidad civil, sobre el pago de costas, la restitución de objetos secuestrados, decidir sobre el comiso y destrucción previstas en la ley penal y la fecha en que tendrá por finalizada la condena como también el pago de la multa.

Para Binder, la condena significa el reconocimiento de la existencia de todos los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y su determinación.

ARTICULO 342. Reglas aplicables en la primera fase. En una primera fase, el Tribunal de Sentencia, tomando como base las alegaciones de las partes y las pruebas presentadas por éstas en el juicio oral y público, se pronunciará sobre la culpabilidad del proceso, fijará el hecho o los hechos por los cuales se considera culpable, la calificación de los mismos, determinará el mínimo y el máximo de la pena aplicable, y a instancia de parte ordenará su detención o las medidas cautelares sustitutivas que deben aplicarse.

Cumplido lo anterior, el Tribunal de Sentencia regresará al salón de debates y el Presidente explicará en voz alta y con palabras sencillas y claras, que se ha tomado la desición de condenar al imputado y señalará el día y la hora en que se reanudará el debate, para la individualización de la pena.

Con lo expuesto, quedará concluida la primera fase de la deliberación.

Entre la primera y la segunda fase, habrá un intervalo que no podrá exceder de treinta (30) días continuos, que se utilizarán para practicar las investigaciones sobre los elementos que el Código Penal exige para la determinación de la pena concreta. El Tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar con este propósito, la práctica de las investigaciones que estime oportunas.

COMENTARIO

La primera fase de la sentencia condenatoria consiste en que el Tribunal únicamente se pronunciará sobre la culpabilidad del imputado, motivando los presupuestos jurídico-fácticos en que basa su decisión, ordenando la detención del imputado y las medidas cautelares atinentes al caso explicando el presidente de el Tribunal con palabras sencillas que se ha tomado la decisión de condenar asimismo señalar el día y la hora para la segunda fase en un intervalo que podrá exceder de treinta días continuos.

ARTÍCULO 343. Segunda fase . Audiencia para determinar la pena concreta. En la segunda fase, se determinará la pena concreta conforme las reglas de individualización prescritas en el Código Penal. Al reanudar la audiencia para tal efecto, se oirá a las partes y se recibirán las pruebas que propongan en el orden y de acuerdo a las reglas aplicables al debate.

En lo relativo a la redacción, la lectura y notificación de la sentencia, se estará a lo prescrito en los Artículos 338 y 340, en lo procedente.

COMENTARIO

La segunda fase de la sentencia condenatoria es la censura, la cual consiste en una audiencia para determinar la pena concreta a aplicar bajo los principios torales del debate contradictorio.

ARTICULO 344. <u>De la sentencia condenatoria.</u> La sentencia condenatoria fijará con presición las penas y las medidas de seguridad a que quedará sujeto el reo y, cuando corresponda, otorgará la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La sentencia contendrá, en su caso, el pronunciamiento correspondiente en materia de costas.

Se dispondrá, además, lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos y efectos del delito.

COMENTARIO

En la sentencia condenatoria se fijará asimismo las medidas de seguridad atinentes y también los beneficios como la suspensión condicional de la pena, y se dispondrá asimismo sobre el pronunciamiento de costas y el destino de los instrumentos utilizados omo convicción del delito.

ARTÍCULO 345. <u>Saneamiento de los vicios eventuales de la sentencia.</u> Los vicios de la sentencia que no constituyan motivo de casación por quebrantamiento de forma, serán saneados de oficio por el tribunal a petición de parte.

COMENTARIO

Existe la novedosa oportunidad de sanear vicios de la sentencia de oficio a petición de parte sin éstos constituyan casación por quebrantamiento en la forma, esto da a entender que los formalismos no son lo más importante en éste Código y cuando puedan ser subsanados se harán sin que exista mayor detalle.

CAPITULO IV

DEL REGISTRO DE LA AUDIENCIA

ARTÍCULO 346. <u>Registro de lo ocurrido durante el juicio y contenido del acta.</u> El Secretario dejará constancia en acta de todo lo ocurrido durante el juicio oral y público, 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 apellido de los Jueces, del Fiscal y el Acusador Privado, en su caso de Defensor y de los demás intervinientes, con indicación de la función que éstos cumplieron;
3) El nombre, apellidos y demás generales del imputado.

4) Un resumen del desarrollo del debate, con mención del nombre y apellidos de los testigos, peritos 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 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 su caso, y del 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 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 grabar o firmar 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.

COMENTARIO

Existirá un acta que recoja las incidencias principales del debate de juicio oral y público en la que se recogerá un resumen estructural del debate cuyo contenido se esquematiza en el presente artículo la cual estará a cargo del secretario, la que servirá de notificación para todos, haciendo constar al pié de la misma la forma en que fue notificada, este mecanismo sirve para demostrar todo lo que se desarrolló en la audiencia y el cumplimiento y observancia de las formalidades que para la misma ha previsto la ley.

Asimismo el acta sirve a manera de auxiliar la memoria en cuanto a todo lo acontecido, y el uso de grabaciones, etc. en tales casos deberá hacerse constar en el acta la disposición del tribunal y la forma de cumplimiento.

En cuanto al valor del acta del registro de la audiencia debemos sostener que ésta sirve para demostrar todo lo acontecido en la audiencia y constituye una constancia de lo que en ella ha sucedido y hace plena fe para poder probar un enunciado faltante de la audiencia o su falsedad, los cuales podrían originar la invalidez de la decisión y servirán para interponer el recurso de casación.

LIBRO TERCERO

TÍTULO I

REGLAS COMUNES A TODOS LOS RECURSOS

CAPITULO UNICO

DISPOSICIONES GENERALES

José Maria Palacios Mejía
Magistrado

[40] **ARTÍCULO 347. Impugnación de resoluciones.** Las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios, en los casos y en las condiciones de tiempo y forma establecidos en este Código. Cuando proceda, en aras de la justicia, el Ministerio Público podrá presentar impugnación a favor del imputado con el consentimiento de éste.

COMENTARIO

Se trata con este precepto de limitar el ámbito de las impugnaciones que pueden ser utilizadas con el propósito de impetrar la enmienda de una resolución judicial, las cuales se reducen a las que de manera expresa señala el código, y deben ser interpuestas en los casos, en la forma y en las circunstancias de tiempo establecidos en el mismo.

Lo anterior no excluye la posibilidad de recurrir a la jurisdicción constitucional, cuando haya violación de derechos consagrados en la Carta Magna.

Es importante que, acorde con la filosofía que informa el Ministerio Público, según la cual éste no debe ser un acusador a ultranza, puede en determinados casos y siempre con la anuencia del imputado, impugnar a favor de éste resoluciones que pudiera considerar injustas.

ARTÍCULO 348. Desistimiento de un recurso. Quien haya intentado un recurso de reposición, podrá desistir del mismo ante el órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución reclamada, si lo verifica antes de que el recurso sea resuelto. En los demás casos, el desistimiento tendrá que hacerse ante el tribunal que deba conocer del recurso.

El defensor no podrá desistir de los recursos interpuestos por él, sin autorización expresa del imputado. La autorización para desistir se probará con el correspondiente documento o mediante la manifestación de voluntad hecha por el imputado, ante el respectivo órgano jurisdiccional.

COMENTARIO

Se regula en esta norma ante quién debe plantearse el desistimiento de un recurso y, además, se exige que el defensor para desistir de una impugnación, debe contar con la anuencia expresa y fehaciente del imputado.

---

40 Los artículos 347 al 380 están comentados por D. José Ma. Palacios Mejía.

ARTÍCULO 349. Efectos. Cuando en un proceso participen varios imputados, el recurso interpuesto de interés por uno de ellos, favorecerá a los demás siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y le sean aplicables los mismos motivos alegados por este.

La interposición de un recurso, no impedirá la ejecución de la resolución impugnada, salvo si la ley dispone otra cosa.

COMENTARIO

Pudiera ser que en un proceso en que haya varios imputados, solamente uno o algunos, no todos, consideren procedente recurrir de una resolución que les perjudica. En ese caso, si el recurso prospera, los beneficios alcanzarán también a los que no recurrieron, siempre y cuando se encuentren en la misma situación de hecho y les sean aplicables los mismos preceptos legales.

Por el hecho de que se impugne una resolución, ésta no dejará de aplicarse, excepto en los casos en que haya disposición en otro sentido (ver artículo 354 en sus dos últimos párrafos).

ARTÍCULO 350. Asuntos sobre los que debe recaer la sentencia y sus alcance. Prohibición de reforma peyorativa (non reformatio in peius). La sentencia que resuelva un recurso solo podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación, y sólo podrá modificar la resolución impugnada en perjuicio de la persona imputada, cuando lo impetre alguna otra parte recurrente, y siempre que no agrave lo ya pretendido por ésta, ante el órgano judicial que dictó la resolución recurrida.

COMENTARIO

La importancia de este artículo consiste en que los Tribunales que deban resolver un recurso no podrán pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido objeto de impugnación. Si la apelación se refiere a una medida cautelar, por ejemplo, el Tribunal de alzada no podrá hacer pronunciamiento alguno con respecto al auto de prisión.

Se consagra, por otra parte, el principio de la prohibición de la reforma en perjuicio, o sea que en ningún caso el Tribunal que conoce en apelación o en casación podrá agravar la situación del imputado si es éste el único que recurre. No se puede dar el caso de que alguien apele de un auto de prisión decretado por homicidio culposo, por considerar que no se dan los presupuestos constitucionales y procesales para fundamentar esa resolución, y que la Corte de Apelaciones se pronuncie en el sentido de que el auto de cárcel debe decretarse por homicidio simple. O que la Corte Suprema de Justicia, conociendo en casación, incremente la pena impuesta a un procesado si sólo éste ha formalizado el recurso.

Mas aún, si bien es cierto que podrá modificarse en perjuicio del imputado la resolución impugnada, cuando el recurso haya sido interpuesto por otra parte, también lo es que no podrá serlo por encima de lo pretendido por esa misma parte ante el Juez o Tribunal que pronunció la resolución.

ARTÍCULO 351. Recursos de hecho. Si un órgano jurisdiccional inferior.

denegare el recurso de apelación o de casación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá recurrir al tribunal Superior respectivo, dentro de los plazos señalados en los artículos 356, numerales 1) y 2), y 364, contado desde la notificación de la negativa, para que se declare admisible dicho recurso.

COMENTARIO

Ante la posibilidad de que el Juez o Tribunal inferior deniegue la admisión de un recurso que, según el criterio de impugnante, fuera procedente, le queda abierto el camino para recurrir de hecho ante la Corte de Apelaciones respectiva, si se trata de apelación, o ante la Corte Suprema de Justicia, en caso de que el recurso sea el de casación, dentro de los términos que el mismo Código señala para el personamiento, una vez admitido el recurso, ante el superior que corresponda.

TITULO II

DE LOS RECURSOS

CAPITULO I

DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

ARTÍCULO 352. Cuestiones susceptibles de reposición. De todas las providencias y autos proferidos durante el proceso, podrá pedirse reposición.

COMENTARIO

Se prescribe que de todas las resoluciones, a excepción de las sentencias interlocutorias definitivas, cabe pedir reposición con el fin de buscar que el propio Juez o Tribunal que las haya dictado pueda enmendar su decisión.

ARTÍCULO 353. Trámite del recurso. La reposición se pedirá en el acto de la notificación, o por escrito separado, a más tardar el día hábil siguiente al de dicha notificación, cualquiera que sea la etapa del procedimiento. El órgano jurisdiccional resolverá el recurso dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su interposición.

Con todo, durante las audiencias, el recurso se interpondrá verbalmente tan pronto como se haya pronunciado la correspondiente resolución y será resuelto también en forma inmediata, a menos que el órgano jurisdiccional opte por resolverlo al final de la audiencia respectiva.

Contra la resolución que declare sin una reposición, no cabrá recurso alguno.

COMENTARIO

Se prescribe aquí como debe tramitarse la reposición, en forma sencilla e inmediata. De esa manera, las partes no tendrán que esperar demasiado tiempo

para que les sea resuelto un recurso de esta naturaleza. Si se deniega, no existe la posibilidad de recurrir contra la resolución denegatoria, pero sí, en el caso de que el Código lo permita, podrá apelarse de la resolución de la cual había pedido reposición, siempre que se haya planteado como subsidiaria de esta.

CAPITULO II

DEL RECURSO DE APELACION

ARTÍCULO 354. **Resoluciones apelables y efectos del ejercicio del recurso.** El recurso de apelación procederá contra las resoluciones siguientes:

1) La de sobreseimiento provisional o definitivo;
2) La que decida un incidente o una excepción;
3) El auto de prisión o declaratoria de reo;
4) La que ordene la prisión preventiva o la imposición de medidas sustitutivas y las modificaciones de la primera o de las segundas;
5) La sentencia dictada en el procedimiento abreviado y en el antejuicio, en su caso;
6) La resolución que declare la extinción de la acción penal o que suspenda condicionalmente el proceso;
7) La que deniegue la conmutación en el caso de las faltas o la suspensión condicional de la ejecución de la pena; y
8) Las demás expresamente autorizadas por éste Código.

Solamente se suspenderá la ejecución de las resoluciones apeladas en el caso a que se refiere el numeral 7), y en los demás que determine el presente Código.

La interposición del recurso suspenderá la continuación del procedimiento, salvo en los casos en que por su propia naturaleza no pueda o no deba proseguirse.

COMENTARIO

Se enumeran aquí las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de apelación. No es una enumeración taxativa, pues se hace remisión a otros casos que pudieran haberse previstos en el mismo Código. Fuera de las previsiones contenidas en éste, no puede recurrirse en apelación de ninguna otra resolución.
Se evita así que las partes puedan retrasar la marcha del proceso apelando de cualquier desición judicial.

Para ser consecuente en lo previsto en el segundo párrafo del artículo 349, la ejecución de las resoluciones apeladas no se suspenderá, con la sola excepción del caso previsto en el numeral 7) del artículo que comentamos.

La interposición del recurso no tendrá como efecto la suspensión del procedimiento, el cual deberá continuar su curso, a menos que su prosecución no tenga sentido, dado que si la apelación prospera habría que volver atrás. Por ejemplo, si se apela el proveído en que se ordena la prisión preventiva, el proceso puede

seguir su marcha ya que cualquiera que sea el resultado del recurso, no incidirá en el procedimiento que se haya seguido: pero la situación es diferente si se recurre de la resolución en que se resuelva un incidente de nulidad, puesto que el resultado de la apelación puede afectar el trámite, si la actuación cuestionada es de aquellas que implican un paso necesario en la secuencia del proceso, sin el cual no se puede continuar el procedimiento.

ARTICULO 355. Solicitud aclaración de una resolución y la apelación. El término para apelar no se suspende por la solicitud de aclaración de la resolución recurrida.

La resolución en que se acceda a dicha solicitud o en que de oficio se hagan rectificaciones, será apelable en todos los casos en que lo sería la sentencia a que se refiere.

COMENTARIO

En vista de que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 142 se permiten aclaraciones y rectificaciones de las resoluciones judiciales, en los casos y con las limitaciones que en ese precepto se indican, se hacía necesario prever la situación que se plantearía cuando se pidiera una aclaración y se tuviera el propósito de apelar. El problema se resuelve con la indicación de que la solicitud de aclaración no interrumpe el término para recurrir en apelación. Por otra parte, si la sentencia aclarada o rectificada es susceptible de apelación, también lo será la resolución aclaratoria o rectificatoria.

ARTÍCULO 356. Interposición y trámite de la apelación. Para ejercitar el recurso de apelación, no será necesario haber intentado la reposición del acto contra el que se reclama, pero si se hace uso de los dos recursos, la apelación se interpondrá en forma subsidiaria de la reposición.

La apelación se interpondrá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la respectiva notificación, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, ante el Juez que dictó la resolución que se impugna, mediante escrito en el que se expresarán los correspondientes agravios.

En el auto de admisión del recurso se concederá a la otra parte el término de tres (3) días hábiles para que conteste los agravios. Al día hábil siguiente a la última notificación del auto en que se tengan por contestados los agravios, se remitirán los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva y se emplazará a las partes, a efecto de que de personen ante dicho Tribunal, conforme a las reglas siguientes:

1) Si el juzgado tiene su asiento en el mismo lugar que la Corte de Apelaciones, dentro de tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la respectiva notificación; y
2) Si el juzgado tiene su asiento en lugar distinto, al plazo anterior se agregará el término que corresponda a la distancia.

COMENTARIO

El trámite del recurso de apelación es muy expedito, ya que tanto la expresión como la contestación de agravios se presentarán ante el juzgado de primera instancia. Esto es en especial favorable para las partes en el caso de los juzgados ubicados en el lugar distinto al del tribunal de alzada, ya que no tendrán que desplazarse al asiento de este. O sea que todo el trámite se realizará en la primera instancia. El personamiento de las partes tendrá nada más el objeto de que se les notifique la sentencia que pronuncie la Corte de Apelaciones. Y el no personamiento no perjudicará a las partes, pues la Corte deberá dictar sentencia se hayan o no personado.

Cuando se habla de término de la distancia, hay que computarlo según lo que dispone el artículo 442, es decir a razón de un día por cada cincuenta kilómetros.

ARTICULO 357. Prueba en segunda instancia. Sólo podrá admitirse prueba en segunda instancia, cuando:

1) Haya sido indebidamente rechazada en primera instancia;
2) No hubiera podido practicarse en primera instancia por cualquier causa no imputable a quien propone;
3) Haya ocurrido algún hecho nuevo después de dictada la resolución recurrida; o,
4) El apelante haya tenido conocimiento de hechos de influencia en el pleito, después de esa resolución.

El recibimiento a pruebas sólo podrá proponerse en el escrito de expresión o de contestación de agravios.

COMENTARIO

Solamente en casos excepcionales, los señalados taxativamente en esta disposición, podrá haber recibimiento aprueba en segunda instancia; es decir, que la regla será que la Corte de Apelaciones resuelva nada más con la que obre en los antecedentes.

ARTÍCULO 358. Procedimiento a seguir por el Tribunal de Alzada. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los antecedentes, el tribunal de alzada dictar resolución, la que será notificada a las partes que se hayan personado.

Dicha resolución adoptará la forma de sentencia cuando el recurso de apelación se interponga contra una resolución dictada en esa forma. En los demás casos adoptará forma de auto.

Si procede el recibimiento de pruebas, la Corte de Apelaciones señalará audiencia, para la proposición y ejecución de las mismas, la que deberá celebrarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del último personamiento o del vencimiento del término señalado para ese efecto. Evacuada la prueba, la Corte se retirará a deliberar, debiendo dictar y notificar la sentencia el mismo día o a más tardar el día hábil siguiente.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones se confirmará, revocará o reformará la resolución impugnada.

COMENTARIO

El trámite de éste recurso, como antes se ha expresado, será realmente expedito. La Corte de Apelaciones deberá resolver el recurso dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los antecedentes; así, no se atrasará la marcha de los procesos a causa de la interposición de recursos de apelación. Y en el caso de que hubiera recibimiento a prueba, siempre la resolución de la corte deberá producirse de inmediato, después de evacuada la que fuere propuesta, el mismo día a más tardar el siguiente. Es importante señalar que la Corte de Apelaciones deberá de darle forma de sentencia a su decisión, si la resolución de primera instancia tiene esa forma; de no ser así, resolverá en forma de auto, obviamente que deberá hacerlo de manera motivada. Así se hará más fácil que la Corte dicte su resolución en el menor tiempo posible, sin excederse de los términos que el Código señala.

Por otra parte, la Corte de Apelaciones no podrá dictar otra resolución que no sea confirmando, revocando o reformando la de primera instancia.

CAPITULO III

DEL RECURSO DE CASACION

ARTÍCULO 359. Sentencias contra las que procede la casación. Contra las resoluciones definitivas pronunciadas por los Tribunales de Sentencia, sólo podrá interponerse el recurso de casación.

COMENTARIO

Las sentencias definitivas de los Tribunales de Sentencia no podrán ser impugnadas mediante el recurso de apelación, sólo podrán serlo mediante el de casación. ¿Por qué?, por la sencilla razón de que la Corte de Apelaciones no podría, de ninguna manera, hacer una valoración de la prueba tanto relativa a la culpabilidad como, en su caso, a la personalidad y antecedentes del imputado, puesto que el principio de inmediación, que hace relación a la esencia misma del proceso penal, no tendría vida en ese tribunal. Por otra parte, la exigencia contenida en el artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos se satisface con el recurso de casación. Y en cuanto a lo previsto en el artículo 310 de la Constitución de la República, en este precepto no se exige que haya, en todo caso, dos instancias; no, lo que ahí se preceptúa en que en ningún caso haya más de dos instancias.

ARTÍCULO 360. Casación por infracción de ley o de doctrina legal. Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, cuando dados los hechos que se declaren probados en la sentencia, se haya infringido un precepto penal u otra norma jurídica de carácter sustantivo, que deba ser observada para la aplicación de la ley penal o un principio de doctrina legal también de carácter sustantivo.

Se entenderá por doctrina legal la reconocida como tal por la Corte Suprema de Justicia, por medio de tres (3) sentencias conformes sobre un mismo asunto.

Los errores cometidos en las citas de las disposiciones legales que le sirven de fundamento a la sentencia recurrida, que no hayan influido en su parte dispositiva, no darán lugar a la casación.

COMENTARIO

se expone en este artículo cuando procede el recurso de casación por infracción de ley o e doctrina legal.

La declaración de hechos probados de la sentencia de primera instancia deberá aceptarse como verdad irrebatible; esto, porque el tribunal de Sentencia ha recibido la prueba con la concurrencia del principio de inmediación, por lo que no puede cuestionarse lo que ese Tribunal estima probado. Pues bien, cabe el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, cuando a partir de tal declaración se considera que se ha infringido por aplicación indebida, por falta de aplicación o por interpretación errónea, un precepto penal de carácter sustantivo, es decir una norma que sea penal strictu sensu, ya se encuentre en el Código Penal o en cualquiera otra ley, o un principio de doctrina legal de la misma naturaleza.

Cuando se habla de otras normas jurídicas de carácter sustantivo que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal, obviamente se esta haciendo referencia a preceptos no penales; se trata de disposiciones por ejemplo de naturaleza administrativa, civil, mercantil, que deban servir de base para la configuración de un tipo penal.

En lo que respecta a la doctrina legal, se define en qué consiste. Así se deja muy clara la diferencia con la doctrina jurídica, que en más de algún caso ha sido invocada como infringida.

ARTÍCULO 361. Recurso de casación por infracción de precepto constitucional. En todos los casos en que, con arreglo a este Código, pueda interponerse recurso de casación contra una resolución judicial, será suficiente para fundamentarlo, la infracción de precepto constitucional.

COMENTARIO

Es ésta en realidad una novedad en nuestro régimen de casación. Ahora la infracción de una norma constitucional podrá ser invocada como motivo de casación en el fondo. Y sin lugar a dudas esto, además de ampliar el radio de acción de este recurso, abre un nuevo espacio para garantizar el respeto a la normativa constitucional.

ARTÍCULO 362. Recurso de casación por quebrantamiento de forma.
El recurso de casación por quebrantamiento de forma, podrá interponerse cuando la sentencia recurrida adolezca de alguno de los vicios siguientes:

1) Que falte la declaración de los hechos que el Tribunal estime probados, que tal declaración no sea clara y terminante o sea contradictoria.
2) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente

Al juicio o incorporados por su lectura en violación de las normas contenidas en el Título IV del Libro Segundo de éste Código o excluya o deje de considerar alguna prueba de valor decisivo;

3) Que carezca de motivaciones fácticas o jurídicas, que dichas motivaciones sean insuficientes o contradictorias o si en la valoración de la prueba no se observaron las reglas de la sana crítica;

4) Que en la parte resolutiva se omitan elementos esenciales, tales como la individualización precisa del imputado, la resolución de todas las cuestiones debatidas y la determinación exacta de la pena en caso de condena;

5) La inobservancia de las reglas establecidas en el presente Código para la realización del juicio oral y público;

6) La incongruencia entre la sentencia y las pretensiones de las partes, según el Artículo 337; y

7) Que falte la firma de alguno de los miembros del Tribunal de Sentencia, salvo el los casos previstos en el artículo 145.

COMENTARIO

El recurso de casación en la forma cabrá cuando se haya dado en la sentencia alguno de los vicios que en el mismo artículo se expresan. Se impone hacer algunas consideraciones acerca de cada uno de ellos.

1) La declaración de hechos probados constituye el cimiento, <<el arranque>> de la sentencia penal. En esa declaración deben expresarse los hechos que el Tribunal considere que han sido probados en el juicio y nada más que hechos acaecidos, obviamente, antes y fuera del proceso. Habrá de tenerse cuidado de no incluir en las mismas actuaciones meramente procesales, que no son realmente hechos. Procederá el recurso de casación en la forma, se falta esa declaración, o si no es clara, es decir que los hechos no hayan sido expuestos sin obscuridades, en una secuencia lógica, fácilmente entendible aún por personas que no tengan formación jurídica, o si la declaración no es terminante, en otras palabras, que en ella pone de manifiesto indecisión por parte del Tribunal, por ejemplo si se contiene afirmaciones como la de que posiblemente, <<es casi seguro>> u otras del mismo tenor. También será motivo de casación en la forma, en lo que respecta a la declaración de hechos probados, si en ésta se encierran contradicciones, para el caso si en un apartado se dice que XX falleció a consecuencia de disparo de arma de fuego y en otro que la causa de la muerte fue una herida ocasionada con arma blanca.

2) Es una norma de carácter fundamental la de que solamente la prueba vertida en el juicio debe ser objeto de valoración por el tribunal de Sentencia. Si en contravención a esa norma la sentencia se basa en elementos de prueba no incorporados legalmente al juicio, eso es causal de casación en la forma. Como también lo es la circunstancia de que prueba de importancia decisiva no haya sido tomada en consideración para fundamentar el fallo.

3) En el artículo 338 se exponen los requisitos que debe tener una sentencia y cuando de hace referencia a la fundamentación, se indica que debe haber una motivación fáctica, una motivación probatoria y una motivación jurídica; la primera está constituida por la declaración de hechos probados a la que ya hemos hecho

relación; la segunda no es otra cosa que la exposición de cómo ha sido valorada la prueba, es decir, de cuales son los elementos mediante los cuales se acreditaron los hechos que se estimaron probados y el cual el valor que, según las reglas de la sana crítica, se le ha atribuido a cada uno de ellos. No bastará con que se diga, por ejemplo, que se considera probado determinado hecho con base en las declaraciones de fulano, sutano y perengano; no, es necesario que se haga un análisis de esas declaraciones y se exponga el proceso mental que ha llevado al Tribunal la certeza de que esos testigos han dicho la verdad. Por último, la motivación jurídica hace relación al proceso de subsunción de los hechos que se declararon probados en los preceptos jurídicos aplicables. Si falta alguno de esos aspectos de la fundamentación del fallo o es insuficiente, cabe la casación en la forma, así como cuando encierran contradicciones.

4)Si no hay pronunciamiento en la parte dispositiva sobre todas las cuestiones debatidas, si no se individualiza de manera precisa al imputado o sino se determina en forma exacta la pena que se está imponiendo, procede también el recurso que es objeto de estas reflexiones.

5) Hay en el Código una normativa detallada en la que se indica como debe desarrollarse el juicio oral y público. Es motivo de casación en la forma que se contravenga lo prescrito en la normativa, pero debe entenderse que para preparar el recurso deben hacerse oportunamente, en el debate, las objeciones pertinentes, y pedir que se hagan constar en el acta (artículo 346 numeral 6º.).

6) El artículo 337 exige que en la sentencia debe haber plena congruencia con los hechos y circunstancias a que se ha hecho relación en la formalización de acusación y en contestación de cargos, en el auto de apertura a juicio, en la ampliación de acusación y en la contestación a la misma. No se pueden calificar los hechos de manera distinta a la que resulte de las actuaciones indicadas, en perjuicio del imputado. La violación de esas prescripciones es constitutivo de causal de casación por quebrantamiento de forma.

7) También es motivo para esa casación que falte la firma de uno de los miembros del Tribunal, a menos que se de una de las situaciones previstas en el artículo 145, en sus dos últimos párrafos, a saber: a) Si el miembro del tribunal cuya firma falte subsana tal omisión mediante acta complementaria en la que reconozca haber intervenido en el acto y asuma su contenido; y b) Si la falta de firma de un miembro del Tribunal se daba a su fallecimiento o incapacidad surgida después de haber participado en la deliberación y en la votación.

ARTICULO 363. <u>Forma y plazo.</u> El recurso de casación deberá ser interpuesto dentro del plazo de veinte (20) días hábiles, a partir de la última notificación, mediante escrito fundamentado, ante el Tribunal que dictó la sentencia impugnada.

El recurrente deberá indicar separadamente cada motivo. Con posterioridad a la interposición, no podrá invocar otro distinto.

En lo que respecta a la casación en el fondo, deberá citar, concretamente, en

forma clara y precisa, los preceptos legales que considerare infringidos, el sentido en que lo hubieren sido, y expresará, también concretamente, la aplicación o interpretación que pretende; y tratándose de la casación en la forma, deberá también, de manera clara y precisa, exponer los hechos constitutivos de cada uno de los motivos y el reclamo que haya realizado en su oportunidad, para subsanarlos.

Recibido el escrito de formalización del recurso, se concederá el término de diez (10) días hábiles a la parte recurrida, a efecto de que pueda pronunciarse sobre el contenido del mismo.

