

Código



TOMO 2

Artículos 253 al 441

Autores de los Comentarios

José María Casado Pérez, Juan Antonio Durán Ramírez,
Cesareo Duro Ventura, Juan José López Ortega, José
Manuel Marco Cos, César Ernesto Salazar Grande, José
Luis Ceoane Spiegelberg.

Actualización y Anotación Jurisprudencial

Martín Rogel Zepeda,
Miguel Antonio Méndez Palomo,
Rigoberto Chicas, Rigoberto Astul Aragón Martínez.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Procesal Penal Comentado

Í N D I C E

TOMO II

CAPÍTULO IV	AUDIENCIA INICIAL	
Art. 253	Regla General	947
Art. 254	Convocatoria	949
Art. 255	Audiencia y Acta	959
Art. 256	Resolución	963
Art. 257	Recurso	976
Art. 258	Disconformidad	980
 CAPÍTULO V	 DECLARACIÓN INDAGATORIA	
Art. 259	Advertencias Preliminares	982
Art. 260	Interrogatorio de Identificación	989
Art. 261	Declaración Sobre los Hechos	992
Art. 262	Métodos Prohibidos para la Declaración	996
Art. 263	Interrogatorio	1005
Art. 264	Remisión	1007
 CAPÍTULO VI	 INSTRUCCIÓN	
Art. 265	Finalidad	1008
Art. 266	Auto de Instrucción	1013
Art. 267	Función del Juez de Instrucción	1017
Art. 268	Participación de la Fiscalía General de la República	1019
Art. 269	Declaración Indagatoria	1021
Art. 270	Anticipo de Prueba	1023
Art. 271	Derecho de Asistencia	1037
Art. 272	Publicidad de los Actos Procesales	1038
Art. 273	Proposición de Diligencias	1045
Art. 274	Plazo de Instrucción	1049
Art. 275	Prórroga del plazo	1055
Art. 276	Documentación y Valor de las Actuaciones.	1057
 CAPÍTULO VII	 EXCEPCIONES	
Art. 277	Enumeración	1063
Art. 278	Interposición y Audiencia	1077
Art. 279	Prueba y Resolución	1079
Art. 280	Tramitación Separada	1080
Art. 281	Falta de Competencia	1081
Art. 282	Excepciones Perentorias	1082
Art. 283	Excepciones Dilatorias	1083
Art. 284	Recurso	1084

CAPÍTULO VIII MEDIDAS CAUTELARES

Art. 285	Principio General	1086
Art. 286	Citación o Detención del Imputado	1094
Art. 287	Caso Especial de Detención para Inquirir	1100
Art. 288	Detención en Flagrancia	1102
Art. 289	Detención por la Fiscalía General de la República	1110
Art. 289-A	Detención por Orden Judicial o por la Fiscalía General de la República	1112
Art. 290	Otros Casos de Aprehensión	1115
Art. 291	Detención por el Término de Inquirir	1121
Art. 292	Detención Provisional	1124
Art. 293	Otros Casos de Detención Provisional	1135
Art. 294	Sustitución de la Detención Provisional	1138
Art. 295	Medidas Sustitutivas de la Detención Provisional	1144
Art. 296	Forma y Contenido de la Decisión	1152
Art. 297	Cesación de la Detención Provisional	1156
Art. 298	Acta	1164
Art. 299	Cauciones	1165
Art. 300	Ejecución de las Caucciones	1168
Art. 301	Cancelación	1169
Art. 302	Internación Provisional	1171
Art. 303	Tratamiento	1173
Art. 304	Recurso	1177
Art. 305	Medidas Cautelares Patrimoniales	1178

CAPÍTULO IX REVISIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Art. 306	Solicitud de Revisión	1182
Art. 307	Examen Obligatorio	1183

CAPÍTULO X SOBRESEIMIENTO

Art. 308	Procedencia del Sobreseimiento Definitivo	1185
Art. 309	Sobreseimiento provisional	1192
Art. 310	Efectos del Sobreseimiento Provisional	1193
Art. 311	Forma y contenido	1195
Art. 312	Recursos	1196

CAPÍTULO XI AUDIENCIA PRELIMINAR

Art. 313	Dictamen	1198
Art. 314	Requisitos de la Acusación	1200
Art. 315	Audiencia Preliminar	1205
Art. 316	Facultades y Deberes de las Otras Partes	1206
Art. 317	Ofrecimiento de Prueba	1210
Art. 318	Preparación de la Audiencia Preliminar	1211

Art. 319	Desarrollo	1214
Art. 320	Resolución	1218
Art. 321	Falta de Acusación Fiscal	1227
Art. 322	Auto de Apertura	1229
Art. 323	Remisión de Actuaciones	1233

TÍTULO II JUICIO PLENARIO

CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES

Art. 324	Preparación de la Vista Pública	1234
Art. 325	Inmediación	1238
Art. 326	Movilidad del Imputado Durante la Audiencia	1245
Art. 327	Publicidad	1248
Art. 328	Prohibiciones de Acceso	1255
Art. 329	Oralidad	1259
Art. 330	Incorporación Mediante Lectura	1262
Art. 331	Facultad Disciplinaria	1270
Art. 332	Deberes de los Asistentes	1272
Art. 333	Continuidad y Casos de Suspensión	1274
Art. 334	Efectos de la Suspensión	1284
Art. 335	Imposibilidad de Asistencia	1289
Art. 336	Dirección de la Audiencia	1292
Art. 337	Delito en la Audiencia	1297

CAPÍTULO II DESARROLLO DE LA VISTA PÚBLICA

Art. 338	Apertura	1300
Art. 339	Trámites de los Incidentes	1304
Art. 340	Declaración del Imputado	1307
Art. 341	Declaración de Varios Imputados	1319
Art. 342	Facultad del Imputado	1320
Art. 343	Ampliación de la Acusación	1322
Art. 344	Advertencia de Oficio y Suspensión de la Audiencia	1328
Art. 345	Recepción de Prueba	1332
Art. 346	Dictamen Pericial	1335
Art. 347	Testigos	1338
Art. 348	Interrogatorio de testigos y peritos	1339
Art. 349	Interrogatorio de Menores	1360
Art. 350	Incomparecencia	1366
Art. 351	Otros Medios de Prueba	1369
Art. 352	Prueba para Mejor Proveer	1383
Art. 353	Discusión Final y Cierre del Debate	1387

CAPÍTULO III DELIBERACIÓN Y SENTENCIA

Art. 354	Deliberación	1403
Art. 355	Reapertura de la Audiencia	1407
Art. 356	Normas para la Deliberación y Votación	1410
Art. 357	Requisitos de la Sentencia	1437
Art. 358	Redacción y Lectura	1445
Art. 359	Sentencia y Acusación	1449
Art. 360	Absolución	1459
Art. 361	Condena	1462
Art. 362	Vicios de la Sentencia	1468

CAPÍTULO IV ACTA DE LA VISTA PÚBLICA

Art. 363	Contenido	1480
Art. 364	Lectura y Notificación del Acta	1486
Art. 365	Valor del Acta	1487

CAPÍTULO V JUICIO POR JURADOS

Art. 366	Integración	1491
Art. 367	Requisitos para ser Jurado	1500
Art. 368	Incapacidad	1506
Art. 369	Formación del Tribunal del Jurado	1511
Art. 370	Retribución de Jurados	1516
Art. 371	Advertencia y Promesa	1520
Art. 372	Vista Pública	1523
Art. 373	Conclusión	1526
Art. 374	Votación	1531
Art. 375	Lectura	1533
Art. 376	Resoluciones Posteriores al Veredicto	1534
Art. 377	Nulidad del Veredicto	1540
Art. 378	Remisión	1544

LIBRO TERCERO

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Art. 379	Admisibilidad	1546
Art. 380	Trámite	1547

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO EN CASO DE ANTEJUICIO		
Art. 381	Privilegio Constitucional	1557
Art. 382	Privilegio Constitucional para Otros Funcionarios	1557
Art. 383	Promoción del Antejudio	1565
Art. 384	Actos de Investigación	1566
Art. 385	Procedimiento de Antejudio ante la Asamblea Legislativa ..	1567
Art. 386	Procedimiento de Antejudio ante la Corte Suprema de Justicia	1571
Art. 387	Intervención del Jurado	1574
Art. 388	Efectos de la Declaración de Formación de Causa	1575
Art. 389	Caso Especial de Partícipes	1576
Art. 390	Caso de Delito Flagrante	1578

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO

DEL JUZGAMIENTO POR FALTAS		
Art. 391	Solicitud	1579
Art. 392	Audiencia	1581
Art. 393	Resolución	1582
Art. 394	Juicio	1583
Art. 395	Impugnación	1587
Art. 396	Reglas Comunes	1588

TÍTULO IV

CAPÍTULO UNICO

JUICIO PARA LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD		
Art. 397	Procedencia	1590
Art. 398	Reglas Especiales	1595
Art. 399	Disconformidad	1598

TÍTULO V

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA		
Art. 400	Acusación	1599
Art. 401	Auxilio Judicial Previo	1604

Art. 402	Conciliación	1606
Art. 403	Procedimiento Posterior	1609
Art. 404	Abandono de la Acusación	1610
Art. 405	Perdón y Retracción	1612

LIBRO CUARTO

RECURSOS

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 406	Reglas Generales	1614
Art. 407	Condiciones de Interposición	1624
Art. 408	Adhesión	1628
Art. 409	Recurso Durante las Audiencias	1631
Art. 410	Efecto Extensivo	1632
Art. 411	Efecto Suspensivo	1635
Art. 412	Desistimiento	1639
Art. 413	Competencia. Reformatio In Pejus	1641

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

REVOCATORIA

Art. 414	Procedencia	1645
Art. 415	Trámite	1649
Art. 416	Efecto	1650

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO

APELACIÓN

Art. 417	Resoluciones apelables	1653
Art. 418	Interposición	1656
Art. 419	Emplazamiento y Elevación	1659
Art. 420	Trámite	1662

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

	CASACIÓN	
Art. 421	Motivos	1664
Art. 422	Resoluciones recurribles	1680
Art. 423	Interposición	1684
Art. 424	Fijación de Lugar. Audiencia	1690
Art. 425	Prueba	1691
Art. 426	Emplazamiento y Elevación	1693
Art. 427	Resolución	1694
Art. 428	Audiencia	1698
Art. 429	Rectificación	1699
Art. 430	Libertad del Imputado	1701

TÍTULO V

CAPÍTULO ÚNICO

	REVISIÓN	
Art. 431	Procedencia	1703
Art. 432	Legitimación	1713
Art. 433	Interposición	1714
Art. 434	Procedimiento	1716
Art. 435	Efecto Suspensivo	1717
Art. 436	Anulación o Revisión	1718
Art. 437	Remisión	1721
Art. 438	Restitución	1722
Art. 439	Daños y Perjuicios	1723
Art. 440	Rechazo y Costas	1726

LIBRO QUINTO

EJECUCIÓN

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

	DISPOSICIONES GENERALES	
Art. 441	Competencia	1728

REFORMAS.

Bibliografía.

CAPÍTULO IV

AUDIENCIA INICIAL

253

REGLA GENERAL

No podrá realizarse la audiencia inicial ni ordenarse instrucción sin el respectivo requerimiento fiscal.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193.2
- CPP, 235, 246 y 247

II. COMENTARIO

947

La audiencia inicial, como su nombre indica, supone la primera intervención judicial de importancia en la resolución del caso. Cumple una importante función de garantía, en cuanto sirve para concretar el alcance de la imputación. En ella el fiscal individualiza los cargos que existen contra el imputado y delimita el alcance de la investigación que habrá de desarrollarse en la instrucción. También sirve para decidir sobre la incoación del proceso o, en su caso, sobre alguna de las pretensiones alternativas formuladas por el Ministerio fiscal en su requerimiento.

El contenido del requerimiento fiscal es lo que se discute y resuelve en el curso de esta audiencia. Es más, la existencia de requerimiento es presupuesto esencial e imprescindible para que pueda celebrarse, según se indica en este mismo precepto. Debe recordarse que en el sistema del Código Procesal el ejercicio de la acción penal, con la única excepción de los delitos de acción privada, es una función propia del Ministerio fiscal (art. 193.2 Cn), a quien corresponde “dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales” (art. 83 CPP).

Es cierto, no obstante, que el ofendido por el delito y, en general, todos los ciudadanos o asociaciones de ciudadanos tienen la posibilidad de querellarse y, una vez admitida la querella, se les faculta para intervenir en la audiencia inicial, formular recursos, participar en las diligencias de instrucción, intervenir en la audiencia preliminar formulando acusación y, si ésta es admitida, ser parte acusadora en el juicio oral. Aun así, lo que ahora debe retenerse es que la formulación del requerimiento fiscal,

presupuesto inexcusable para que pueda tener lugar la audiencia inicial y, por lo tanto, se instaure el proceso penal propiamente dicho, es monopolio del Ministerio fiscal, el cual, a estos mismos efectos es el órgano natural receptor de las denuncias (art. 235 CPP).

En suma, sin requerimiento fiscal ante el Juez de Paz, éste no está facultado para pronunciarse sobre el hecho delictivo, en virtud del principio “*nemo iudex, sine actore*” que impide, totalmente, la iniciación o prosecución del proceso sin la existencia de una parte acusadora. El requerimiento fiscal constituye, por tanto, una condición imprescindible para que pueda tener lugar la audiencia inicial, que nunca podrá celebrarse si no se presenta tal solicitud, en cuya virtud el Ministerio fiscal promueve la acción penal.

El requerimiento ha de formularse ante el Juez de Paz, observando los presupuestos legales, tanto en cuanto a la forma de formulación como a los plazos en que debe presentarse. Por una parte, recuérdese que la omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en el art. 247 CPP faculta al Juez de Paz para exigir su subsanación y, si ésta no se produce, el requerimiento será declarado inadmisibile.