COMENTARIO

El recurso de casación, tanto de fondo como de forma, deberá formalizarse ente el Tribunal de Sentencia, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la última notificación.

En ambos recursos el recurrente deberá plantear por separado cada motivo.
En tratándose de la casación en el fondo, para asegurar el éxito de la impugnación tendrá que exponer muy claramente, sin mayores alegaciones como si se tratara de una instancia, cuáles son los preceptos que se consideren infringidos y en que sentido lo han sido, es decir por falta de aplicación indebida o por interpretación errónea. En cuanto a la falta de explicación debe explicarse porque la norma de que se trate tenía que haberse aplicado partiendo de la situación fáctica correspondiente a los hechos declarados probados. Igualmente, a partir de esa situación debe explicarse porque se estima que determinada norma no debió haberse aplicado. Y en lo que respecta a la interpretación errónea, se debe explicar cual debería ser la correcta. En todo caso, tiene el casacionista que señalar cual debería haber sido la resolución en caso de no haberse aplicado el precepto que se considera indebidamente aplicado, de haberse aplicado el que se considera no aplicado y de haberse interpretado de manera correcta el que ha sido aplicado dándole una interpretación errónea.

En relación a la casación en la forma, debe explicarse en forma entendible, sin obscuridades ni decisiones, las anomalías procesales en que se hacen consistir los motivos de casación, y el reclamo que se haya hecho oportunamente para subsanarlas.

La parte recurrida tendrá un término de diez días para que pueda pronunciarse sobre el recurso formalizado, en el fondo o en la forma.

ARTÍCULO 364. Remisión de antecedentes y emplazamientos. Cumplido lo prescrito en el artículo anterior, el Tribunal de sentencia que dictó el fallo impugnado, deberá remitir las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia después de haber emplazado a las partes para que se personen ante ese Tribunal dentro del quinto día hábil siguiente a la notificación.

COMENTARIO

Para poder intervenir en el trámite del recurso en la Corte Suprema de Justicia, las partes deben personarse ante ésta, y lo deberán hacer dentro de cinco días

Hábiles a contar de la notificación, debe entenderse de la respectiva notificación, puesto que no se habla de la última.

ARTÍCULO 365. Desistimiento tácico. Si en el periodo de emplazamiento no comparece el recurrente o no asiste a la audiencia en que se refieren los dos artículos siguientes, la Corte Suprema de Justicia deberá declarar desierto el recurso y devolver las actuaciones.

COMENTARIO

El efecto del no personamiento del recurrente o la no comparecencia del mismo a la audiencia a que se hace mención en los artículos siguientes, será la deserción del recurso, con lo cual la sentencia recurrida quedará firme, y deberá ordenarse la devolución de los antecedentes al tribunal de su procedencia.

ARTÍCULO 366. Preparación de la audiencia y plazo dentro del que debe celebrarse. Recibidas las actuaciones, personado el recurrente y vencido el término del emplazamiento, la Corte Suprema de Justicia señalará audiencia, que deberá celebrarse dentro de un término no menor de diez (10) días hábiles ni mayor de veinte (20), en el que las partes podrán defenderse sus respectivas posiciones en el recurso.

COMENTARIO

Para ser consecuente con el principio de oralidad que priva en el Código, también en el trámite del recurso de casación hay un componente en el que impera ese principio. Hay una audiencia en la que el recurrente tendrá la posibilidad de explicar con más amplitud y profundidad, el alcance de su recurso, y la parte recurrida la tendrá de ampliar sus argumentos en contra de la impugnación.

Artículo 367. Audiencia. La audiencia oral se celebrará ente la Sala de lo Penal, con la presencia del fiscal y de los intervinientes que se hayan personado.
La palabra será concedida primero al recurrente, para que explique oralmente los elementos motivos en que se funda en recurso. Durante su exposición, podrá consultar notas, textos legales o leer citas de jurisconsultos.

Si fueren varios los recurrentes, expondrán en el orden que establezca el Coordinador de la Sala de lo Penal.

Cumplido lo anterior, la parte recurrida hará uso de la palabra para exponer lo que considere oportuno sobre lo manifestado por el recurrente.

Los magistrados podrán plantear preguntas específicas a los profesionales del derecho intervinientes, con el fin de aclarar sus argumentos o pretensiones.

COMENTARIO

En esta disposición se regula la forma en que deberá actuarse en la audiencia a que se hace referencia, siguiendo el mismo lineamiento, en lo procedente que en el debate, bajo la dirección del Coordinador de la Sala de lo Penal.

ARTÍCULO 368. Prueba. Cuando el recurso señale un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo el acto, en contraposición con lo señalado por el acta de debate o por la sentencia, se podrá, ofrecer prueba

con ese objeto en el escrito de interposición del recurso.

La prueba se recibirá en la audiencia, de acuerdo con las reglas que rigen para el juicio, en lo pertinente.

COMENTARIO

Dentro del trámite de la casación jamás se recibirá prueba en relación a los hechos objeto de la contienda, pero si podrá admitirse en lo que respecta a situaciones que pudieran haberse dado en el debate y que hubieran sido consignadas de manera diferente a como realmente acaecieron, o en el acta respectiva o en la propia sentencia. La prueba deberá proponerse en el escrito de interposición y se evacuará conforme a las reglas que regulan el juicio, en lo procedente.

ARTÍCULO 369. Sentencia. Cumplido lo prescrito por el artículo 367, la Sala de lo Penal, sin dilación informará al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, y, si éste considera improcedente el recurso, dictará sentencia, en el plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la sesión en que se produzca el informe, declarando sin lugar el recurso y ordenando la devolución de los antecedentes al Tribunal recurrido.

Si después de conocido el informe de la sala de lo Penal, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia considera, que ha habido infracción de la Ley sustantiva o de la doctrina legal o del precepto constitucional invocados por el recurrente, dentro de los veinte días hábiles siguientes deberá dictar sentencia, en la cual casará el fallo recurrido y resolverá el caso de acuerdo con la Ley aplicable. Si el recurso se intenta por quebrantamiento de forma y la Corte lo considera procedente, actuará de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior y en su sentencia anulará el fallo recorrido y los actos realizados de modo irregular. Ordenará, asimismo, la devolución de los antecedentes al respectivo Tribunal de Sentencia para que el trámite de que se trate sea substanciado nuevamente de conformidad con la ley. Si el juicio tuviera que celebrarse nuevamente desde un inicio, no podrán participar en el mismo los jueces que hayan intervenido en la sentencia anulada.

La Corte, en ningún caso, podrá modificar los hechos que la sentencia recurrida tenga como probados.

La sentencia se dictará por escrito y deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 338, en lo aplicable.

COMENTARIO

Al terminar la audiencia a que se refiere el artículo 367, la sala de lo Penal deberá informar al pleno de la Corte y si éste considera improcedente el recurso, dictará sentencia dentro de los cinco días hábiles siguientes a la sesión en que la Sala de lo Penal presente el informe; en ese fallo se declarará sin lugar el recurso y se ordenará la devolución de los antecedentes.

En el caso de la casación en el fondo si el Tribunal considera que realmente ha habido la infracción alegada, dentro de los veinte días hábiles siguientes

pronunciará su fallo, en el cual casará la sentencia recurrida y pronunciará la que corresponda de acuerdo con la ley aplicable. De haberse alegado aplicación indebida de una norma, dejará de aplicarse esta ley y se le dará aplicación a la que proceda. A la inversa, de haber sido atacada la sentencia recurrida por estimar que se ha dejado de aplicar el precepto que resuelve el conflicto, se le dará aplicación a esta norma. Y si lo alegado es interpretación errónea de una disposición, deberá dársele a ésta la interpretación adecuada.

En tratándose de la casación en la forma y si la Corte lo considera procedente, deberá igualmente pronunciar sentencia dentro del plazo de veinte días indicado, y en ella se declarará la nulidad de la sentencia recurrida y los actos en los cuales se hayan dado las irregularidades que dieron motivo al recurso. Se devolverán los antecedentes para que el proceso sea tramitado de conformidad con la ley y si el juicio tuviera que llevarse a cabo nuevamente, no intervendrán en el mismo quienes lo hubieran hecho en la sentencia declarada nula.

En ningún caso, conociendo en casación, la corte podrá modificar los hechos que el tribunal de sentencia declaró probados.

ARTÍCULO 370. Rectificación. Defectos no esenciales. Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutiva, no la anularán, pero deberán ser recogidos.

De igual forma serán recogidos los errores materiales en la designación o en el cómputo de las penas o de las medidas de seguridad.

COMENTARIO

Si la Corte Suprema de Justicia encuentra que en la fundamentación del fallo impugnado ha habido errores de derecho, pero que no han incidido en manera alguna en la desición, ello no será motivo para que se declare la nulidad de la sentencia, pero si deberá hacerse la respectiva corrección.

De la misma manera deberá procederse cuando se haya incurrido en errores materiales en la designación o en el cómputo de las penas o medidas de seguridad.

ARTÍCULO 371. Forma de dejar constancia de las actuaciones. Cumplido lo prescrito en el presente capítulo se dejará constancia en la forma establecida en el artículo 346, en lo que sea aplicable.

COMENTARIO

Una vez dada a conocer la sentencia, ya sea en la que se desestima el recurso o en la que se pronuncie cuando el recurso es admitido, el Secretario deberá dejar constancia de todo lo actuado en la misma forma que se prescribe para el debate.

ARTÍCULO 372. Deberes de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Durante el trámite del recurso, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de las reglas relativas a la prisión preventiva y a las medidas sustitutivas de la misma.

Se ordenará inmediatamente la libertad del imputado cuando por efecto de la

sentencia de casación, deba cesar la detención.

COMENTARIO

Como durante la tramitación del recurso de casación pueden plantearse cuestiones relativas a la prisión preventiva o a medidas que la sustituyan, será la Sala de lo Penal la que tendrá la atribución de resolverlas. Igualmente, será la indicada Sala la que ordenará la inmediata libertad del imputado, cuando ello proceda como consecuencia de la sentencia que resuelva la casación.

TITULO III

DE LA REVISION

CAPITULO UNICO

DE LAS NORMAS A QUE ESTA SUJETA LA REVISION

ARTICULO 373. Casos en que procede la revisión. Las sentencias firmes podrán ser revisadas en cualquier tiempo por la Corte Suprema de Justicia a favor del condenado, en cualquiera de los casos siguientes, cuando:

1) Dos o más personas hayan sido condenadas por un mismo delito, que solo pudo ser cometido por uno de ellas;
2) Una misma persona haya sido condenada por el mismo hecho delictivo, en dos sentencias distintas.
3) Una persona haya sido condenada en una sentencia, y absuelta en otra por el mismo hecho delictivo;
4) Una persona que haya sido condenada como autor o cómplice del homicidio de otra que en realidad no ha fallecido;
5) Haya sido condenada alguna persona en virtud de sentencia con base en un documento o testimonio declarado después falso, por sentencia firme;
6) Después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido, no es punible o encuadra en una norma más favorable; o se produzca un cambio de doctrina legal que favorece al reo;
7) Se haya condenado por prevaricato o cohecho a alguno de los jueces por su actuación en el juicio de que se trate; y
8) Proceda la aplicación retroactiva de una ley penal por ser más benigna.

COMENTARIO

Según lo dispone el artículo 186 de la Constitución de la República ningún Tribunal podrá reabrir juicios fenecidos, pero en ese mismo precepto se establece la explicación de que si se podrá rever a favor del condenado un caso en que haya recaído sentencia firme, en los casos que establezca la ley. Pues bien, es en el Código Procesal Penal en la que se establecen esos casos, algunos de los cuales parecen de imposible ocurrencia en la vida real, pero es lo cierto que por

inverosímiles que parezcan no sólo son posibles sino que ya se han dado en la práctica.

ARTÍCULO 374. **Quienes pueden pedir la revisión.** Podrán promover la revisión ante la Corte Suprema de Justicia, los penados, sus cónyuges o compañeros de vida, descendientes, ascendientes y hermanos. El Fiscal y el Defensor. El Juez de ejecución lo podrá hacer cuando proceda la aplicación retroactiva de una ley o doctrina legal más benigna.

COMENTARIO

En esta disposición se establece quienes pueden solicitar la revisión. Además de las personas directamente interesadas, podrá interpretarla el Juez de Ejecución competente cuando de lo que se trate de la aplicación retroactiva de una ley o doctrina más benigna.

ARTÍCULO 375. **Forma en que debe ser promovida la revisión.** La revisión deberá ser promovida por escrito ante la Corte Suprema de Justicia, con expresión concreta de los motivos en que se funda y de las disposiciones legales aplicables.

El peticionario deberá ofrecer todos los medios de prueba que acrediten la verdad de sus afirmaciones, y acompañar la prueba documental o indicar el lugar o archivo en que se encuentre.

COMENTARIO

La solicitud de revisión deberá presentarse por escrito, con indicación expresa de los motivos en que se funda que, obviamente, no puede ser ninguno que no esté comprendido entre los que de manera taxativa señala el artículo 373; deberá hacerse la cita de las disposiciones legales aplicables; y demás, proponerse la prueba con que se pretende demostrar la verdad de los hechos que sirvan de fundamento a la petición. En tratándose de prueba documental se acompañará a la solicitud y si no se dispone de ella, deberá señalarse el lugar o archivo en que se encuentre.

ARTÍCULO 376. **Efectos de la Solicitud de revisión.** El ejercicio de la acción de revisión no suspenderá la ejecución de la sentencia, salvo si por no existir ninguna duda en cuanto a la realidad de los hechos en que se funda la solicitud, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, dispone otra cosa y ordena la libertad del condenado. En caso necesario se podrá aplicar una medida cautelar.

COMENTARIO

La presentación de la solicitud de la revisión no producirá como efecto inmediato la suspensión de la ejecución de la pena, pero si por tratarse de hechos de tanta evidencia que no dejen lugar a duda, por ejemplo si se condenó a alguien por homicidio en una persona que está viva, la Sala de lo Penal podrá ordenar la inmediata libertad del condenado y si, lo considera procedente, la aplicación de una medida cautelar.

ARTICULO 377. **Admisibilidad y trámite de la revisión.** Si la Corte

Suprema de Justicia admite la solicitud de revisión, ordenará la inmediata remisión de los antecedentes y convocará a las partes a una audiencia, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) hábiles siguientes a la fecha de recepción de los antecedentes, para que presenten las pruebas en que se fundan sus pretensiones. Cumplido lo anterior, suspenderá la audiencia por el tiempo que requiera para examinar las pruebas presentadas y dictar la sentencia que corresponda. Dicha suspensión no podrá exceder de cinco (05) días.

COMENTARIO

En el trámite de la solicitud de revisión, una vez admitida, se impondrá la oralidad. En efecto, además de ordenar el arrastre de los antecedentes, señalará una audiencia a celebrarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de los antecedentes. Ahí, en esa audiencia, se recibirán las pruebas presentadas por el peticionario, evacuadas las cuales se suspenderá, por un periodo no mayor de cinco días, para hacer la valoración de las pruebas y dictar la sentencia que procede.

ARTÍCULO 378. Deberes de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia, según proceda, declarará sin lugar la revisión o anulará la sentencia impugnada.

Si anula la sentencia, pronunciará el nuevo fallo y, en el caso previsto en el numeral 7) del Artículo 373, devolverá los antecedentes al correspondiente Tribunal de Sentencia, para que se celebre nuevo juicio.

En el nuevo juicio no podrá intervenir ninguno de los miembros del tribunal de Sentencia que dictó el fallo revisado.

En el caso del numeral 2) del artículo 373, la Corte Suprema de Justicia, declarará la nulidad de la sentencia en que s imponga mayor pena, dejándo válida aquella en la que se condene a una pena menor.

Si se da el caso previsto en el numeral 3) del artículo 373, se declarará la nulidad de la sentencia condenatoria, a efecto de que pueda ser ejecutada la sentencia absolutoria.

COMENTARIO

Al resolver una petición de que se revea una sentencia condenatoria, la Corte podrá declarar sin lugar la solicitud o declarará la nulidad del fallo. En este caso, dictará una nueva sentencia, lo cual podrá hacer porque dispone de todos los elementos de juicio para ello. Pero en la situación prevista en el numeral 7) deberá devolver los antecedentes para que se celebre un nuevo juicio, en el cual no podrán participar los jueces que lo hicieron en el fallo revisado.

En la situación prevista en el numeral 2) del artículo 373, o sea cuando una persona haya sido condenada en dos sentencias distintas por el mismo delito, se declarará la nulidad del fallo en que se haya impuesto la pena mayor, debiendo ejecutarse en consecuencia aquella en que la condena sea de la pena menor.

Y en el caso a que se refiere el numeral 3) siempre del artículo 373, se declarará la nulidad de la sentencia condenatoria, con el fin de que pueda ejecutarse el fallo de absolución.

ARTÍCULO 379. Rechazo de la revisión. El rechazo de la solicitud de revisión no impedirá la interposición de una nueva solicitud, fundada en motivos distintos.

COMENTARIO

Es claro que si se declara sin lugar una solicitud ello no produce los efectos de cosa juzgada y, por el contrario, es factible la presentación de una nueva con fundamento en motivos diferentes que la primera.

ARTÍCULO 380. Efectos de la Sentencia. La sentencia que dicte la Corte Suprema de Justicia ordenará, según el caso:

1) La libertad del condenado;
2) La restitución total o parcial de la suma de dinero pagada en concepto de multa;
3) El cese de la inhabilitación y de las penas accesorias, con devolución de los efectos del comiso, si ello es posible, y la cesación de las medidas de seguridad; y
4) La ejecución de la nueva pena o la práctica de un nuevo cómputo, cuando en la nueva sentencia se imponga pena al condenado, con abono del tiempo que haya estado en prisión.

COMENTARIO

Es obvio que si a resultas de haberse revisto una sentencia condenatoria, la Corte Suprema de Justicia estima que efectivamente se han dado los hechos en que se basa la respectiva solicitud, debe ponerse fin a la pena impuesta en la sentencia cuestionada, Así, si la pena es de privación de libertad, hay que ordenar que el condenado la recobre; si la pena es de multa y ésta ha sido pagada, lo procedente es que se le haga devolución de la cantidad cancelada, ya sea total o parcialmente según el caso; en tratándose de inhabilitación así como de las penas accesorias, debe hacérseles cesar; y cuando haya habido comiso debe ordenarse la devolución de los efectos objeto del mismo, si es ello todavía posible. En su caso debe ponerse fin a las medidas de seguridad.

Si como consecuencia de la sentencia de revisión resulta una nueva pena, habrá que ordenar su ejecución. Y deberá hacerse un nuevo cómputo, cuando el condenado haya cumplido parte de la pena, obviamente con abono del tiempo que haya estado en prisión.

LIBRO CUARTO
DE LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LA EJECUCION DE LAS PENAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

<<CONTROL DE EJECUCION DE PENAS>>

José Manuel Maza Martín
Magistrado

1. La figura el Juez de ejecución y su significado procesal.

La importancia del Juez de ejecución en el libro cuarto del Nuevo Código Procesal Penal, que aborda el tratamiento de la vigilancia y Control de ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, le convierte en el verdadero eje del innovador tratamiento que se da a esta materia procesal y lo erige en núcleo sobre el que hacer girar esta breve introducción general al análisis de los arts. 381 a 402 del referido cuerpo legal.

Como ya se adelantaba en la <<Exposición de motivos>> del proyecto del Código Procesal Penal de Honduras: <<Una vez que un fallo condenatorio hubiera quedado firme, aparecerá una nueva figura, el Juez de Ejecución. Ya para entonces ni el Juez de Letras ni el tribunal de Sentencia volverán a tener intervensión. Estará bajo la responsabilidad el Juez de Ejecución el control de todas las penas, a efecto de que sean ejecutadas con apego a la ley de que se logre el cumplimiento de la finalidad constitucional de ellas. Igual en lo relativo a las medidas de seguridad. De esa manera, aunque el funcionamiento de los centros de reclusión seguirá bajo la responsabilidad de las autoridades administrativas, ya que no quedará, como ahora, la ejecución de las penas sin ningún control. Ahora si lo habrá y de naturaleza jurisdiccional.>>

En efecto, el inciso primero del art. 314 de la Constitución de la República dispone que <<*Es facultad privativa de los Tribunales de Justicia, juzgar y ejecutar lo juzgado.*>>

Tal sometimiento jurisdiccional de la ejecución de las Resoluciones Judiciales, en materia penal, es, sin duda, un importante reflejo de ese <<Estado de Derecho>> con que la propia Norma Suprema define, en su artículo primero, a la República de Honduras.

Pero ello no quiere decir que el control judicial de la ejecución de las Sentencias penales sea algo obligado para la caracterización de un <<Estado de Derecho>>. Antes bien, se trata de una opción política, no compartida, de manera uniforme, en la totalidad de los sistemas que justamente merecen la mayor consideración democrática, pero que, en cualquier caso, supone un indudable ejemplo de profundización en el esfuerzo por alcanzar una sociedad más justa,

bajo el imperio de la Ley y de su mayor garante: *el Poder Judicial.*

De hecho, en los últimos veinte años, aproximadamente, son cada vez más los países (Italia, España, etc.) en los que va incorporándose, dentro de su organización de Tribunales, la figura del Juez de Ejecución de penas, de Vigilancia Penitenciaria, etc., que vienen a concentrar, en su cometido, esta tarea, plenamente judicializada, de control.

No obstante, aún cuando, en el caso del Código que comentamos, tan importante innovación venga identificada con la creación del Juez de Ejecución, hay que precisar mejor el hecho de que ambos fenómenos, control judicial de la ejecución y existencia de un Juez específico para ello, no tienen por qué darse simultáneamente. Y así, no ha sido, ni mucho menos, infrecuente, el hecho de que durante mucho tiempo, un siglo aproximadamente en España por ejemplo, el control jurisdiccional de la pena tuviera plena vigencia, pero sin la existencia de un Juez al que, específicamente, se le encomendara tal misión, que era asumida, con mayor o menor profundidad, por el propio Tribunal Sentenciador.

Sin embargo, tanto razones organizativas como, esencialmente, de orden técnico, vienen a avalar las indudables ventajas que aporta, para el conjunto del sistema, la existencia de un Juez de Ejecución, como lo previsto en este Código Procesal. Ello explica la proliferación de semejante figura en el Derecho comparado más reciente.

Habrá que recordar asimismo, como tampoco puede hablarse de un único modelo de Juez de Ejecución, pues mientras que ordenamientos como el español incorporan, bajo la denominación de «Juez de Vigilancia Penitenciaria», una figura con competencia exclusiva sobre el control de la pena privativa de libertad, tanto en sus aspectos estrictamente penales como en los propios de la actuación de la Administración Penitenciaria, y con considerable intervención en las decisiones del Tribunal Sentenciador en la aplicación de las Medidas de Seguridad, el Código Procesal Penal diseña un «Juez de Ejecución» dotado de más amplias atribuciones que, como veremos, se refieren a toda la ejecución del pronunciamiento condenatorio, abarcando toda clase de penas, no sólo la privativa de libertad, y de medidas de seguridad penales.

Sin duda que la gran innovación política está en el control, precisamente, de aspectos que, hasta ahora, venían reservados, de manera prácticamente exclusiva, a la Administración Penitenciaria. Pero es importante resaltar, desde ahora, lo que tiene también de notable novedad técnica la sustitución del Juzgador en la totalidad de lo que supone la ejecución de la Sentencia condenatoria, en sus diferentes aspectos, comprendidas las costas o actuaciones relativas al Derecho de Gracia, e incluso el tratamiento del resarcimiento civil de las consecuencias de la infracción delictiva, si bien atribuyendo aquí al Juez de Ejecución no tanto el control de resolución ajena sino el conocimiento pleno de esta materia y su decisión, a través del procedimiento previsto en los arts. 432 y siguientes del C.P.P.

Así, en definitiva, hemos de ver la figura del «Juez de Ejecución» como el instrumento previsto por el Legislador ordinario para hacer efectivo, en materia penal, el mandato constitucional del control jurisdiccional sobre la ejecución de lo

juzgado. Y, a partir de ahí, como en todos los supuestos de intervención judicial, el Juez está llamado a convertirse, primordialmente, en dispensador de tutela.

Tutela judicial que, a su vez, se extiende sobre los derechos que nacen, para todos los implicados, del pronunciamiento firme llamado a ejecutarse, es decir, tanto para el condenado como para la propia víctima, en el ámbito que la norma le confiere, sin olvidar a la Sociedad en su conjunto, pues sólo a través de los procedimientos judiciales puede darse verdadero cumplimiento a las garantías que asisten a cada uno de ellos.

2. Los objetivos básicos de la actuación del Juez de Ejecución.

El «título», del que parte la actividad competencial del Juez de Ejecución, no es otro que la sentencia condenatoria que haya adquirido el carácter de firme (art. 385 parr. 1º, C.P.P.). Y como quiera que resulta impensable que pena o medida de seguridad alguna pudieran ejecutarse sin un pronunciamiento judicial previo (arts. 90 y 94 de la C), se concluye en que toda pena o medida ha de ser controlada por este específico órgano jurisdiccional.

A partir de ahí, la tarea del Juez se concreta en la vigilancia y el control de esa ejecución, que se diversifica en tres finalidades esenciales, a saber, velar por la correcta aplicación de las normas que regulen el régimen penitenciario, por el respeto de las finalidades constitucionales de la pena y, en definitiva, por el estricto cumplimiento de la sentencia dictada (art. 382 parr. 1º, CPP).

Comenzando por el ultimo de tales mandatos, resulta indudable la obligación de atenerse al contenido de la Resolución objeto de cumplimiento, que, como hemos dicho, ostenta el carácter trascendente de «título de ejecución», vinculante para todos y, en primer lugar, para el Juez encargado de ejecutarla, el cual se haya sometido «estrictamente» a ella, de manera que será del todo inviable que se aparte o altere el contenido de la misma, quedando un escasísimo margen a la tarea interpretativa que, en todo caso, habrá de realizarse con escrupuloso respeto al espíritu de lo allí acordado.

En lo que se refiere al respeto de las finalidades constitucionales de la pena, exigencia prioritaria, sobre cualquiera otra, en la actuación del Juez de Ejecución, debe recordarse que, respecto de la privativa de libertad, el art. 87 de la Carta Magna prescribe que *«Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluido y su preparación para el trabajo».* Con lo que se consagra, de forma tan realista como acertada, la ambivalencia de la privación de libertad como consecuencia jurídica de la comisión del delito, su finalidad preventiva y la rehabilitadora.

Pero sin que se pueda tampoco olvidar en este punto, así como en relación con la ejecución de cualquier otra clase de pena, el resto del elenco de los derechos reconocidos por el Texto Constitucional para cualquier ciudadano, que, con la única excepción de aquel que es objeto de privación o restricción por la pena misma impuesta, han de continuar con plena vigencia, siendo el Juez, precisamente, el llamado a velar por su efectividad.

Por último, la tercera de las obligaciones impuestas, con carácter general, al Juez de Ejecución, primera en el orden de enumeración del Código, no es otra que la de vigilar la correcta aplicación de las normas que regulen el régimen penitenciario. Mención específica pertinente pues, así como resulta obvia la obligación de atención por el adecuado respeto a cualquiera de las normas, substantivas o procesales, que rijan las distintas materias competencia de este órgano jurisdiccional, esta alusión expresa viene plenamente justificada por su función controladora respecto de una actuación ajena, cual es la de la Administración Penitenciaria, encomendándole además, por este medio, una obligación de intervención «ex officio», sin necesidad incluso de reclamación por parte del afectado, en supuestos de infracción de la legislación reguladora de ese régimen carcelario.

Así, estas finalidades de carácter general, que deben inspirar, en todo caso, la actuación del Juez de Ejecución, se despliegan a lo largo de la serie de atribuciones competenciales que la Ley le otorga y que van desde la ejecución de las penas a la de las medidas de seguridad, y del control del cumplimiento de la privación de libertad al de las otras penas de distinta naturaleza.

Atribuciones que, a su vez, son revisables, por vía de Recurso, ante la Corte correspondiente, en los supuestos que contempla el articulado (387 y ss. del C.P.P.).

3. Las atribuciones concretas del Juez de Ejecución

Como ya quedó dicho, las atribuciones del Juez de Ejecución, desde un punto de vista general, pueden clasificarse, para una mejor comprensión de esta figura, en cuatro diferentes apartados: la ejecución de la pena privativa de libertad, la ejecución de las restantes penas, el control de otros aspectos del pronunciamiento condenatorio y la vigilancia y control de la aplicación de las medidas de seguridad.

A. En relación con la ejecución de la pena de privación de libertad, debe también tenerse presente que el Juez interviene en dos materias completamente distintas, desde el punto de vista técnico, cuales son el control del cumplimiento de la pena, por el condenado, de una parte, y la vigilancia sobre el régimen de cumplimiento de la privación de libertad llevado a cabo por la Administración penitenciaria, de otra.

Cuestiones, sin duda, bien diferentes, puesto que si la primera de ellas es propiamente tarea de ejecutor de la Sentencia firme, la otra se refiere al ejercicio de la tutela de los derechos de los reclusos.

a) En cuanto a la primera de ellas, es misión del Juez de Ejecución controlar la duración del cumplimiento de la pena, con abono del tiempo ya cumplido en situación de detención o prisión preventiva (art. 386 C.P.P.), y lo relativo a la concesión de libertad condicional así como las condiciones, régimen de cumplimiento y revocación de la misma (arts. 388 y 389 C.P.P.).

b) La vigilancia en cuanto al régimen de cumplimiento de la prisión, tarea importantísima, puesto que, de acuerdo con lo visto, supone el control

jurisdiccional del funcionamiento de la Administración Penitenciaria, derivando el carácter penal del Juez, hacia ámbitos con una fuerte vinculación al Derecho Administrativo, se concreta en otras cuatro funciones primordiales: 1) la protección de los derechos, fundamentales y penitenciarios, de los internados, resolviendo las quejas que éstos formulen en relación con el régimen y funcionamiento de los establecimientos y con el trato que en ellos reciben; 2) velar por la correcta aplicación del régimen sobre concesión de los beneficios penitenciarios; 3) revisar el adecuado ejercicio de las facultades sancionadoras y disciplinarias por parte de los responsables de los establecimientos penales sobre los reclusos; y 4) resolver las reclamaciones contra los acuerdos del Comité Especial en materia de clasificaciones, progresiones y regresiones de grado, dentro del tratamiento penitenciario (arts. 382 y 383 C.P.P.).

Se configura así la intervención del Juez de Ejecución como la pieza clave del sistema en la tutela de las condiciones de estancia y tratamiento rehabilitador de los condenados a pena privativa de libertad.

B. Respecto a la ejecución de otras penas distintas de la de prisión, el Código Procesal Penal se refiere, expresamente, a las de multa, inhabilitación e interdicción civil. Se omite, por tanto, tan sólo la referencia relativa a la pena accesoria de comiso, que contemplan el parr. *2°* del art. 38 y 55 del Código Penal, que, obviamente no requiere especial tratamiento de su ejecución, al producirse con la pérdida misma de los efectos o instrumentos del delito.

a) El Juez será el encargado de fijar las condiciones en que haya de efectuarse el pago voluntario de la sanción económica, de proceder a los trámites para su exacción forzosa, sobre la garantía prestada o los bienes propiedad del condenado, así como de la conmutación de la multa impagada por privación de libertad (art. 390 C.P.P.).

b) La inhabilitación, absoluta o especial, se ejecutará, en realidad, por los organismos correspondientes, encargados de impedir el ejercicio de la profesión, empleo, cargo o derecho del que, temporalmente, se priva al condenado, a quienes el Juez se encargará de comunicar, con determinación de la fecha de su finalización, la necesidad de cumplimiento de la pena, sin mayor previsión respecto de ese efectivo y puntual cumplimiento de este mandato (art. 391 C.P.P.).

c) Otro tanto ocurrirá con la ejecución de la pena de interdicción civil, que también precisará la oportuna comunicación, respecto de su cumplimiento y duración, a los organismos correspondientes, con el añadido, propio del caso, de que habrá de ser igualmente el Juez de Ejecución el que proceda al nombramiento del guardador que deberá representar al interdicto en la administración de sus bienes (art. 392 C.P.P.).

Como se vé, en este apartado, la función del Juez es más la propia de un verdadero encargado de ejecutar los extremos punitivos contenidos en el pronunciamiento firme del Tribunal sentenciador.

C. Junto a lo anterior, en otros apartados que forman parte de la Resolución condenatoria, también participa el Juez de Ejecución, pues realiza la tasación y cobro de las costas procesales, a las que quizá indebidamente el Código Procesal se refiere como pena, de acuerdo con lo previsto en el art. 57 del Código Penal. Y, de otro lado, es el encargado de cumplimentar los indultos otorgados por el Poder Ejecutivo, al igual que aplica las consecuencias derivadas del perdón del ofendido con eficacia extintiva de la pena, en los supuestos previstos para ello por la norma substantiva penal

La intervención de la víctima ante el Juez de Ejecución se prevée, además de en el caso anterior, en todo lo relativo a los acuerdos de libertad del condenado (art. 384 C.P.P.).

D. El último de los apartados en que se distribuye la actuación del Juez de Ejecución es el de la vigilancia y control de las medidas de seguridad impuestas, de acuerdo con las previsiones de los arts. 80 y siguientes del Código Penal.

El carácter de estas consecuencias jurídicas del delito tan distintas, en su fundamento y fines, de las penas, hace que la intervención en las mismas de la figura del Juez de Ejecución se distancie de lo hasta ahora visto para la ejecución de éstas últimas.

a) En efecto, tras la previsión en orden a que resulta aplicable a esta materia lo ya establecido para las penas en los artículos precedentes (art. 396 C.P.P.), es decir el régimen que parte de la Sentencia firme como título de la ejecución que al Juez encargado de la misma vincula, y contemplar la posición del Juez como vigilante y tutelador del respeto a los derechos subsistentes del condenado, así como responsable del cumplimiento de la pena en sus estrictos términos, el Código otorga a éste también la facultad de imponer, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de seguridad (art. 397 C.P.P.).

Resulta si acaso algo sorprendente el que se pueda, por el encargado de la ejecución, imponer «ex novo» una medida de seguridad que no fue acordada en la sentencia por el Tribunal Juzgador. Pero tal posibilidad no sólo se reconoce sino que, incluso, se cita, expresamente, para el caso concreto de los delincuentes habituales (art. 398 C.P.P.) así como para aquellos supuestos excepcionales en que se juzgue conveniente, a causa de circunstancias sobrevenidas, prohibir la residencia en determinada localidad o la concurrencia a determinados lugares.

La explicación de ésto habría, en cualquier forma, de buscarse en la ya adelantada diferencia entre la naturaleza de la pena y la medida de seguridad, apoyada ésta en el juicio de peligrosidad que pudiera irse formando a lo largo de la evolución de la ejecución de la medida.

No obstante, dos problemas se suscitan en la interpretación de este precepto, el de la aparente exclusión de las medidas aplicadas al inimputable, al referirse el artículo 397 a la necesaria intervención, exclusivamente, del «condenado», y por consiguiente no del absuelto por concurrencia de causa de inim-

putabilidad, en el procedimiento previsto para la imposición, sustitución, etc. de la medida, lo que hace surgir la duda acerca de la intervención del Juez de ejecución en la aplicación de las medidas de seguridad en estos casos, Y la escasez de regulación de este procedimiento, en el que sólo se prevee la audiencia de las partes, sin alusión a la posibilidad de práctica de pruebas, etc.

Parece claro, no obstante, a partir del artículo que inicia este capítulo, con su remisión a los preceptos anteriores, en lo que resulten aplicables, que para la medida privativa de libertad, la de internación, el Juez de Ejecución ha de venir obligado también a velar por el respeto a los derechos de las personas sometidas a ese régimen.

b) Con más precisión se contempla la intervención del Juez en la aplicación de la libertad vigilada, caución y expulsión de extranjeros, a que se refieren los últimos artículos, 400 a 402, del capítulo objeto del presente comentario.

Conviene, por último, señalar la omisión de cualquier referencia a posibilidades de impugnación, ante la Corte, contra las decisiones adoptadas por el Juez de Ejecución en todo lo referente a medidas de seguridad.

* * *

TITULO ÚNICO

DE LA VIGILANCIA Y CONTROL

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Kenneth R. Madrid Chinchilla

[41]**ARTICULO 381. <u>De los Jueces de Ejecución y su competencia</u>.** La vigilancia y control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, estará a cargo de un Juez de Ejecución, el cual velará por la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen penitenciario, por el respeto de las finalidades constitucionales de la pena y por el estricto cumplimiento de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales.

El Juez de Ejecución corregirá, asimismo, los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de los preceptos contenidos en la legislación penitenciaria, y resolverá los recursos que puedan interponer contra las resoluciones de los órganos directivos, administrativos y técnicos de los establecimientos penitenciarios.

---

(41) Los artículos 381 al 402 están comentados por D. Kenneth R. Madrid Chinchilla.

COMENTARIO

Con la emisión de esta norma, se da vida al postulado constitucional, que obliga al Poder Judicial a Juzgar y ejecutar lo Juzgado[42], ya que siempre se tenía la errónea perspectiva de que la actividad judicial finalizaba con el dictado del fallo. Situación que hace que los jueces se desentiendan de las consecuencias de sus propias decisiones, con menoscabo de la propia actividad decisoria.[43] Al judicializar la ejecución de la pena, se avanza hacía la tendencia del Estado moderno de derecho, dentro del cual es inconcebible que existan espacios de intervención de la administración que no estén jurídicamente regulados, es decir, se hace más notorio que nunca, la intervención del Poder Judicial, en una serie de relaciones llevadas a cabo entre la Administración del Centro Penitenciario y la población del mismo.[44] Bajo este postulado, es que el Poder Judicial no puede desentenderse de la sede penitenciaria, ya que pocas cosas suceden en las prisiones de las que pueda decirse que carecen de repercusión para los internos del establecimiento[45]. En orden de lo que hemos dejado establecido, es preciso definir el proceso de ejecución como *«...la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución... las sentencias firmes de condena dictadas en procesos penales"*[46].

Dentro de esa intervención judicial en la administración penitenciaria, la vigilancia en el cumplimiento de los postulados que establece la Ley de Rehabilitación del Delincuente[47], es una de las principales funciones encomendadas. Dando claras facultades al Juez de Ejecución, para que sea éste, por la vía del reclamo (recurso que proceda), el encargado de controlar que los actos que desarrollen los distintos órganos que conforman la administración del establecimiento penal, respeten los derechos que la Constitución y el régimen penitenciario, brindan a su población.

ARTICULO 382. <u>Atribuciones de los Jueces de Ejecución.</u> Corresponde especialmente al Juez de Ejecución, en relación con el cumplimiento de las penas privativas de libertad:

Adoptar todas las decisiones necesarias para que se cumplan los pronunciamientos contenidos en las resoluciones de los tribunales sentenciadores, en relación con las penas privativas de libertad;

---

(42) « Articulo 314.- Es facultad privativa de los Tribunales de Justicia, juzgar y ejecutar lo Juzgado. A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos.»

(43) Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad-Hoc, s De R.L. Buenos Aires. 1993. Pág. 274-275.

(44) Caffarena, Borjas Mapelli. Ejecución y procesos Penal. Revista de Ciencias Penales No. 15. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre 1998. Pág. 37.

(45) Caffarena, Borjas Mapelli. La judializaciòn penitenciaria, un proceso inconcluso. Revista de Ciencias Penales No. 16. Asociación de ciencias Penales de Costa Rica. Mayo 1999. Pág. 45.

(46) Moreno Catena. Víctor. Derecho Procesal…p. 273 tomado de arroyo, José Manuel. La Ejecución penal. Reflexiones sobre el Nuevo..., Corte Suprema….Asociación de Ciencias Penales…San José, Costa Rica. 1996. p. 751.

(47) Especialmente lo que establece en su articulo 2. « La actividad penitenciaria se desarrollara con las garantías y dentro de lo establecido por la Constitución de la Republica, la presente Ley, sus reglamentos y las sentencias judiciales dictadas contra los reclusos. »

Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan;

Resolver las reclamaciones que formulen los reclusos en caso de denegación del disfrute de beneficios penitenciarios, por las autoridades del respectivo establecimiento penal;

Resolver las reclamaciones que formulen los reclusos sobre sanciones disciplinarias;

Resolver con base a los estudios de los equipos técnicos de los establecimientos penales, las reclamaciones de los reclusos contra las decisiones referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de período de tratamiento; y

Acordar lo que proceda, sobre las quejas que formulen los internos en los establecimientos penales, en relación con el régimen y funcionamiento de los mismos, y con el trato que los reclamantes reciban, en cuanto resulten afectados sus derechos fundamentales o sus derechos y beneficios penitenciarios.

COMENTARIO

Dentro de estas decisiones, para asegurarla correcta ejecución de la sentencia, el Juez de Ejecución, una vez recibida la certificación del fallo condenatorio, deberá proceder a verificar si el imputado debe o no ser trasladado de Centro Penitenciario, o ser ubicado dentro del centro penal en forma separada de los que estuvieren bajo prisión preventiva, por así indicarlo la Constitución de la República[48]. En los casos en que el Tribunal sentenciador declare en la sentencia condenatoria, que concede al imputado el beneficio de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la pena, el Juez de Ejecución adoptará las medidas necesarias, para que durante el periodo de prueba de cinco (5) años que se le concede al condenado, haya una correcta vigilancia de su conducta. Por otra parte realizar los cómputos de las penas impuestas, estableciendo claramente la fecha en que podrá optar al beneficio de libertad condicional, y en general hacer valer los objetivos fundamentales de la Ley Penitenciaria.[49]

Esta atribución de acuerdo al Código Penal, es facultad del tribunal de primera instancia que conoció de la causa, ahora, con la nueva estructura organizativa de los tribunales en materia penal, los Jueces de Letras conocen sobre la etapa preparatoria e intermedia del proceso, el Tribunal de Sentencia, únicamente tiene facultad para conocer del juicio oral y público, y por tanto la creación de la figura del Juez de Ejecución, da vida a una jurisdicción especializada para conocer los aspectos relativos a la ejecución de las penas y medidas de seguridad. En tal

(48) «Artículo 86. toda persona sometida a juicio, que se encuentre detenida, tiene derecho a permanecer separada de quienes hubieren sido condenados por sentencia judicial.»

(49) Ley de Rehabilitación del Delincuente. Artículo 2 - La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de lo establecido por la Constitución de la República, la presente Ley, sus reglamentos y las sentencias judiciales dictadas contra los reclusos.

sentido, como la libertad condicional es un beneficio que se concede en la etapa de ejecución, será ante este Juzgado donde deberán presentarse las respectivas solicitudes, así como también es el que podrá acordar las revocaciones de dicho beneficio.

Cuando se vea lesionado un recluso, por parte de alguna disposición tomada por las autoridades administrativas del centro penitenciario, en lo relativo al disfrute de beneficios penitenciarios encaminados a satisfacer el acceso a los servicios médicos, las condiciones establecidas en la cual deben desarrollarse los servicios de trabajo, alimentación e higiene, educación, deportes, recreación, comunicación, visitas conyugales y otros que establece la Ley de rehabilitación del delincuente, podrá hacer las reclamaciones correspondientes ante el Juez de ejecución competente, haciéndole saber de que manera se le han restringido sus beneficios por parte de las autoridades penitenciarias, para que dicte la resolución que estime procedente.

Este tipo de reclamos, que forman parte de la esfera de atribuciones del Juez de Ejecución, están encaminados a controlar que las medidas disciplinarias impuestas al recluso, por parte del Director o Administrador del establecimiento penal[50], sean proporcionales con el hecho cometido y se haya demostrado su participación en el mismo. Dentro de esas medidas correccionales y disciplinarias sólo podrán imponerse la amonestación, privación de recreo y deportes, ejecución de servicios de higiene, suspensión de salidas, privación temporal de comunicaciones o visitas, privación de otra comida que no sea la reglamentaria, privación del libre disfrute del peculio, privación de responsabilidades auxiliares de confianza, y retroceso del régimen progresivo[51]. Por otra parte, se podrá hacer reclamación ante el Juez de Ejecución, si al momento de ingresar al centro penal el penado o procesado, no es provisto de una cartilla donde consten los derechos y deberes que le asisten y la reglamentación interna del establecimiento, la que debe ser, debidamente explicada[52], ya que en base a esta información, se regirán sus patrones de conducta dentro del referido establecimiento.

Los equipos técnicos[53] de los establecimientos penales son los entes encargados de brindar un criterio científico sobre el desarrollo del sistema de tratamiento penitenciario progresivo[54] en el proceso de resocializaciòn de los

---

(50) Esta facultad es la que establece el articulo 60 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente, "El Director o Administrador del establecimiento penal será la única autoridad competente para imponer medidas y otorgar estímulos, oyendo previamente al personal psicopedagógico, y en el caso de sanciones oyendo también al supuesto infractor".

(51) Estas medidas correccionales y disciplinarías son las que establece el articulo 61 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente; fuera de estas no podrá aplicarse ninguna otra, así lo dispone el articulo 65 de la referida ley al señalar "En ningún caso se aplicará a los reclusos otras medidas disciplinarias distintas de las establecidas en el articulo 61 de ésta ley".

(52) Artículo 59 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente.

(53) De acuerdo a la Ley de Rehabilitación del Delincuente, en los establecimientos penales funcionaran como servicios técnico especiales los médicos, los psicopedagógicos y otros que se consideren necesarios, los cuales estarán sujetos a las disposiciones reglamentarias de la referida ley.

(54) Artículo 42 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente: "El sistema de tratamiento penitenciario progresivo comprenderá a los siguientes periodos: 1) de observación; 2) de aislamiento celular nocturno y régimen común diurno; 3) de preparación para la libertad, con vida común diurna y nocturna; y 4) de libertad condicional cuando proceda".

reclusos, y en base a estos, el Comité Especial[55] toma las medidas convenientes a que debe ser sometido el recluso, así como también las progresiones o tránsitos de un período a otro y las regresiones cuando procedan. El Juez de Ejecución constituye la instancia a la cual el recluso puede recurrir contra la decisión del Comité Especial.

La facultad de acudir en queja, que tienen los internos ante el Juez de Ejecución, podrá interponerse si se tiene conocimiento de que la administración de las penitenciarías y cárceles, no se está desarrollando de la forma que establece la Ley de Rehabilitación del Delincuente, tomando en cuenta por ejemplo que los locales destinados a albergar a los reclusos deberán satisfacer las exigencias de higiene y salubridad, particularmente en lo relacionado con el volumen de aire, agua, superficie mínima, alumbrado y ventilación[56], y en general cuando se vea lesionado cualquier derecho consagrado en la Constitución de la República y lo establecido en la Ley de Rehabilitación del Delincuente en lo referente al sistema de tratamiento penitenciario progresivo a los condenados cuya pena pase de tres años de duración y lo que pudiera restringírseles, en cuanto a las etapas de tratamiento a que debe ser sometido y los beneficios que de acuerdo a derecho pudiese gozar.

Es necesario apuntar que, para el correcto funcionamiento y desarrollo de estas atribuciones, deberán emitirse instructivos o normas prácticas de acuerdo a las cuales deban seguirse los procedimientos administrativos y los de ejecución en sede jurisdiccional, debido a que los procedimientos de reclamo y queja a que se hacen alusión en este artículo no tienen definido dentro del Código Procesal Penal un procedimiento especial.

Habría que distinguir, dentro de las atribuciones que se asignan al Juez de Ejecución, en este artículo, reclamaciones o quejas en materias estrictamente jurisdiccionales penales (de ejecución de condena), a las que se refiere el artículo 387 de este Código, que establece el procedimiento a seguir para decidir sobre ellas, y otras quejas y reclamaciones sobre aspectos no jurisdiccionales, sino administrativos (de Administración penitenciaria), para resolver los cuales se aplicarán por analogía el mismo sencillo trámite de audiencia (y eventual prueba) diseñado por dicho artículo 387; y contra la resolución que el Juez de Ejecución dictare, procederá el recurso de apelación, ante la Corte de Apelaciones con competencia en el territorio donde esté localizado el centro penitenciario, con lo que el régimen de recursos se aproxima también en este punto al establecido por el artículo 387, repetidamente mencionado.

ARTICULO 383. <u>Reclamaciones que pueden hacer los condenados.</u> El condenado podrá hacer valer los derechos y facultades que le otorguen las leyes penales y penitenciarias, ante los órganos de dirección y administración de los establecimientos en que se encuentre recluido. Podrá, además, plantear ante el

---

(55) Este Comité Especial formado por el Director o Administrador del establecimiento penal, junto con el equipo técnico que se integre al efecto, es el encargado de decidir el tránsito de un recluso, de un periodo a otro. Artículos 43 y 44 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente.

(56) Articulo 14 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente.

Juez de Ejecución, reclamaciones contra las resoluciones de las autoridades del respectivo centro penal, que violen sus derechos fundamentales, que denieguen el disfrute de beneficios penitenciarios, o que impongan sanciones disciplinarias; así como contra las decisiones referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones del período de tratamiento.

COMENTARIO

La inspiración de esta norma, es que el interno haga valer ante los órganos de dirección o administración del establecimiento penal (sede administrativa), los derechos y facultades que la legislación de la materia le otorga. Ahora bien, si las resoluciones administrativas de las autoridades del centro penal, violan los derechos Constitucionales y los establecidos en las leyes penales y penitenciarias, a los cuales nos referimos en el artículo anterior, es allí donde comienza la labor del Juez de Ejecución, donde el interno a través de la vía del reclamo genera un mecanismo procesal concreto para que el Juez pueda vigilar y el condenado quejarse cuando así no ocurra- que la pena impuesta cumpla sus finalidades. Vigilando que los condenados no pasen a ser objetos olvidados en un depósito totalmente insalubre, que carezcan totalmente de derechos y sean considerados intrínsecamente «enemigos»: enemigos de la sociedad, enemigos de los jueces, enemigos entre ellos mismos[57]. En ese sentido, con esta vía del reclamo los internos se colocan en la pista de los mecanismos -como lo apuntamos- mediante los cuales los sistemas penitenciarios dejarán de violarles los Derechos Humanos no sólo a ellos sino inclusive a sus propias autoridades administrativas: que el mismo sistema los ha deteriorado regresivamente por creer poder manejar dichas instituciones sin ningún control judicial.[58]

ARTICULO 384. <u>Derechos de la victima relacionados con la ejecución.</u> La víctima tendrá derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución de la pena o de las medidas de seguridad, en lo relativo a la libertad del condenado, ya se haya constituido o no, como acusadora privada.

COMENTARIO

Una de las innovaciones del nuevo proceso penal, es la especial participación de la víctima, como parte de la humanización del sistema penal, consistente en dar igualdad de oportunidades a los intervinientes del proceso. En este caso, se haya constituido o no, como acusadora privada, tendrá igual participación en lo relativo a la libertad del condenado, planteando los incidentes que estime necesarios en resguardo de sus intereses. Estas incidencias se plantearán ante el Juez de ejecución de la pena y serán objeto de recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones correspondiente.

---

(57) Bínder, Alberto. Obra citada...
(58) En este sentido: Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. EDIAR. Buenos Aires. 1989 Pág. 148

CAPITULO II

DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

ARTICULO 385. Sentencias que pueden ser ejecutadas. Sólo las sentencias condenatorias que hayan adquirido el carácter de firmes, podrán ser ejecutadas.

El órgano jurisdiccional competente enviará dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, certificación de las sentencias que hayan adquirido aquel carácter, al Juez de Ejecución y al director del respectivo centro penal.

COMENTARIO

Es aquí, en este momento procesal, que comienza una fase más de la administración de justicia penal, la ejecución de la sentencia. La doctrina es coincidente con esta norma, en que la fase de ejecución comienza procesalmente con la firmeza del fallo condenatorio. Pues, es ahí, a partir de donde comenzará el Juez de Ejecución, a adoptar todas las medidas y beneficios que pudieran corresponderle al condenado de acuerdo a la ley penal y penitenciaria[59].

Es necesario establecer un término prudencial, para que el Tribunal de Sentencia, remita las sentencias que hayan adquirido el carácter de firme, para que el Juez de Ejecución con la mayor brevedad posible proceda a dar cumplimiento con lo ordenado en el fallo y se tomen las medidas necesarias para que la pena impuesta al condenado cumpla con los fines resocializadores. En cuanto a la remisión de una certificación de la sentencia al director del respectivo centro penal, es necesario que quedará plasmado en la norma, para legitimar administrativamente la situación del interno y que dichas autoridades penitenciarias le comiencen a dar el tratamiento progresivo correspondiente, así como para el control y registro del caso.

ARTICULO 386. El Juez de Ejecución y el cómputo de la pena. El Juez de Ejecución practicará el cómputo de las penas.

Cuando se trate de penas privativas de la libertad, dentro del cómputo deberá quedar comprendido el tiempo en que el condenado haya permanecido tanto en detención, como en prisión preventiva. Señalará asimismo, la fecha en que terminará la condena y, en su caso, la fecha a partir de la cual el condenado podrá solicitar la libertad condicional.

Practicado el cómputo, el Juez de Ejecución lo pondrá en conocimiento del condenado y de la correspondiente autoridad penitenciaria, la que dejará constancia del hecho en el libro respectivo.

De la misma manera notificará al condenado a penas no privativas de libertad, la forma y modalidades de su cumplimiento.

---

(59) En este sentido: "GÓMEZ ORBANEJA. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...; BORJA MAPELLI CAFFARENA. La Judicialización penitenciaria, un proceso...". Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Mayo 1999. Pág. 35.

El cómputo podrá reformarse solo en los casos de error, de revisión de la sentencia o cuando nuevas circunstancias lo tornen necesario, en cuyo caso, también se hará del conocimiento del condenado.

COMENTARIO

Una vez recibida la Certificación de la sentencia condenatoria, el Juez de Ejecución, procederá a hacer el cómputo de las penas a que ha sido condenado el imputado, ya sean privativas de libertad, multas, inhabilitación, interdicción civil, indicando mediante auto motivado, la forma y el tiempo en que deberá cumplirlas.

El respeto a la inviolabilidad de la libertad y la presunción de inocencia se ven fortalecidos, al introducirse dentro del cómputo de las penas privativas de libertad, el tiempo que se ha permanecido en detención por parte del Ministerio Público[60], así como el tiempo que estuviere bajo prisión preventiva. Debiendo señalar en el auto motivado donde se práctica el computo, la fecha en que el condenado cumplirá la pena privativa de libertad y la fecha en que podrá solicitar la libertad condicional, si procediere de acuerdo a lo establecido por el Código Penal[61]. Es importante apuntar, que el Código Penal establece que la pena de reclusión empezará a contarse desde el día en que el reo fuere aprehendido, descontándose el tiempo que permanezca excarcelado[62]. Es evidente y debe entenderse a favor del reo, que el cómputo de la pena se practicará desde el momento que la policía aprehendiere a una persona sin orden judicial por darse los supuestos establecidos en el artículo 175 del presente Código o pueda ser a partir de la detención preventiva ordenada por el Ministerio Público.

El conocimiento del condenado de la fecha en que cumplirá su condena y de los beneficios que en su oportunidad podrá gozar, garantiza el respeto al principio de información, del cual debe gozar todo interno para que su dignidad humana no se vea limitada por desconocer las condiciones bajo las cuales y por que tiempo permanecerá en el establecimiento penal. El cómputo es necesario que se ponga en conocimiento de la autoridad administrativa del centro penal, ya que en base a la fecha que estará en reclusión, así deben ser aplicados los tratamientos progresivos y beneficios de los que deba gozar.

En los casos que de acuerdo al Código Penal, se lleven como accesorias la inhabilitación absoluta o especial e interdicción civil, o en los casos en que la inhabilitación fuere aplicada como principal, deberán notificarse al condenado la forma y modalidades en que deberá cumplirlas, indicando las que deban cumplirse simultáneas y las que deberán cumplirse en forma separada.[63]

---

(60) Sobre la detención preventiva, ver artículo 176 del Código Procesal Penal
(61) ver comentario del artículo 388 del Código Procesal penal.
(62) Articulo 58 Código Penal.
(63) Al respecto, ver artículos 38, 48, 49 y 50 del Código Penal.

En los casos de error por parte del Juez de Ejecución al practicar el cómputo, se podrá reformar de oficio por parte de éste y a solicitud del condenado o su defensor, mediante solicitud debidamente fundada. En cuanto al recurso de revisión, se modificaría el cómputo si dicho recurso fuere acogido y produjera los efectos correspondientes.[64] En cuyo caso también deberán ponerse en conocimiento del condenado las modificaciones que procedan.

ARTICULO 387. Incidentes que se pueden plantear al Juez de Ejecución.
El Ministerio Público, el condenado o la víctima en el caso previsto en el Artículo 384, podrán plantearle al Juez de Ejecución, cuestiones relativas al cumplimiento y extinción de la pena, así como, a la libertad condicional.

Tales cuestiones serán resueltas en audiencia oral, en la cual se propondrá y evacuará la prueba que se presente. El Juez decidirá por auto motivado, contra el cual procederán los recursos de reposición y apelación subsidiaria, para ante la respectiva Corte de Apelaciones. El ejercicio de tales recursos no suspenderá la ejecución de la pena.

COMENTARIO

Los sujetos procesales a los cuales se hace referencia en esta norma, son los que están legitimados para promover los incidentes relativos al cumplimiento[65] y extinción de la pena, así como, la libertad condicional.[66] El procedimiento que se ha establecido para los incidentes, es oral para estar acorde con los principios que informan el nuevo proceso penal y por ende agilizar la pronta respuesta que deben tener los órganos de la Administración de Justicia. En la referida audiencia oral -no pública, a mi criterio- deberán estar presentes el peticionario y los sujetos legitimados arriba mencionados, para que tengan conocimiento sobre lo solicitado y formular sus alegatos, apoyados de las pruebas que presenten las partes y estime el Juez admisible. El procedimiento especial de reposición y apelación, está sujeto a lo que al respecto señala este Código, y es competencia de la Corte de Apelaciones que tenga jurisdicción en el territorio donde desarrolla su actividad el Juzgado de Ejecución. Es importante además, señalar que la interposición de estos recursos no suspende la ejecución de la pena.

ARTICULO 388. Solicitud de libertad condicional. La libertad condicional podrá ser solicitada por el condenado o su Defensor.

El Juez de Ejecución resolverá sobre la solicitud, mediante auto motivado; contra ese auto procederán los recursos de reposición y apelación subsidiaria, ante la respectiva Corte de Apelaciones.

---

(66) Sobre los efectos que produce el Recurso de Revisión, ver artículo 380 del Código Procesal Penal.

(67) En cuanto al cumplimiento de la pena, debemos entender que el incidente puede ser planteado sobre cualquier aspecto que lesione la forma de cumplirla, además, lo relacionado con la sustitución o modificación de la pena.