948 Por otra, puede suceder que el requerimiento no se presente por el Ministerio fiscal, a pesar de estar obligado a hacerlo, pues el único supuesto en que se le exime de formularlo es el previsto en el art. 246 CPP, que faculta al fiscal para decretar el archivo del acto inicial de denuncia, si realizada la investigación inicial no se ha conseguido concretar al responsable de los hechos denunciados.

Fuera de este supuesto, en virtud del principio de oficialidad de la acción penal, el Ministerio fiscal está obligado a formular el requerimiento, solicitando la convocatoria de la audiencia inicial. Puede suceder, no obstante, que vencido el plazo establecido en el art. 235 CPP el requerimiento no llegue a ser presentado.

En tales situaciones, puede operar el llamado “control interinstitucional”, en el sentido de que el Juez de Paz puede comunicarse con el superior del fiscal encargado del caso y requerirse con el fin de que se pronuncie sobre si promoverá la acción. En opinión de ESCALANTE SARAVIA, tal control es posible, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos el Juez de Paz tendrá noticia de las denuncias o querellas que la policía haya trasladado a la fiscalía. “Por lo tanto, el juez de Paz debe tener en consideración los plazos en los que el fiscal debe presentar su requerimiento para que el aludido control sea efectivo. En la práctica, esta “acusividad” del juez podría faltar; no obstante, debería ejercitarse, pues con ello se fortalece el cumplimiento eficaz de la tutela judicial efectiva en pro de la víctima y de la sociedad que genera créditos para la administración de justicia”.

Por otro lado, ha sido polémico el efecto de la presentación extemporánea del requerimiento. En algún caso, incluso, se ha llegado a declarar la inadmisibilidad del requerimiento por extemporaneidad, se ha considerada la existencia de un supuesto de nulidad radical del art. 224.2 CPP o se ha considerado que se trata de un supuesto de falta de acción (art. 277.2 CPP).

Ahora bien, ni el vencimiento del plazo es causa de nulidad, ni puede considerarse que la existencia de acción se encuentre supeditada al cumplimiento del plazo establecido para ejercitarla, al que en ningún caso cabe asignar efectos equivalentes a los que corresponden a una condición objetiva de procedibilidad. Como acertadamente se ha puesto de relieve, sólo la caducidad de la instancia sería capaz de provocar la inadmisión por extemporaneidad y, para ello, sería preciso que se tratase de un plazo perentorio. Pero este no siendo este el caso, al no encontrarse legalmente prevista la sanción de caducidad, ha de concluirse que la presentación fuera de plazo del requerimiento fiscal constituye una mera irregularidad que no priva de eficacia a la acción penal, con independencia de la responsabilidad, incluso penal, derivada del retraso en la situación personal del imputado.

Debe resaltarse, por último, que el objeto principal de la audiencia inicial es concretar la imputación y decidir sobre la incoación del proceso, tras oír a las partes y al mismo imputado, a quien se recibirá declaración indagatoria en este acto. Esto supone asignar a la audiencia inicial, como decía al comienzo, una importante función de garantía, en cuanto que la imputación inicial realizada por el Ministerio fiscal necesariamente habrá de ser controlada por una autoridad judicial independiente, que además habrá de comunicar su contenido al imputado, al que se dará la oportunidad de ser oído sobre el contenido de la imputación y, sólo entonces, se decidirá judicialmente sobre la incoación del proceso de forma motivada y tras valorar la verosimilitud de la imputación.

949

254

CONVOCATORIA

Recibido el requerimiento fiscal, el Juez de Paz convocará a las partes a una audiencia dentro de los plazos siguientes:

- 1) Cuando el imputado se halle detenido y el fiscal estime que debe continuar en ese estado, dentro del término de inquirir; y,**
- 2) Si no se ha ordenado la detención del imputado o el fiscal no solicita la continuación de la detención, o aún no ha podido ser capturado, dentro de los cinco días hábiles siguientes.**

Si el imputado se halla detenido, el Juez de Paz recibirá en la audiencia su declaración indagatoria.

Cuando en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el requerimiento el juez dedujere que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, y no se encuentra detenido ordenará recibirle en la audiencia su declaración indagatoria y la citará al efecto.

Si el imputado no ha sido capturado o no puede concurrir por un obstáculo insuperable, pero hubiere nombrado defensor, la audiencia se realizará con la presencia de éste.

Si no hubiere nombrado defensor el Juez de Paz resolverá en el término señalado, sin convocar a la audiencia inicial con la sola vista de requerimiento fiscal.

En el caso de requerir instrucción, su solicitud contendrá las generales del imputado o las señas para identificarlo, la relación circunstanciada del hecho con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución y las normas aplicables; la indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad y la estimación del plazo necesario para la instrucción, considerando los plazos máximos establecidos en este Código. Si lo considera conveniente solicitará además que se mantenga en detención provisional u otra medida cautelar al imputado o se decrete dicha detención.

950

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 87, 235, 247, 248, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 270, 343 y 353

II. COMENTARIO

A) Convocatoria a la celebración de la audiencia

Corresponde al Juez de Paz efectuar la convocatoria a la celebración de la audiencia, estipulándose en este precepto el plazo en que la misma debe tener lugar, según que el imputado se encuentre o no detenido. Así, en el caso de que el imputado se encuentre detenido, la convocatoria debe realizarse en el término de inquirir, es decir, en el plazo máximo de setenta y dos horas.

Dos advertencias previas resultan necesarias: la primera, que se trata del plazo máximo establecido para la celebración de la audiencia, la cual, no obstante, deberá realizarse lo más brevemente posible y, en todo caso, dentro del término de inquirir; la segunda, se refiere al contenido del mandato legal, que exige la celebración de la audiencia, y no la mera realización de la convocatoria, dentro del término de setenta y dos horas.

En efecto, el término que se establece en esta disposición es el plazo límite en el que la audiencia debe tener lugar, siendo rechazable, por tanto, cualquier interpretación que entienda que dentro del plazo legal se exige tan sólo la convocatoria, independientemente de la fecha en que la audiencia se lleve a cabo.

Por el contrario, si el imputado no se encuentra detenido, el plazo para la celebración de la audiencia se amplía hasta cinco días. De nuevo debe advertirse que se trata del plazo para la realización de la audiencia y no, simplemente, del plazo conferido al juez para proceder a su convocatoria.

Estos plazos deben ponerse en relación con el término que se concede al fiscal para presentar el requerimiento. Según se dispone en el art. 235 CPP, setenta y dos horas, si el imputado esta detenido, y diez días, si no lo está.

La circunstancia de que el imputado se encuentre o no detenido también afecta al procedimiento a seguir para la realización de la audiencia:

Si el imputado se encuentra detenido el juez decretará, si procede, su detención por el término de inquirir (art. 291 CPP) y se verificará la audiencia dentro de dicho plazo,

951

Si se trata de un imputado no detenido, el juez ordenará recibirle declaración indagatoria en la audiencia, para lo que le citará conforme establece el art. 286 CPP dándole la oportunidad de designar un defensor, si no lo tuviere.

Si se trata de un imputado del que no se conoce su paradero, el juez resolverá con la sola vista del requerimiento, sin necesidad de convocar la audiencia.

B) Desarrollo de la audiencia

Se ocupa este precepto de regular el desarrollo de la audiencia que comprende los siguientes aspectos:

- 1) *Verificar el contenido del requerimiento y ordenar la subsanación del requerimiento defectuoso*

En primer término, el Juez de Paz debe verificar que el requerimiento, formalmente, cumple todos los requisitos establecidos en el art. 247 CPP y, en otro caso, ordenar su subsanación, que el fiscal deberá realizar en el mismo acto, si el imputado se encuentra detenido; en caso contrario, en el plazo que el Juez señale, que no podrá ser superior a tres días. Si no se produjere la subsanación en el plazo estipulado, el requerimiento se declarará inadmisibile, sin perjuicio de la posibilidad del perjudicado de formular recurso de apelación.

Este precepto, en su último apartado, recuerda que, para el caso de que el requerimiento sea de instrucción formal, la solicitud contendrá, necesariamente, los siguientes particulares:

Las generales del imputado o las señas para identificarlo. Se deben relacionar todos los datos personales del imputado que sean conocidos: el nombre y apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, lugar de residencia, condiciones de vida, nombre de los padres, cónyuge, hijos u otras personas con las que convive, depende o se encuentran bajo su tutela.

No obstante, la identificación del imputado puede no ser conocida en cuanto a su nombre y apellidos. Para este caso, la ley permite que puedan relacionarse algunas señas especiales que puedan servir para su identificación, como el sobrenombre, el apodo o el seudónimo. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 88 CPP: la identificación se realiza a través de los datos personales, impresiones dactilares, señas particulares o por cualquier otro medio que sirva para la identificación. En el caso de que el imputado se niegue a facilitar sus datos personales o los que facilite sean falsos, la identificación se realizará por medio de testigos o por cualquier otro medio que se considere útil para conseguirla.

952 Además de la identificación del imputado, ha de incluirse la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido ejecutado. La exposición de los hechos, que constituye la base del requerimiento fiscal, ha de estar formulada de la forma más detallada posible, de modo que debe contener una descripción concreta, clara y precisa de los hechos que constituyen el objeto de la acusación, incluida su calificación jurídica.

La relación circunstanciada del hecho debe incluir todos los elementos, objetivos y subjetivos, de la infracción que es objeto de persecución y debe completarse con la referencia a la participación que se atribuye al imputado y con la calificación jurídica de los hechos en que se basa la imputación, citando a tal efecto las disposiciones legales aplicables al caso.

Cuando el fiscal solicita la instrucción formal también debe proponer las diligencias de investigación que considere útiles para comprobar los hechos denunciados, incluyendo todos los actos de investigación que hayan de realizarse, precisen o no autorización judicial, y muy especialmente los denominados “anticipos de prueba”.

Las diligencias de investigación deben ser indicadas de manera precisa y concreta, sin que resulte necesario que la solicitud se extienda a las investigaciones ya realizadas en las diligencias iniciales de investigación.

El requerimiento fiscal también debe incluir la estimación del plazo necesario para realizar la instrucción, que debe sujetarse a los límites establecidos legalmente, seis meses en principio, sin perjuicio de la posibilidad de prorrogar el plazo fijado inicialmente.

El último contenido del requerimiento se refiere a la adopción de medidas cautelares, la detención provisional o cualquier otra, tanto de carácter personal como real. En el caso de que se reclame la adopción o el mantenimiento de la detención provisional del imputado, el requerimiento deberá expresar las circunstancias de hecho que justifican la adopción de esta medida cautelar, es decir, la fuerte sospecha de que el imputado es responsable del hecho punible objeto de persecución y que el comportamiento del imputado pondrá en peligro los fines del proceso penal.

2) *Partes necesarias para la realización de la audiencia*

A continuación, el Juez debe verificar la presencia de todas las partes necesarias para la realización de la audiencia. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que resulta imprescindible la presencia del Ministerio fiscal, puesto que, siendo el promotor de la acción penal, es quien en la audiencia ha de sostener el requerimiento.

Por el contrario, la presencia del imputado no resulta imprescindible para la celebración de la audiencia inicial. Esto, sin embargo, no quiere decir que no se le de la oportunidad de asistir, siempre que sea conocido. De acuerdo con ello, este precepto impone al juez la obligación de recibir declaración indagatoria al imputado detenido. También al que no lo estuviese, si del contenido del requerimiento se dedujere su participación en los hechos. Para llevarlo a efecto se impone la obligación de citarle debidamente (art. 286 CPP).

953

Ahora bien, puede suceder que el imputado no comparezca, ya sea porque no haya sido habido, porque no desee concurrir al llamamiento o porque exista un obstáculo insuperable que se lo impida. En estos casos, si el imputado ha nombrado defensor, la audiencia se celebra con el abogado designado. Si no hubiera designado defensor, el precepto dispone que el Juez de Paz resolverá a la vista del requerimiento fiscal y, por tanto, sin necesidad de convocar la audiencia. No obstante, en la doctrina, se contempla la posibilidad de proceder al nombramiento de un defensor público.

Por último, cabe también que quien no comparezca sea la víctima del delito. Es claro que el hecho de que no se encuentre presente el ofendido por el delito no es motivo suficiente para suspender la audiencia inicial, dado que es al Ministerio fiscal a quien le corresponde, en exclusiva, promover la acción penal y sostener su requerimiento.

3) *Declaración indagatoria del imputado*

Dispone el precepto que si el imputado se halla detenido, el Juez de Paz recibirá en la audiencia su declaración indagatoria. De esta forma se respeta el derecho de intimación del imputado, al que se refiere el art. 259 CPP, lo cual implica las siguientes consecuencias:

Antes de recibir tal declaración, el imputado debe ser informado de forma detallada, circunstanciada y comprensible de los cargos que comprende el requerimiento fiscal. Esta información debe incluir, necesariamente, todas las circunstancias relevantes para la calificación de los hechos imputados, incluyendo un resumen de los elementos probatorios existentes en su contra.

El imputado tiene derecho al silencio. A causa de ello, la información que se realiza debe comprender su derecho a abstenerse de declarar, sin que sea posible extraer consecuencias desfavorables de su ejercicio. También deberá ser advertido que es obligatoria la presencia de su defensor, con quien podrá consultar antes de cada declaración o en el transcurso de la misma.

954 La presencia del defensor para realizar las diligencias que tengan por objeto la persona del imputado resulta siempre necesaria. No existe ninguna posibilidad que permita prescindir de la presencia del defensor, pues si en el momento de realizarse la audiencia inicial el defensor designado por el imputado no asiste, se le debe informar por cualquier medio de comunicación y si, a pesar de ello no comparece, se le debe designar un defensor público que se encargue de la defensa del imputado.

Asimismo, el imputado también debe ser informado de la facultad que le asiste de solicitar la práctica de medios de prueba, efectuar los descargos que le interesen y dictar su declaración.

Si el imputado está dispuesto a declarar, el juez ordenará que sean retirados de la sala los otros imputados, que posteriormente serán informados de forma resumida del contenido de la declaración.