(68) Sobre el cumplimiento y extinción de la pena ver lo que al respecto señala el Código Penal

Cuando el Juez de Ejecución otorgue la libertad condicional, el correspondiente auto fijará además, de la libertad vigilada que se impondrá en todo caso, las medidas de seguridad a que quedará sometido el beneficiario de acuerdo con el Código Penal. Fijará asimismo, previa consulta con el reo, el domicilio de éste, y le entregará un certificado en el que conste que se halla en libertad condicional.

El Juez de Ejecución vigilará el cumplimiento de las condiciones impuestas, las que podrá reformar de oficio o a petición del condenado. Para estos efectos, el Juez de Ejecución contará con la colaboración de la Policía Nacional y de las autoridades municipales.

COMENTARIO

Las propuestas de Libertad condicional, de acuerdo al Código Penal, para que puedan ser procedentes, es necesario que el penado haya cumplido más de la mitad de la pena, en los casos de condena a reclusión que exceda de tres (3) años y no pase de doce (12); o que haya sufrido las tres cuartas partes de la pena, cuando ésta exceda de doce (12) años. Cómputo que el Juez de Ejecución lo tendrá en su poder desde el momento de reciba la sentencia condenatoria indicando en monto de la pena. El penado o su defensor deberá acreditar que no ha sido condenado ejecutoriadamente con anterioridad por otro delito doloso, haber observado buena conducta durante su permanencia en el centro penal, tener hábitos de trabajo, orden, moralidad que patenticen su arrepentimiento con el propósito de enmendar el yerro cometido y haber restituido la cosa y reparado el daño en los casos de delitos contra la propiedad y cumplido las demás obligaciones civiles, derivadas del delito, o demuestre su incapacidad económica para satisfacer dichas obligaciones.

Posterior al procedimiento señalado para los incidentes[67], se le exige al Juez de Ejecución que la resolución sea motivada, ya sea que se otorgue o se deniegue la solicitud de Libertad Condicional, debido a que la motivación indica los criterios bajo los cuales el Juez ha fundado su decisión, con la correcta valoración de los elementos probatorios aportados en la audiencia. Esta decisión del Juez de Ejecución es susceptible del recurso de reposición y apelación, para ante la Corte de Apelaciones correspondiente.[68]

En los casos donde se autorice la libertad condicional, siempre en la resolución, se decretará como medida de seguridad la libertad vigilada por el tiempo que faltare para cumplir su condena (período de prueba), y deberá establecer si aparejada a la libertad vigilada, se le impone al beneficiario otra medida de seguridad, que puede consistir en prohibición de residir en un lugar determinado y/o prohibición de concurrir a determinados lugares.[69] En dicha resolución deber fijarse además, con la consulta y colaboración del reo, el domicilio fijo de éste. Debiendo informar al Juez de Ejecución los cambios de domicilio que hiciere posteriormente.[70]

---

(67) Sobre el trámite de los incidentes ver comentario del artículo 388 del presente Código.

(68)En cuanto al procedimiento de los recursos de reposición y apelación, ver lo que

(69) Al respecto, ver artículo 77 del Código Penal.

(70) Este requisito, lo establece claramente el artículo 83 párrafo final del Código Penal.

En cuanto a la reforma de las condiciones impuestas para poder gozar del beneficio de libertad condicional, el Juez de Ejecución las podrá hacer de oficio o a solicitud del condenado, si tiene conocimiento de que la persona o la víctima, que se intenta proteger ha cambiado domicilio o reside en otro lugar que no está bajo la prohibición del condenado, o en casos de similar consecuencia. Es necesario, para que exista una correcta vigilancia no sólo del Juez, sino con las personas involucradas dentro del sistema de Administración de Justicia como es la policía nacional, a través de sus cuerpos especializados, los cuales deberán prestar el servicio de poder tener bajo su responsabilidad la vigilancia de ciertas personas en los radios de acción donde desarrollan sus labores, los cuales mantendrán informados al Juez de Ejecución correspondiente. Recordemos que la Ley Orgánica de la Policía Nacional, le impone el deber a sus miembros de colaborar con el sistema penal. Por otra parte en cuanto al papel de colaboración que deben jugar las autoridades municipales en la vigilancia de ciertas medidas para la obtención de la paz social, es necesario recordar que éste es uno de los valores que hay que rescatar, que fue identificado en el *Simposio de Popowo: Towards improved corrections: A strategic framework,* publicado por el Centro Internacional para la reforma del Derecho Penal y la Política de Justicia penal, es el que establece que *«...La eficacia de sistema penitenciario depende de una estrecha colaboración con las contrapartes del sistema de justicia penal y la comunidad, como forma de contribuir una sociedad más justa, humanitaria y segura."*[71]

ARTICULO 389. <u>Revocación de la Libertad condicional</u>. La libertad condicional podrá revocarse en los casos previstos por el Código Penal.

La revocación podrá ser decidida de oficio, a petición del Ministerio Público o de la víctima.

El Juez de Ejecución, previa audiencia en la que oirá a las partes y recibirá prueba de ser necesario, resolverá por auto motivado.

En caso de que revoque la libertad condicional, practicará nuevo cómputo y pondrá en conocimiento de la autoridad penitenciaria lo resuelto.

Si el beneficiario no puede ser encontrado en el domicilio fijado por el Juez de Ejecución, éste ordenará su captura. Podrá igualmente, dejar en suspenso la libertad condicional hasta que se resuelva el incidente.

Contra el auto que revoque la libertad condicional, podrán interponerse los recursos de reposición y, subsidiariamente, el de apelación para ante la respectiva Corte de Apelaciones.

COMENTARIO

Podrá revocarse este beneficio, si durante el período de prueba -que es igual

---

(71) Tomado de la obra de DANDURAND, YVON. "Debe una mayor seguridad de los ciudadanos significar un mayor castigo...". Delito y Seguridad de los Habitantes. Elias Carranza, compilador. 1997. Pág. 195.

al tiempo que le faltare para cumplir la pena impuesta- a que está sometido el condenado, éste incurriere en nuevo delito o violare las medidas de seguridad impuestas[72].

Dicha revocación podrá declararla el Juez de Ejecución de oficio, si tuviere conocimiento de alguna de las causas que dan lugar a la misma. En caso de que, no tuviere conocimiento de las referidas circunstancias, se las hará saber el Fiscal a la víctima, para que se proceda con lo pertinente, en virtud de que, al violarse las medidas impuestas al condenado, se pone en peligro una cantidad de bienes jurídicos que se protegen tanto en representación de los intereses generales de la sociedad, como de los individuales.

El Juez de Ejecución resolverá mediante auto motivado, lo que estime pertinente cuando le soliciten la revocación del beneficio de libertad condicional (previa audiencia en la que oirá a las partes y recibirá prueba de ser necesario) [73]. Al revocarse el beneficio de Libertad Condicional, se hace efectiva la parte de la pena que se haya dejado de cumplir, sin computar el tiempo que haya permanecido en libertad, y es por ello, que es necesario realizar un nuevo computo de la pena[74]. Al Director o Administrador del centro penitenciario deberá comunicarle el Juez de Ejecución, la resolución motivada donde se disponga revocar dicho beneficio, así como del nuevo computo realizado, para los efectos del control administrativo que deben mantener las referidas autoridades.

Si el condenado, no es encontrado en el domicilio fijado ante el Juez de Ejecución, éste ordenará su captura, ya que, la fijación del domicilio y los cambios que tuviere, es una obligación que se impone al condenado dentro de los límites del Código Penal[75], para poder optar a la libertad condicional. El Juez de Ejecución, según la gravedad de la medida de seguridad que se violó por parte del condenado, podrá decretar la suspensión de la libertad condicional, hasta que se resuelva el incidente, en el cual se solicita la revocación de dicho beneficio.

La resolución, mediante la cual se revoca el beneficio de la Libertad Condicional, es susceptible del recurso de reposición y subsidiaria apelación.[76]

ARTICULO 390. <u>Deberes del Juez de Ejecución en relación con las multas.</u> Si el reo ha sido condenado al pago de una multa, el Juez de Ejecución determinará las condiciones en que deberá hacerla efectiva, previa audiencia de aquél. Si el pago de la multa ha de hacerse mediante cuotas, se estará a lo prescrito por el Código Penal.

Si el condenado no paga la multa, el Juez de Ejecución hará efectiva la garantía que aquél, en su caso, haya rendido o embargará y rematará bienes de

---

(72) Sobre la revocación de la Libertad condicional, ver artículo 78 del Código Penal.

(73) Sobre el procedimiento del Incidente para solicitar la revocación de la Libertad Condicional, ver comentario al artículo 387 de éste Código.

(74) Al respecto, articulo 78 del Código Penal.

(75) Artículo 83 párrafo final del Código Penal.

(76) Sobre el recurso de reposición y apelación, ver comentarios a los artículos 352 al 372 del presente Código.

su propiedad de conformidad con lo que dispone el Código de Procedimientos Comunes. Contra los autos del Juez de Ejecución, procederán los recursos de reposición y apelación subsidiaria, para ante la respectiva Corte de Apelaciones.

Si se hace necesario conmutar la multa por prisión o reclusión, el Juez de Ejecución procederá de conformidad con lo establecido en el Código Penal. Transformada la multa en prisión o reclusión, el mencionado Juez ordenará la detención del condenado quien, si también ha sido sancionado con pena privativa de libertad, cumplirá primero ésta y luego la relacionada con la conmuta.

COMENTARIO

La condena al pago de una multa, no es, más que la obligación impuesta al penado de pagar al Estado, a través de la Tesorería General de la República o en una institución del sistema financiero nacional que la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas, haya autorizado, la suma de dinero que el Código Penal y las Leyes especiales determinan o que el Juez fije en cada caso dentro de los límites legales, tomando en cuenta la capacidad económica del penado y la gravedad del daño causado[77]. Para determinar las condiciones en que el penado hará efectiva la multa, deberá el Juez de Ejecución convocarlo a una audiencia, donde se establecerá la forma en que cumplirá con su obligación, si acredita no tener capacidad económica para realizar totalmente su obligación lo hará mediante cuotas[78], caso en el cual deberá rendirse caución real o personal, fijando el Juez de Ejecución el monto y la fecha de pago tomando en cuenta la capacidad económica del condenado.

En caso de incumplimiento en el pago de la multa de acuerdo a las condiciones que estableciera el condenado con el Juez de Ejecución, se hará efectiva la caución real o personal, que en su momento se rindiera de acuerdo al Código Penal. Ahora bien, en caso de que el condenado no pagare voluntariamente la multa, ni rindiera caución, se hará por la vía de apremio, embargando y rematando bienes de su propiedad de acuerdo a lo que dispone para tal efecto, el Código de Procedimientos Comunes. Contra los autos que el Juez de Ejecución dictare en la tramitación para hacer efectiva la multa, procederán los recursos de reposición y apelación subsidiaria.[79]

Si en todo caso, no hubiere garantía, y por la vía de apremio (embargo y remate) ha sido imposible hacer efectiva la multa, deberá ser conmutada a razón de un día por cada cinco lempiras cuando corresponda a una falta y de un día por cada diez lempiras cuando corresponda a un delito. Recordando, que la prisión conmutada en estos límites, no podrá exceder de seis meses y la reclusión de cinco años, pudiendo pagar la multa en cualquier momento, a la cual sólo se le deducirá el tiempo que haya estado guardando prisión o reclusión, de acuerdo a los

---

(77) Sobre éste punto, consultar artículo 51 del Código Penal.
(78) En lo relativo al pago de la multa por abonos, ver artículo 52 del Código Penal.
(79) Sobre el recurso de reposición y apelación, ver comentarios a los artículos 352 al 372 del presente Código.

valores apuntados. La prisión y la reclusión que se conmute por esta vía no dar lugar a la aplicación de penas accesorias, ni a la prestación de servicios en obras públicas, dentro o fuera del establecimiento penal. Una vez transformada la pena de multa en prisión, el Juez de Ejecución ordenará la inmediata detención del condenado. En los casos, que sea condenado además, a una pena privativa de libertad, cumplirá primero ésta y posteriormente la conmuta.

ARTICULO 391. Deberes del Juez de Ejecución respecto de la pena de inhabilitación. Si la pena es de inhabilitación absoluta, el Juez de Ejecución deberá comunicarla, con indicación de la fecha en que llegará a su término la condena, al Tribunal Nacional de Elecciones, a los partidos políticos debidamente inscritos, a la Dirección General de Servicio Civil, a la Dirección General de Presupuesto y a las dependencias encargadas de administración de personal de los poderes Legislativo y Judicial, del Ministerio Público y de todas las instituciones descentralizadas o desconcentradas, lo mismo que al respectivo colegio profesional, en su caso.

Si la pena es de inhabilitación especial, el Juez de Ejecución deberá comunicarla, con indicación de la fecha de finalización de la condena, a la autoridad o entidad encargada de controlar el ejercicio de la profesión, empleo, cargo o derecho sobre el cual recayó la inhabilitación.

Contra esta resolución procederán los recursos de reposición y apelación subsidiaria, ante la respectiva Corte de Apelaciones.

COMENTARIO

Se entiende por inhabilitación absoluta, la privación durante el tiempo de la condena de ejercer cargos u oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares, conforme a los tres incisos del artículo 48 del Código Penal. Una vez recibida por el Juez de Ejecución la Sentencia condenatoria, en la cual se imponga al condenado una pena de inhabilitación absoluta, éste deberá proceder a efectuar el cómputo, es decir la fecha en la cual terminará la misma y poner en conocimiento dicho computo, de las instituciones mencionadas en el presente artículo, ya que dada la naturaleza de la pena, uno de los efectos que produce es la incapacidad para obtener esos cargos, derechos y profesiones a las que nos hemos referido. En ese sentido, se asegura que las instituciones estén bien informadas, acerca de los habitantes de la República que tienen restricciones para optar por ciertos derechos.

La inhabilitación especial recae sobre los mismos derechos que la absoluta, sólo que debe imponerse, para un determinado cargo u oficio público, derecho político o profesión titular por el tiempo de la condena y produce de acuerdo a los dos incisos del artículo 49 del Código Penal, la privación de ese derecho y la incapacidad de ejercerlo. La comunicación que deberá girar el Juez de Ejecución, con indicación de la fecha en que termina la condena, deberá hacerse de manera individualizada a la autoridad o entidad encargada de controlar el ejercicio del derecho sobre el cual recayó la inhabilitación.

Es importante recordar, que las penas de inhabilitación (absoluta y especial) son penas principales y se impondrán como accesorias, siempre que la ley no las

imponga como principales en determinado delito[80]. En ese sentido, cuando la reclusión excede de cinco años, lleva como accesorias la inhabilitación absoluta y la interdicción civil; y cuando la reclusión no excede de cinco años, lleva como accesorias la inhabilitación especial y la interdicción civil.[81]

SI la resolución, donde se ordena comunicar la fecha en que se terminará la inhabilitación, no es acorde con lo estipulado en el Código Penal o no satisface los requerimientos de alguna de las partes, es susceptible del recurso de reposición y apelación subsidiaria.[82]

ARTICULO 392. <u>Deberes del Juez de Ejecución respecto de la interdicción civil.</u> Si la pena es de interdicción civil, el Juez de Ejecución deberá comunicarla, por los medios que estime adecuados y con indicación de la fecha de finalización de la condena, al Registro Nacional de las Personas, a los registradores de la propiedad de toda la República, a todos los demás jueces que tengan relación con los derechos afectados por la mencionada pena y a los notarios.

El Juez de Ejecución nombrará al guardador que habrá de representar al condenado en la administración de sus bienes.

Contra esta resolución procederán los recursos de reposición y apelación ante la respectiva Corte.

COMENTARIO

La interdicción civil es una pena accesoria y consiste en la suspensión de los derechos de patria potestad, tutela, guarda y administración de bienes, pudiendo el condenado disponer de sus propios bienes únicamente por testamento.[83] La Comunicación que deberá girar el Juez de Ejecución, con indicación de la fecha en que termina la condena, deberá hacerse de manera individualizada a cada una de los profesionales, autoridades o instituciones encargadas de controlar las restricciones de los derechos sobre el cual recae la interdicción.

La administración de los bienes del condenado no puede quedar al descuido, puesto que éste ha sido suspendido de este derecho; en ese sentido el Juez de Ejecución a petición del condenado o de oficio nombrará al guardador que habrá de representarlo en la administración de sus bienes.

Contra la resolución que dicte el Juez de Ejecución en este tipo de procedimiento, procederán los recursos de reposición y apelación ante la respectiva Corte de Apelaciones.[84]

---

(80) Articulo 38 del Código Penal.
(81) Artículos 62 y 63 del Código Penal.
(82) Sobre el recurso de reposición y apelación, ver comentarios a los artículos 352 al 372 del presente Código.
(83) Articulo 54 del Código Penal.
(84) Sobre el recurso de reposición y apelación, ver comentarios a los artículos 352 al 372 del presente Código.

ARTICULO 393. <u>El Juez de Ejecución y las costas. Imputación de pagos.</u> El Juez de Ejecución tramitará, de conformidad con lo dispuesto por el Código de Procedimientos Comunes, la tasación de las costas impuestas y los demás gastos a que se refiere el Código Penal.

Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades de naturaleza económica, se imputarán, por el orden siguiente:

- A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios;
- A las costas procesales y personales;
- A los gastos ocasionados por el juicio; y,
- A la multa.

COMENTARIO

Cuando hubiere condena en costas en la sentencia definitiva que dictare el Tribunal de Sentencia, procederá el Juez de Ejecución a la exacción de las mismas, por la vía de apremio, previa su tasación. Tal como establece el Código de Procedimientos Comunes.[85] También se tramitarán de la misma forma los demás gastos, que no quedan comprendidos dentro de las costas, y que no son más, que algunos rubros que hayan sido útiles para la consecución del juicio. Deberán presentarse los atestados y minutas correspondientes y el Juez de Ejecución valorará si se comprenden o no dentro de estos gastos.[86]

En cuanto a la imputación de pagos, en caso de que los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades de tipo económico, hay una aparente contradicción, con lo que establece el Código Penal, ya que éste ubica en el orden como la prioridad tercera "la indemnización de daños y perjuicios"[87], y el presente artículo señala como la prioridad número uno la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios. Esta alteración en la prelación de pagos en el Código Procesal Penal, es debido a que, en el actual proceso se ha relegado a la víctima a un segundo plano, y es precisamente lo que se trata de evitar con esta norma, hay que devolverle al proceso penal la humanización, que lo importante es, en la medida de lo posible, resarcir los daños ocasionados a la víctima.

ARTICULO 394. <u>El Juez de Ejecución y los indultos.</u> El Poder Ejecutivo, por medio de la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia, remitirá al respectivo Juez de Ejecución, certificación de la resolución por medio de la cual haya indultado una pena. Recibida la certificación, el Juez ordenará la libertad inmediata del condenado.

COMENTARIO

Es facultad constitucional del Poder Ejecutivo, indultar una pena.[88] El indulto

(85) Sobre el procedimiento para la tasación de costas, ver Artículos 242 al 249 del Código de Procedimientos Comunes.

(86) Sobre los demás gastos, con excepción de las costas, el Código Penal no es explícito, menciona de forma general ese aspecto en el artículo 56.

(87) Artículo 57 del Código Penal.

(88) Artículo 245 atribución 24 de la Constitución de la República.

sólo extingue la pena principal cuando no comprende las accesorias, y no favorece al indultado en cuanto a la reincidencia y demás efectos de la pena. Además no podrá habitar, sin el consentimiento del ofendido, en el domicilio en que éste viva o, en su defecto, su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, por el tiempo, que de no haber sido indultado debiera durar la condena.[89] Es importante apuntar que el indulto no extingue el derecho a la indemnización del daño causado por el delito.[90] En lo relativo a las personas y los tipos de penas que pueden ser susceptibles de indulto, lo encontramos en la Ley de Indultos y Conmutas.[91] El Poder Ejecutivo por medio de la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia, deberá remitir al Juez de Ejecución, a la mayor brevedad posible copia de la resolución que concede el indulto, para proceder a poner al condenado en inmediata libertad.

ARTICULO 395. El Juez de Ejecución y el perdón del ofendido. Cuando el ofendido otorgue perdón con efecto extintivo de la pena, el Juez de Ejecución oirá al condenado y si éste manifiesta su acuerdo, el Juez ordenará, si procede conforme a derecho, su inmediata libertad.

COMENTARIO

El perdón como efecto extintivo de la pena, se encuentra regulado en los límites de la normativa penal sustantiva, y procederá en aquellos delitos que sólo son perseguibles en virtud de querella o denuncia del agraviado, excluyendo a los responsables del delito de violación y los responsables de delitos o faltas cometidos en contra de niños o niñas; y en cuanto a los cometidos contra incapaces tiene su regulación especial.[92] Es necesario escuchar la opinión del condenado, ya que es él, la persona beneficiada y por tanto deberá contarse con su acuerdo expreso, ya que de lo contrario iríamos en contra del principio de autonomía de la voluntad.

CAPITULO III

DE LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS

MEDIDAS DE SEGURIDAD

ARTICULO 396. Reglas aplicables a las medidas de seguridad. Las reglas establecidas en el capítulo anterior, regirán para las medidas de seguridad, en lo que fueren aplicables.

COMENTARIO

En lo que fuere aplicable a las medidas de seguridad, las reglas relativas a la ejecución de las penas, regirán para su funcionamiento y efectividad, tendientes a asegurar a la víctima por ejemplo, su protección en caso de que la medida de

(89) Articulo 96 numeral 4 del Código Penal. En éste sentido SUAZO LAGOS, RENE. Código Penal Comentado. Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, C.A. 1998. Pág. 63.
(90) Articulo 103 del Código Penal.
(91) Artículos 2, 3 y 4 de la Ley de Indultos y Conmutas de 1927 y sus reformas.
(92) Articulo 96 numeral 5 del Código Penal.

seguridad que se establezca en la concesión de una libertad condicional, no determine de una manera efectiva que la libertad del condenado no vendrá a menoscabar o poner en peligro sus actividades normales de vida. Es dichos casos podrá interponer los incidentes que estime convenientes.

ARTICULO 397. Competencia del Juez de Ejecución respecto de las medidas de seguridad. El Juez de Ejecución impondrá, sustituirá, modificará o hará cesar las medidas de seguridad a que se refiere el Código Penal en audiencia oral, en la que deberán participar el Ministerio Público, el condenado o su representante legal, en su caso, y el defensor. La víctima o su apoderado participarán en esa audiencia, en el caso previsto en el Artículo 384.

COMENTARIO

Las medidas de seguridad tienen como finalidad ejercer sobre el condenado la misma acción rehabilitadora que se le encarga a las penas privativas de libertad, y han tenido, históricamente, las mismas limitantes y complicaciones de éstas, por la falta de un mecanismo que garantice una supervisión efectiva. Se clasifican en *Curativas* (internación en establecimiento psiquiátrico, de trabajo o granja penal, y reeducativo o de tratamiento especial,) y medidas de *Vigilancia* (la libertad vigilada, prohibición de residir o concurrir en lugar determinado, caución de buena conducta y expulsión de extranjeros).[93] Precisamente por ese carácter rehabilitador de las medidas de seguridad es que el Juez de Ejecución puede imponer, sustituir, modificar o hacerlas cesar, es decir si la circunstancia por la cual se le había impuesto la medida de seguridad ya ha cesado, se debe tomar las decisiones que favorezcan al condenado.[94] La tramitación deberá ser mediante audiencia oral, en la que participarán el Ministerio Público, el condenado o su representante legal y el Defensor. La víctima podrá participar en dicha audiencia si, como consecuencia la resolución, se da libertad al condenado, y éste pueda poner en peligro su integridad o bienes jurídicamente protegidos. Este tipo de resoluciones, por interpretación analógica, será susceptible del recurso de reposición y apelación ante la respectiva Corte de Apelaciones.

ARTICULO 398. El Juez de Ejecución y el delincuente habitual. En los casos previstos en el Código Penal, el Juez de Ejecución podrá decretar al delincuente habitual, cualquiera de las medidas de seguridad previstas en dicho Código, siempre que ello sea necesario de acuerdo con los estudios psicológicos y socio-económicos que de aquel se hayan hecho.

COMENTARIO

Dentro de las personas a las que puede considerárseles delincuentes habituales se encuentran: a) Los que han sido condenados por dos o más delitos, ya sea, en el país o en el extranjero, haya cumplido la pena o no; y b) Manifestar tendencia definida al delito, que deberá apreciarla el Juez de Ejecución según las circunstancias de vida del culpable.[95] En cuanto a la medida de seguridad que ha de imponérseles

---

(93) Artículo 83 del Código Penal.
En este sentido, tomado de Arroyo Gutiérrez, José Manuel. "Ejecución Penal". Reflexiones… 1996. Pág. 746 y 747

(94) En este sentido, Artículo 82 del Código Penal.

(95) Articulo 29 del Código Penal.

a estas personas la legislación penal positiva, señala que según el grado de peligrosidad que demostraren, se someterán al régimen de trabajo que corresponda en una institución de trabajo o granja penal[96]; sobre este aspecto el presente artículo amplía las medidas que pueden imponérseles a este tipo de personas, ya que deja de una manera abierta el catálogo de medidas que a criterio del Juez de Ejecución deba imponérsele, previo estudio psicológico y socio-económico que del condenado se haya hecho, para basar su resolución en criterios científicos que determinan las necesidades del mismo.

ARTICULO 399. Prohibiciones que puede imponer el Juez de Ejecución. El Juez de Ejecución, excepcionalmente de oficio o a petición del Ministerio Público o de la víctima, previa comprobación de las razones y cuando las circunstancias sobrevenidas así lo exijan, podrán imponer al condenado que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinada localidad de la República o de concurrir a determinados lugares, hasta por cinco (5) años.

El Juez de Ejecución comprobará la veracidad de los informes que le proporcionen personas sometidas a medidas de seguridad, en relación a lo prescrito en el párrafo anterior.

COMENTARIO

El Juez de Ejecución, una vez cumplida la pena o una medida de seguridad por parte del condenado, podrá imponer la prohibición de residir en determinada localidad de la República o concurrir a determinados lugares. Esta prohibición procederá cuando la pena o la medida de seguridad no han cumplido su finalidad o se hace patente que con su presencia se ponga en peligro los intereses generales de la sociedad o directamente un bien jurídico de la víctima, ante tal situación, la prohibición puede imponerse a solicitud del Ministerio Público, la víctima y de manera excepcional de oficio, si el Juez de Ejecución tuviere conocimiento de circunstancias que ameriten dicha imposición. De acuerdo a la normativa sustantiva, esta prohibición no podrá ser menor de un año[97], ni mayor de cinco, tal como lo establece la presente la norma.

La veracidad de los informes que hicieren llegar las personas sometidas a medidas de seguridad, deberán comprobarse, mediante los medios y el auxilio necesario que el Juez determine, para tener un control de veracidad sobre los resultados que ha producido dicha medida.

ARTICULO 400. El Juez de Ejecución y la libertad vigilada. En los casos en que el Juez de Ejecución decrete como medida de seguridad la libertad vigilada de enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales, indicará si su cuidado estará a cargo de algún miembro de su familia o de otra persona o institución adecuada.

---

(96) Articulo 83 del Código Penal.

(97) Artículos 91 y 92 del Código Penal.

En la correspondiente resolución, establecerá las normas de comportamiento que deberá observar la persona objeto de la medida, así como, los cuidados que deberán tener para con la misma, los familiares, la persona o institución, en su caso.

La respectiva resolución la notificará a las partes, a los correspondientes miembros de la familia, persona o institución.

COMENTARIO

En los supuestos que se establecen en éste primer párrafo, si las causas que motivaron su conducta aún continúan, la libertad vigilada que decrete el Juez de Ejecución consistirá en confiarlos al cuidado de su familia o de un guardador, que podría ser una institución especializada.[98]

En la referida resolución, el Juez de Ejecución, deberá indicar las normas de comportamiento que deberá observar la persona objeto de la medida y los cuidados y tratamientos médicos que deberán tener con la misma, así como la obligación de informar periódicamente al referido Juez de Ejecución.

ARTICULO 401. Cauciones que puede admitir el Juez de Ejecución. Al Juez de Ejecución corresponde fijar la cuantía de la caución impuesta en sentencia, como medida de seguridad, con arreglo a lo establecido en el Código Penal.

Para fijar la cuantía de la caución, el Juez de Ejecución tendrá en cuenta la capacidad económica del penado, y el grado de riesgo de comisión de nuevo delito.

La caución será rendida por cualquier interesado mediante escritura apud-acta, autorizada por el mismo Juez de Ejecución en su condición de Notario por Ministerio de la ley.

El Juez de Ejecución, en su caso, adoptará las medidas necesarias para hacer efectiva la caución.

COMENTARIO

La caución a que se refiere esta norma, es la que la normativa sustantiva la denomina caución de buena conducta y consiste en una garantía personal, hipotecaria, pignoraticia o depositaría, prestada a satisfacción del Juez de Ejecución. Esta medida va dirigida a garantizar que el sujeto peligroso no perpetrará nuevos hechos punibles y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba, que no será menor de un año ni mayor de cinco.[99]

La caución a que se refiere este artículo, el Juez de ejecución tomará en cuenta la capacidad económica del penado y el grado de riesgo de comisión de

---

(98) Articulo 90 párrafo primero del Código Penal.
(99) Articulo 93 párrafo primero del Código Penal.

nuevo delito. Estos extremos se comprobarán mediante estudios socioeconómicos e informes del comportamiento y resocialización que hubiere demostrado.