Seguidamente, deberá procederse a realizar el interrogatorio del imputado. En primer lugar, el interrogatorio de identificación, al que se refiere el art. 260 CPP. El imputado debe identificarse mediante su nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia, nombre de sus padres, cónyuge o persona con la que convive, hijos y, en general, personas que se encuentran bajo su tutela.

A continuación, debe dársele oportunidad de que declare lo que tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye (art. 261 CPP). La declaración del imputado

se realiza a su propia iniciativa, dándole la oportunidad de narrar lo que tenga por conveniente en relación con los hechos. Las partes también podrán dirigir preguntas al imputado, especialmente su defensor, aunque también el Ministerio fiscal.

Una cuestión fundamental se refiere a la facultad que se reconoce al juez de formular al imputado las preguntas que considere necesarias. Se ha querido ver en esta disposición la consagración a favor del juez de una facultad de marcado corte inquisitivo y, por tanto, incompatible con la imparcialidad y neutralidad que debe presidir su actuación. No obstante, debe tenerse en cuenta que ningún principio procesal, correctamente entendido, prohíbe reconocer a favor del juez ciertas atribuciones para participar en el interrogatorio del imputado, cuya dirección le corresponde, declarando la pertinencia de las preguntas que formulen las partes y pidiendo al imputado las aclaraciones necesarias sobre lo manifestado. Por ello, si bien el juez no debe sustituir la actuación de las partes en el interrogatorio, ha de reconocerse que ningún motivo existe para impedir el mismo tenga una participación activa en su desarrollo.

No obstante, el apartado 3º del art. 254 faculta al juez para recibir de oficio declaración indagatoria a cualquier persona que no se encuentre detenida, si el juez considera, a la vista del contenido del requerimiento, que ha participado en el hecho delictivo. Hemos de señalar que esta disposición es contraria al “principio nemo iudex sine actore”, en cuya virtud corresponde al Ministerio fiscal, en exclusiva, la promoción de la acción penal. Por tanto, debe ser éste quien en cuanto responsable del requerimiento que formula decida convocar a al sospechoso al proceso y, en todo caso, al juez no le debería reconocer otra facultad que dar al fiscal la oportunidad de completar el requerimiento, abriendo la posibilidad de subsanación.

955

Por último, no debe perderse de vista que la redacción originaria del art. 261 CPP, reconocía a favor del imputado el derecho a exigir que la audiencia se realizase sin la presencia del fiscal o del querellante. Esta facultad ha sido eliminada (Decreto Legislativo nº 418 de 24 de septiembre de 1998), pues ninguna razón avalaba reconocer al imputado un derecho tan exorbitante, que le llevase a disponer de la presencia del Ministerio fiscal en la audiencia. No es posible desconocer que el imputado tiene derecho a guardar silencio, pero el contenido de este derecho no puede extenderse hasta el punto de provocar la ausencia del órgano público de acusación. Por ello, debe valorarse positivamente el alcance de esta reforma.

Aparte de ello, el imputado puede negarse a contestar las preguntas que se le dirija o parte de ellas e, incluso, diferir su declaración a un momento ulterior. No es necesario insistir en que los métodos de interrogatorio que violenten la voluntad del imputado se encuentran prohibidos. En tal sentido, si el interrogado evidencia signos de cansancio se suspenderá la declaración por el tiempo necesario hasta que se reponga.

Durante la audiencia inicial, el fiscal puede ampliar el contenido del requerimiento, adicionando nuevos hechos que no hubiesen sido mencionadas (arts. 255 y 343 CPP). En tal caso, se realizará la intimación complementaria prevista en el art. 343.3 CPP, dando al imputado la posibilidad de declarar sobre estos nuevos hechos.

Incluso, en virtud de la remisión contenida en el art. 255 CPP a las normas por las que se rige el juicio oral, hemos de entender que antes de concluir la audiencia el imputado tiene derecho a la última palabra, manifestando a su propia iniciativa lo que tenga por conveniente (art. 353.6 CPP).

4) *Alegaciones de las partes*

A las partes les corresponde intervenir en el desarrollo de la audiencia para formular su respectiva pretensión. En este sentido, al fiscal le corresponde defender el requerimiento, exponiendo los motivos que le llevan a solicitar la incoación del proceso, el sobreseimiento, la desestimación, la conciliación o cualquiera de las posibilidades que le ofrece el art. 248 CPP. Para ello, deberá basarse en el resultado de la investigación preliminar, que expondrá con cierto detalle, explicando cuáles son los cargos que se sostienen contra el imputado y los indicios que existen en su contra. Concluirá su intervención articulando la pretensión concreta sobre la que ha decidir el tribunal.

956

Al defensor le corresponde exponer el planteamiento de la defensa, el cual no conlleva, necesariamente, la eliminación de los cargos y el sobreseimiento, que en muchas ocasiones no será posible. Sin embargo, esto no quiere decir que no le corresponda una importante función, especialmente en lo que se refiere a la adopción de las medidas cautelares. También prestar una debida asistencia al imputado en el momento de la declaración, asesorándole debidamente.

5) *Obtención excepcional de elementos de prueba*

En la audiencia inicial, las partes podrán solicitar la obtención de ciertas pruebas que el juez podrá acordar, aunque sólo de forma excepcional, si se encuentran directamente vinculadas a las pretensiones de las partes y su realización resulta necesaria para adoptar la decisión respectiva. A este respecto, piénsese por ejemplo en la necesidad de obtener la identificación del imputado o la declaración de la víctima o de un testigo, que puede resultar imprescindible para establecer, con la seguridad necesaria, los presupuestos objetivos de la imputación y, consiguientemente, para resolver sobre la necesidad de aplicar o mantener una medida cautelar. En tales casos, debe entenderse que, aunque en la audiencia no se contempla expresamente la posibilidad de practicar diligencias de investigación, ello es posible, pero su admisión debe guiarse por un criterio de absoluta excepcionalidad.

También es excepcional la obtención de la prueba anticipada, que puede solicitarse en este momento y acordarse de acuerdo con el art. 270 CPP, es decir, cuando fuese previsible que no podrá ser practicada en el juicio oral, como sucede por ejemplo con las declaraciones de los testigos gravemente enfermos, en peligro de muerte inminente o que deban ausentarse por residir en el extranjero. En estos casos, siendo previsible que la prueba no podrá obtenerse en un momento posterior, ni en el juicio oral ni en la audiencia preliminar tan siquiera, el juez deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar tales fuentes de prueba, citando a todas las partes y a sus defensores que tendrán derecho a asistir y a participar en los interrogatorios que habrán de desarrollarse de forma totalmente contradictoria.

A estos efectos, debe recordarse que, si bien en la audiencia inicial no se prevé, como regla general la obtención de tales declaraciones, éstas podrán realizarse concurriendo los presupuestos legalmente establecidos, fundamentalmente la irreproducibilidad ulterior del medio de prueba, y de acuerdo con las reglas que rigen para la vista pública, que deberán aplicarse, con las adaptaciones necesarias, a la audiencia inicial.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

957

En la misma resolución en la que el Juez de Paz convoca a las partes a la audiencia inicial, debe señalarse que se completen los requisitos del requerimiento fiscal, en caso de adolecer de alguno de ellos, en los plazos previstos en la ley (Art. 247 CPP). Debe también contener esa resolución, las otras prevenciones que se hagan al fiscal. Por ejemplo, la presentación de las diligencias iniciales de investigación, para ejercer el control sobre ellas y para fundamentar el fallo principal; o para cualquier aclaración o explicación que el Juez requiera. Es importante, que el Juez de Paz al recibir el requerimiento fiscal, realice un análisis del contenido y de las peticiones. Si con el requerimiento se le presenta al imputado detenido y el fiscal no solicita la continuación de la detención, no debe decretar la detención por el término de inquirir, sino que la libertad del procesado, convocándole a la audiencia inicial que deberá programar dentro de los cinco días hábiles siguientes (Art. 156 CPP).

Es frecuente, que algunos Jueces de Paz en todos los casos decretan al imputado la detención por el término de inquirir, decidiendo su libertad exclusivamente en audiencia inicial, bajo el argumento que la Constitución, Art. 13.3, así lo ha previsto. Lo que esa disposición constitucional establece es que el imputado detenido tiene derecho a que en ese término (setenta y dos horas) el Juez se pronuncie sobre su libertad o por la detención provisional. El Art. 254 CPP, no es contrario a la norma constitucional, ya que ésta, mas bien exige del juez un pronunciamiento oportuno, lo que significa, que no siempre el Juez debe decretar la detención por el término de inquirir. El fiscal, debe justificar al Juez de Paz, las razones por las que se abstiene de pedir que la persona

detenida siga en ese estado, y el Juez, a su vez, en su decisión está obligado a fundamentar por qué no decreta dicha detención y con mayor razón si la decreta. Las razones para que el Fiscal no pida que el imputado siga detenido, pueden ser varias. Entre ellas, que esté solicitando una salida alternativa o anticipada, que se trate de un delito menos grave y no se cumplan los requisitos del Art. 292 CPP.

Se presentan algunas dificultades de índole práctico, para la celebración de la audiencia inicial. Una de ellas es cuando el imputado, estando detenido, no puede presentarse a ese acto, por algún obstáculo insuperable -enfermedad, problemas de logística de quien corresponde trasladarlo, circunstancias producidas por fenómenos naturales o socio-políticos, etc.-. En estos casos el Juez de Paz debe llevar a cabo la audiencia, con la presencia del fiscal y del defensor. Lógicamente con la presencia de la víctima convocada y el querellante si éstos han comparecido. La inasistencia de los últimos no impide que el acto se realice, basta que hayan sido debidamente citados y notificados. El Juez debe procurar siempre que el imputado esté presente en la audiencia inicial. Lo dicho significa que para autorizar la audiencia sin contar con la presencia del imputado, debe estar debidamente probado el motivo que provoca el obstáculo insuperable, es decir, deben agotarse todas las opciones a fin de garantizarle defensa material, incluso trasladándose a un sitio distinto de la sede del Juzgado para realizar la audiencia, como ocurre en la práctica (Art. 122 CPP).

958

Cuando el imputado no está detenido, es necesario intimarlo para garantizar sus derechos, que conozca de la imputación y que en un plazo razonable nombre su defensor o solicite la asistencia de un defensor público. Si no lo hace, el Juez de Paz resolverá dentro del plazo de los cinco días con la sola vista del requerimiento fiscal, lo cual implica un estudio del requerimiento y de las diligencias de investigación presentadas, más aún si se trata de dictar alguna medida cautelar. Es necesario seguir con el celoso respeto de los plazos procesales, exigidos en este artículo, para que el Juez de Paz realice la audiencia inicial. Ello evita dilaciones indebidas y le exime de responsabilidad, además de impedir que sea sancionada la actividad procesal que realice, por la violación a derechos y garantías del debido proceso.

Es discutible, si se puede ampliar durante la audiencia inicial el requerimiento fiscal mediante la inclusión de un *nuevo hecho* o una nueva circunstancia que no hubiesen sido mencionados antes, que modifique la calificación legal o la pena del mismo hecho, integre un delito continuado o modifique los términos de la responsabilidad civil. Se dice que lo único invariable en la tramitación de un proceso penal, es la descripción del hecho o teoría fáctica. Esa fundamentación fáctica se mantiene hasta que finaliza el proceso. Sin embargo, el artículo 343 CPP, plantea dos excepciones. La invariabilidad en la motivación de los hechos, está en consonancia con el respeto a las garantías mínimas del proceso penal, especialmente con las de Juicio Previo, de Legalidad del Proceso, Presunción de Inocencia y de Defensa Técnica y Material. En ese sentido, no puede ser permitido (bajo el supuesto de la facultad que otorga al fiscal

o querellante el artículo 343 CPP) que en audiencia inicial, se incluyan nuevos hechos totalmente desligados del que se requirió originalmente. Es decir, una imputación completamente distinta, donde sea diferente el lugar y el momento de comisión u omisión, el bien jurídico afectado, la víctima y los medios de prueba sean diferentes y sin ninguna relación estrecha con el hecho requerido, donde lo único en común es el imputado. Así las cosas, la única forma de acceder a la jurisdicción es ejerciendo la acción formalmente, presentando un nuevo requerimiento.

Ahora bien, la inclusión de un nuevo hecho o una circunstancia que no haya sido mencionada, debe de estar referida al hecho *acusado*, es decir, por el que se requiere, y puede tratarse por ejemplo, de hechos que modifican la responsabilidad o la excluyen, como sería la legítima defensa, sólo se conocía que el imputado había matado al ofendido, pero se desconocían los hechos que justificaran la legítima defensa, los cuales pueden incluirse en el momento de la audiencia. Otros serían, que se requiere por lesiones muy graves, pero antes de la audiencia inicial fallece el ofendido. Esos nuevos hechos modifican por completo la calificación jurídico-penal del injusto. Otro ejemplo que ilustra esta opinión son los casos de delitos contra la libertad sexual, precisamente en una violación en menor o incapaz, que se requiere por una sola acción, es decir, un solo hecho, que luego se modifica por la existencia de una serie de actos, hechos o conductas, con el mismo propósito criminal, que afectan el mismo bien jurídico, por lo que integran un delito continuado (Art. 42 CP).

959

255

AUDIENCIA Y ACTA

En cuanto sean aplicables, regirán las reglas de la vista pública, adaptadas a la sencillez de la audiencia; así como los casos de suspensión de la audiencia previstos en este Código.

Se levantará un acta de la audiencia en la que solamente consten las resoluciones que el juez tome en relación a los puntos que le sean planteados, los señalados en el artículo siguiente y los aspectos esenciales del acto, cuidando evitar la transcripción total de lo ocurrido, de modo que se desnaturalice su calidad de audiencia oral. El acta será leída al finalizar la audiencia y firmada por las partes, quedando notificada por su lectura.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 124, 325, 329, 334, 335, 336, 343

II. COMENTARIO

La audiencia inicial está rodeada de las mismas formalidades que rigen para la realización de la vista pública. Esto supone que, como regla general, se aplican los principios de oralidad, intermediación, contradicción y concentración, asociados al principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio y que rigen plenamente para el juicio oral (arts. 325, 329 y 333 CPP).