La forma de otorgamiento de la caución por cualquier interesado, será mediante escritura apud-acta, autorizada por el Juez de Ejecución en su condición de Notario por Ministerio de la Ley. La regulación legal de esta potestad del Juez de Ejecución la encontramos en la Ley del Notariado.[100]

La caución se hará efectiva a favor del fisco cuando el sometido a esta medida violare las normas de conducta impuestas; en caso contrario al finalizar el plazo, se ordenará la restitución de la suma depositada, la extinción de la fianza o la cancelación de la obligación pignoraticia o hipotecaria que se haya constituido.[101]

ARTICULO 402. <u>El Juez de Ejecución y la expulsión de extranjeros.</u> Una vez cumplida la condena principal, el Juez de Ejecución podrá decretar la expulsión del territorio nacional, del extranjero que fuese condenado a más de tres (3) años de reclusión, fuese reincidente o se le hubiese aplicado medida de seguridad, en virtud de la Ley Sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. Para el cumplimiento de la medida, librará comunicación a la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia, a fin de que la haga cumplir por medio de la Dirección General de Población y Política Migratoria, en el plazo prudencial que determine.

COMENTARIO

Este instituto conocido también como el extrañamiento, consiste en la expulsión de un extranjero del territorio nacional, cuando éste haya sido condenado a una pena mayor de tres (3) años, fuese reincidente cualquiera que sea la pena, o se le hubiese aplicado medida de seguridad en virtud de la Ley sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. La expulsión se decreta en otras palabras, por la gravedad del delito en atención a la pena, a la mayor peligrosidad del penado por incurrir en delito nuevamente y poner en peligro a la sociedad nacional, y por imponerse una medida consecuencia de la inobservancia de una ley que castiga los delitos contra el narcotráfico, ya que el Estado debe en todo momento fomentar la salud y rechazar las acciones que vayan en deterioro de la misma.[102] Las comunicaciones que tiene como fin hacer cumplir esta medida, se canalizarán por medio de la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia, a fin de que ésta por medio de la Dirección de Población y Política Migratoria, de estricto cumplimiento a lo ordenado por el Juez de Ejecución.

---

(100) Articulo 87 de la Ley del Notariado, que literalmente dice: "Los jueces de Letras y de Paz, podrán ejercer el notariado, únicamente en el término municipal donde residan, siempre que no haya notario hábil y en ejercicio de sus funciones residente, domiciliado en el lugar, debiendo dar fe de ésta circunstancia en el instrumento. **No obstante lo dispuesto en este articulo, los jueces podrán autorizar aquellas escrituras que según la ley deban extenderse apud-acta."**

(101) Articulo 93 párrafo segundo del Código Penal.

(102) Artículos 94 y 95 del Código Penal.

LIBRO QUINTO
DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
TITULO ÚNICO
DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
CAPÍTULO I
DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Mildren Georgina Dubón Villeda

(103) **ARTÍCULO 403. Casos en que procede el procedimiento abreviado.** Salvo el caso de reincidencia, a solicitud conjunta del Ministerio Público y del imputado, se seguirá el procedimiento abreviado para la investigación y sanción de toda clase de delitos de acción pública, si concurren los requisitos siguientes:

1) Que la solicitud se formule en la audiencia inicial o en cualquier otro momento, antes de que se emita el auto de apertura a juicio;

2) Que el imputado, en la correspondiente solicitud, admita incondicionalmente su participación en el hecho que se le atribuye y manifieste su acuerdo con la aplicación del mencionado procedimiento;

3) Que el Fiscal que participa en la solicitud, haya obtenido la autorización de su superior jerárquico, la que solamente procederá cuando no existan dudas, según las investigaciones practicadas por el Ministerio Público, sobre:

   a) La veracidad de la confesión hecha por el imputado;
   b) Que el imputado no trata de desfigurar los hechos o de transformar el delito en uno menos grave; y
   c) Que el imputado no trate de sustituir al verdadero culpable.

4) Que el Defensor dé fe de que el imputado ha sido debidamente instruido sobre el sentido y alcances del procedimiento abreviado. El respectivo escrito tendrá el carácter de documento público.

A la solicitud a que se refiere el párrafo primero, se acompañarán las pruebas de que se han llenado los requisitos exigidos en los numerales 3) y 4) precedentes.

Cuando sean varios los imputados, la aceptación del procedimiento abreviado por parte de cualquiera de ellos no se extenderá a los demás ni prejuzgará su culpabilidad.

ARTÍCULO 404. Trámite de la solicitud de procedimiento abreviado. Admitida la solicitud del procedimiento abreviado, el respectivo juez convocará a las partes a una audiencia que se celebrará en un plazo no menor de veinte (20) días ni mayor de treinta (30), contados a partir de la fecha del auto de admisión, en la cual oirá al imputado, a la víctima y al Ministerio Público, y recibirá la prueba relativa a las circunstancias previstas en el Código Penal.

---

(103) Los comentarios de los artículos 403 al 423 están realizados por Dña. Mildren Georgina Dubón villeda.

Si la persona imputada no compareciere, y el juez considerase imprescindible oírlo para valorar la voluntaridad del consentimiento presentado por él, suspenderá la audiencia, convocando a las partes a otra, que tendrá lugar en el plazo máximo de veinte (20) días, ordenando la presentación coactiva de la persona imputada.

Si el Juez comprueba que el consentimiento no fue dado libremente por el imputado o que éste, al prestarlo, no tenía pleno conocimiento sobre el alcance del mismo, o que falta cualquiera de los otros requisitos señalados en el Artículo anterior, dictará resolución declarando sin lugar el procedimiento abreviado y ordenando la continuación del procedimiento común. En este caso, la admisión de los hechos por parte del imputado no será considerada como una confesión.

Cumplido lo prescrito en el párrafo primero, el Juez dictará imponiendo las sentencias que correspondan, rebajadas en un cuarto.

La rebaja podrá llegar hasta la tercera parte, cuando el imputado haya procedido a reparar las consecuencias del delito perjudiciales para la víctima.

COMENTARIOS (a los artículos 403 y 404)

Honduras esta atravesando una etapa de cambios en su sistema penal, sobre todo en su normativa procesal, lo que poco a poco esperamos establezca un cambio y un verdadero funcionamiento de las garantías constitucionales para el procesado así como la activa participación no solo del imputado sino también de la víctima[104].

El nuevo Código Procesal Penal, introduce novedosos cambios que podrían ser diferentes al debido proceso, pero que no lo violentan y que puedan permitir el gestionar y agilizar los asuntos penales entre ellos EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, contemplado en el artículo 403 y siguiente. Es importante recalcar que el papel del Juez, la Policía, el Ministerio Público están debidamente perfilados, en su conjunto, recaban la prueba, llevan a cabo las investigaciones, todo ello en la procura de mantener intactos los derechos y garantías del imputado y además de la víctima. Se introduce un instituto diferente denominado procedimiento abreviado cuya principal finalidad es acelerar el proceso, acortar el camino en aras del descongestionamiento procesal sin apartar entre delitos cuya pena sea privativa de libertad y delitos que no lo sean.

El procedimiento abreviado está regulado en dos artículos en el Código Procesal Penal los cuales especifican los requisitos a reunir para poder aplicarlos siendo:

a) No cabe su aplicación en casos de reincidencia relacionado ésto con el artículo 6[105] del Código Procesal Penal sobre que sólo condenas impuestas mediante sentencias definitivas tendrán la calidad de antecedentes penales, registro

---

(104) « Una Administración de Justicia con carácter humano supone la rápida tramitación de los asuntos judiciales en conexión con las garantías de una decisión adecuada y justa," así: Wolf (Manfred), Juristen und andere Rechts Pflegeberufe. En: Humane Justiz, op.cit, p. 117

(1051 «Antecedentes Penales. Únicamente las condenas imputadas mediante sentencias judiciales definitivas tendrán la calidad de antecedentes penales. El Poder Judicial llevará el registro correspondiente.

que llevará el Poder Judicial.

Sin embargo a lo que se refiere el artículo cuando habla de reincidencia es a lo establecido en el artículo 28 del Código Penal, en donde se es reincidente cuando se incurre en un nuevo delito antes de transcurridos cinco años desde la condena por un delito anterior, no se le computará para ello el tiempo que ha permanecido privado de libertad por detención preventiva o por la pena.

b) Debe ser una solicitud conjunta del Ministerio Público y el imputado (art. 403 párrafo primero)
c) Para la investigación del hecho (art. 403 párrafo primero) Para la sanción (artículo 403 párrafo primero).

Para toda clase de delitos de acción pública (art. 403 párrafo primero) relacionado con artículo 25, 26 del mismo cuerpo legal que contempla las acciones perseguibles de oficio por el Ministerio Público y solo a petición e instancia de la víctima, no procede en los contemplados en el artículo 27 del nuevo Código Procesal Penal.

Del primer párrafo de este artículo tenemos:

1. A través del Procedimiento Abreviado, se prescinde del Juicio Oral y Público ello resulta de la solicitud que surge a través del acuerdo entre el Ministerio Público y el imputado, en el cual la víctima no interviene con su aprobación o desacuerdo.

2. Si se acuerda la aplicación del procedimiento abreviado para la investigación de un delito, ésto implica que ésta se realizará en un período más corto, pero conlleva la posibilidad para que se cambie la calificación legal, propuesta en el inicio por el Ministerio Público.

3. Lo mismo procede para la sanción, ésta se acuerda y es una aceptación conjunta, por lo que el imputado debe estar muy bien informado de las consecuencias de su aceptación en su caso, aún de que el Juez puede o no apegarse a la pena solicitada por el Fiscal; ya que el artículo no es específico en este aspecto, pero lo lógico es que se apegue a la solicitud del órgano acusador, ya que el problema que se enfrenta es que el Código al hacer la remisión al artículo 69 del Código Penal deja al Juez la facultad de fijar la pena concreta, por lo que el imputado difícilmente sabría bajo que pena real está negociando su aceptación al procedimiento abreviado, a menos que después de evacuada la prueba se le diera la oportunidad al Ministerio Público de solicitar una pena concreta y el Juez tendría que decidir sobre la base de ésta, que podría ser igual o menor, pero nunca mayor.

4. Cuando el artículo 403 párrafo primero en su última línea específica que procede para toda clase de delitos de acción pública, es porque la víctima no participa en este acuerdo, en un inicio si bien es escuchada en la audiencia, pero sin ser vinculante, por lo que cabría la posibilidad que ésta se opusiera y tuviera derecho al ejercicio de los recursos previstos en el Código, aún en los casos establecidos en el artículo 26 que son de instancia privada una vez que

esté formalizada la acusación continuará el proceso; lo que no puede hacerse en los delitos de acción privada. Es importante además que el acusador privado intervenga si es que hay, y a la vez tal y como más adelante se especifica en los artículos 96 y 97 del Código Procesal Penal,. relacionados con el 230 Constitucional, sea tomado en cuenta.

Es aquí en donde se nos determina el derecho de la víctima de provocar la persecución penal con la asistencia de un abogado, y si la víctima como acusador no impide la participación del Ministerio Público, tampoco la intervención del Ministerio Público debe vedar la intervención de la víctima y debe ser escuchada, aún antes de la realización del acuerdo, el órgano acusador considero está obligado a localizar a la víctima y escucharla antes de cualquier solicitud.

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Para establecer estos requisitos nos remitimos nuevamente al artículo 403 siempre párrafo 1), el cual relacionamos con el artículo 101 del Código Procesal Penal en el sentido de que antes de proponer la aplicación de este procedimiento el Ministerio Público debe informar al imputado de sus derechos, caso contrario cualquier aceptación con violación a estos derechos harían nulo el acuerdo; además dicha solicitud puede formularse una vez concluidas las investigaciones en la audiencia inicial (art. 284 párrafo 2 del mismo cuerpo legal), o en cualquier otro momento antes de que se emita el auto de apertura a juicio.

El artículo 294 del Código Procesal Penal nos especifica como se realiza la audiencia inicial, «El día y hora señalados, tendrá lugar la audiencia inicia! con la presencia del imputado, el defensor, el fiscal y el acusador privado en su caso (el subrayado es nuestro) la ausencia del imputado o del acusador privado no impedirá que se celebre la audiencia».

REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA INICIAL

Esta debe realizarse con la presencia del imputado, el defensor, el fiscal, la víctima y se agregaría el acusador privado en su caso, para ser escuchados, por lo que la ausencia del imputado o del acusador privado no impide la celebración de esta audiencia.

Sin embargo, en el caso del procedimiento abreviado sí es necesaria la presencia del imputado, cuando se especifica que el Juez convocará a las partes y en la audiencia oirá al imputado, a la víctima y al Ministerio Público, y a pesar de no incluir al acusador privado se considera que podría escucharse a éste si se presenta.

Sin embargo, esta audiencia contemplada para el procedimiento abreviado, marca una diferencia con el procedimiento que sigue de la audiencia inicial contemplada en el artículo 294 del Código Procesal Penal en la etapa preparatoria, considerando por ello, que en este artículo debería haberse especificado que además del procedimiento y auto de prisión o declaratoria de reo, puede aprobarse o no la solicitud para la aplicación del procedimiento abreviado.

En el segundo presupuesto del artículo 403 inciso 1) establece que esta solicitud puede hacerse en cualquier momento antes del auto de apertura a juicio, por lo que estos momentos serían:

a) En la celebración de la audiencia preliminar según lo establecido por el artículo 300 del Código Procesal Penal, incluyendo dentro de ellos los términos de prórroga extraordinaria que el Ministerio Público haya solicitado.

b) Dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, y antes de que el Juez dicte el auto de apertura a juicio, relacionado con el artículo 302 del Código Procesal Penal.

Concluyendo diremos que este procedimiento se determinará su aplicación en las etapas preparatoria e intermedia, nunca en la etapa del debate o juicio oral y público, ya que lo que se busca es precisamente el ahorro de esta última etapa[106]; todo ello relacionado con los artículos 263, 264 y 265 del Código Procesal Penal.

El artículo 403 del Código Procesal Penal nos determina además que deben concurrir otros presupuestos para que este procedimiento pueda aplicarse como son:

- Que el imputado en la correspondiente solicitud admita incondicionalmente su participación en el hecho que se atribuye y manifieste su acuerdo con la aplicación del mencionado procedimiento.

- Considero que en este caso es que el imputado si bien acepta la participación en el hecho que se le atribuye, no lo hace en cuanto a su calificación legal, por ejemplo puede aceptar que atropelló a X, en un accidente vehicular, pero no la calificación legal del HOMICIDIO CULPOSO, ya que puede alegar el mero accidente lo que no configuraría ningún delito, todo ello relacionado con el art. 21 del Código Penal[107], o sea su aceptación del hecho puede derivar en varios presupuestos jurídicos como son:

1) Que el hecho no constituya delito si bien requiere de una investigación para establecerlo.

2) Que el hecho si bien constituye delito exista una causa que modifique la responsabilidad penal y civil, relacionado con el art. 105 y siguientes del Código penal[108]

3) Que el hecho constituya delito pero con calificación diferente a la sostenida por el Ministerio Público.

---

(106) «Nuevo Proceso Penal y Constitución, El Procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal Costarricense, investigaciones Jurídicas, San José C.R. Julio 1998 Pág. 165

(107) Caso Fortuito. Eximente. No hay delito si, con ocasión de realizar un acto licito con la debida diligencia, el autor causa un mal por mero accidente.

(108) 105, 106.... Personas responsables. Todo aquel que incurra en responsabilidad penal por un delito o falta, lo es también civilmente.

4) Que el hecho constituya delito que sea aceptada su calificación, pero que el imputado junto al Ministerio Público lleguen a un acuerdo en cuanto a su sanción, en los términos antes expuestos.

Dentro de esta aceptación el artículo establece el término INCONDI-CIONALMENTE, lo que podría traer controversia y problemas en el momento de querer utilizar este procedimiento, pero debemos recordar que lo que el imputado acepta como ya lo dijimos es su participación en los hechos y ser sometido a un procedimiento más expedito.

REQUISITOS EXIGIDOS AL MINISTERIO PÚBLICO

a) El Fiscal que participa en la solicitud y no otro (ésto es por lo de la unidad de actuaciones), debe haber obtenido la autorización del superior jerárquico, esta autorización está a su vez limitada a parámetros como son:

1) La veracidad de la confesión, ésto considero debe entenderse que se trata de la veracidad de la admisión de los hechos aceptada por el imputado; porque es aquí que enfrentamos un problema, ya que la CONFESIÓN, como nosotros la conocemos debe llenar requisitos y considero que si el Ministerio Público durante la investigación preliminar lo que hace es recibir la declaración del imputado respetándose todas las garantías, para efectos del procedimiento abreviado debe hacerse ante autoridad competente (el Juez de Letras), con la presencia del Ministerio Público y la Defensa, todo ello relacionado con los artículos 272 al 284 del Código Procesal Penal.

En caso de que el imputado se presente voluntariamente o ya sea que esté detenido una vez informado de sus derechos relacionado con el art. 287 y 292 del mismo cuerpo legal y de los hechos y habiendo consultado con el defensor, podrá solicitar o aceptar el procedimiento abreviado, esto debe ser sin coacción, engaños ni amenazas de ningún tipo; (relacionado con el art. 286 del Código Procesal Penal).

Una vez concluidas las investigaciones preliminares es ante el Juez de Letras competente que se presentará la solicitud para que se dé el procedimiento abreviado (relacionado con el art. 287 del C.P.P.).

Una vez rendida la declaración según lo establecido en el artículo 292 del C.P.P. viene la decisión del Juez dentro de los 6 días en la cual resolverá sobre la situación del imputado y luego se presenta el requerimiento del Fiscal. Pero en caso de que en la audiencia inicial el imputado decida o el Ministerio Público solicitar la tramitación del proceso mediante el procedimiento abreviado, de inmediato el Juez dictará su resolución aprobando o no este procedimiento especial (art. 294) del C.P.P.

De todo ello se levantará una acta fundamentando esta decisión (art. 298 del C.P.P), sin embargo en caso de no estar de acuerdo con la solicitud para aplicar el procedimiento abreviado, el Juez deberá hacer saber esta resolución al superior jerárquico del Fiscal que hubiese presentado tal solicitud, quien se pronunciara sobre el asunto (relacionado con el art. 299 del C.P.P. que trata sobre

la disconformidad); en este artículo ya se contempla la posibilidad del procedimiento abreviado y si no está de acuerdo para interponer la petición lo hará saber exponiendo las razones en que se funde al superior jerárquico del fiscal, quien está obligado a pronunciarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que le sea puesta en conocimiento la resolución del Juez, si el superior está de acuerdo con el Juez le asignará el caso a otro fiscal para que formule nuevo requerimiento, caso contrario el Juez resolverá según lo pedido, reza el último párrafo, del artículo 299 del cuerpo legal ya citado, soy del criterio que aún así el Juez podrá negarse a la aplicación de este procedimiento si considera que éste no procede; o sea no está vinculado a la decisión del superior jerárquico del fiscal, o de lo contrario estaría obligado a aprobarlo; claro está en que en caso de negarlo ésto debe ser fundamentando el por qué considera que no procede, lo contrario sería en menoscabo de su independencia e imparcialidad, a su labor de juzgar la cual sería cercenada si se le obliga a aceptar un procedimiento que él al evaluarlo llegara a considerar que no procede, todo ello relacionado con el art. 7 del C.P.P.

El Juez puede resolver:

1. Ratificando lo realizado por el fiscal
2. Pedirle formular un nuevo requerimiento

b) Que el imputado no trate de desfigurar los hechos o de transformar el delito en uno menos grave.

Aquí considero que no podemos confundir la aceptación de los hechos con la calificación legal de los mismos, porque el imputado está en su derecho de aceptar su participación en el hecho pero no coincidir con la calificación hecha por el Fiscal por lo que única y llanamente lo que acepta en los hechos, como se los presenta el Ministerio Público, de no hacerlo entraríamos en controversia no cabría el procedimiento abreviado y se realizaría el procedimiento ordinario llegando hasta el juicio oral y público para dictar una Sentencia, pero este procedimiento da ventajas y desventajas a ambos lados, por lo que no se admitiría en los casos los de tramitación compleja.

Lo mismo sería para el inciso c) ya que en la investigación preliminar el Ministerio Público podrá haber establecido si A) es o no el imputado además la aceptación de un procedimiento más corto no prejuzga su culpabilidad.

Que el defensor de fe de que el imputado ha sido debidamente instruido sobre el sentido y alcances del procedimiento abreviado, el respectivo escrito tendrá el carácter de documento público. Esto es para evitar engaños, coacciones o cualquier circunstancia que vicie el consentimiento del imputado.

A la solicitud que se presente se agregarán las pruebas de que se han llenado los requisitos exigidos en los numerales 3 y 4 precedentes; (ver art. 403 del Código Procesal Penal). Sin embargo cuando sean varios los imputados, la aceptación de uno de ellos no se extenderá a los demás ni prejuzgará su culpabilidad.

TRAMITE DE LA SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Esto lo tenemos desarrollado en el artículo 404 del C.P.P que nos expresa[109]. Trámite de la solicitud de procedimiento abreviado. Admitida la solicitud del procedimiento abreviado, el respectivo juez convocará a las partes a una audiencia que se celebrará en un plazo no menor de veinte (20) días ni mayor de treinta (30) días, contados a partir de la fecha del auto de admisión, en la cual oirá al imputado, a la víctima y al Ministerio Público y recibirá la prueba relativa a las circunstancias previstas en el artículo 69 del Código Penal.

En este artículo ya se establece el procedimiento a seguir y nos especifica un poco más las circunstancias previstas anteriormente, por ello pareciera que la aceptación de la víctima es importante y que si ésta se opusiera el Juez podría considerar el denegar dicho procedimiento.

El escuchar a la víctima es una de las novedades importantes en el nuevo procedimiento y por ello el Juez debe procurar tenerla presente; todo ello relacionado con el artículo 16 y 17 del Código Procesal Penal; entonces tenemos en primer lugar la solicitud para la aplicación del procedimiento abreviado, luego el auto de admisión, señalamiento de audiencia en un plazo no menor de 20 días ni mayor de 30 contados a partir de la fecha del auto de admisión a la audiencia comparecen fiscal, defensor, imputado, víctima, a lo que podríamos agregar el acusador privado si lo hubiese. Nos preguntamos en caso de no presentarse la víctima o alguna de las partes se continua con la audiencia y se tiene por válido lo resuelto, o por el contrario se efectúa nueva audiencia, a lo que se responde que debido a la experiencia con la comparecencia a las audiencias preparatorias en la niñez que tienen la modalidad de dar por válido lo actuado con las partes que comparezcan, se debe hacer lo mismo en este tipo de audiencias, esto evita el atraso y las partes son más responsables, excepto por supuesto en caso de ausencia justificada debidamente; pero en el caso de que el ausente sea el imputado, y el Juez considere que debe oírlo antes de tomar cualquier decisión, incluso verlo, preguntarle directamente, asegurarse de que ha comprendido dicho procedimiento y así valorar la voluntariedad de su consentimiento; ya que esto se valora solo directamente, en donde las expresiones corporales, gestos, etc. pueden ayudar al Juez para determinar si hay o no coacción, engaño o cualquier otra circunstancia análoga que obligue ese consentimiento; pero en caso de ausencia se suspende la audiencia

(109) Trámite de la solicitud de procedimiento abreviado. Admita la solicitud del procedimiento abreviado, el respectivo juez convocará a las partes a una audiencia que se celebrará en un plazo no menor de veinte (20) días ni mayor de treinta (30) contados a partir de la fecha del auto de admisión, en la cual oirá al imputado, a la víctima y al Ministerio Público y recibirá la prueba relativa a las circunstancias previstas en el artículo 69 del Código Penal. Si el Juez comprueba que el consentimiento no fue dado libremente por el imputado o que éste al prestarlo, no tenía pleno conocimiento del alcance del mismo, o que falta cualquier de los otros requisitos señalados en el artículo anterior, dictará resolución declarando sin lugar el procedimiento abreviado y ordenando la continuación del procedimiento común. En este caso, la admisión de los hechos por parte del imputado no será considerada como una confesión.

Cumplido lo prescrito en el párrafo primero, el juez dictará sentencia imponiendo las penas que correspondan, rebajadas en un cuarto.

La rebaja podra llegar hasta la tercera parte cuando el imputado haya precedido a reparar las consecuencias del delito perjudiciales para la victima.

convocándola para otra fecha, la cual tendrá lugar en el plazo máximo de veinte (20) días; en caso de no presentarse a esa nueva audiencia se ordena que se obligue a comparecer.

En cuanto a la prueba a evacuar en la audiencia es relacionada con las circunstancias previstas en el artículo 69 reformado del Código Penal, el cual establece que: «El Juez determinará en la sentencia la pena aplicable al indiciado dentro del máximo y mínimo señalado por la ley para cada delito y las circunstancias en que el mismo se haya cometido, para ello tendrá en cuenta sus antecedentes personales, su mayor o menor grado de peligrosidad, las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido en el hecho, apreciadas tanto por su número como sobre todo por su magnitud e importancia y la mayor o menor extensión de los males producidos por el delito en particular los de naturaleza económica.

En la motivación de la sentencia el Juez consignará expresamente las circunstancias señaladas en el párrafo anterior que ha tenido en cuenta para determinar la extensión de la pena».

La pena se fijará tomando en cuenta las circunstancias que establece el artículo 68 del Código Penal y éste relacionado con el 69 del mismo cuerpo legal, que es el precepto que en nuestro Derecho Positivo nos indica cómo debe procederse cuando la ley nos permite el aumento o rebaja de una pena en una cuota o fracción determinada, por ejemplo, para el homicidio el Código Penal en su artículo 116 prescribe una pena de 10 a 16 años de reclusión. En caso de la aplicación del procedimiento abreviado la rebaja sería de 1/4, al máximo habría que rebajarla 4 años y al mínimo 2 años 6 meses, por lo que la pena abstracta a aplicar se extendería desde un mínimo de 7 años 6 meses, hasta un máximo de 12 años, dentro de la cual el Juez tendría que fijar la pena concreta.

Una vez presentada la solicitud y realizada la audiencia, para escuchar a los involucrados se rendirán las pruebas sobre las circunstancias del artículo 69 del Código Penal. Una vez concluida la audiencia y evacuada la prueba el Juez de Letras competente, si decide aprobar la aplicación del procedimiento abreviado, resolverá dictando él mismo la sentencia e imponiendo la pena en los términos que adelante se exponen, todo ello relacionado con el artículo 58 del Código Procesal Penal; lo que implica que no hay juicio oral y público, no hay debate, lo que convierte este procedimiento en una alternativa al juicio y una mayor celeridad en la administración de Justicia.[110]

(110) « El procedimiento penal monitorio, de todos los instrumentos de simplificación del Proceso Penal, el procedimiento penal monitorio es, sin duda alguna el de mayor arraigo y el que más economía procesal reporta a los distintos países integrantes de la comunidad Europea, en la actualidad cuentan con dichos procedimientos los siguientes estados: Austria, Dinamarca, Francia, RFA, Luxemburgo, Noruega, Suecia, la totalidad de los cantones Suizos y Turquía», Vicente Gimeno Sendra. Justicia 87. ponencia presentada a las jornadas de C. G. P J. de marzo de 1987, Pág. 364.

RECURSOS CONTRA ESTA SENTENCIA
IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Se entiende que no cabe recurso de reposición, porque las providencias, autos y sentencias interlocutorias presuponen un debate contradictorio que no se da en este caso.

TRAMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

a) A los tres días siguientes a la respectiva notificación ante el Juez con la correspondiente expresión de agravios.

b) En el auto de admisión, se le dá traslado a la otra parte por tres días para que conteste agravios, luego la remisión de los antecedentes a la Corte de Apelaciones, se emplazan a las partes que se personen (relacionado con el Art. 356 del Código Procesal Penal, la admisión de la prueba si ésta procede dentro de los cinco días siguientes al último personamiento o el vencimiento del término señalado, luego se dicta sentencia y contra ella no cabe el recurso de casación, pero si puede darse la revisión (ver artículo 373 del Código Procesal Penal).

CONCLUSIONES

El procedimiento abreviado cabe contra todos los delitos de acción pública no importa la pena que estos tengan y de acción pública a instancia privada si la víctima lo solicita.

- El imputado no está obligado a confesar sino simplemente a la aceptación de los hechos. Con respecto a este numeral es que el artículo 88 de la Constitución de la República nos establece que nadie puede ser obligado en asunto penal, a declarar contra sí mismo, sólo hará prueba la declaración rendida ante el Juez competente, y que sí esta declaración es obtenida con infracción de las garantías constitucionales del imputado es nula, por lo cual, por sí sola no puede constituirse en un medio de prueba suficiente para probar la culpabilidad del imputado, y debe ser acompañada por otros elementos de convicción, como peritajes, testigos, etc., a fin de que el Juez, al analizarlos en su conjunto, pueda fundamentar el fallo, el cuál no necesariamente debe ser condenatorio.

- La aceptación del imputado es respecto al hecho, no de su responsabilidad penal, por lo que todo lo relativo a ésta es propio de la decisión del Juez.

- La prueba recibida para fundamentar el abreviado debe entrar con todas las formalidades que exige este código.

- La solicitud de la aplicación del procedimiento abreviado debe llenar los requisitos previstos.
- La audiencia se hace con la presencia de las partes, la víctima y acusador

privado si lo hay. La ausencia de una de las partes no invalida lo resuelto en ésta, ya sea aprobándola o no; y sólo se suspenderá con la justificación del caso debidamente acreditada. Sólo la ausencia del imputado sería obligada coactivamente.

- Se escucha a la victima pero no es vinculante y a pesar de su oposición el Juez puede o no otorgar esta vía.
- No debe haber controversia en la aceptación de los hechos.
- La calificación jurídica de los hechos, o la participación del imputado, no vinculan al juzgador en su resolución. El Juez podría dictar sentencia absolutoria, ya sea por atipicidad, ya por no existir antijuridicidad o por no haber culpabilidad; o, en caso de condena, señalar una pena inferior a la que de conformidad a lo expuesto anteriormente solicite el Fiscal.
- El consentimiento del imputado no debe ser viciado. Si el Juez duda de la responsabilidad del imputado, aunque éste haya aceptado los cargos, debe negar esta vía y mandar el caso a la vía ordinaria.
- En caso de ser varios los imputados, puede negarse la solicitud de procedimiento abreviado para alguno de ellos, y aceptarse para otros, según las circunstancias.
- La sentencia debe reunir todos los presupuestos de la dictada en cualquier otro juicio oral, reuniendo los requisitos ordinarios, entre ellos, la fundamentación táctica, probatoria y jurídica.
- Contra la resolución del Juez de Letras cabe el recurso de apelación.
- Parece ser que cabría además la revisión, la cual no está dentro de los recursos contemplados por el Código, para la sentencia pronunciada siguiendo el procedimiento abreviado, exceptuándose el caso previsto en el artículo 373 del Código Procesal Penal numeral 7, en el cual, de acuerdo con lo establecido por el artículo 378, de anular la sentencia, se devolverán los antecedentes, en este caso al Juez de Letras, para que se dicte nueva sentencia, ya que, por definición, el procedimiento abreviado obvia la celebración del juicio.
- La rebaja de la pena hasta una tercera parte cuando el imputado haya procedido a reparar las consecuencias del delito perjudiciales para la víctima, no cabría en los delitos contra la vida.

CAPÍTULO II

DEL PROCEDIMIENTO POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

ARTICULO 405. <u>De la querella.</u> Los delitos de acción privada solo serán perseguibles, mediante querella, la que deberá reunir los mismos requisitos que la acusación.

La querella se presentará ante el Tribunal de Sentencia competente o ante el respectivo Juez de Paz.

Si la querella es presentada ante un Juez de Paz, éste la remitirá de inmediato al Tribunal de Sentencia competente.

Con cada querella se presentará una copia para cada querellado.

COMENTARIO

El procedimiento para los delitos de acción privada están contemplados en los artículos 405 al 413, ambos inclusive, del Código Procesal Penal y sólo serán perseguibles mediante querella, la que deberá reunir los mismos requisitos que la acusación.

De este artículo se desprende lo siguiente: .

1. Qué delitos son de acción privada (taxativamente)
2. Quiénes pueden constituirse en querellantes
3. Cuáles son los requisitos que debe reunir

En cuanto a la primera interrogante los encontramos en el artículo 27 del C.P.P. el cual nos especifica los delitos perseguibles sólo por acción privada siendo:

1. Los relativos al honor
2. La violación de secretos, su revelación y el chantaje.
3. La negación de asistencia familiar.
4. La violencia intrafamiliar cuando la víctima sea el cónyuge o a la persona con quien haga vida marital, siempre que la lesión producida no sea constitutiva del delito de lesiones graves u otros de mayor entidad.
5. La estafa consistente en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión.

Son varias las razones por las cuales el legislador saca estos casos, de la esfera de la acción pública entre ellos, y tal vez la principal es la necesidad de proteger el núcleo familiar, ya que si la persona es el fin supremo del Estado y también la familia está bajo su protección, por lo que en los asuntos en los cuales estén las relaciones familiares en conflicto, el Estado prefiere dejar en sus manos la acción, el impulso procesal para proceder, pero como dijimos son varias las razones y encontramos otras como son: la necesidad, el descongestionamiento de los casos ante los Juzgados; sin embargo siempre tanto en el ejercicio de la acción pública como privada se necesitan varios presupuestos:

1. La tipicidad del delito o falta (relacionado art. 98 constitucional[111])
2. La comisión o la omisión que puedan enmarcarse dentro de esa calificación.
3. La capacidad para poder ser protagonista y ejercitar, esa acción ya sea con intervención del órgano acusado, o ya por si mismo.

Tenemos que de acuerdo al principio de legalidad consignado en nuestra carta magna, lo vemos desde dos ángulos, el primero la obligación del Estado para promover la persecución de delitos y faltas de acción pública y segundo presupuesto aquellas acciones que también están tipificadas como delitos y faltas pero cuya acción es privada y discrecionalmente el Estado taxativamente especifica cuáles son:

A la segunda interrogante encontramos en el artículo 16 del C.C.P.[112] los derechos de las víctimas entre los cuales está el de constituirse en acusador privado o querellante, así como intervenir como tal en todo el proceso, también a ser informada de sus derechos en el momento de presentar su denuncia o querella ante el Juez competente.

En cuanto a quienes pueden constituirse en querellantes nos remitimos al artículo 17 del mismo cuerpo legal en donde se nos especifica taxativamente quienes pueden serlo.

La tercera interrogante surge en cuanto a cuáles son los requisitos que se deben llenar con la querella, tenemos que la querella debe presentarse ante el tribunal de Sentencia competente o ante el respectivo Juez de Paz, pero quien al final debe siempre remitirla ante el tribunal de Sentencia.

Los requisitos a llenar son los mismos que los de la acusación (relacionado todo ello con los artículos 99, 101 y 301 del Código Procesal Penal).

ARTICULO 406. <u>Inadmisibilidad de la querella.</u> La querella será declarada sin lugar de plano cuando:

1) Notoriamente la acción u omisión no es constitutiva de delito;
2) No se pueda proceder porque la acción ha prescrito o por otra causa legal; y

(111) Ninguna persona podrá ser detenida, arrestada o presa por obligaciones que no provengan de delito o falta

(112) Derechos de la víctima de un delito o falta. La victima de un delito o falta tendrá derecho a: Constituirse en acusador privado o querellante y a intervenir como tal en todo el proceso conforme lo establecido en el presente Código. Para lograr lo anterior, y si lo necesita por carecer de medios económicos, tendrá derecho a ser asistido por el Ministerio Público.
Ser informada de los resultados del proceso aún cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
Ser escuchada antes de cada resolución que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
Participar en las audiencias públicas conforme lo establecido por este Código; y
Objetar ante el superior del Fiscal el archivo administrativo de las diligencias, en los casos previstos en el presente Código.
Los demás consignados en otras leyes
La victima será informada sobre sus derechos, en el momento de presentar su denuncia ante el Ministerio Público o la acusación, o la querella ante el Juez competente o en el momento de su primera intervención en el proceso>>

3) Le falte a la querella alguno de los requisitos exigidos por este Código.

Si las deficiencias fueran puramente formales, se pondrán en conocimiento del interesado, quien podrá enmendarlas en presencia del respectivo Secretario. En caso contrario, se le devolverá el escrito y las copias acompañadas, más certificación de la resolución recaída.

COMENTARIO

En el artículo 406 se establece en qué casos no es admisible la querella y se debe declarar sin lugar; siendo

a) Cuando la acción no es constitutiva de delito, relacionado siempre con el artículo 98 constitucional, o sea la conducta es atípica y por lo tanto no exigible también relacionado al artículo 70 constitucional.
b) Por prescripción o por otra causa, esto nos remite a los artículos 42 al 44 del Código Procesal Penal y;
c) Que establece que falte en la querella algún requisito exigido por este Código, sin embargo no quiere decir que se declare inadmisible sino que el artículo 99 del C.P.P. en sus párrafos últimos ya establece el procedimiento a seguir, no impidiendo su admisión sino dando un nuevo plazo para ser enmendado, y aunque el escrito se declare sin lugar esto no impide que se vuelva a presentar.

ARTICULO 407. Investigación preparatoria para intentar una querella. Cuando para intentar una querella sea imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar al querellado o determinar su domicilio o residencia, o cuando sea necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el interesado le solicitará al Ministerio Público que haga las investigaciones correspondientes para, oportunamente, intentar la querella respectiva.

COMENTARIO

El artículo 407 es sumamente importante porque de no establecer la colaboración del Ministerio Público, para la investigación de los delitos de acción privada, de no hacerse sería tanto como cerrar las puertas a los interesados para hacerlo, ya que en su mayoría carecen de recursos económicos, agencias de investigación, etc., para lograr la investigación científica que el Estado sí puede hacer y contar con los recursos necesarios para ello.

Sin embargo y debido a que en la práctica estamos viviendo la enorme saturación de expedientes de investigación, ejemplo de ello son los casos en la niñez, en donde el Ministerio Público a pesar de requerir las diligencias muchas veces opta por un archivo provisional por no tener tiempo y recursos para investigar, es por lo que considero que para ello debe funcionar una oficina dentro del mismo Ministerio público expresamente dedicada al auxilio de las víctimas de estos delitos; y todo ello relacionado con los artículos 272 al 285 del Código Procesal Penal.

ARTICULO 408. La audiencia de conciliación. Admitida la querella, el Tribunal de Sentencia convocará a las partes a una audiencia de conciliación, la

que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del auto de admisión, ante uno de los miembros de aquél o ante el funcionario judicial letrado que designe el propio Tribunal.

Si durante la audiencia o en cualquier estado del juicio se logra la conciliación se dictará sobreseimiento definitivo.

Si la conciliación implica la asunción de deberes de conducta de cualquier clase que sean por la persona imputada, se dictará auto de sobreseimiento provisional, que se convertirá en definitivo, a instancia de la persona querellada, cuando acredite ante el Juez el cumplimiento íntegro de sus compromisos.

Antes de resolver, el Juez podrá disponer que se practiquen, en un plazo que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, las comprobaciones que estime necesarias para acreditar dicho cumplimiento.

COMENTARIO

Con respecto a este artículo es importante tener presente que el legislador debido a la naturaleza de los delitos y las partes involucradas trata una vez más de armonizar y recurre a la conciliación con lo cual personalmente estoy de acuerdo, porque los jueces hondureños tienen mucha práctica, capacidad, agilidad para lograr procurar la misma, tal es así que desde 1902, encontramos la obligación de intentar la conciliación en este tipo de delitos[113] el Juez no es un mero espectador, sino un personaje activo en la procura de buscar soluciones y armonizar los casos entre los participantes. [114]

La experiencia de la conciliación en la niñez es interesante, las personas generalmente lo único que pretenden es dar una lección y muchas veces terminan ofreciéndose mutuo apoyo en la solución de conflictos, y son pocas las ocasiones en las cuales la reparación del daño sea un obstáculo.

"La idea de las soluciones al conflicto alternativo como se dijo antes está relacionada en definitiva con el criterio de que el derecho penal debe ser la última ratio, lo que es consecuencia del principio constitucional de proporcionalidad de modo que si los fines de la pena se pueden obtener a través de una solución al conflicto a alternativo, debe acudirse a ésta» [115].

Algo interesante es que esta conciliación la puede procurar un miembro del tribunal o la alternativa que el mismo Código les da de elegir a otro funcionario judicial letrado, se sobreentiende que puede ser un Juez de Letras, lo contrario

---

(113) Sentencia Corte Suprema de Justicia 1902, Gaceta No. 363, sobre Constitución. Repertorio Jurídico, Presentación Quesada.

(114) «Los Tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre los protagonistas." C.F. Llobet Rodríguez, Proceso..., PP 85-89

(115) Nuevo Proceso Penal y Constitución, Javier Llobet Rodríguez 1o. Edición, San José C.R, 11SA Julio 1998, Pág. 218

abriría demasiado las posibilidades.

Si la conciliación se logra se dicta sobreseimiento, concluyendo diremos que: A diferencia del Código de la Niñez, en el que la conciliación es una alternativa al ejercicio de la acción penal, en el caso de la conciliación penal, tanto en el previsto a propósito del ejercicio de la acción privada como en el genérico, a que se refiere el artículo 45 CPP, suponen -cumplidas, en su caso, las obligaciones convenidas-una causa de extinción de la responsabilidad penal, que funcionaría como equivalente al supuesto de sobreseimiento definitivo contemplado por el artículo 296.3 del C.P.P.

En la conciliación se trata de que las partes se pongan de acuerdo y por lo general se pactan obligaciones de carácter no patrimonial, lo cual si no se cumple daría nuevamente la posibilidad de hacer uso de la acción penal.

Nada hay previsto sobre el plazo dentro del cual han de cumplirse los compromisos de conducta asumidos, ni cómo exigir su cumplimiento, aunque parezca claro que, si se incumplen, el sobreseimiento provisional no se convertirá en definitivo, se dejará sin efecto y continuará el procedimiento.

Tal vez se presuponga que, en el convenio de conciliación, las partes, espontáneamente o por incitación del Juez, fijarán ese plazo. Una certificación del convenio de conciliación debería ser suficiente como titulo de ejecución de posibles obligaciones de contenido patrimonial, si la parte acreedora prefiere exigir su cumplimiento ante los tribunales civiles, en vez de reabrir el procedimiento penal.

ARTICULO 409. <u>Procedimiento posterior a la audiencia de conciliación</u>. Si el querellado no comparece a la audiencia o no se logra la conciliación, el Tribunal ordenará que el asunto se ventile siguiendo los trámites del juicio común u ordinario. En este caso, no podrá formar parte del Tribunal aquél de sus miembros que haya intervenido en la conciliación.

COMENTARIO

Son dos las posibilidades que el Código plantea, pero como antes dijimos la conciliación puede darse pactando obligaciones, que, de incumplirse, supondrían la continuación de los trámites del juicio común hasta dictarse la sentencia.

Si no se llega a un acuerdo entre las partes, o se incumple lo convenido, si bien continuará el procedimiento, el Magistrado que participó en la conciliación no podrá conocer el caso, para guardar la objetividad e imparciabilidad en el juicio.

ARTICULO 410. <u>Medidas que pueden aplicarse al querellado</u>. El querellado solo podrá ser sometido a medidas de coerción personal para obligarlo a que comparezca al juicio oral y público, para evitar su fuga o impedir que obstaculice la investigación de la verdad o que ejecute actos de represalia contra el querellante.

COMENTARIO

Precisamente porque la conciliación no es el juicio oral sino una alternativa para no ejercitar la acción penal, que el mismo legislador prohíbe que para la comparecencia a la conciliación se le imponga alguna medida de coerción personal al querellado como regla es que las medidas de coerción personal son para obligarlo a comparecer al juicio oral y público, para evitar actos en represalia del querellante, por lo que al convocar a la conciliación éste no está obligado a comparecer, sino al contrario su comparecencia es voluntaria; las medidas tienen sus propios principios para poder ser impuesta como ser:

a) Son excepcionales
b) Que el querellante lo solicite
c) Proporcionales
d) Para asegurar la presencia el querellado en el juicio oral y público.
e) Como última ratio
f) Causando el mínimo perjuicio
g) Que vaya dirigido a la prevención
h) Debidamente individualizada, justificada y motivada.
i) Bajo la discrecionalidad del Juez la más acertada.
j) Que responda al principio de efectividad, para conseguir el objetivo, no para castigar.
k) Fomentando el enfrentamiento con la víctima para que vea los efectos producidos por su acción.

Es de hacer notar que el juez debe valorar todos los principios anteriores, con el fin de decidir si cabe o no una medida, además de ello, si es adecuada o no la que se pide.

Por experiencia casi siempre se determina la medida por la gravedad del delito, la reincidencia, los antecedentes, la falta de arraigo, estabilidad o inestabilidad laboral, el lugar de residencia, en concordancia con la ubicación del Juzgado o Tribunal que determinen si cabe o no una medida, por ello es importante el informe social del querellado y así evitar una posible fuga; se valora de éste el problema que enfrentamos es como recabar la información suficiente para evitar que estas medidas se conviertan en regla y no en excepción ya que sólo contando con un informe socio económico del querellado se puede tomar una decisión verdaderamente justa.

Por todo lo anterior es necesario fundamentar la medida a imponer, razonándola cuidadosamente no por razones subjetivas sino objetivas y debidamente respaldadas; en cuanto al peligro de obstaculización para averiguar la verdad se deben valorar las posibilidades y alcances del querellado para:

a) Destruir, modificar, ocultar cualquier otro caso para evitar llegar a la verdad;

b) La posibilidad de influencia en los testigos, peritos o cualquier otro participante.

En estos delitos en particular considero muy riesgoso y difícil la imposición o no de una medida, ya que generalmente se dan entre parientes o el tipo de víctimas son débiles, fáciles de manipular, amenazar, o engañar, así como el ámbito de privacidad en el que generalmente estos hechos se dan, considero también que en los delitos relativos al honor, la denegación de asistencia familiar, la violencia intrafamiliar, se debe tener todavía un cuidado todavía especial, para no caer en excesos.

ARTICULO 411. <u>Desistimiento tácito de la acción privada</u>. Se tendrá por desistida la acción privada:

1) Si el procedimiento se paraliza durante tres (3) meses por inactividad del querellante;
2) Cuando el querellante no concurra a la audiencia de conciliación o al juicio oral y público, a menos que la no comparecencia se haya debido a enfermedad grave, imposibilidad física, grave calamidad doméstica u otras causas análogas. El impedimento deberá ser acreditado a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la fecha señalada para la celebración de la audiencia; y
3) Si fallece el querellante o se torna incapaz y no comparece ninguno de sus herederos o su representante legal a proseguir la acción, tres (3) meses después de sobrevenida la muerte o la incapacidad.

Lo dispuesto en el Artículo 412 será aplicable a la materia a que se refiere la presente disposición.

COMENTARIO

Este desistimiento lo encontramos regulado en el art. 411 que establece los casos en que esta acción se tendrá por desistida de la siguiente manera:

1. Si el procedimiento se paraliza durante 3 meses por inactividad del querellante.
2. La ausencia del querellante sin causa justificada a la audiencia de conciliación.
3. Por muerte del querellante o si se torna incapaz, si los herederos o representante legal no prosigue la acción.

ARTICULO 412. <u>Perdón, retractación y explicación satisfactoria del ofensor</u>. Salvo que la ley disponga otra cosa, la retractación oportuna del ofensor, las explicaciones satisfactorias ajuicio del agraviado, el perdón de éste u otra causa legal de extinción de la acción penal, dará lugar al sobreseimiento definitivo de la causa.

COMENTARIO

En el artículo 412 se establece como regla general que el perdón, la retractación las explicaciones, o cualquier otra causa de extinción de la acción

penal dará lugar al sobreseimiento y como excepción sería en los casos en que la ley se oponga expresamente a ello, como por ejemplo cuando el perdón implique la violación de los derechos de un niño; y por último se contempla el desistimiento de la querella, dando libertad a la ley, para que ésta puede hacerse en cualquier estado del juicio debido a que precisamente lo que se trata de evitar es el llegar hasta una sentencia, si se logra la solución antes pues es lo mejor, se descongestionan los tribunales con ello, sin embargo este desistimiento debe constar fehacientemente o ser ratificado ante el presidente del tribunal de sentencia, el cual terminará el caso con un sobreseimiento definitivo.

ARTICULO 413. Desistimiento expreso de la querella. En cualquier estado del juicio, el querellante podrá desistir de la acción deducida. El desistimiento deberá constar en forma fehaciente o ser ratificado ante el Presidente del Tribunal de Sentencia.

Formulado el desistimiento, el Tribunal de Sentencia dictará sobreseimiento definitivo.

COMENTARIO

El artículo 413 nos especifica que este Desistimiento Expreso cabe en cualquier estado del juicio y tiene dos requisitos:

1) Debe constar fehacientemente
2) Ser ratificado ante el Presidente del Tribunal de Sentencia.

Una vez hecho se dicta el sobreseimiento definitivo, todo ello debido a que en este caso el interés es privado, así como hay descongestionamiento en la Administración de Justicia.

CAPÍTULO III

DEL PROCEDIMIENTO PARA PROCESAR A LOS

ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Artículo 414. Investigación Fiscal. El Ministerio Público investigará de oficio o a petición de la víctima, las acciones u omisiones constitutivas de delitos comunes, en que aparezcan implicados funcionarios del Estado, que gocen de inmunidad según la Constitución de la República o los convenios internacionales de los que Honduras forme parte.

En los delitos cuya acción corresponde a la Procuraduría General de la República, será este organismo el encargado de realizar la investigación.

Durante la práctica de tales investigaciones del Ministerio Público se abstendrá de causarle cualquier molestia a los investigados.

COMENTARIO

Es importante establecer quienes son las personas que gozan de inmunidad según la Constitución de la República, para ello examinaremos en primer lugar lo que al efecto incluía la Constitución de 1982, en su artículo 205 y las reformas que a la fecha ha sufrido así como las que están pendientes, diremos pues que originalmente la Constitución no incluía entre otros al Presidente de la República dentro de esta prerrogativa, posteriormente en la reforma contemplada en el decreto 163[116], se incluye a éste, así como a los designados a la presidencia y otros altos funcionarios incluyendo al Jefe de las Fuerzas Armadas, posteriormente en el decreto 2-99, se reforma nuevamente el artículo 205, y en la actualidad excluye al Jefe de las Fuerzas Armadas, ya que éstas están bajo el mando directo del Presidente de la República y en el marco de un Estado democrático este privilegio solo le corresponde al Presidente de la República, concluyendo diremos que actualmente el artículo 205 de la Constitución de la República establece como atribución del Congreso Nacional a declarar si a lugar o no a formación de causa a los siguientes funcionarios:

El Presidente de la República, designados a la presidencia, diputados al Congreso Nacional, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Miembros del Tribunal de Elecciones, Secretarios y Sub-secretarios de Estado, Jefes de Misiones Diplomáticas, Contralor y Sub-contralor General de la República, Procurador y Subprocurador General de la República y Director y Subdirector de Probidad Administrativa[117].

Actualmente también encontramos una reforma la cual ya fue ratificada, por el actual congreso nacional, siendo muy interesante ya que en ella el Congreso delimita los alcances de la inmunidad a efecto de evitar los excesos y abusos, sin embargo esta reforma[118], establece que los Diputados al Congreso Nacional y los funcionarios del Estado mencionados en el numeral 15 del artículo 205 de la Constitución gozarán desde la fecha de su elección o nombramiento según el caso, hasta que cesen en el cargo de las prerrogativas siguientes, inmunidad para no ser sometidos a registro en sus personas, domicilio y vehículos de uso personal y para no ser detenidos ni juzgados por ninguna autoridad, aún en estado de sitio, si no son previamente declarados con lugar a formación de causa por el Congreso Nacional, salvo que fueren sorprendidos en el acto de cometer delito contra la vida y la integridad corporal, que merezca pena de reclusión, en este último caso, podrán ser detenidos preventivamente por el tiempo que establece esta constitución debiendo ser puestos a la orden de los tribunales, quienes podrán dictar orden de arresto domiciliario por mientras rinde la caución o resuelva el Congreso Nacional lo procedente. El tribunal dará cuenta de inmediato a éste, y una vez evacuado el dictamen por la comisión de ética y rendidos los informes, sin necesidad de motivación se resolverá si ha lugar o no a formación de causa, solamente en los

---

(116) Reforma ratificada mediante Decreto 10-84 publicado en la Gaceta número 24,262 de fecha 9 de marzo de 1984, cuyo texto aparece en el anexo de la Constitución de la República.

(117) Decreto número 2-99, ratificando el decreto 245-98 de fecha 19 de Septiembre de 1988.

(118) Decreto 92-99 de 11 de junio de 1999, que reforma los artículos 200 y 205, numeral 15 de la Constitución

delitos que le hayan sido incoados, en caso de declararlos con lugar a formación de causa deberá agotarse el primero el procedimiento administrativo y posteriormente recurrir a la acción penal, además de los diputados, gozarán de esta misma prerrogativa los candidatos a diputados desde el día en que sean nominados por sus respectivos partidos políticos. Incluye además dentro de los funcionarios a gozar de esta prerrogativa al Fiscal General de la República, el Fiscal Adjunto, Comisionado Nacional de los derechos Humanos, y a los miembros de los cuerpos diplomáticos, al ser ratificado el decreto ya mencionado, supondría un enriquecimiento de lo planteado en el Código Procesal, ya que permitiría la detención provisional en caso de flagrancia, sin embargo el procedimiento administrativo es perjudicial ya que podrían evacuarse simultáneamente, y no ser el primero un impedimento para ejercitar la acción penal, ésto a nuestro criterio es un retroceso y haría casi imposible la deducción de tal responsabilidad.

Concluyendo con el análisis del artículo 414 del Código Procesal, se establece que la investigación de delitos cometidos por estos funcionarios está en las manos del Ministerio Público, de oficio o a petición de la víctima, sin embargo esta investigación se lleva a cabo de forma diferente que con el resto de la población, porque debe cuidar que la misma no perturbe la tranquilidad del investigado, son varias las razones por la que el Legislador establece esta prerrogativa para unos ciudadanos a pesar del principio de igualdad ante la ley que establece el artículo 60 de la Constitución de la República y es que éste cede en estos casos para asegurar la tranquilidad y buen funcionamiento del Estado, sin colocarlos en la impunidad, debido a lo delicado de sus cargos.

A la resolución que tome el Congreso Nacional no será necesario la sanción, ni el Poder Ejecutivo podrá poner su voto[119].

ARTÍCULO 415. Solicitud al Congreso Nacional. Concluida la investigación, el Fiscal General de la República o, en caso de negativa de éste, la víctima, elevará petición motivada al Congreso Nacional, para que declare con lugar a formación de causa al funcionario de que se trate.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, será aplicable al Procurador General de la República en los asuntos de su competencia.

A la petición que se refieren los párrafos que anteceden, se acompañará copia auténtica de los antecedentes que obran en poder del Ministerio Público o la Procuraduría General de la República.

COMENTARIO

Este artículo nos establece quienes están autorizados para presentar la solicitud ante el Congreso Nacional siendo:

1. El Ministerio Público, a través de su máximo representante el Fiscal General.

---

119 Artículos 200 numerales 1 y 5 párrafo segundo y quince, 205 numeral 15 reformado. 206, 218 párrafo 2. 223. 229, 234, 249, 279 reformado, 319 párrafo 2. 5 de la Constitución de la República, éste último relacionado con los artículos 78 numeral 2 y 81 de la L O.A.T.

2. La víctima, solo en el caso de que el Ministerio se niegue a presentar la solicitud.
3. La procuraduría General de la República, a través de su máximo represéntate el Procurador de la República, en todas aquellas acciones civiles y criminales que resulten de las intervenciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República, con excepción las relacionadas con las Municipalidades. [120]

Esta petición debe ser motivada y acompañada por una copia auténtica de los antecedentes que están en poder del Ministerio Público, o en el caso de la Procuraduría los documentos que resulten de la investigación realizada por la Contraloría General de la República, con la misma discreción y tacto que la que en su caso realiza el Ministerio Público.[121]

ARTÍCULO 416. Actuaciones del Congreso Nacional. El Congreso Nacional, vista la solicitud de declarar con lugar a formación de causa a un funcionario, y con bases en los antecedentes e informes presentados por el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República o la víctima, deberá resolver motivadamente:

1) Que no ha lugar a formación de causa, en cuyo caso archivará la solicitud; o

2) Que ha lugar a formación dé causa contra el funcionario que se trate, quien como consecuencia y sin más trámite quedará en igual situación que cualquier imputado.

De la resolución tomada se librará copia al Fiscal General de la República, al Procurador General de la República, o a la víctima en su caso.

COMENTARIO

En este artículo se establecen las dos posibilidades que se dan en caso de la solicitud ante el Congreso Nacional, en el primer caso se da un archivo administrativo, pero siempre se notifica mediante copia al solicitante.

En el segundo de los casos, al aceptarse la solicitud, la prerrogativa que goza el funcionario se suspende y éste queda en la posición de cualquier otro ciudadano, con sus derechos y garantías, a fin de enfrentar el proceso sin prejuzgar su culpabilidad.

Este proceso es por los hechos acusados en la solicitud presentada y no por otros.

ARTÍCULO 417. La acusación o querella. Procedimiento. La acusación o querella contra la persona declarada con lugar a formación de causa, se interpondrá ante la Corte Suprema de Justicia, la que designará uno de sus miembros para que trámite el proceso en las etapas preparatoria e intermedia, hasta la apertura a juicio.

(120) « Artículo 230 de la Constitución de la República»
(121) « Artículo 222 de la Constitución de la República»

El Tribunal de Sentencia lo conformarán tres (3) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por ella misma.

El proceso se desarrollará de acuerdo con lo establecido en el presente Código, sobre el juicio oral y público.

Cuando en la comisión de un delito intervengan funcionarios que gozan de inmunidad y personas que no gozan de ella, una vez declarados los primeros con lugar a formación de causa, conocerá del proceso en relación a todos los imputados el magistrado designado en los términos del párrafo primero.

COMENTARIO

Este artículo es claro en el sentido de señalar ante quien se presentará la acusación y/o querella, siendo la Corte Suprema de Justicia con asiento en la ciudad capital de la República, quien al recibirla designará a uno de sus miembros, a fin de que sea quien tramite todo el proceso en las etapas preparatoria e intermedia, hasta la apertura del juicio, el Tribunal de Sentencia lo conformarán tres Magistrados también designados por ella misma, a fin de que sea ante ellos que se desarrolle el juicio oral y público.