Aunque nada dice el Código Procesal sobre la suspensión de la audiencia, cabe admitirla en los siguientes supuestos: por la inasistencia de una parte esencial, sin cuya presencia no pueda tener lugar, como el Ministerio fiscal. También por la inasistencia justificada del imputado o su defensor, pues, aunque la regla general es que la ausencia del imputado o su defensor no impida la realización de la audiencia, hemos de entender que si ésta se encuentra suficientemente justificada, por causa no imputable a la propia parte, el respeto a los derechos de la defensa, que es inviolable, exige que se aplaze su realización por un tiempo breve, el necesario para que sea posible su intervención y, siempre que sea posible, respetando el plazo máximo establecido legalmente.

960 Además, procederá la suspensión de la audiencia inicial cuando, de forma imprevista, tenga entrada un nuevo hecho y el Ministerio fiscal haya de modificar sustancialmente el contenido objetivo de la imputación. En tal caso, resulta lógico se proporcione al imputado una oportunidad adecuada para revisar con su defensor su estrategia defensiva.

El orden de intervención de las partes sigue el previsto en el juicio oral. Así, en primer lugar, se concede la palabra al Ministerio fiscal, al querellante si lo hubiere y, en último lugar, a la defensa que podrá contestar a la pretensión acusadora, solicitando el sobreseimiento o el archivo de la causa. Sólo después, concretados los términos de la imputación será oído el imputado, a quien se recibirá declaración indagatoria, después de ser instruido de sus derechos. Se practicará la prueba solicitada por las partes y que el juez haya declarado pertinente. La audiencia inicial concluirá abriendo un nuevo turno de intervenciones en el que las partes formulan sus respectivas pretensiones y, en su caso, valorarán el resultado de la prueba que se haya practicado en la audiencia.

El resultado de la audiencia, por su carácter verbal, deberá quedar documentado en un acta, en la cual se harán constar, sintéticamente, los aspectos fundamentales del debate y, en particular, las resoluciones que el juez adopte respecto de cada una de las cuestiones suscitadas.

El acta, como es lógico, será leída al concluir la audiencia y, estando conformes con su contenido, las partes la firmarán, quedando notificadas por su lectura.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La Audiencia Inicial, que está a cargo del Juez de Paz, es uno de los tres momentos procesales más importantes y trascendentes para la persona sometida a un proceso penal, por la eventual definición de su situación jurídica. Por eso, le son aplicables las reglas y principios generales que rigen para la vista pública, a partir del artículo 324 CPP, que deben ser adaptadas por el Juez de Paz a la sencillez de la audiencia inicial. El Juez, al verificar la presencia de las partes necesarias para la validez del acto, llegada la hora señalada, declarará abierta la audiencia inicial; procederá a explicar en breves palabras de qué se trata el caso y cuáles son las pretensiones del requirente y del querellante; también debe explicarle al imputado sobre la importancia y significado de lo que va a suceder, prestando atención a todo lo que se diga en la audiencia. También sus derechos, a fin que los pueda ejercer durante el desarrollo del acto, leyéndole las disposiciones correspondientes y explicándole las mismas si lo considera necesario (Art. 8, 9, 10 87 CPP y 12 CN.). Enseguida, el Juez ordenará al Secretario o a un Colaborador, la lectura del Requerimiento y Querella (si la hubiere), pudiendo por razones de economía procesal y simplificación de la audiencia, acordar con las partes que sea leída únicamente la relación de los hechos y la pretensión de la acusación.

Como ya se dijo, el orden de intervención de las partes es primero Fiscal y Querellante, luego Defensor. Debe aclararse, que después de la intervención del Fiscal y del Querellante, el Juez de Paz está obligado a dar oportunidad a las partes para que interpongan las cuestiones incidentales que deban ser tratadas. El orden en que se interpongan lo decide el Juez, según convenga. El trámite del incidente debe ser sencillo, primero se da la oportunidad al solicitante, luego se escucha por una vez a cada una de las otras partes, resolviendo en enseguida el Juez de Paz. Si son varios incidentes, se sigue el mismo procedimiento. Suele ocurrir que el Juez, por razones de orden y complejidad, necesite agotar los pasos de la audiencia para emitir un fallo con mejores fundamentos, puede diferir la resolución sobre el incidente para el final de la audiencia. Las cuestiones incidentales más frecuentes son los cambios de calificación del delito, las incompetencias, nulidades, falta de acción, recusaciones, acumulación de procesos, prescripciones, etc. Hay más, pues no existe un catálogo sobre estas cuestiones ya que son de variada naturaleza y entidad (más detalles aparecen en el comentario del Art. 339 CPP).

El acta de la Audiencia Inicial deberá ser redactada por el Secretario del Juzgado, para ello se auxiliará de los colaboradores. No hay que confundir redacción con digitación o transcripción del acta. El Secretario se encarga de indicar qué cosas sucedidas y acordadas en la audiencia deben ponerse en el acta; en ese sentido debe revisar el contenido del acta para luego firmarla, porque sin este requisito carece de valor, Art. 123 CPP. Por supuesto que el Juez debe revisar para luego autorizar que se firma por él, las partes y el Secretario. Esto es así, por la forma en como están estructurados los Juzgados de Paz y sobre todo por las exigencias del actual proceso penal, pues, la

labor importante se ejerce durante la audiencia inicial. Al finalizar la Audiencia Inicial, el acta será leída y firmada, quedando notificada por su lectura; siendo ésta una excepción a la regla general de las notificaciones, Art. 145 CPP. Es importante aclarar, que todas las decisiones que toma el Juez de Paz, en la audiencia inicial en relación a los puntos que se le plantean, las debe dictar verbalmente, en atención al principio de oralidad que rige ese acto, Art. 329.3 CPP. En éstas se incluyen las contenidas en el artículo 256 CPP, lo cual significa, que el Juez de Paz, al ordenar la instrucción y decretar la detención provisional, alguna medida cautelar o cualquiera de las otras resoluciones que se señalan ahí, lo debe hacer de forma verbal dentro de la audiencia, todo lo cual, finalizada ésta, se hará constar en acta que firmarán los presentes.

962 Debe romperse con la práctica equivocada de muchos Juzgados de Paz, que finalizan la audiencia sin emitir la resolución principal, retirándose a redactar la misma, la cual hacen constar en el acta de audiencia, que notifican a las partes por su lectura. Muchas veces esta lectura se produce sin estar presente el Juez, lo cual impide su control inmediato a través de las vías impugnativas. Es correcto y saludable que el Juez de Paz, en casos complejos y cuando los expedientes sean voluminosos, se retire a su despacho a organizar sus ideas, a revisar los argumentos de las partes y a analizar el expediente, para emitir un fallo justo, que fundamente en los aspectos fácticos y jurídicos, haciendo un análisis lógico y coherente de los elementos de convicción recolectados, es decir, expresar los motivos que ha tenido para adoptar la decisión. Pero debe comunicar a las partes, el tiempo que tomará para ese análisis, lo que expresará mediante un receso. Luego debe constituirse a la sala de audiencia en la que verbalmente expresará su decisión. Lo dicho no impide al Juez de Paz, que los argumentos que fundan su fallo los haya escrito y así se los lea a las partes dentro de la audiencia, lo cual no debe confundirse con la lectura del acta, pues aquí, aún se está dentro de la audiencia y la lectura del acta es ya finalizada ésta. La decisión adoptada de esta manera, permite a las partes controlarla dentro de la misma audiencia, principalmente a través del recurso de revocatoria, Art. 415.2 CPP. Notificada el acta de audiencia inicial mediante su lectura a las partes, resulta improcedente su control a través de dicho recurso de manera verbal, quedándoles únicamente la vía escrita.

Se observa a menudo, que en muchos Juzgados de Paz, se transcribe todo lo ocurrido en la audiencia, lo cual desnaturaliza la calidad de audiencia oral. Lo esencial que debe contener el acta son las decisiones que emita el Juez a raíz de los puntos planteados por las partes. Lo que las partes digan no constituye de ninguna manera el fundamento de dichas resoluciones. Pueden incluirse aspectos puramente esenciales del acto y aquellos que las partes pidan que se haga constar en el acta. Pero lo que no deben faltar son los motivos de hecho y de derecho, es decir, los fundamentos del Juez que han motivado el fallo o decisiones adoptadas en la audiencia, lo que a veces hace falta en muchos de ellas. Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de Hábeas Corpus 183-99, opinó: “Es necesario

agregar que en reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional se ha sostenido, que la falta de motivación en las resoluciones produce arbitrariedad y en ningún momento crea dentro de las garantías del favorecido seguridad jurídica, por lo tanto, los funcionarios encargados de impartir justicia debe ser ordenados al emitir sus resoluciones, detallando las razones por las cuales las adoptan y fundamentando las mismas en sus respectivas disposiciones legales". Igualmente, en la sentencia definitiva H209-2000, al respecto dijo: "Así entonces, esta Sala trae a consideración lo que en muchas ocasiones ha estimado ser tan fundamental en las resoluciones judiciales, que es el deber de motivación de todas aquellas decisiones adoptadas por el juez que limiten derechos fundamentales; obligación que ha hecho depender de los derechos constitucionales de seguridad jurídica y defensa en juicio, y que dejó indicado así, en la sentencia dictada en el proceso de Amparo 77-98, de las diez horas del día veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y nueve, en los términos siguientes: "...Precisamente, por el objeto que persigue la motivación - la explicación de las razones que mueven objetivamente al Juez a resolver en determinado sentido, posibilitando el convencimiento de los justiciables del por qué de las mismas- es que su observancia reviste especial importancia. En virtud de ello, es que el incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional; por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en juicio, en el sentido que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos jurisdiccionales no pueden los justiciables observar el sometimiento del Juez a la ley ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el control por la vía del recurso. Esta obligación de motivación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso, sino que el deber de motivación que la Constitución y la ley exige impone que en los proveídos judiciales se exterioricen los razonamientos que cimientan la decisión jurisdiccional, debiendo ser la motivación lo suficientemente clara y concisa para que sea comprendida no sólo por el técnico jurídico sino también por los ciudadanos."

963

256

RESOLUCIÓN

Luego de escuchar a las partes y, en su caso, de recibir la declaración indagatoria, el juez resolverá las cuestiones planteadas y, según corresponda:

- 1) Ordenará la instrucción;**
- 2) Decretará o mantendrá la detención del imputado u otra medida cautelar sustitutiva;**
- 3) Decretará la desestimación solicitada por el fiscal;**

- 4) Dictará el sobreseimiento provisional o definitivo;
- 5) Prescindirá de la persecución penal, cuando proceda la aplicación de un principio de oportunidad, suspendiendo o archivando las actuaciones;
- 6) Suspenderá condicionalmente el procedimiento;
- 7) Resolverá conforme el procedimiento abreviado;
- 8) Admitirá o rechazará al querellante;
- 9) Autorizará la conciliación, cuando haya sido acordada por las partes;
- 10) Decretará, a petición del fiscal o de la víctima, el embargo o cualquier otra medida de resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable, cuando hayan elementos de convicción suficientes para estimar que ha existido un hecho punible en el que ha participado el imputado; y,
- 11) Resolverá sobre cualquier otro incidente.

Cuando se ordene la instrucción, se remitirán las actuaciones al Juez de Instrucción dentro de las veinticuatro horas.

964

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 22, 32, 95, 96, 97, 102, 180, 182, 249, 250, 265, 292, 293, 294, 295, 296, 305, 308, 309, 310, 379, 380

II. COMENTARIO

Tras oír a las partes, el juez resolverá sobre el contenido de la audiencia, disponiendo la instrucción y, en este caso, si la adopción de las medidas cautelares que resultasen necesarias para asegurar el buen fin del proceso.

Alternativamente, decretará la desestimación solicitada por el Ministerio fiscal, el sobreseimiento provisional o definitivo o aplicará un criterio de oportunidad, prescindiendo de la persecución penal, salvo que en estos casos decida abrir el procedimiento de disconformidad previsto en el art. 258 CPP.

Si procediera, conforme al art. 22 CPP suspenderá condicionalmente el procedimiento o resolverá conforme al procedimiento abreviado, de acuerdo con lo previsto en los arts. 379 ss CPP

Admitirá o denegará la personación del querellante, si se cumplen los requisitos establecidos en los arts. 95 ss. CPP

Autorizará la conciliación conforme a los arts. 32 y 33 CPP

También está facultado para decretar, a instancia de parte, el embargo o cualquier otra medida cautelar sobre los bienes del imputado o del civilmente responsable, si existen elementos de convicción suficientes.

Asimismo, resolverá cualquier incidente que se presente en la audiencia.

A) Instrucción y remisión de actuaciones

La primera posibilidad es que el juez de paz se pronuncie a favor de la instrucción. En este caso deberá remitir al juez de instrucción las actuaciones que obren en su poder en el plazo de veinticuatro horas.

De acuerdo con lo expuesto, en poder del juez de paz deberá hallarse el requerimiento fiscal, la declaración indagatoria del imputado y las actas en las que conste el resultado de los elementos de prueba practicados. Todos estos elementos, sin excepción, deberán ser remitidos al juez de instrucción para la continuación del proceso.

965

Por tanto, no existe fundamento legal que faculte al juez de paz para conservar en su poder la totalidad o parte de las actuaciones que deberán ser trasladadas, inmediatamente, al juez competente. No obstante, es recomendable que las actuaciones remitidas aparezcan relacionadas, con el debido detalle, en el oficio de remisión que, una vez firmado y sellado, por el tribunal competente servirá de justificante de la transmisión realizada.

Entre las piezas que deben ser puestas a disposición del Juzgado de Instrucción, se encuentran todos los objetos relacionados con el delito que hayan sido secuestrados y decomisados (art. 180 CPP), los cuales, además, deberán encontrarse debidamente inventariados (art. 182 CPP). Estos efectos siempre deberán encontrarse a disposición del tribunal que conoce de la causa y, por tanto, la remisión a que se refiere este precepto comprende los objetos secuestrados.