Es interesante que en caso de que en la comisión del delito hayan intervenido personas que no gozan de inmunidad, lo mismo que el funcionario que si al cual se le ha despojado de ella, se establece que el proceso en relación a todos los imputados siempre estará a cargo del Magistrado designado hasta la apertura a juicio.

Sin embargo, no establece si es o no el mismo tribunal de sentencia para todos, aunque pareciera que sería lo más conveniente y lo que procedería.

ARTÍCULO 418. <u>Impugnación del fallo</u>. Contra el fallo que dicte el Tribunal de Sentencia a que se refiere el Artículo anterior, cabrá el recurso de casación, del que conocerá la Corte Suprema de Justicia en pleno. En la integración de la Corte, sin embargo, no podrán participar los magistrados que hayan intervenido como jueces o miembros del Tribunal de Sentencia.

COMENTARIO

Este artículo no merece mayor comentario ya que el articulo 310 Constitucional establece que el juez o Magistrado que haya ejercido jurisdicción sobre una instancia, no podrá conocer en la otra, ni en casación en el mismo asunto, sin incurrir en responsabilidad, por lo que de haber casación la Corte deberá convocar a Magistrados suplentes, a fin de ser integrada, en la actualidad siendo nueve los magistrados, cuatro de ellos no podrán conocer de la casación, ya que uno dirige la investigación en las dos primeras etapas y tres de ellos son el tribunal de sentencia, el pleno en caso de casación se integra con los restantes cinco Magistrados más cuatro suplentes designados por la misma Corte.

Artículo 419. <u>Del sometimiendo a proceso de los que gocen de inmunidad.</u> Los Diputados y funcionarios públicos que disfruten del fuero de inmunidad, podrán someterse a proceso voluntariamente y el asunto quedará sujeto a lo establecido en los dos artículos precedentes, no obstante en ese caso los diputados conservarán su inmunidad parlamentaria propiamente dicha.

COMENTARIO

Parece ser que en caso de una presentación voluntaria, pues lógicamente no habría petición y aunque la hubiera no se resolvería, permitiéndole al funcionario que se presente voluntariamente, por lo que no habría resolución declarando con lugar o no a formación de causa, haciéndose presentes en el proceso, sin embargo los diputados conservan la inmunidad parlamentaria, y el resto de los funcionarios parece que renuncian a su inmunidad.

De la lectura pareciera que hay dos tipos de inmunidad, la propiamente dicha y la parlamentaria que sólo gozarían los diputados, y suponemos que ésta surge de lo prescrito en la reforma del artículo 200, que fue ratificado por esta legislatura, que en su párrafo 3) establece: "No ser responsables en ningún tiempo por sus iniciativas de ley, votos que emitan, ni por sus opiniones vertidas dentro o fuera de la cámara legislativa, durante el ejercicio de sus atribuciones"[122], introduciéndolo desde el Código Procesal nuestro legislador, lo que si es claro y se contemplaba en el proyecto es que en caso de no darse esta presentación voluntaria, sea motivo para considerar que es culpable.

CAPÍTULO IV

DEL ANTEJUICIO PARA DEDUCIR RESPONSABILIDAD CRIMINAL

A LOS JUECES Y MAGISTRADOS

ARTÍCULO 420. <u>Del proceso a funcionarios judiciales</u>. Los Jueces y Magistrados contra quienes se pretenda proceder para deducirles responsabilidad por los delitos que comentan en el ejercicio de sus funciones, sólo podrán ser encausados después de darle cumplimiento a lo establecido en el presente Capítulo.

COMENTARIO

Este artículo no merece mayor comentario, ya que establece que para la deducción de responsabilidad a éstos funcionarios debe apegarse a lo establecido en el presente capítulo, por lo que es de este examen que se determinará el camino a seguir.

ARTÍCULO 421. <u>Diposiciones sobre le antejuicio</u>. El antejuicio será promovido por escrito por el Ministerio Público o por el agraviado, en su caso, ante el superior jerárquico del respectivo Juez o Magistrado. Si se trata de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se estará a lo dispuesto en el capítulo anterior.

---

(122) Decreto 92-99, ratificado por esta legislatura, en el mes de abril de 2000

Con la solicitud se acompañarán copias certificadas de los documentos en que se funde. Si no es posible su presentación, se indicará la oficina o lugar en que se encuentran los autos originales, para que se ordene su compulsa.

COMENTARIO

Al primer párrafo de éste artículo que el antejuicio lo puede promover el Ministerio Público o el agraviado, incluso considero que pueden hacerlo ambos y en cuanto a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pues el trámite es el establecido para procesar a los altos funcionarios.

El superior Jerárquico es el Juez o Magistrado de la Jurisdicción, por ejemplo en caso de ser un juez de paz del municipio de Santa Rita, Copan el superior jerárquico es el Juez de Letras Seccional de La Entrada Copan, y en caso de ser un Juez de Letras de la Sección Judicial que comprende Ocotepeque, Lempira y Copan, será la Corte de Apelaciones de la sección Judicial con asiento en Santa Rosa, Copan y en el caso de que se trate de un Magistrado de una Corte de Apelaciones, será la Corte Suprema de Justicia [123].

Del último párrafo resulta la necesidad de acompañar a la solicitud la copia certificada de los documentos que avalen la petición o del sitio en que se encuentren a fin de ordenar su compulsa.

ARTÍCULO 422. <u>Trámite del antejuicio</u>. El órgano jurisdiccional llamado a conocer del antejuicio, proveerá lo procedente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, y ordenará al funcionario acusado que informe dentro de igual plazo, más el que corresponda por la distancia. En su informe, el acusado deberá pronunciarse en forma clara, concreta y precisa sobre los cargos que se le formulan.

Con vista de lo que resulte del informe y de los antecedentes, el órgano jurisdiccional pronunciará sentencia dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de recepción del informe, declarando, sin prejuzgar sobre el fondo, si ha lugar o no a la acusación o querella.

Si se declara que ha lugar a la acusación o querella, el Juez o Magistrado quedará en la misma situación que cualquier imputado y se le extenderá certificación de la sentencia al Ministerio Público o al agraviado, en su caso, para que ejercite la acción correspondiente.

El proceso se tramitará ante el Juez de Letras competente, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. En caso de que el imputado sea el Juez de LETRAS competente para conocer del proceso, la respectiva Corte de Apelaciones, al declarar que ha lugar la acusación o querella, designará al funcionario que deba sustituirlo.

---

(123) «Articulo 81 de la Ley de Organizaciones y Atribuciones de los Tribunales».

COMENTARIO

Este artículo establece en forma clara el camino a seguir en el caso de promover un antejuicio, puntualizando sobre la necesidad de que si se declara con lugar la solicitud se haga sin prejuzgar la culpabilidad del funcionario, quien tiene el derecho de contestar mediante informe sobre los puntos que se le acusan, en un plazo de tres días más el legal por razón de la distancia, que en este Código se establece un día por cada 50 kilómetros, del asiento del Juzgado o Tribunal competente para conocer, y este informe debe ser claro, preciso y concreto sobre los puntos que se traten y no sobre otros que no sean objeto de controversia. En caso de declarar con lugar el antejuicio el funcionario quedará en la posición de cualquier otro imputado.

ARTÍCULO 423. Recursos contra el fallo. Contra la sentencia que declare que ha lugar o no a la acusación o querella, cobran el recurso de apelación y el recurso de amparo en su caso.

COMENTARIO

Como este trámite no es sobre el fondo del asunto, los recursos que proceden son la apelación y el recurso de, amparo, es ya en la sentencia del Tribunal de sentencia en la que procederá el recurso de casación.

* * *

CAPITULO V

DEL JUICIO POR FALTAS

Thelma Araceli Cantarero Benítez

[124] **ARTICULO 424. Autoridad competente para conocer de las faltas** Las faltas serán conocidas y resueltas por el Juez de Paz competente.

COMENTARIO

El juicio sobre falta se caracteriza por su sencillez y celeridad en el procedimiento, al versar sobre infracciones leves se ha de entender que el legislador consideró innecesario el desarrollo de las etapas preparatorias e intermedio que se dan en el proceso penal por delitos. En el juicio sobre faltas todas las actuaciones se concentran en el acto de la comparecencia de las partes ante el juez, es en la audiencia oral y pública en donde se formulan las alegaciones, se practicaban las pruebas y se falla, pues aunque se contemplan algunas actuaciones iniciales previas a las audiencias propiamente dicha, éstas no precisamente conforman una etapa preparatoria.

El juicio sobre faltas representa el contacto más frecuente que puede tener un ciudadano con la Justicia Penal, aparte de la eventual intervención de un individuo, ya como victima o como testigo de un hecho delictivo, va a proporcionar a gran parte de la ciudadanía del país una experiencia directa e inolvidable sobre la transparencia del sistema judicial del país sobre el grado de respeto a los ciuda-

[124] Los artículos 424 al 440 están comentados por Dña. Thelma Aracely Cantarero Benítez.

danos dentro del sistema de impartimiento de justicia y sobre el funcionamiento de ese sistema.

De acuerdo a este artículo, el Juez que conocerá o ventilará el juicio sobre faltas, será un Juez de Paz competente, entendiéndose como tal, un Juez nombrado por la Corte Suprema de Justicia con facultades para conocer de los asuntos penales, cometidos en el territorio donde ejerce Jurisdicción. Estos Jueces de Paz deberán .ser profesionales del derecho, colegiados y capacitados debidamente en el conocimiento y substanciación del juicio oral, pues el juicio sobre faltas se trata de un proceso penal, al que, como tal, le son aplicables las exigencias o garantías del principio acusatorio que rigen el proceso penal por delitos. Actualmente en nuestro país, conocen de las faltas, los Jueces de Paz, los que en su mayoría no reúnen los requisitos señalados, siendo necesaria su reestructuración y capacitación. Además del recurso humano el poder judicial deberá contar con instalaciones físicas adecuadas que permitan cubrir las exigencias del juicio oral. Resulta también de importancia mencionar que en la mayoría de los lugares donde funcionan los Juzgados de Paz no se cuenta con el servicio de la Defensa Publica, en tal sentido, se sugiere ampliar su cobertura a fin de garantizar a los imputados la asistencia letrada que aunque no lo preceptúa el código y por lo tanto no es de observancia estrictamente obligatoria debemos considerarlo, para viabilizar el derecho de defensa plasmado en nuestra Constitución

ARTICULO 425. <u>Actuaciones iniciales. Aceptación de culpabilidad.</u> Los particulares podrán interponer denuncias por faltas en forma verbal o por escrito.

Las interpuestas por autoridad pública serán siempre por escrito.

Interpuesta una acusación, querella o denuncia derivadas de un hecho que se presume constitutivo de falta el Juez de Paz además de disponer del reconocimiento pericial de la persona lesionada en su caso, u otras diligencias necesarias, la pondrá en conocimiento de la persona acusada, denunciada o querellada, para que diga si 'es culpable o no y en caso de que ésta admita su culpabilidad tal declaración se consignará en acta, y el Juez dictará la sentencia que proceda, reduciendo en una cuarta parte la pena que corresponda.

COMENTARIO

Las actuaciones iniciales de que habla este artículo, no deben entenderse como la etapa preparatoria propiamente establecida en el proceso penal por delitos, sino como una mera preparación del juicio oral y público sobre faltas.

De acuerdo a este Artículo, el proceso penal por faltas, puede iniciarse de las formas siguientes: a) por denuncia, cuando se trata de falta de orden público y b) por acusación o querella. Las denuncias pueden ser interpuestas por los particulares, entendiéndose como tales el ofendido o un representante de éste o cualquier persona que haya presenciado un hecho o tenga conocimiento en forma directa de la comisión de un hecho que por su insignificancia lo considere constitutivo de falta, incluyendo también aquellos que están obligados por razón de su profesión u oficio cuando la ejerzan en forma privada, no siendo obligatoria la representación del denunciante, mediante abogado o procurador; estas denuncias pueden ser interpuestas en forma verbal o por escrito.

También podrán denunciar las autoridades públicas por ejemplo la Policía, el Ministerio Público, los alcaldes Municipales y aquellos Funcionarios o Empleados Públicos que están obligados a denunciar de acuerdo a este Código, quienes presentarán la denuncia siempre por escrito; estas denuncias se deben presentar ante el Juez de Paz en cuya jurisdicción se haya cometido la falta o si se ignorase el lugar de su comisión se deberán plantear ante el Juez de Paz, en cuya jurisdicción se hayan descubierto las pruebas materiales de la falta, o en el lugar donde se aprehenda o resida el denunciado, ésto de acuerdo a lo establecido en el código procesal penal en lo referente a la competencia.

Planteada la denuncia, acusación o querella al Juez de Paz, éste deberá ordenar aquellas diligencias de urgencia para establecer la preexistencia del hecho supuestamente constitutivo de falta y en su caso deberá ordenar el reconocimiento pericial de la persona lesionada. Disponga, o no, estas diligencias urgentes (porque pueden no ser necesarias), el Juez de Paz siempre pondrá la denuncia, querella o acusación en conocimiento de la parte denunciada, acusada o querellada para que diga si es culpable o no. Aunque el Código no lo diga expresamente, el Juez de Paz también deberá poner en conocimiento de ambas partes, las diligencias de investigación que haya podido ordenar.

Resulta de importancia agregar a manera de ilustración que ese acto de poner en conocimiento del imputado la denuncia, querella o acusación y sus resultados no nace del automatismo de la existencia de una denuncia, querella o acusación formulada contra determinada persona; es, por el contrario, un acto que nace de una valoración previa de la denuncia o querella, de su admisibilidad o fiabilidad, así como de la existencia objetiva de la imputación; es decir, que el Juez debe valorar si el hecho denunciado u objeto de querella reviste o no caracteres de infracción penal, o si la denuncia fuere manifiestamente falsa o está extinguida la responsabilidad penal. Hecha esta valoración, el Juez dictará resolución y, en caso que proceda, mandará a citar al imputado poniéndole en conocimiento la denuncia o querella y, en su caso, las diligencias preliminares ordenadas; lo que podría hacerse entregándole una copia de la denuncia, querella o acusación, cuando ésta sea planteada por escrito o girándole comunicación cuando sea verbal, haciéndole una narración sucinta de los hechos; pues esta notificación es de suma importancia para el imputado, por cuanto constituye el pilar sobre el cual va a sustentar el procesado su defensa, en cuanto le va a permitir a este prepararse y acudir al juicio realmente provisto de las pruebas de que intenta valerse, pruebas que lógicamente irán referidas a un hecho determinado. Una vez informado el denunciado o querellado, éste puede admitir su culpabilidad o no, si acepta su culpabilidad, lo consignara así en un acta el Juez y podrá dictar la sentencia que proceda, esta sentencia debemos entender que deberá ser dictada conforme los lineamientos establecidos para las sentencias por delitos y en los mismos plazos ya establecidos en el artículo 431 de este Código. La aceptación de culpabilidad del procesado resulta favorable para éste por cuanto la pena le es reducida en una cuarta parte, además de que el proceso resulta sumamente abreviado.

Podría extrañar esta reducción de la pena, y porqué, a medida que el procedimiento avanza, el reconocimiento de culpabilidad se ve «premiado» con una reducción progresivamente menor de pena.

En la bibliografía actual, los especialistas insisten en la conveniencia de conceder lo que llaman «incentivos» a la abreviación o eliminación del proceso, de manera que se evite o dure lo menos posible, con el consiguiente beneficio para todos (al lograr una Justicia rápida y eficaz), y también un ahorro de costos.

El ofrecimiento de una reducción de pena «en pago de» la admisión de la culpabilidad se explica desde este punto de vista. El imputado que reconoce su culpabilidad está demostrando su positiva disposición a colaborar con la Justicia, y a dar satisfacción a la víctima, y, además, ahorra tiempo y dinero.

Conforme pasa el tiempo, y avanza el procedimiento, aunque sigan vigentes estas mismas razones, el «premio» ha de ser lógicamente menor.

ARTICULO 426. <u>Procedimiento a seguir cuando no se admite la culpabilidad.</u> Cuando el imputado no reconozca su culpabilidad, el Juez convocará de inmediato a aquél, al ofendido y a quien haya formulado la denuncia, la acusación o la querella, a una audiencia oral y pública, que se celebra en el plazo de los seis días hábiles siguientes.

Al mismo tiempo, requerirá a las partes para que en el plazo de dos días hábiles propongan la lista de testigos y peritos de los que pretendan valerse, para su citación por el Juzgado de Paz u otra autoridad, o aportar otros medios de prueba.

El Juez de Paz, de oficio o a petición de parte, podrá prorrogar la audiencia por un plazo no mayor de tres días, si ello es necesario, para la preparación de la prueba.

COMENTARIO

Siguiendo con el análisis en relación al Articulo anterior, consideramos que el acto mediante el cual se pone en conocimiento la denuncia o querella es el mismo momento procesal a que se refiere este Artículo, en el cual el Juez a la ves le manda a convocar al imputado a una audiencia oral y pública, igual convocatoria le gira al ofendido al querellante o acusador o denunciante señalando en dicha comunicación o convocatoria el día y la hora en que se deberá a cabo dicha audiencia la cual el Juez deberá señalar dentro de los seis (6) días siguientes a la convocatoria. Dicha convocatoria además contendrá un requerimiento a las partes (denunciante-denunciado) para que en el plazo de dos (2) días hábiles a partir del día siguiente de la convocatoria propongan ante el Juez la lista de testigos y peritos de los que pretendan valerse a efecto que puedan ser citados, ya sea por el Juzgado u otra autoridad (Alcaldías Auxiliares o Cantónales o Vocalía de Policía etc.), pudiendo además dentro de dicho plazo aportar otros medios de prueba que pretendan utilizar en el juicio.

El Juez de Paz podrá de oficio o a petición de parte prorrogar la celebración de la audiencia oral y publica por un plazo que no exceda de tres (3) días, esta prorroga se hará siempre y cuando sea necesario para la preparación de la prueba a utilizarse en el juicio.

Debe entenderse que es al inicio de la audiencia oral y pública que el imputado puede manifestar si reconoce o no su culpabilidad, pues de ello depende la continuidad o no del juicio- Si no reconoce su culpabilidad, el Juez procede a la celebración del juicio oral y público

ARTICULO 427. Límites a la autoridad de los Jueces de Paz. En el cumplimiento de sus funciones los Jueces de Paz, no podrán aplicar las medidas cautelares establecidas en el Artículo 173 de este Código.

COMENTARIO

De acuerdo a este artículo el Juez de Paz no podrá pronunciarse sobre la aplicación de medidas cautelares reguladas en el artículo 164 de este Código.

ARTICULO 428. Celebración del juicio. En la fecha y hora señalada, el Juez de Paz oirá en forma breve y sumaria a los comparecientes y recibirá las pruebas propuestas.

De lo practicado del acto en el juicio, se dejará constancia sucinta en acta.

COMENTARIO

El juicio oral sobre falta al igual que el juicio oral por delitos, se celebrará en audiencias orales y publicas. Esta audiencia oral y pública se celebra en el local del Juzgado o en un local que reúna las condiciones para ello. Esta audiencia exige de dos principios fundamentales que son: La Oralidad es decir que las partes exponen de palabra lo que crean conveniente en apoyo a sus respectivas pretensiones, igualmente todo lo evacuado en la audiencia se hace en forma verbal. Y La publicidad. Debiendo entenderse que ésta no proviene de la ingerencia de medios de comunicación hablada, escrita o televisiva, de todo y cuanto ocurre en el desarrollo del juicio, sino más bien por la presencia de un determinado número de ciudadanos en el local donde se celebra la audiencia el cual a su vez, estará limitado a la cantidad de asientos de que disponga el mismo, ya que debido a la solemnidad del juicio no se debe permitir a personas que permanezcan de pié, además por medidas de seguridad.

Esta audiencia se celebra el día y hora señalada para tal efecto con anticipación y a ella comparecerán: el imputado o denunciado, su defensor si lo tiene, el ofendido, el denunciante si es diferente del ofendido el causador o querellante, los peritos y testigos citados, deberá también asistir a los juicios sobre faltas el fiscal siempre que fuere citado por el juez, si se tratare de faltas perseguibles de oficio.

En la audiencia oral y pública el Juez dará lectura de la querella o acusación si la hubiere o comunicará los hechos denunciados así como las actuaciones previas, siguiendo a este acto la exposición en forma breve y sumaria que hagan las partes en apoyo de sus pretensiones hablando primero el Fiscal si asistiere luego el querellante particular o el denunciante (que se halla mostrado parte) y por último el acusado y luego de este acto se procede a recibir las pruebas propuestas porcada una de las partes por su orden, primero el querellante, el denunciante si se muestra parte o el fiscal en su caso y después el denunciado o querellado. El recibimiento a prueba se hace en el orden indicado en los escritos que presentan

las partes y en la forma prevista por este Código para el juicio oral por delitos, empezando por los dictámenes periciales declaraciones de testigos pruebas documentales y otros medios probatorios propuestos.

De todo lo actuado en el acto del juicio el secretario levantará una acta en la cual dejará constancia en forma breve de todo lo ocurrido.

ARTICULO 429. Confesión de culpabilidad posterior a la convocatoria a juicio. Si el acusado, con posterioridad a la convocatoria de juicio y hasta el momento de su inicio, admite su culpabilidad, el Juez de Paz lo hará constar así en acta, y dictará la sentencia que proceda, reduciendo en una quinta parte la pena correspondiente.

COMENTARIO

De acuerdo a este Artículo se debe entender que si el imputado una vez que se le ha hecho de su conocimiento la querella o denuncia y no admitió su culpabilidad, se le ha convocado a una audiencia oral y pública y llegado el día y hora señalada para la celebración de la misma, antes de iniciar el juicio el imputado se confiesa culpable ante el Juez de Paz, éste lo hará constar en acta y dictará la sentencia que proceda reduciendo la pena que le corresponda en una quinta parte de manera que hace innecesario la celebración del juicio.

ARTICULO 430. Sentencia en primera instancia. El Juez de Paz, concluido el juicio, en el mismo día o dentro del plazo máximo de los tres días hábiles siguientes, dictará sentencia, acomodándose en lo sustancial, a lo establecido por el Artículo 338 de este Código

COMENTARIO

El Juez en el acto de finalizar el juicio y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictara sentencia valorando las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, acomodándose en lo sustancial a lo establecido en el Artículo 330 de este Código.-

ARTICULO 431. Recurso de apelación. Contra la sentencia dictada en juicio por faltas, podrá interponerse recurso de apelación para ante el Juez de Letras correspondiente, en el acto de notificación o dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir de ésta. El recurso se interpondrá ante el mismo Juez de Paz, por escrito o verbalmente, haciéndolo constar en acta. Al interponer el recurso se harán constar sucintamente los motivos de impugnación.

Admitido el recurso, el Juez de Paz emplazará a las partes para que se personen ante el Juez de Letras correspondiente dentro del término de tres días hábiles.

Si el apelante no se persona en tiempo, el recurso será declarado desierto. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, el Juez de Letras las convocará a una audiencia que tendrá lugar dentro de los cinco días hábiles siguientes.

En ella las partes que comparezcan podrán manifestar lo que tengan por conveniente en defensa de sus respectivas posiciones, y contestar a las cuestiones que pueda plantear el Juez de Letras.

Dentro de los tres días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia, el Juez de Letras dictará sentencia resolviendo el recurso sujetándose en lo posible, a lo establecido en el Artículo 338 del presente Código.

COMENTARIO

Las sentencias dictadas en los juicios por faltas son apelables, para ante el Juez de Letras correspondiente, este recurso debe interponerse ante el mismo Juez de Paz que dictó la sentencia ya sea verbalmente o por escrito, en el acto de la notificación o dentro del plazo de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación.- El secretario hará constar en acta la interposición del recurso firmando el apelante, en el cual se hará constar los motivos de la impugnación.

No deja de llamar la atención que el órgano de apelación (el Juez de Letras) sea tan unipersonal como el de instancia (el Juez de Paz). La garantía de una mayor corrección de la decisión emanada del órgano de apelación deriva de que esté integrado por un mayor número de personas que el de instancia. A mayor número de puntos de vista concurrentes, mayor probabilidad de acierto.

Actualmente, necesidades presupuestarias impiden aplicar estos principios al caso de los juicios de faltas. No sería posible afrontar el gasto público que representaría la creación del número de Cortes de Apelación precisas para conocer los recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia en juicios de faltas.

Admitida que sea la apelación, se remitirán los autos originales al Juez de Letras correspondiente, haciéndose saber la remisión y emplazándose a las partes para que acudan ante dicho Tribunal dentro del termino de tres (3) días hábiles, a partir de la fecha de su interposición. Si no se hubiese interpuesto recurso alguno la sentencia se llevará a efecto inmediatamente.

Recibidas la diligencias por el Juez de Letras y transcurrido que sea el término del emplazamiento, si el apelante se hubiere personado en tiempo, señalará o convocará a las partes a una audiencia que tendrá lugar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la convocatoria. Si el apelante no se personare en tiempo, el Juez de Letras declarará desierto el recurso y devolverá los autos al Juez inferior a costas del apelante.

Llegado el día y hora señalada para la audiencia se comenzará con la lectura de los autos y luego las partes pondrán de manifiesto lo que tengan por conveniente en defensa de sus respectivas posiciones y darán respuesta a las cuestiones que el Juez de Letras pueda plantearles. Esta participación lógicamente debe tener un orden igual que en la del juicio propiamente, considerando que se oirá primero al Fiscal cuya asistencia será precisa si la falta fuere de las que se persiguen de oficio y luego a los demás concurrentes, acusador o denunciante si es parte y al acusado (o su defensor si lo tuviere).

El Juez de Letras dictará sentencia dentro de los (3) días hábiles siguientes a

la celebración de la audiencia referida, resolviendo el recurso, sujetándose a lo establecido al Artículo 338 de este Código. Resuelto el recurso mandará que se devuelvan los originales al Juez inferior acompañándolos con certificación de la sentencia dictada, para que éste proceda a su ejecución.

CAPITULO VI

PROCEDIMIENTO PARA DEDUCIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ARTICULO 432. Procedencia. Firme que sea la sentencia condenatoria o excluida la responsabilidad penal en los casos de inimputabilidad, fuerza irresistible, miedo insuperable y estado de necesidad, a que se refiere el Código Penal, la victima o sus herederos o la Procuraduría General de la República, en su caso, podrán solicitar al Juez de ejecución por la vía de apremio ordene la restitución, la reparación de los daños materiales o morales y la indemnización de perjuicios, en los casos en que proceda.

La víctima que no haya intervenido en el procedimiento, podrá optar por esta vía dentro de los tres meses de informada de la sentencia firme.

COMENTARIO

El delito y la falta lesionan o ponen en peligro un bien jurídico (individual o colectivo) que se estima digno de protección. Esta nocividad penal puede ir acompañada, además, de un daño en bienes personales o patrimoniales de la víctima o de terceras personas. Estos daños y perjuicios pueden producirse, o no, como consecuencia de la comisión de la infracción penal. Si se producen, darán lugar a la responsabilidad civil del causante, obligándolo a la restitución de los indebidamente apropiados, a la reparación de los daños ocasionados y a la indemnización de los perjuicios producidos.

Téngase en cuenta que no siempre estos daños y perjuicios han de ser de naturaleza patrimonial. La pérdida de la vida, el menoscabo de la integridad corporal o de la salud (física o psíquica), y tantos otros bienes personalísimos no tienen equivalente económico, aunque su lesión se compense con dinero, para permitir, así, que la víctima se proporcione con él satisfacciones que contrapesen el dolor sufrido.

El Artículo 105 del Código Penal Vigente establece “TODO AQUEL QUE INCURRA EN RESPONSABILIDAD PENAL POR DELITO O FALTA, LO ES TAMBIÉN CIVILMENTE" (entiéndase, siempre que se hayan producido daños o perjuicios individualizados). De acuerdo a este artículo la acción para deducir la responsabilidad civil solo podría dirigirse contra los responsables como autores o cómplices de un delito o falta. Sin embargo, el Artículo 106 extiende el ámbito de los responsables civilmente al contemplar aquellos casos en que si bien se exime de responsabilidad penal, se mantiene la responsabilidad civil ya en forma directa o indirecta.

De acuerdo a este Artículo, los inimputables a que se refiere el numeral 2 del Artículo 23 del Código Penal, los enfermos y deficientes mentales responden en forma directa con sus bienes por los daños causados, pero si estos son insolventes responden civilmente en forma subsidiaria o indirecta aquellas personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no ser que demuestren su inculpabilidad,-Otros casos contemplados, son los del numeral 4 del Artículo 24 y que en el Artículo 106 aparece erróneamente en el inciso número 2, en estos casos la responsabilidad civil no recae en quien haya ejecutado la acción típica, si no en las personas en cuyo favor se haya precavido el mal y en tercer lugar se contempla la responsabilidad civil en caso de miedo insuperable y fuerza irresistible contemplada en el numeral 1 del Artículo 25 del Código Penal en los cuales el obligado civilmente es el que causa el miedo o la fuerza en forma directa, de manera que quien ejecuta la acción típica, queda exento tanto de la responsabilidad penal como de la civil.

El reclamo de la responsabilidad civil lo puede efectuar la victima o sus herederos, o la Procuraduría General de la República cuando el daño se haya producido en contra del Estado, este reclamo se Interpondrá ante el Juez de Ejecución, utilizando la vía de apremio, para que el Juez ordene la restitución, o la reparación de los daños materiales o morales y la indemnización de perjuicios; igual derecho tiene la victima que no haya intervenido en el proceso para lo cual tiene un plazo de tres (3) meses después de haber sido informada de la sentencia que tenga el carácter de firme. El Código Penal en los Artículos del 106 al 115 contempla las reglas relativas a la responsabilidad civil.