B) Detención provisional y otras medidas cautelares

Entre las decisiones que el juez de paz debe adoptar al resolver en la audiencia inicial destaca la resolución sobre la detención del imputado. Hay que tener en cuenta que en la audiencia inicial el juez de paz recibe la declaración indagatoria que se extiende no sólo los aspectos relativos a la comisión del hecho, sino también a las circunstancias

personales y familiares del imputado (art. 260 CPP), cuyo conocimiento por el juez resulta esencial para decidir sobre la necesidad de adoptar o mantener la detención provisional.

El objeto de la detención provisional es asegurar la sujeción del imputado a su propio proceso. Es bien sabido que la aplicación de esta medida cautelar expresa en el proceso penal el momento de máxima tensión entre el respeto a la libertad individual y la necesidad de asegurar un proceso penal eficaz. Por ello, la aplicación de esta medida se encuentra sujeta a importantes limitaciones (art. 293 CPP). Ante todo, la existencia de una sospecha razonable respecto a la comisión de un hecho delictivo, es decir, la existencia de un alto grado de probabilidad de que el imputado haya cometido el hecho y de que éste, además, sea punible.

Además, debe existir un motivo específico que, en el caso concreto, justifique la restricción de la libertad personal, básicamente la existencia de un riesgo de fuga, el posible entorpecimiento de la acción investigadora y, en ciertas condiciones la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos. A ello, se añade la exigencia de que la aplicación de esta medida cautelar no resulte desproporcionada en su resultado, lo cual, a su vez, se traduce en la necesidad de que el hecho imputado revista suficiente gravedad, que no exista otra medida alternativa que asegure eficazmente la persecución penal, así como que la prisión se mantenga por el tiempo indispensable y, en todo caso, sólo mientras subsistan los motivos que inicialmente llevaron a acordarla.

966

La detención provisional no es la única medida cautelar que puede garantizar los fines del proceso. También se atiende a asegurar estos fines, aun permaneciendo en libertad el imputado, cuando se condiciona a la prestación de una garantía. Se trata de las medidas sustitutivas contempladas en el art. 295 CPP, como el arresto domiciliario, el sometimiento a custodia, la obligación de presentarse periódicamente, la prohibición de salir del país o de la localidad de residencia, de concurrir a determinados lugares, de comunicarse con personas determinadas o la prestación de juramento. Por último, se contempla la prestación de fianza, consistente en la prestación de una caución económica proporcionada a las posibilidades del sospechoso, aunque suficiente para asegurar su sujeción al proceso.

La imposición de cualquiera de estas medidas debe acordarse, únicamente, por el juez y en resolución motivada (art. 296 CPP). La exigencia de motivación es una garantía esencial para el justiciable, que se ve privado de su libertad. En atención a ello, ha de ser suficiente y razonable, expresando la ponderación que el juez ha realizado entre los bienes en conflicto: por una parte, la libertad como valor supremo de la persona y, por otra, las exigencias legítimas de justicia, que se hacen patentes en la necesidad de asegurar el buen fin del proceso, de tal modo que en el auto que dispone la prisión deberá reflejarse, no sólo la concurrencia de indicios suficientes de criminalidad, una sospecha vehemente, en contra de la persona que se sujeta a prisión, sino también la

existencia de alguno de los fines que justifican en el caso concreto la adopción de esta medida cautelar.

Obviamente, la audiencia inicial, en la que se examina el fundamento de la imputación es el momento adecuado para adoptar cualquiera de las medidas cautelares legalmente previstas, aunque sólo debe hacerse después de oír, sobre este concreto particular, a todas las partes personadas, que deberán pronunciarse sobre la concurrencia o no de los presupuestos justificantes de la prisión provisional y, en su caso, por su sustitución por cualquier otra medida alternativa a la prisión.

Si el juez de paz decreta o mantiene la detención del imputado presente en la audiencia, ordenará a la Policía que tome las medidas oportunas, sin excluir el uso de la fuerza, para obligar al imputado a permanecer en la sala de audiencia mientras se redacta la respectiva orden de detención (art. 13 Cn), a lo que se procederá de manera inmediata. Acto seguido, se entregará dicha orden a los agentes policiales presentes en la sala para que procedan hacer efectiva la detención.

C) Desestimación a instancia del Ministerio fiscal

Formulado el requerimiento de desestimación, el juez de paz estimará dicho requerimiento y ordenará el archivo cuando el hecho imputado no constituya delito o no se pueda proceder (art. 249 CPP). Dos son los motivos previstos para ordenar el archivo de la causa.

967

El primero, que el hecho o los hechos no constituyan delito. Se trata de un motivo de carácter objetivo que impide la continuación de la investigación cuando el hecho no es susceptible de ser subsumido en ninguna norma penal. Por tanto, es un supuesto referido, exclusivamente, a la falta de tipicidad del hecho, sin atender a otras circunstancias del delito que pueden dar lugar al sobreseimiento (art. 308.3 CPP), pero al archivo.

El efecto inmediato, en este caso, es impedir la prosecución de la causa, al igual que sucede con la decisión de sobreseimiento. Pero, a diferencia del sobreseimiento, el archivo no puede ser asimilado a la sentencia absolutoria ni produce efectos de cosa juzgada ni, en fin, podrá ser invocada en el futuro haciendo valer la garantía “ne bis in idem”, pues “no se dicta a favor de nadie, pues se detiene en la valoración jurídica objetiva de la imputación contenida en el requerimiento” (WASHINGTON ABALOS, p.238).

El segundo, se refiere al supuesto en que no se pueda proceder. No se puede proceder cuando la acción penal no ha sido promovida legalmente, no hubiera podido promoverse o no hubiera podido proseguir. Es decir, e todos estos casos, cuando existe un obstáculo a la promoción o un obstáculo al ejercicio de la acción penal. Así, por ejemplo, en los casos de inmunidades; también en los delitos de acción pública

dependientes de instancia privada cuando la denuncia ha sido efectuada por persona distinta del ofendido y en los delitos de acción privada cuando falta la querella.

En todos estos casos, el juez está facultado para acordar el archivo mediante auto, suspendiendo el curso de la causa hasta que se cumpla el requisito de procedibilidad determinante de la suspensión. Tan solo si el Juez no estuviere de acuerdo con el requerimiento de desestimación podrá plantear la disconformidad (art. 258 CPP), pero no podrá ordenar de oficio el trámite de instrucción.

D) Sobreseimiento provisional o definitivo

El sobreseimiento provisional conlleva la suspensión del proceso en virtud de la posibilidad razonable de que aparezcan nuevos elementos de prueba que permitan su ulterior reapertura (art. 309 CPP). Por tanto, dos son los motivos fundamentales que permiten acordar el sobreseimiento provisional: que no exista prueba suficiente para hacer la calificación del hecho o que no exista prueba suficiente respecto a la participación concreta de una persona en el delito. La decisión se apoya en la insuficiencia de la prueba y, consiguientemente, nada impide reabrir la causa si tal insuficiencia se subsana, de ahí su carácter provisional.

968 En cambio, mediante el sobreseimiento definitivo (art. 308 CPP) se pone fin al proceso sin posibilidad de reapertura, con efectos equivalentes a los de una sentencia absolutoria, en los cuatro casos siguientes:

Cuando el hecho no ha existido, no constituye delito o el imputado no ha participado en él, es decir, cuando los hechos que configuran el tipo no han existido, cuando, aun existiendo el hecho, éste no es constitutivo de delito y cuando existiendo el hecho y siendo constitutivo de delito no resulta demostrable la participación en él del imputado.

Cuando no resulte racionalmente posible fundamentar la acusación e incorporar al proceso nuevos elementos de prueba.

Cuando el imputado se encuentre exento de responsabilidad penal, es decir, cuando estando acreditada la existencia del hecho delictivo e identificada la persona que lo ejecutó, resulta que ésta se encuentra exenta de responsabilidad criminal.

Cuando se haya la responsabilidad penal o exista cosa juzgada, es decir, en los casos en que ya recaído en otro proceso una resolución, firme y definitiva, sobre el mismo hecho y contra las mismas personas.

E) Aplicación de un criterio de oportunidad

Conforme al art. 20 CPP, el fiscal, en su requerimiento, puede solicitar del juez que prescinda de la persecución penal cuando, a pesar de ello, no resulte afectado el interés público, cuando el imputado haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de los hechos, cuando el imputado haya sufrido un daño moral de difícil reparación cuando la pena imponible carece de importancia en relación con la ya impuesta.

En el sistema del CPP el Ministerio fiscal tiene facultades dispositivas de la acción penal. Al fiscal, le corresponde apreciar y proponer la aplicación de un principio de oportunidad. Su aprobación, sin embargo, es facultad del órgano judicial. No obstante, cabe la posibilidad de que la víctima se oponga, instando la persecución del hecho ejercitando la acción privada (art. 21.2 CPP). A tal efecto, debe recordarse que, conforme al art. 13.3 CPP la víctima tiene derecho a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal.

La aprobación de la aplicación de un criterio de oportunidad es función exclusiva del órgano judicial. Ahora bien, debe quedar claro que el juez no puede aplicarlo sin el acuerdo del Ministerio fiscal. El juez tan sólo puede discrepar de la aplicación de la oportunidad y, en este caso, puede someter la cuestión al fiscal para que decida sobre el ejercicio de la acción (art. 258 y 321 CPP).

969

Por otro lado, si el juez considera conveniente la aplicación de alguno de estos criterios solicitará la opinión del Ministerio fiscal que dictaminará dentro de los tres días siguientes, pero el juez no aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal (art. 20 CPP).

El ejercicio de la oportunidad podrá instarse por el Ministerio fiscal en el momento de formular el requerimiento fiscal, solicitando del juez de paz que prescinda de la persecución penal. Por tanto, sin perjuicio de la posibilidad, asimismo prevista, de promover su aplicación en un momento ulterior (art. 313.3 CPP), el requerimiento fiscal que se discute en la audiencia inicial es el momento más adecuado para examinar esta cuestión, que tiene como consecuencia prescindir en los casos legalmente previstos, de la persecución penal.

F) Suspensión condicional del procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento presupone la aceptación de los hechos por el inculcado y la aceptación voluntaria de someterse a unas reglas de conducta y comprometerse a dar satisfacción a la víctima, a cambio de que el procedimiento quede suspendido por un plazo determinado, condicionado a la observancia de las reglas impuestas (art. 22 CPP).

Únicamente es aplicable tratándose de delitos menos graves, es decir, castigados con pena de prisión que no exceda de los tres años (arts. 77 y 18 CPP).

Normalmente, será instada por acuerdo de la fiscalía y del imputado, pero a diferencia de otros supuestos de oportunidad, la aplicación de la suspensión del procedimiento no requiere la aprobación de la fiscalía. En realidad, podrá ser instada por cualquiera de las partes, el fiscal, el defensor particular, el defensor público el querellante e incluso la propia víctima. En tal sentido, la solicitud podrá efectuarse en el requerimiento fiscal, pero también en la misma audiencia inicial por cualquiera de las partes personadas.

Corresponde al juez de paz adoptar la decisión pertinente, admitiendo o no la suspensión. Previamente, se someterá al imputado a una evaluación para determinar el tratamiento correspondiente. La decisión que acuerde la suspensión fijará el plazo de prueba y determinará alguna de las reglas de conducta previstas en el art. 23 CPP que cumplirá el imputado, que en ningún caso podrán ser vejatorias o afectar a su dignidad personal.

La suspensión del procedimiento se notificará personalmente al imputado con expresa advertencia sobre las reglas de conducta y las consecuencias de su inobservancia.

970

G) Resolver conforme al Procedimiento Abreviado

El procedimiento abreviado permite dictar sentencia sin debate oral, siempre que el imputado y el fiscal consientan en ello, porque el primero haya admitido los hechos y la pena pedida por el fiscal, siendo de prisión, no supere los tres años de prisión.

Se puede solicitar la aplicación del Procedimiento Abreviado en el momento de la audiencia inicial, cumpliendo las condiciones establecidas en el art. 379 CPP.

No obstante, se exige que el juez oiga al imputado y, si lo considera necesario, también podrá oír a la víctima. Inmediatamente dicta sentencia, absolviendo o condenando, pero sin que la pena impuesta pueda superar en ningún caso a la solicitada por el Ministerio fiscal.

La sentencia se ajustará a los requisitos legales, aunque dada la existencia de conformidad, se redactará de forma concisa.

No obstante, debe advertirse que el juez no está obligado a admitir la aplicación del procedimiento abreviado, en cuyo caso ordenará la continuación del proceso por el trámite ordinario.

H) Admitir o rechazar al querellante

La querella puede interponerse en varios momentos del proceso: puede presentarse ante la policía (art. 234 CPP), ante el juez de paz (art. 237 CPP), ante el juez de instrucción (art. 102 CPP).

Las partes, especialmente el querellado, pero también el Ministerio fiscal, pueden oponerse a la admisión de la querella, interponiendo las excepciones previstas en el art. 277 CPP, alegando la falta de legitimación del querellante o la existencia de defectos formales en la solicitud.

En efecto, a solicitud de querellarse debe contener determinados requisitos establecidos en el art. 96 CPP: las circunstancias del hecho delictivo por el que se deduce la querella; a identificación de las personas contra las que se dirige; los elementos de prueba que se ofrecen para establecer la responsabilidad del querellado; la identificación del querellante y, en su caso, de la persona o asociación que representa; tratándose de asociaciones, la denominación o razón social y el nombre del representante legal.

Cumpléndose estos requisitos formales, deberá admitirse la solicitud de constitución del querellante. Por el contrario, la ausencia de cualquiera de ellos determina la inadmisión de la querella, de no procederse a su subsanación. Además, en caso de rechazo, podrá presentarse una vez más siempre que se haga en tiempo y forma. En todo caso, la inadmisión de la querella obliga al juez a motivar suficientemente la decisión de rechazo.