La intervención de la Procuraduría, en este caso, se funda en que el Estado ha sufrido un daño o un perjuicio como cualquier otro particular. Esta es la diferencia de función entre dicha Procuraduría y el Ministerio Público, que actúa en interés de la Sociedad. Por eso la actividad de una y de otro son independientes.

ARTICULO 433. Demanda. La demanda deberá ser dirigida contra los condenados, contra los responsables civilmente según lo dispuesto en el Código Penal o contra los terceros que, por previsión legal o relación contractual, son responsables civilmente como consecuencia de la conducta de que se conoció en el respectivo proceso.

COMENTARIO

La situación más frecuente es que el autor del delito o falta responda penal y civilmente, que es la regla general que encontramos en el Artículo 105 del Código Penal. Pero, a veces sucede que el agente o sujeto activo, no llega a ser declarado culpable o resulta eximido de responsabilidad penal, subsistiendo, no obstante, la civil y luego están aquellos que no habiendo intervenido en la ejecución de la acción típica, resultan responsables civilmente por previsión legal o relación contractual

ARTICULO 434. CONTENIDO DE LA DEMANDA. La demanda deberá contener:

1) Los datos de identidad de la persona demandante, y en su caso, de su apoderado legal, y su domicilio;

2) La identidad de la persona o personas a quienes se demande, y el respectivo domicilio donde deban ser citadas.;

3) El fundamento del derecho que invoca;

4) La expresión concreta y detallada de la responsabilidad civil, indicando su naturaleza principal o subsidiaria, y las cuotas respectivas en caso de solidaridad, e individualizando las distintas partidas resarcitorias y su relación de causalidad con el hecho ilícito declarado probado en la resolución que puso fin al procedimiento penal.

5) La expresión concreta de la restitución, reparación o indemnización que pretende, determinando individualizadamente la cuantía correspondiente a las distintas partidas resarcitorias; y,

6) Las pruebas que hayan de practicarse para acreditar los daños y perjuicios alegados y su relación de causalidad con el hecho ilícito.

La demanda estará acompañada de una copia autenticada de la resolución respectiva.

Por desconocimiento de los datos de identificación del demandado o si se ignora el contenido del contrato por el cual debe responder un tercero, el demandante podrá solicitar al Juez diligencias previas, a fin de preparar la demanda.

COMENTARIO

Este Artículo señala expresamente los elementos formales de la demanda debiendo en el caso del inciso 3 expresar en forma concreta y detallada el derecho que reclama es decir si es restitución reparación de daños materiales y morales o indemnización de perjuicios; así como la relación de causalidad (tanto material como jurídica, o imputación objetiva) del acto del demandado con el ilícito penal (autor o cómplice) o su naturaleza subsidiaria. También deberá expresarse con claridad y concreción las cuotas respectivas en caso de solidaridad individualizando cada partida resarcitoria y la relación de causalidad de cada uno de los demandados con el ilícito penal.

Resulta de suma importancia en este tipo de demanda la identificación plena del demandado y su domicilio y en el caso de que la responsabilidad provenga de una relación contractual debe darse a conocer el contenido del contrato; en caso de que se ignorase el contenido del contrato o los datos de identificación del demandado, podrá el demandante solicitar diligencias previas ante el Juez de Ejecución.

ARTICULO 435. <u>Admisibilidad.</u> El Juez examinará la demanda y si falta alguno de los requisitos formales establecidos en el artículo anterior, intimará al demandante para que los corrija dentro del plazo de cinco días.

Vencido el plazo sin que el requerido proceda a la corrección, se rechazará la demanda.

El rechazo de la demanda por motivos formales será apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva. Si el recurso fuere desestimado, la parte demandante solo podrá reproducir su reclamación por la vía ordinaria.

Si el Juez considera formalmente admisible la demanda, ordenará practicar las pruebas propuestas por la parte demandante dentro del plazo de quince días, prorrogable motivadamente a veinte, días igualmente hábiles.

Practicada, en su caso, la prueba propuesta, el Juez dictará auto motivado, apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva.

COMENTARIO

Para que la demanda planteada sea admitida, debe llenar todas las formalidades prescritas en el Artículo que antecede pues la sola falta de uno de estos requisitos faculta al Juez para intimar al demandante a que la corrija, disponiendo de un plazo de cinco (5) días que deberá entenderse son hábiles, para ello, sino lo hace, el Juez la rechazará de plano.

El párrafo tercero, establece que el rechazo de la demanda resulta apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva y si éste fuere desestimado, el demandante podrá entablar su reclamo solo por la vía ordinaria.

Una vez admitida la demanda, el plazo para la práctica de pruebas será de quince (15) días hábiles, pero podrá ampliarlo a veinte (20) días si existe razón fundada para ello. Una vez evacuada la prueba el Juez dictará un auto motivado admitiendo o no la demanda resolución que es apelable

ARTICULO 436. <u>Orden provisional de restitución, reparación o indemnización.</u> Admitida la demanda, el Juez dictará resolución motivada ordenando provisionalmente la restitución, reparación o indemnización conforme a lo solicitado.

La resolución contendrá.

1) La identidad y domicilio del demandante, y en su caso, de su apoderado.
2) La identidad y domicilio del demandado
3) La orden de restituir, reparar los daños materiales o morales o indemnizar los perjuicios, con su descripción concreta y detallada, y su importe exacto; y.
4) La orden de embargar bienes suficientes para responder de la restitución, reparación o indemnización y las costas, o cualquier otra medida cautelar de carácter real.

Si las medidas adoptadas implicaren desplazamiento de bienes de la persona ejecutada, el ejecutante prestará caución en garantía del resultado definitivo de la ejecución en trámite.

Si los bienes embargados quedan en posesión de su titular, se advertirá a éste que incurrirá en responsabilidad por alzamiento de bienes, de conformidad con lo previsto en el Código Penal, en caso de su enajenación o gravamen, si no media previa autorización judicial.

En la misma resolución el Juez emplazará a la persona demandada para que dentro de diez días pueda objetar la resolución

En lo no previsto en este Artículo, y en cuanto al aseguramiento de bienes en garantía de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Comunes.

COMENTARIO

Admitida la demanda, el Juez emitirá una resolución motivada ordenando en forma provisional ya sea la restitución la reparación del daño o la indemnización del perjuicio, el cual debe quedar establecido en forma concreta y detallada y el importe económico en forma exacta, es decir la cuantía o valor de lo que se está reclamando. Para responder por la restitución reparación o indemnización así como para asegurar las costas del juicio, el Juez puede decretar el embargo de bienes suficientes o cualquier otra medida cautelar de carácter real, en forma provisional, pudiendo esta resolución ser objetada por el demandado, previo emplazamiento por el Juez, dentro de diez (10) días hábiles a partir del emplazamiento.

ARTICULO 437. <u>Objeción.</u> El demandado sólo podrá objetar la legitimación del demandante y la cuantía de la reclamación.

El tercero civilmente responsable podrá objetar, además, la existencia o legitimidad de su propia responsabilidad.

El escrito de objeción deberá ser fundado y acompañado de toda la prueba que respalde la objeción.

Si no se objeta la resolución en el plazo establecido, quedará firme la orden de restitución, reparación o indemnización y el Juez ejecutará la decisión. Regirán en lo pertinente, las normas del Código de Procedimientos Comunes.

Presentada la objeción, el Juez convocará a las partes a una audiencia de conciliación y prueba dentro de los diez días hábiles siguientes.

COMENTARIO

Este Artículo establece tres aspectos de la demanda que pueden ser objetados: a) la legitimidad del demandante, aspecto éste que está relacionado con lo establecido en el Artículo 422 de este Código el cual establece quiénes son los que pueden solicitar ante el Juez de Ejecución de la sentencia recaída en un caso concreto, la responsabilidad civil proveniente de un ilícito penal; b) la cuantía de la reclamación. La cual deberá estar detallada en forma concreta, el tipo de daño causado y lo que se pide, es decir, si quiere que se le restituya la cosa dañada por otra idéntica o si es posible la misma, o que se le repare, en el caso de daños materiales, o si se trata de un daño moral deberá estar tasado a cuanto asciende su importe en forma económica e igualmente en el caso de que se trate de perjuicios, deberán estar tasados en forma concreta y exacta y, c)la existencia o legitimidad de su propia responsabilidad. Se trata en este caso de aquella persona que aparece como un tercero responsable, al cual se le habrá acreditado en primer lugar su relación causal con el hecho y con su autor o cómplice del mismo, la falta de cualquiera de estos aspectos, da lugar al demandado para presentar la objeción. El

escrito de objeción deberá acompañarse de toda la prueba que la respalde; si no se presenta ninguna objeción, la resolución queda firme y procede pues a su ejecución, debiendo para ello aplicar en lo pertinente la norma del código de Procedimientos Civiles.

ARTICULO 438. Audiencia. El día y hora señalados, el Juez realizará la audiencia, procurará la conciliación de las partes, se producirá la prueba ofrecida y oirá el fundamento de las pretensiones.

La incomparecencia del demandante implicará el abandono de la demanda y su archivo. Si el demandado no comparece, quedará firme la resolución a que se refiere el Artículo 436 y se procederá a su ejecución.

En caso de que sean varios los demandados y alguno de ellos no comparece, el demandado que no compareció quedará vinculado a las resultas del procedimiento sin necesidad de impugnarlo.

Por último, el Juez dictará la resolución definitiva de restitución, reparación o indemnización, o rechazará la demanda.

La indicada resolución será apelada en ambos efectos.

COMENTARIO

La audiencia procede en aquellos casos en que el demandado ha presentado objeción a la resolución dictado por el Juez de ejecución ordenando restitución, reparación, o indemnización; a esta audiencia a la cual deberán concurrir él o los demandados y él o los demandantes, el Juez debe procurar la conciliación de las partes, si no se logra debe entenderse que se procede a evacuar la prueba ofrecida y con lo expuesto por las partes dictará resolución definitiva de restitución, reparación o indemnización o puede declarar sin lugar la demanda. Es de hacer notar que la no comparecencia del demandado produce el efecto de que la resolución quede firme, igual cuando son varios los demandados y uno de ellos no comparece, éste queda obligado a cumplir con lo que resulte de la resolución final.

ARTICULO 439. Prescripción. La acción para deducir la responsabilidad civil por medio de este procedimiento especial, prescribirá a los cinco años de haber adquirido el carácter de firma la respectiva sentencia condenatoria.

COMENTARIO

El término de la prescripción para ejecutar la acción que permita deducir la responsabilidad civil es de cinco (5) años, término que empieza a correr a partir de la fecha de ejecutoriada la resolución

ARTICULO 440. Repetición. Los terceros demandados deberán cumplir la resolución sin perjuicio del derecho de repetición contra los directamente obligados, en juicio ordinario civil posterior. También podrán ejercer acción por la misma vía contra el propio demandante, fundándose en que no hubo causa suficiente para la obligación que se les hizo cumplir.

COMENTARIO

El derecho de repetición es para aquéllos que teniendo la condición de terceros civilmente responsables han sido demandados para deducirles dicha responsabilidad y la han cumplido, ellos pueden igualmente ejercitar la acción contra aquellos que consideren directamente responsables de la restitución, reparación e indemnización, lo cual deben hacer a través de un juicio civil ordinario. También pueden ejercitar este tipo de acción contra el demandante, cuando consideren que no tuvo causas suficientes para que se les obligase a cumplir con la responsabilidad civil.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

CAPITULO I

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

[125]José Maria Palacios Mejia
Magistrado

ARTICULO 441. <u>Integración transitoria de los Tribunales de Sentencia</u>. Todas las disposiciones relativas a que los Tribunales de Sentencia estarán integrados por cuatro jueces, tres que intervendrán en el juicio y un cuarto que deberá estar presente, para enterarse de la marcha del mismo, y poder sustituir con conocimiento a alguno de los otros jueces, en caso de que le sobrevenga un impedimento que no le permita continuar participando en el trámite, no entrarán en vigencia, sino hasta que la disponibilidad presupuestaria permita la designación del cuarto Juez, mientras tanto los Tribunales de Sentencia se integrarán solamente con tres jueces. En caso de que se produzca impedimento alguno de los jueces se suspenderá el juicio y si esa causa se prolonga por más de quince días se estará a lo dispuesto en el Artículo 335 párrafo tercero.

CAPITULO II

DISPOSICIONES FINALES

ARTICULO 442. <u>Concepto de Fiscal.</u> Cuando en este Código se hace referencia a los Fiscales, deberá entenderse que se alude a los agentes del Ministerio Público.

COMENTARIO

De conformidad a la Ley del Ministerio Público en sus artículos 30 y siguientes, los funcionarios que representan a esa institución ante los distintos tribunales se denominan Agentes del Ministerio Público; es por esa razón que cuando en el Código se hace relación a fiscales debe entenderse que se trata de los Agentes del Ministerio Público que se mencionan en la indicada ley.

---

(125) Los artículos 441 al 447 están comentados por D. José Mª. Palacios Mejia

ARTICULO 443. Término de la distancia. El término de la distancia a que este Código se refiere, se computará a razón de un día por cada cincuenta kilómetros.

COMENTARIO

Hay en el Código términos que empiezan a correr a partir de la notificación del proveído correspondiente, para la práctica de determinadas actuaciones a ser realizadas fuera del asiento del tribunal que dictó tal resolución. No se puede conceder a las partes, en una situación como la indicada, igual tiempo que cuando la diligencia se va a practicar en el mismo asiento del tribunal. Es por ello que el término se amplía por la distancia a razón de un día por cada cincuenta kilómetros.

ARTICULO 444. Creación y organización de órganos jurisdiccionales. El Congreso de la República, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, creará los Tribunales de Sentencia y los Juzgados de Ejecución que considere necesarios, para el debido cumplimiento de lo prescrito en el presente Código.

La Corte Suprema de Justicia, en el correspondiente instructivo, determinará los auxiliares judiciales y los funcionarios y empleados administrativos, que formarán parte de los distintos órganos jurisdiccional de lo penal, así como la forma en que se asignarán los juicios y la integración de los Tribunales de Sentencia.

COMENTARIO

Por disposición constitucional la creación de juzgados y tribunales es de la reserva de la ley (artículo 303 párrafo primero de la Constitución de la República), es por ello que será el Congreso de la República el que creará los Tribunales de Sentencia y los Juzgados de Ejecución que se consideren necesarios, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, que es el ente que tendrá la información que le permitirá saber cuántos y dónde amerita que se creen los Tribunales de Sentencia y los Juzgados de Ejecución.

Igualmente es la Corte Suprema de Justicia el tribunal con la información necesaria para determinar, mediante los instructivos que prevé el artículo 23 del Código, el personal de apoyo, tanto en el área jurisdiccional como administrativa, que asistirán a los distintos órganos jurisdiccionales. De la misma manera, mediante instructivo, se determinará la forma en que se asignarán los juicios y se integrarán los Tribunales de Sentencia.

ARTICULO 445. Clasificación de los delitos. Para efectos penales, se considerarán delitos graves los que estén sancionados con una pena mayor, entendiéndose por tal, la que exceda de cinco años; y delitos menos graves, aquellos otros cuya pena no exceda de cinco años. Si la pena a aplicar es una multa, se considerarán delitos graves los sancionados con multa que exceda de treinta mil lempiras.

COMENTARIO

Para que no quepa ninguna duda cuando en el Código se haga referencia a delitos graves y menos graves, en este artículo se hace una determinación precisa el límite en relación con la magnitud de la pena más allá de la cual los ilícitos se consideran graves, entendiéndose que cuando la sanción sea inferior a ese límite estaremos frente a un injusto penal menos grave.

ARTICULO 446. <u>Ámbito temporal de validez.</u> Las disposiciones contenidas en este Código serán aplicables a todas las causas que se inicien a partir de la fecha en que entre en vigencia; las que se encuentren en trámite para esa fecha deberán continuarse hasta su finalización conforme al Código de Procedimientos Penales, emitido el 24 de octubre de 1984.

No obstante lo anterior, entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de este Código los artículos que se refieren: a la «Asistencia Técnica y Defensa» (Artículo 15), al «Criterio de Oportunidad» (Capítulo II, Título II, Libro Primero), a «Casos en que no podrá decretarse prisión preventiva» (Artículo 183), a los «Asuntos sobre los que debe recaer la sentencia y sus alcances, prohibición de reforma peyorativa (non reformatio in pejus)» (Artículo 350), y al «Procedimiento Abreviado» (Artículos 403 y 404).

COMENTARIO

En esta disposición se regula a qué ordenamiento quedará sujeto el trámite de los procesos iniciados antes de la fecha de vigencia del Código, pues podría plantearse la duda para los operadores de qué hacer con los indicados procesos una vez que ya esté en vigencia el Código. Aquí se establece de manera clara y terminante que se seguirán tramitando de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales emitido en octubre de 1984. Obviamente, los que se inicien a partir de aquella fecha estarán sujetos a lo prescrito en el Código Procesal Penal. No se dará así la situación de que ciertos procesos se regularán hasta cierto momento por el procedimiento anterior y de ahí en adelante por el nuevo.

Pero entrarán en vigencia, de inmediato, al nomás ser publicado el Código en el Diario Oficial «La Gaceta», varías disposiciones, a saber: las relativas al «Criterio de Oportunidad», a «Casos en que no podrá decretarse prisión preventiva», a los «Asuntos sobre los que debe recaer la sentencia y sus alcances, prohibición de reforma peyorativa (non reformatio in pejus)» y al «Procedimiento Abreviado». Los comentarios relativos a esos preceptos aparecen los apartados correspondientes.

ARTICULO 447. <u>Vigencia del presente código.</u> El presente Código entrará en vigencia el veinte de febrero del año 2002. Y desde esa fecha quedará totalmente derogado el Código de Procedimientos Penales emitido el 24 de octubre de 1984; el artículo 115 del Código Penal; el artículo 135 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y cualquier otra disposición que se le oponga, con excepción de lo establecido en la Ley contra la Violencia Doméstica/Asimismo, la remisión contenida en el artículo 287 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, al Código de Procedimientos en materia penal, se entenderá hecha a las normas de este Código Procesal Penal.

A partir de la publicación de este ordenamiento jurídico quedarán derogados de inmediato los artículos 409-A, 409-B, 409-C, 409-D y 409-E del Código de Procedimientos Penales.

COMENTARIO

Para la entrada en vigencia del Código Procesal Penal no se estableció un plazo después de su publicación, sino que otra forma, la de determinar una fecha precisa para ese efecto, el veinte de febrero del año dos mil dos.

A partir de esa fecha quedarán derogados el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos ochenta y cuatro, así como las siguientes disposiciones: artículo 115 del Código Penal relativo a la extinción de la responsabilidad civil; artículo 135 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, en el cual se establece que para promover antejuicio contra un juez o magistrado es necesario esperar a que esté terminado el pleito en que se supone se produjo el agravio, y se señala como término para la prescripción un año; y cualquier disposición que se le oponga.

En cuanto a lo prescrito en la Ley contra la Violencia Doméstica y que pudiera considerarse que encierra alguna contradicción con disposiciones del Código Procesal Penal, conservarán su vigencia las contenidas en el primer ordenamiento.

En el artículo 287 del Código de la Niñez y de la Adolescencia se establece que en lo no previsto en el mismo, se estará a lo dispuesto, entre otros, en el Código de Procedimientos en materia penal; pues bien, una vez que entre en vigencia el Código Procesal Penal, será a éste que se entenderá hecha la indicada remisión.

Por último, siendo que la consulta era una de las grandes perversiones que han pesado sobre nuestro sistema procesal penal, violatoria por demás de la independencia de los jueces y, si se quiere también, en la medida de lo procedente, la autonomía de la voluntad de las partes, desde la publicación del Código dejará de tener existencia, ya que todos las disposiciones relativas a esa institución quedan derogadas desde la publicación del mismo.

* * *

CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO

HONDURAS

ÍNDICE

PAGINAS

Presentaciones

LIBRO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

TITULO I. PRINCIPIOS BÁSICOS

CAPITULO ÚNICO. Disposiciones comunes a todo el procedimiento

Principios del proceso y principios del procedimiento 1
Comentarios Artículos 1 y 2..... 25
Afirmación interina (presunción) de inocencia y Principio in dubio pro reo 33
Comentarios Artículos 3 a 7..... 45
Independencia judicial. 63
Comentarios Artículos 8 a 15..... 86
Derecho de defensa..... 105
Comentarios Artículo 16 110
El papel de la víctima en el Código Procesal Penal 113
Comentarios Artículos 17 a 23..... 123

TITULO II. DE LAS ACCIONES PENALES Y CIVILES

CAPITULO I. De la clasificación y ejercicio de las acciones penales

Comentarios Artículos 24 a 27 133

CAPITULO II. Del criterio de oportunidad

Los principios de legalidad y oportunidad 142
Comentarios Artículos 28 a 35 162

CAPITULO III. Suspensión de la persecución penal

Comentarios Artículos 36 a 40 174

CAPITULO IV. Conversión de las acciones públicas

Comentarios Artículo 41..... 183

PAGINAS

CAPITULO V. De la extinción de la acción penal

Comentarios Artículos 42 a 45……..... 184

CAPITULO VI. De las excepciones

Comentarios Artículos 46 a 48……..... 198

CAPITULO VII. De la acción civil.

Comentarios Artículos 49 a 53 202

TITULO III. DE LOS SUJETOS PROCESALES
CAPITULO I. De los Juzgados y Tribunales

Sección Primera. De la Jurisdicción

Comentarios Artículo 54..... 205

Sección Segunda. De la competencia por razón de la materia y de la función

Comentarios Artículo 55 a 60..... 206

Sección Tercera. De la competencia

Comentarios Artículo 61 a 66..... 209

Sección Cuarta. De la competencia por conexión

Comentarios Artículo 67 a 70..... 211

Sección Quinta. De las cuestiones de competencia

Comentarios Artículo 71 a 82..... 213

Sección Sexta. De las recusaciones y excusas

Comentarios Artículo 83 a 91..... 217

CAPITULO II. Del Ministerio Público

Comentarios Artículo 92 a 95..... 221

CAPITULO III. Del acusador privado

Comentarios Artículo 96 a 100..... 224

PAGINAS

CAPITULO IV. El imputado

El imputado 228
Comentarios Artículos 101 a 104 233
Motivación de resoluciones judiciales..... 241
Comentarios Artículos 105 a 110 260

CAPITULO V. De los defensores

Comentarios Artículos 111 a 122……. 268

CAPITULO VI. De los auxiliares de los intervinientes

Comentarios Artículos 123 y 124……. 273

TITULO IV. DE LOS ACTOS PROCESALES

CAPITULO I. Disposiciones generales

Comentarios Artículos 125 a 134……. 275

CAPITULO II. De los actos y resoluciones judiciales

Comentarios Artículos 135 a 145……. 283

CAPITULO III. De las comunicaciones entre autoridades

Comentarios Artículos 146 a 150……. 291

CAPITULO IV. De las notificaciones, citaciones y emplazamientos

Comentarios Artículos 151 a 159……. 293

CAPITULO V. De los plazos

Comentarios Artículos 160 a 164……. 297

TITULO V. DE LA NULIDAD

CAPITULO ÚNICO. Normas a que está sujeta la nulidad

Introducción…… 299
Comentarios Artículos 165 a 171……. 302

PAGINAS

TITULO VI. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares de carácter personal en el proceso penal hondureño 307

CAPITULO I. Disposiciones generales

Comentarios Artículos 172 a 177..... 323

CAPITULO II. De la prisión preventiva

Comentarios Artículos 178 a 192..... 330

CAPITULO III. De las cauciones

Comentarios Artículos 193 a 197..... 337

TITULO VII. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

CAPITULO I. Disposiciones generales

Medios de prueba en el proceso penal 341
Comentarios Artículos 198 a 200..... 365
Prueba prohibida e *ilícita (algunos supuestos particulares).* 367
Comentarios Artículos 201 y 202..... 410

CAPITULO II. De las actuaciones de ejecución inmediata para la constatación del delito

Comentarios Artículos 203 a 205 411
Medidas restrictivas de derechos fundamentales 413
Comentarios Artículos 206 a 225 424

CAPITULO III. De los testimonios

Comentarios Artículos 226 a 238 440

CAPITULO IV. De la pericia

Comentarios Artículos 239 a 250 446

PAGINAS

CAPITULO V. De otros medios de prueba

Comentarios Artículos 251 a 262 451

LIBRO SEGUNDO DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

TITULO I. DISPOSICIONES COMUNES AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

CAPITULO ÚNICO. Disposiciones generales

Comentarios Artículos 263 a 266.....……. 455

TITULO II. DE LA ETAPA PREPARATORIA

CAPITULO I. De la denuncia

Comentarios Artículos 267 a 271..... 458

CAPITULO II. De la investigación preliminar

Comentarios Artículos 272 a 284..... 460

CAPITULO III. Del requerimiento fiscal

Comentarios Artículos 285 a 293..... 472

CAPITULO IV. De la audiencia inicial

Comentarios Artículos 294 a 299..... 480

TITULO III. DE LA ETAPA INTERMEDIA

CAPITULO ÚNICO. De la audiencia preliminar

Comentarios Artículos 300 a 303..... 485

TITULO IV. DEL JUICIO ORAL Y PÚBLICO

Del juicio oral y público 490

PAGINAS

CAPITULO I. Disposiciones generales

Comentarios Artículos 304 a 315..... . . . 502

CAPITULO II. De la sustanciación del juicio

Comentarios Artículos 316 a 334..... 512

CAPITULO III. De la deliberación y la sentencia

Sección Primera. Disposiciones generales

Comentarios Artículos 335 a 337. 526
La sentencia..... 531
Comentarios Artículo 338 541
La prueba indiciaría en el proceso penal 545

Sección Segunda. De la sentencia absolutoria

Comentarios Artículos 339 y 340..... 571

Sección Tercera. De la sentencia condenatoria

Comentarios Artículos 341 a 345..... 573

CAPITULO IV. Del registro de la audiencia

Comentarios Artículo 346 575

LIBRO TERCERO

DE LOS RECURSOS

TITULO I. REGLAS COMUNES A TODOS LOS RECURSOS

CAPITULO ÚNICO. Disposiciones generales

Comentarios Artículos 347 a 351..... 577

TITULO II. DE LOS RECURSOS

CAPITULO I. Del recurso de reposición

Comentarios Artículos 352 y 353..... 579

PAGINAS

CAPITULO II. Del recurso de apelación

Comentarios Artículos 354 a 358..... 580

CAPITULO III. Del recurso de casación

Comentarios Artículos 359 a 372..... 583

TITULO III. DE LA REVISIÓN

CAPITULO ÚNICO. De las normas a que está sujeta la revisión

Comentarios Artículos 3 73 a 380..... 591

LIBRO CUARTO
DE LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Control de ejecución de penas 595

TITULO ÚNICO. DE LA VIGILANCIA Y CONTROL

CAPITULO I. Disposiciones generales

Comentarios Artículos 381 a 384..... 601

CAPITULO II. De la ejecución de las penas

Comentarios Artículos 385 a 395..... 607

CAPITULO III. De la vigilancia y control de las medidas de seguridad

Comentarios Artículos 396 a 402..... 617

LIBRO QUINTO
DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TITULO ÚNICO. DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

CAPITULO I. Del procedimiento abreviado

PAGINAS

Comentarios Artículos 403 y 404..... 622

CAPITULO II. Del procedimiento por delitos de acción privada

Comentarios Artículos 405 a 413 633

CAPITULO III. Del procedimiento para procesar a los altos funcionarios del Estado

Comentarios Artículos 414 a 419 640

CAPITULO IV. Del antejuicio para deducir responsabilidad criminal a los jueces y magistrados

Comentarios Artículos 420 a 423..... 645

CAPITULO V. Del juicio por faltas

Comentarios Artículos 424 a 431..... 647

CAPITULO VI. Procedimiento para deducir la responsabilidad civil

Comentarios Artículos 432 a 440..... 654

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

CAPITULO I. Disposición transitoria

CAPITULO II. Disposiciones finales

Comentarios de las Disposiciones finales..... 660

ANEXO REFORMAS:

-ANEXO NO.1.- Diario Oficial La Gaceta No.30584, Decreto No. 195-2004, reforma de los artículos 414, 415, 416 y 417 del Código Procesal Penal.

-ANEXO NO.2.- Diario Oficial La Gaceta No.30645, Decreto No.223-2004, que reforma el artículo 184 del Código Procesal Penal.

-ANEXO NO.3.- Diario Oficial La Gaceta No.30645, Decreto No.225-2004, que reforma el artículo 183 del Código Procesal Penal.

-ANEXO NO.4.- Diario Oficial La Gaceta No 30961, Decreto No.14-2006, reformar el artículo 26-A, numeral 8) y adicionar los artículos 26-A y 219-A del Código Procesal Penal.

-ANEXO NO. 5.- Diario Oficial La Gaceta No.32,731, Decreto No.243-11, que contiene la Ley Especial Sobre Intervención de las comunicaciones Privadas.

-ANEXO NO.6.- Diario Oficial La Gaceta No.32,829, Decreto No.44-2012, reformar el artículo 127 del Decreto No.9-99-E del Código Procesal Penal.

Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres de Litocom
en el mes de septiembre de 2000
y su edición consta de 1.000 ejemplares.