971

I) Autorizar la conciliación

La conciliación extingue la acción penal respecto de determinados delitos menos graves. De producirse, es la víctima quien debe comunicar su contenido al tribunal, adjuntando el acta de conciliación, que deberá ser verificada por el juez de paz en la audiencia inicial.

El acta de conciliación, de acuerdo con el art. 32 CPP, contendrá las obligaciones pactadas, que se extenderán a la reparación del daño causado por el delito y, en su caso, se señalará el plazo para su cumplimiento.

Su aprobación corresponde al juez tras oír al imputado y a la víctima. La aprobación de la conciliación debe entenderse sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos para que surta efecto, en particular que exista acuerdo entre la y que el delito imputado sea susceptible de conciliación.

J) Decretar el embargo

El embargo consiste en la traba forzosa de bienes muebles o inmuebles del imputado o responsables civiles para asegurar las responsabilidades derivadas de la realización del hecho delictivo Su práctica se recoge en el art. 612 CPP y puede afectar a fondos, depósitos bancarios, valores acciones o cualquier título participativo en entidades mercantiles.

Los responsables civiles pueden ser tanto directos como subsidiarios, de conformidad con lo establecido en los arts. 116 a 121 del CP, en los que se contiene la regulación material de la responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas. A efectos de la adopción de medidas cautelares de carácter patrimonial para asegurar las responsabilidades civiles (art. 305 CPP), se ha de tener en cuenta que las mismas pueden derivar no solo de los daños materiales sino también de los de carácter moral causados por la infracción (inciso primero del art. 116 CP) y que la responsabilidad civil subsidiaria recaerá normalmente sobre las empresas o cualquier otro tipo de personas jurídicas por los delitos y faltas que comentan sus empleados o personas de ellos dependientes. En consecuencia, dichas personas jurídicas o naturales en su caso deberán ser convocadas a la audiencia inicial y darles la oportunidad de constituirse en parte procesal.

972

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Por la sencillez y brevedad de la Audiencia Inicial, no puede continuarse con la práctica generalizada de hacer de ella una Vista Pública; ya que se le trasladan todas las formalidades y los rituales que en ésta se producen. Este artículo y el anterior (256 y 255 CPP) establecen las reglas de actuación de los sujetos procesales, es decir, que luego de la introducción del Juez, explicando el caso al declarar abierta la audiencia, las advertencias al imputado y la lectura del requerimiento, lo que sigue es escuchar a cada uno de las partes, en orden, primero al fiscal y querellante, siguiendo con la propuesta y solución de las cuestiones incidentales, luego la intervención de la defensa técnica y recibir la declaración indagatoria al imputado, si es que quiere rendirla. Finalmente, el Juez resuelve las cuestiones planteadas, en el orden que estime procedente. Esto significa, que por la naturaleza de la Audiencia Inicial, pero esencialmente porque en ella no se produce prueba en estricto sentido, es decir, no se recibe prueba, es completamente inviable e improcedente que el Juez de Paz conceda la palabra a las partes para que expresen sus conclusiones finales y como consecuencia replicar para refutar los argumentos adversos.

Esto es así, porque la información probatoria contenida en los elementos de convicción recolectados por la Policía o por la Fiscalía como diligencias iniciales de investigación, siempre deben estar agregados al proceso, por tanto es de conocimiento de las partes. Pero puede ocurrir, que el Fiscal en Audiencia aproveche presentar más

diligencias para su respectivo control, que al momento de requerir no las había realizado o no habían llegado a su poder. En estos casos, el Juez de Paz, por el Principio de Comunidad de la Prueba, debe ponerlas a disposición del defensor e imputado, otorgándoles un tiempo prudencial para que se enteren de su contenido, con el fin de que se preparen debidamente.

El Juez de Paz, por excepción puede permitir una segunda intervención de las partes, que puede estar motivada por algún olvido de éstas, pero que sea relevante para la decisión o también que el Fiscal quiera motivar una petición distinta a raíz del argumento de la defensa y la incorporación de alguna información probatoria que la sustente e inclusive la misma declaración indagatoria del imputado. Usualmente las segundas intervenciones o alegaciones finales o réplicas, en audiencia inicial sólo sirven para repetir lo dicho, recalcar e insistir en lo mismo. Por ello son innecesarias y el Juez debe rechazarlas, ya que la disposición comentada así lo indica, al regular expresamente la forma de intervención de los sujetos del proceso.

Es discutible si el Juez de Paz, puede aplicar a petición de las partes la Suspensión Condicional del Procedimiento (Art. 22, 23 y 252 CPP) cuando se trata de un delito grave, pero que su pena en abstracto comprenda los tres años de prisión, es decir, que esa pena se encuentra dentro de los rangos mínimos y máximo. Por razones prácticas y quizá de comodidad judicial, se ha sostenido mayoritariamente, en consonancia con lo comentado acá, que este Instituto procesal, sólo es aplicable a delitos menos graves y a los delitos imperfectos o tentados cuya penalidad máxima de prisión no supere los tres años (Art. 18 y 24 CP). El motivo fuerte que justifica esta postura es que en la audiencia no se cuenta con los indicios o pruebas necesarias para poder hacer una verdadera adecuación y determinación de la pena imponible al autor del hecho (Art. 62 y siguientes CP). Generalmente sólo se cuenta con la investigación inicial, que está compuesta básicamente por actas que contienen inspecciones, entrevistas, croquis, álbumes y otros documentos, que sólo son útiles para fundamentar la comprobación del hecho, su existencia y también con ellos se justifica la probable participación del imputado en su comisión. Pero sobre los requisitos que debe tomar en cuenta el Juez de Paz para determinar la pena, escasamente aparecerán en aquélla, debido a que los mismos sólo pueden ser conocidos en el juicio o vista pública, donde se recibe la prueba. También se argumenta que las partes nunca hacen llegar este tipo de información al Juez, por lo que se dificulta fundamentar en esta fase primitiva del proceso qué pena merece el autor por el hecho atribuido. Esta tesis también es sostenida por Sandra Luz Chicas (Ensayos Doctrinarios Nuevo Código Procesal Penal, año 1998. p. 443).

973

Existe otra opinión que está tomando fuerza, que sostiene que es posible que en delitos graves con una pena mínima de prisión de tres años proceda la aplicación de la Suspensión Condicional del Procedimiento en audiencia inicial. Primero porque el artículo 22 CPP, no hace una distinción o división precisa a qué tipos penales debe aplicársele. Únicamente exige como requisito que el caso deba ser de aquellos en que proceda la

Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, lo cual nos remite al artículo 77 CP, que regula que en caso de pena de prisión que no exceda de tres años, el Juez podrá otorgar la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Esta pena ha sido impuesta a través de un juicio con plenitud de trámite o en un Procedimiento Abreviado, donde se han hecho las valoraciones sobre su adecuación, es decir, la pena impuesta en la sentencia. Entonces, no es condición para Suspender Condicionalmente la Ejecución de la Pena, que el delito sea menos grave o imperfecto, pues procede tanto en éstos como en los delitos graves, el requisito principal es que la pena que imponga el Tribunal o el Juez al imputado, no exceda de tres años de prisión. Sostienen en segundo lugar, que al igual que en el Procedimiento Abreviado, el Juez, con los mínimos indicios inmersos en las diligencias iniciales de investigación, puede hacer esas valoraciones sobre la adecuación de la pena. Pues si lo hace el Fiscal, como requisito de admisibilidad del Procedimiento Abreviado, con mucha más razón lo puede hacer el Juez, que controla no sólo el desarrollo del proceso por ser su director, sino que principalmente controla la actividad del Fiscal. Por último, si la ley no lo exige o no explicitó en qué delitos procede esta salida alterna y sólo hizo alusión a la pena impuesta en la sentencia, el Juez no está autorizado para crear normas, que podrían afectar el principio de legalidad, exigiendo requisitos que el legislador no ha previsto; por lo que de surgir duda al Juez, debe interpretar las normas conforme a la Constitución y en beneficio de la libertad.

974

Por otra parte, se han detectado algunas dificultades en cuando a la admisión del querellante en audiencia inicial, una de ellas está referida al plazo o momento en que debe presentarse la solicitud y, por tanto, si la querella presentada en la Policía, la Fiscalía o al Juez de Paz, (Art. 234, 235 y 237 CPP), es la misma a que aluden los artículos 95 en adelante CPP. La interpretación de estas normas es que la primera de esas solicitudes sirve exclusivamente como noticia del delito -exactamente produce los efectos de una denuncia-, pero no sustituye la solicitud formal que deba presentarse al Juez de Paz, para ser discutida en audiencia, en la que se decidirá sobre su admisión o rechazo. Es necesario pues, para constituirse como parte querellante, que la solicitud se haga al Juez a partir de la presentación del requerimiento fiscal (Art. 99 CPP), ya que si no se presenta en ese plazo, será inadmisibile. A su recibo, el Juez de Paz, deberá examinarla para determinar si cumple todos los requisitos de ley (Arts. 95 y 96 CPP) y si faltase alguno, deberá ordenar que se complete en la audiencia inicial o si por algún motivo de los señalados en el Art. 254 CPP la audiencia no se realiza, debe fijar un plazo de tres días para que se completen.

Otra dificultad de índole práctico, sucede al momento de la audiencia inicial, respecto a admitir al querellante o rechazar su solicitud, es decir, el momento de trámite. Como está diseñado el proceso penal, no hay duda que luego de las explicaciones introductorias del Juez en la audiencia, debe procederse al trámite correspondiente admitiendo o rechazando la constitución de parte querellante, formalizando verbalmente su solicitud el que pretenda constituirse en parte, completando los requisitos de ley si

fue previamente advertido y luego dar oportunidad al resto de las partes para que se expresen sobre la pretensión. Éstas pueden oponerse interponiendo las excepciones correspondientes, después de lo cual el Juez deberá admitir o rechazar la solicitud, decisión que admite revocatoria por tratarse de una cuestión de trámite (Art. 102 CPP). A lo sumo, el trámite de la admisión o rechazo de la querella se hará luego que intervenga el Fiscal, porque de lo contrario estaría rompiéndose la forma de intervención de las partes, que está prevista en los Art. 255 y 338 CPP: luego de escuchar al Fiscal, debe intervenir el Querellante, pero para hacerlo, es necesario tenerlo como parte. Lo recomendable es que la admisión de la querella sea discutida en la audiencia inicial, antes de la intervención del fiscal. Si se rechaza la misma, implicaría retirar al letrado querellante del estrado, del lugar ocupado por las partes en la sala.

Otro aspecto, que la mayoría de Juzgados omiten, es qué debe resolverse cuando en audiencia se autoriza la conciliación y los acuerdos a los que llegan las partes materiales se cumplen en ese acto. Por ejemplo, cuando se trata de una reparación patrimonial o luego de pasado el plazo de cumplimiento de los acuerdos se constata que fueron cumplidos por el imputado. Todos o casi todos los Jueces de Paz, declaran extinguida la acción penal artículo 31.2 CPP y sobreseer definitivamente en el procedimiento al imputado conforme al Art. 308.4 CPP, equiparando la extinción de la acción penal -que es un instituto procesal- con la extinción de la responsabilidad penal -que es de naturaleza penal- artículo 96 CP. La primera está referida a una forma de acceso a la jurisdicción, es decir, la motivación al órgano jurisdiccional pidiendo un pronunciamiento sobre una pretensión que corresponde generalmente al Fiscal y que se extingue si se produce alguna de las circunstancias previstas en el Art. 31 CPP. En cambio, la segunda se produce cuando ya se ha hecho el reproche de culpabilidad, condenando al imputado en juicio oral y público. Es decir, que se le ha impuesto una pena en la sentencia, siendo ésta la que se extingue por los casos reglados en el Art. 96 CPP. Conforme a lo dicho, el sobreseimiento dictado por el Juez de Paz, no está comprendido dentro de la casuística del Art. 308 CPP.

975

Lo expresado hasta acá, no impide que el Juez de Paz pueda sobreseer bajo los circunstancias anunciadas, es decir, acuerdos cumplidos, pues en su labor de interpretación e integración de las normas que rigen el proceso penal, tiene que fallar para fenecer el proceso, ya sea sobreseyendo o dictando sentencia, pues son las formas permitidas para garantizar al sometido al proceso el derecho a la seguridad jurídica. Así pues, los artículos 17, 277.3, 282 y 308 CCP permiten llegar a la conclusión que en estos casos luego de declarar extinguida la acción penal, es procedente sobreseer definitivamente. Hecha esa interpretación, puede considerarse ampliada la casuística del artículo 308 CPP, siendo la extinción de la acción penal otro motivo para sobreseer definitivamente al encausado.

257

RECURSO

En los casos de desestimación, sobreseimiento definitivo, cuando se decrete la detención provisional o el embargo, las partes agraviadas podrán interponer recurso de apelación.

En los dos últimos casos se extraerán copias de las actuaciones pertinentes para que no se interrumpa el trámite del procedimiento.

Cuando se trate del sobreseimiento provisional o el archivo, la parte agraviada podrá presentarse dentro de los cinco días siguientes ante el juez de instrucción, solicitando la reapertura del procedimiento. En este caso, el juez podrá decretar la reapertura, aunque no se presente un nuevo elemento de prueba, basándose en una nueva valoración de los elementos ya existentes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 249, 256, 304, 308, 309, 310, 312, 409, 414, 415, 417, 418, 419

II. COMENTARIO

Contra las decisiones del juez de paz, la parte agraviada puede interponer, según los casos el recurso de revocatoria o el de apelación. El primero procede contra las resoluciones interlocutorias adoptadas por el juez y es obvio que todas las que cabe acordar tras la celebración de la audiencia inicial afectan a la “marcha del procedimiento”. No obstante, hemos de reconocer que se ha propuesto limitar el uso abusivo e indiscriminado de este medio de impugnación, excluyendo la posibilidad del mismo cuando las partes ya han tenido oportunidad de conocer y contradecir la causa generadora del fallo (TREJO ESCOBAR, p.149), lo que excluiría su aplicación en buena parte de los casos resueltos por el juez de paz. En contra SEOANE SPIEGELBREG que destaca su configuración como un “remedio” procesal, a través del cual se permite que el juez reconsidere lo decidido (SEOANE SPIEGELBERG, p.1084).

De acuerdo con ello, deben reconocerse a favor de las partes las siguientes posibilidades de impugnación:

Durante el desarrollo de la audiencia, las partes pueden interponer recurso de revocatoria ante aquellas decisiones que les perjudiquen. Se trata de un recurso verbal, formulado en el curso mismo de la audiencia, inmediatamente después de pronunciada la resolución recurrida, siendo el único admisible durante su celebración. Es resuelto

en el acto por el juez y su desestimación conlleva la protesta de recurrir en casación si el defecto denunciado no fuese enmendado (arts. 409 y 415. 2 CPP).

Finalizada la audiencia, la resolución recaída resolviendo sobre el fondo puede ser impugnada, si bien el recurso será diferente según lo acordado en el Auto que pone fin a la audiencia:

Si el pronunciamiento ordena la instrucción, el imputado o su defensor pueden recurrir en vía de revocatoria ante el mismo juez de paz (art. 414 CPP).

La adopción de la detención provisional, o de cualquier otra medida cautelar, permite interponer recurso de apelación (arts. 257.1 y 304 CPP). Debe advertirse que, en este caso, el trámite previsto para la sustanciación del recurso de apelación no es el común previsto en los arts. 417 y ss., sino el establecido en el art. 304, que se caracteriza por la simplificación de los trámites de impugnación, a fin permitir la resolución inmediata por el tribunal de apelación.

También cabe interponer recurso de apelación en los casos en que la resolución sea el sobreseimiento definitivo, la desestimación o el embargo de bienes.

Ahora bien, mientras que el recurso de apelación en los casos de desestimación o sobreseimiento definitivo se admite en ambos efectos, no sucede lo mismo si se interpone contra la detención provisional o el embargo, en cuyo caso, para la resolución del recurso se extraen copias de los particulares pertinentes, sin que la admisión del recurso conlleve la suspensión del trámite del procedimiento.

977

En cambio el auto que disponen el sobreseimiento provisional o es apelable cuando el sobreseimiento ha sido dictado por el juez de paz, es decir, antes de abrirse la instrucción, a la que expresamente se refiere el art. 312 CPP. No obstante, el juez de instrucción, a instancia de la víctima o del Ministerio fiscal puede ordenar la reapertura y también puede hacerlo el mismo juez de paz conforme al art. 310 CPP.

La decisión de aplicar un criterio de oportunidad, en principio, no es susceptible de recurso, toda vez que favorece al imputado y no puede ser aplicado en contra del parecer del Ministerio fiscal (art. 20 CPP). No obstante, si el juez de paz llegase a aplicar un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal, el recurso pertinente sería el de casación (art. 422 CPP), puesto que con esta decisión se estaría impidiendo el ejercicio de la acción (art. 422 CPP).

La suspensión condicional del procedimiento es apelable a instancia del inculpado cuando las reglas impuestas al condenado sean ilegítimas, afecten a la dignidad personal o sean desproporcionadas (art. 24.4 CPP). También pueden impugnar el Ministerio

fiscal o el querellante, si no están de acuerdo con la medida acordada, pero en este caso el recurso procedente es la revocatoria (art. 414 CPP).

La resolución que se dicta conforme al Procedimiento Abreviado constituye, en sí misma, una sentencia (art. 129 CPP), contra la que cabe interponer recurso de casación. Si el juez no aplica el Procedimiento Abreviado y dispone la continuación por el procedimiento ordinario, el recurso procedente será la revocatoria (art. 414 CPP).

Hemos de destacar, por último, que se establece una vía especial de impugnar la decisión del juez de paz que dispone el sobreseimiento provisional o el archivo. En ambos casos, la parte agraviada, que puede ser el ofendido no personado al quien necesariamente deberá notificarse la resolución del juez de paz, puede personarse en el plazo de cinco días, motivando las razones de su agravio y de su discrepancia con la resolución y solicitando la reapertura del procedimiento. El juez de instrucción tiene la facultad de reabrir el caso, independientemente de que el agraviado aporte o no nuevos elementos de prueba, pues le corresponde realizar una nueva valoración de la que puede resultar la orden de reapertura.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

978 No se sabe con certeza a qué se refiere el código en este artículo, en el párrafo: “cuando se trate del sobreseimiento provisional o *el archivo*, la parte agraviada podrá presentarse dentro de los cinco días siguientes ante el Juez de Instrucción, solicitando la reapertura del procedimiento”. Respecto al Sobreseimiento Provisional no hay duda, pues éste no admite el recurso de apelación en sede de Juzgado de Paz, como medio impugnativo para que un Tribunal superior examine la decisión. Por eso se proveyó a las partes de este recurso, que en estricto sentido no lo es, ya que no reúne todos los requisitos que la ley exige para las distintas vías impugnativas. Se trata de un control horizontal, debido a que el Juez de Paz y el Juez de Instrucción, conocen de la misma instancia. Consiste en que el Juez de Instrucción, realice una nueva valoración de los elementos probatorios presentados con el requerimiento e inclusive valorando otros que se hayan recogido *a posteriori*. En este caso, el Juez Instructor, si ordena la reapertura del proceso, deberá decretar el correspondiente auto de Instrucción formal. La duda se presenta con relación al “archivo”, que no es una decisión que esté reglada de forma específica y clara en el artículo 256 CPP. No se dispone exactamente cuándo y en qué casos el Juez de Paz decretará el archivo de las actuaciones. El código hace alusión al archivo en pocos artículos. Uno de éstos es cuando se declara la rebeldía, se archivan las actuaciones (Art. 93.2 CPP). Otra, es el archivo administrativo, que decreta el Fiscal cuando no ha logrado individualizar el imputado (Art. 246 CPP). Y una tercera forma de archivo, es cuando el Juez de Paz, a solicitud del Fiscal, aplica un Criterio de Oportunidad de la Acción Penal Pública, prescindiendo de la persecución penal, Suspendiendo o Archivando las actuaciones, Art. 256.5 CPP. Esto nos remite al artículo 21 CPP, que regula los efectos del Criterio de Oportunidad. Así, para los incisos primero

y segundo, el Juez de Paz ordenará archivar las actuaciones y en el tercer y cuarto inciso, suspenderá las actuaciones, quedando condicionada la extinción de la Acción Penal al cumplimiento de la colaboración o a la eficacia de la información y en el último caso, hasta que se dicte la sentencia respectiva.

Parece que no es a los primeros dos casos a los que se refiere el artículo 257 CPP, porque el archivo por la rebeldía del imputado no puede producirse en Audiencia Inicial. Esto se debe a que el Juez de Paz convoca al imputado a la audiencia y éste puede o no comparecer al acto. Si no comparece, la audiencia se realizará con el defensor que haya nombrado y con resto de los convocados, sin faltar el Fiscal, Si no ha nombrado defensor luego de ser intimado, el Juez de Paz deberá resolver sin convocar a audiencia inicial, con la sola vista del requerimiento, artículo 254.5 CPP. Tampoco puede ser el archivo previsto en el artículo 246 CPP, debido a que éste lo dicta el Fiscal del caso, teniendo esa sede administrativa su propio mecanismo de impugnación y control.

En doctrina (Creus: 1996, pp. 66-70), sostiene que son tres las causas que paralizan la tramitación del proceso, en las que corresponde decretar auto de archivo, estas son: la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento y la rebeldía del imputado, que al ser decretadas por el Juez, motivan un auto de archivo, debido a la paralización de la tramitación judicial, decisión que no causa estado y no resuelve la situación del procesado. Asencio Mellado (1998, p. 215) sostiene que “el efecto del archivo es asimilable en todo al sobreseimiento provisional, siendo posible reabrir el proceso ante la concurrencia de nuevos datos o extremos que posibiliten el enjuiciamiento”. Asimilando esta doctrina, el archivo no es una resolución autónoma, sino que es producto de una salida alternativa aplicada por el Juez de Paz, que solo paraliza la tramitación del proceso, por tanto su procedencia en el código procesal penal, sólo es posible cuando se desestima la denuncia o informe policial y cuando se dicta del sobreseimiento provisional.

979

Con base a lo dicho, la impugnación para reabrir el proceso que se solicita al Juez Instructor, procede cuando el Juez de Paz decide en Audiencia Inicial prescindir de la persecución penal, a raíz de la aplicación de un criterio de oportunidad de la acción, en el que ordena archivar el expediente, Art. 256.5 CPP, bajo el cumplimiento de algunos supuestos que cita MIGUEL ALBERTO TREJO ESCOBAR (Los Recurso y otros Medios de Impugnación en la Jurisdicción Penal. P: 174 y 195). Asimismo, cuando se dicta el sobreseimiento provisional o el archivo, que pueden ser autos diferentes, pero que uno es producto del otro, aunque el archivo se produce por haberse dictado el sobreseimiento provisional. O bien, puede suceder, que el Juez de Paz, considere por ejemplo que no es procedente la instrucción y ordene el archivo del expediente, motivado por ciertos resabios del código procesal penal derogados o por considerar que la ley se lo permite, pues hay estilos muy variados de Jueces, que interpretan las normas de manera particular. Para eso quizá el legislador dejó explícito este mecanismo de control.

Pero cabe otra interpretación que también tiene lógica, la cual consiste en la decisión que toma el Juez de Paz, a raíz de la petición del Fiscal de reapertura del sobreseimiento provisional, luego de haber surgido nuevos elementos de prueba sobre la participación del imputado. El Juez de Paz deniega dicha reapertura y como consecuencia decreta el archivo del proceso, pues, ya no puede dictar otro sobreseimiento provisional (Arts. 250 y 310 CPP); es de esta última decisión, que puede ser impugnada a través del control previsto en el artículo 257.3 CPP.

258

DISCONFORMIDAD

Cuando el fiscal solicite desestimación, sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad, el juez que no esté de acuerdo con dichas medidas remitirá el procedimiento por resolución fundada al fiscal superior, quien dictaminará sobre el requerimiento fiscal dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución.

980 El fiscal superior podrá ratificar lo realizado por el fiscal inferior o formular un nuevo requerimiento. Si éste es ratificado, el juez resolverá en el sentido solicitado por la Fiscalía General de la República; en caso contrario, decretará lo que corresponda según el nuevo requerimiento.

En este caso, no registrá lo previsto en el inciso tercero del artículo anterior.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 247, 249, 308, 309, 399

II. COMENTARIO

A la Fiscalía General de la República (FGR) corresponde el monopolio del ejercicio de la acción penal, que promueve a través del requerimiento fiscal. Obviamente, el juez resuelve sobre el contenido del requerimiento con libertad de criterio, pues no está vinculado a lo solicitado por la FGR. No obstante, en los siguientes tres supuestos el juez de paz no puede apartarse de lo solicitado por la FGR más que promoviendo la disconformidad ante el superior del fiscal encargado del caso: desestimación, sobreseimiento o aplicación de algún criterio de oportunidad. En caso de discrepancia, el juez de paz, de acuerdo con el principio “ne procedat iudex ex officio”, no puede ordenar la instrucción, pero tampoco está obligado a acordar, sin más, lo solicitado por el fiscal si está en desacuerdo. En efecto, en caso de desacuerdo el juez debe remitir el procedimiento al superior fiscal mediante resolución motivada, en la que expondrá las

razones por las que considera que no es procedente la medida solicitada. El fiscal superior habrá de resolver en el plazo de tres días contados a partir del momento en que se le notifica la resolución. Si el fiscal ratifica la medida solicitada por el fiscal del caso, el juez está obligado a resolver en los términos solicitados por la FGR. Si, por el contrario, el fiscal superior no ratifica la decisión del fiscal del caso, éste deberá formular un nuevo requerimiento y el juez resolverá lo que corresponda de acuerdo con la nueva solicitud.

Lo que evidencia esta disposición es el respeto al acusatorio como un principio fundamental del proceso que sintoniza con una perfecta división de funciones en el proceso penal.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La decisión de plantear la disconformidad con lo pedido por el Fiscal en el requerimiento, debe adoptarla el Juez de Paz luego de escuchar a las partes o en su caso después de recibir la indagatoria al imputado, en audiencia inicial. La razón es sencilla: el Fiscal tiene derecho a fundamentar su requerimiento en la audiencia inicial e igualmente la defensa de hacer sus alegaciones; el Juez no puede hacerlo solo, debe dar cobertura a los principios que rigen el proceso, con lo que evitará cualquier arbitrariedad; a no ser que se encuentre en el caso previsto en el artículo 254.5 CPP. Si el Fiscal superior ratifica lo solicitado por el Fiscal del caso, al Juez de Paz, no le queda otra alternativa que resolver en el sentido solicitado por la Fiscalía, sin necesidad de convocar a una audiencia, por la carencia de razones a discutirse en ella. Si formula nuevo requerimiento, necesariamente tiene que convocarse a una nueva audiencia inicial, en la que se discutan las pretensiones del fiscal y de la defensa.

981

Genera polémica, la decisión del Tribunal de Segunda Instancia, que vía recurso de Apelación controla la Desestimación o el Sobreseimiento Definitivo, dictado luego de seguirse el trámite de la Disconformidad (Arts. 257.1 y 258 CPP). Algunos casos sometidos judicialmente mediante la vía impugnativa, han modificado las decisiones de los tribunales inferiores, ordenando en alguno de ellos la Instrucción del proceso, al amparo que la reiteración de la pretensión fiscal ante el trámite de la disconformidad sólo vincula a los Jueces de Paz e Instrucción (caso en que considere que procede la apertura a juicio y el fiscal no acusa), Art. 258 y 321 CPP.

CAPÍTULO V

DECLARACIÓN INDAGATORIA

259

ADVERTENCIAS PRELIMINARES

Antes de comenzar la declaración, se comunicará detalladamente y de un modo comprensible al imputado el hecho que se le atribuye en el requerimiento fiscal en su caso, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzguen aplicables.

982

Se le advertirá también que podrá abstenerse de declarar y que esa decisión no será utilizada en su perjuicio, que es obligatoria la presencia de su defensor y que podrá consultarlo, antes de comenzar la declaración sobre el hecho, o durante ella. En este caso, si no está presente, se dará aviso inmediato al defensor por cualquier medio, y si no concurre, se solicitará inmediatamente a un defensor público para que cumpla su función en ese acto.

También será obligatorio informarle que podrá requerir la práctica de medios de prueba, efectuar los descargos que considere convenientes y dictar su declaración.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 13
- CADH, 8 (garantías judiciales)
- PIDCP, 14 (garantías mínimas)
- CPP, 4 y 5 (presunción de inocencia), 6 (privación de libertad), 8 (calidad de imputado), 9, 10, 107 a 114 (defensa material y técnica), 11 (intérprete), 14 (igualdad), 18 (generalidad), 88, 246, 260, 211 a 215, 314.1 y 362.1 (identificación), 89 y 90 (enfermedad mental), 91 a 94 (rebeldía), 222 (confesión extrajudicial), 223, final, y 224.4 y 6 (nulidad detención), 241.9 a 243 (detención policial), 254, (desarrollo de la audiencia inicial), 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 319 (desarrollo de la audiencia preliminar), 338 y 340 a 342 y 353, último inciso, (declaración en audiencias, por analogía, y facultades)

- LMI, 2 (ámbito de aplicación), 5 (derechos y garantías fundamentales), 26 (comprobación de la edad)

II. COMENTARIO

A) El imputado y sus derechos

El título I del libro segundo del Código Procesal Penal, dedicado a la fase de instrucción del procedimiento común, presta particular atención, como no podía ser menos, al tratamiento procesal del imputado, es decir, de la persona señalada ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho delictivo (art. 8 CPP).

El referido señalamiento convierte a la persona sobre quien recae en parte pasiva y necesaria del proceso, adquiriendo en cuanto tal los derechos y facultades que relacionamos en la letra h) del comentario al art. 8 del Código, comentario en el que también se analizan las cuestiones esenciales de la imputación delictiva -concepto, naturaleza, función, nacimiento, capacidad y legitimación- así como las particularidades que ofrece la imputación de los menores de edad, de los incapaces (art. 89 y 90) y de las personas con privilegios procesales.

983

Por otra parte, en los comentarios a los arts. 9 y 10 se analiza el derecho de defensa, material y técnica, y en el art. 87 se pone el énfasis en los derechos del imputado en el momento de su detención, así como en el correlativo deber de las autoridades administrativas y judiciales de velar por los citados derechos.

B) Concepto y naturaleza jurídica de la declaración del indagatoria

La declaración del imputado, según el momento procesal en que tenga lugar, tiene el carácter de ser un acto de investigación o un medio de prueba, siendo siempre un medio de defensa por el que la persona señalada como autor o partícipe de un hecho punible comparece ante la autoridad correspondiente para dar explicaciones sobre los motivos de inculpación que se dirigen contra ella.

El imputado, en efecto, puede declarar ante la policía (art. 241 y 242) o la Fiscalía General de la República (arts. 84 y 85), pudiendo valorarse como prueba la confesión del mismo de haber participado en el hecho delictivo rendida, con determinados requisitos, ante las citadas autoridades administrativas (art. 222 CPP).

Antes de que se dicte el auto de instrucción, resulta preceptivo, si fuera posible, que el Juez de Paz reciba en la audiencia inicial la declaración indagatoria del imputado, siendo ésta la primera declaración que se toma judicialmente al mismo, con la finalidad primordial de oír sus explicaciones sobre el señalamiento delictivo de que es objeto,

brindándole la oportunidad “de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre él mismo pesa” (GÓMEZ ORBANEJA).

Durante la vista pública, por último, la declaración del imputado (art. 340 a 342 y 372 CPP) se configura como un medio de defensa, pero también como un medio de prueba con capacidad, junto a otras evidencias, para enervar su derecho a la presunción de inocencia, estando previsto que tenga valor de prueba anticipada la lectura del acta de las declaraciones de los coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo (art. 330.3 CPP).

La diferencia de las declaraciones del imputado con las declaraciones testificales o periciales derivan del distinto estatuto jurídico del imputado respecto de los peritos y testigos: el imputado, al contrario que aquellos, no tiene obligación de declarar ni de decir verdad, debiendo ser informado de los hechos de que se le acusan, participar personalmente en las diligencias de investigación y ser asistido por un abogado defensor.

Sobre la naturaleza de la declaración del imputado, LÓPEZ ORTEGA explica que aunque, “actualmente, la función que se asigna a la declaración del imputado es la de contribuir a su propia defensa, es preciso reconocer que en la legislación procesal todavía predomina su consideración como medio de investigación, lo que se viene a demostrar por las facilidades que se conceden para hacer valer como pruebas las declaraciones realizadas por el imputado durante la investigación, otorgándoles ilimitadamente la consideración de prueba preconstituida. En este sentido, se establece que si el imputado se abstuviese de declarar en el juicio oral, o incurriese en contradicciones respecto a las declaraciones anteriores, podrá ordenarse su lectura y, luego de escuchar las explicaciones del imputado, el tribunal valorará la preferencia de las declaraciones (art. 340 CPP)...”.

984

C) Normas reguladoras

La declaración indagatoria está regulada específicamente en los arts. 259 a 264 y el art. 269 CPP. Ahora bien, dado que para la audiencia inicial y preliminar rigen las reglas de la vista pública (arts. 255 y 319, inciso 4º. CPP), también serán de aplicación para la declaración indagatoria, en lo que resulte pertinente, los arts. 340 a 344 CPP, que regulan la declaración del imputado durante el juicio plenario. A dichos preceptos realiza también una expresa remisión el art. 264 CPP.

La aplicación a la declaración indagatoria de las reglas de la vista pública tiene la consecuencia de que será posible ampliar la acusación (art. 343 CPP) durante la celebración de la audiencia inicial y preliminar, así como efectuar de oficio por el juez de paz o de instrucción un cambio en la calificación jurídica de los hechos (art. 344), incluyendo los preceptos que se refieren solo a la pena, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada (art. 359). Ambas situaciones darán lugar a una ampliación

de la declaración indagatoria sobre las nuevas modificaciones habidas, pudiendo las partes solicitar la suspensión de la audiencia por exigencia del derecho de defensa.

D) Requisitos de lugar, tiempo y forma

La declaración indagatoria, cuando el imputado no se encuentre en rebeldía, ha de tener lugar durante la audiencia inicial, debiendo procederse a la oportuna citación intimatoria del mismo, si no está detenido, o a ordenar su traslado a la sede del tribunal para celebrar la audiencia, si lo está (art. 254 CPP). Por consiguiente, el plazo para tomar la declaración indagatoria será el mismo establecido para la celebración de la audiencia inicial, o lo que es lo mismo: 1) Cuando el imputado se halle detenido y el fiscal estime que debe continuar en ese estado, dentro del término de inquirir, que es de 72 horas como máximo; y 2) Si no se ha ordenado la detención del imputado o el fiscal no solicita la continuación de la detención, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción del requerimiento fiscal (art. 254 CPP).

La declaración indagatoria puede efectuarse o repetirse ante el juez de instrucción, en la audiencia preliminar o en una audiencia específica convocada al efecto (art. 269 CPP), bien porque no fue posible realizarla antes, bien porque sea necesario ampliar la efectuada con anterioridad. Dicha ampliación se deja, unas veces, a la libre voluntad del imputado, teniendo en otras ocasiones carácter preceptivo (arts. 343, 344 y 359). El tiempo de su realización no está señalado en la ley, pero la declaración debe recibirse inmediatamente de expresar el imputado su voluntad de declarar.

985

El acto ha de celebrarse normalmente en la sede del juzgado correspondiente, pero cabe la posibilidad de que la declaración se tome en el lugar en que sucedieron los hechos y ante las personas y objetos con ellos relacionados, pudiendo ir acompañada la declaración con el reconocimiento de personas y objetos, en la forma establecida en los arts. 211 a 217 CPP.

En cuanto a la forma de realizar la declaración indagatoria, el imputado está dispensado de prestar juramento o promesa de decir verdad, no pudiendo emplearse contra él ningún tipo de coacción física o moral (art. 262). Incluso no está permitido que el juez exhorte al imputado a decir verdad, porque el art. 262 prohíbe efectuar al mismo “reconvenciones tendientes a obtener su confesión”.

E) Esquema del procedimiento de la declaración indagatoria

Con el fin de facilitar una visión de conjunto de la declaración indagatoria, se refleja a continuación un esquema cronológico del procedimiento aplicable a la misma:

1. Información al imputado (art. 259)

1.1. Sobre la pretensión penal y civil que se dirige contra él:

- Hecho que se le atribuye en el requerimiento fiscal
- Circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo las que sean importantes para la calificación jurídica
- Resumen de los elementos de prueba
- Disposiciones penales aplicables

1.2. Sobre el contenido esencial de su derecho de defensa:

- Derecho a no declarar, estando prohibida la prestación de juramento o promesa de decir verdad. Deberá advertirse al imputado que la decisión de no declarar no será utilizada en su perjuicio
- Derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor privado de su propia elección, debiendo procederse al nombramiento de un defensor público si no se personase aquel
- Derecho a comunicarse permanentemente con su defensor (consultarse mutuamente), por lo que se ubicarán uno al lado del otro
- Derecho a requerir la práctica de diligencias de prueba
- Derecho a realizar descargos
- Derecho a dictar su declaración

986

2. Interrogatorio de identificación (art. 260)

- 2.1. El juez indaga la identidad del imputado preguntándole nombre, apellido, u otro dato que permita identificarlo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su tutela

3. Declaración sobre los hechos (art. 261)
 - 3.1. Declaración sin interrupción del imputado, quien podrá proponer en su descargo las diligencias de investigación que considere oportunas
 - 3.2. Interrogatorio del imputado por las partes, con la venia del juez, por el siguiente orden: fiscal, querellante y defensor
 - 3.3. Interrogatorio por el propio juez
 - 3.4. Derecho a la última palabra
 - 3.5. Métodos prohibidos de investigación (art. 262 y 263, inciso 2º.)
 - 3.6. Preguntas y respuestas (art. 263, inciso 1º.)
4. Formalización del acta
 - 4.1. Negativa a declarar: se refleja en acta
 - 4.2. Decisión de declarar: el contenido de la declaración se reflejará en un acta independiente que reproducirá lo más fielmente posible la declaración. Pueden utilizarse diversos medios de grabación de la misma, adoptándose en tal supuesto medidas oportunas para garantizar la custodia y protección de los soportes de grabación
 - 4.3. Objeciones y protestas, que se harán constar en acta

987

F) Información sobre la imputación y lectura de derechos

Como puede observarse en el anterior esquema, la forma o desarrollo procedimental de la declaración indagatoria pasa por tres actividades esenciales: la información al imputado de sus derechos por el juez de paz o de instrucción (art. 259 CPP); el llamado interrogatorio de identificación, al que se refiere el art. 260, y la declaración propiamente dicha, a la que va unida la facultad de las partes de interrogar al imputado (art. 261), facultad que está condicionada a la libre aceptación, total o parcial, del interrogatorio por el imputado.

En cuanto a la lectura de derechos, de lo establecido en el art. 259 se infiere que el Juez, puesto de pie el imputado, e identificándolo por su nombre, procederá a hacerle las advertencias y explicaciones sobre los derechos que le asisten durante el desarrollo de la audiencia y sobre el sentido de la misma, pidiéndole que preste atención a su

desarrollo. Se debe cerciorar que las entiende y no debe olvidar, en ningún caso, dar a conocer al imputado en forma sencilla y comprensible la siguiente información:

- Que la razón de su presencia para celebrar el acto de que se trata se debe a que se le acusa de un determinado delito, debiendo el juez explicar de manera sencilla las características y posibles consecuencias del mismo, así como describir someramente los elementos de prueba que haya en su contra.

Se trata de hacer al imputado un resumen sencillo y comprensible del requerimiento fiscal y, en su caso, del escrito de querella, por lo que podrá servir de guión de la explicación del juez al imputado los sucesivos apartados del requerimiento fiscal y de la querella establecidos, respectivamente, en los arts. 247 y 96 CPP.

El art. 259 que comentamos se refiere a ello estableciendo que antes de comenzar la declaración, se comunicará detalladamente y de un modo comprensible al imputado el hecho que se le atribuye en el requerimiento fiscal en su caso, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzguen aplicables.

988

- Que se presume inocente y que como tal será tratado en el curso de la audiencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley un juicio oral y público en el que se le aseguren todas las garantías del debido proceso.
- Que la presunción de inocencia trae consigo el que la carga de la prueba corresponda a la parte que lo acusa, sin que, por consiguiente, esté obligado a probar su inocencia (art. 4 CPP).
- Que tiene derecho a no declarar, por lo que su silencio, total o en relación a alguna pregunta concreta, no podrá utilizarse en su contra.
- Que tiene derecho a que no se emplee contra él ningún medio que menoscabe su dignidad, por lo que no podrá ser sometido a ninguna técnica o método que induzca o altere su voluntad.
- Que tiene derecho a gozar de una cierta movilidad durante la audiencia, lo que no será óbice para que el Juez tome las providencias necesarias de vigilancia (art. 87 CPP).

- Que tiene derecho a ser asistido en forma permanente por su defensor y a consultarlo en cualquier momento, aún durante su declaración, para cuyo efecto se le ubicará a su lado (art. 259 inc. 2º., 319 inc. 5º. y 342 CPP).
- Que tiene derecho durante el desarrollo del acto a hacer las declaraciones e intervenciones que considere oportunas, siempre y cuando estén referidas a su defensa y lo haga previa autorización del Juez, sin interrupciones indebidas (art. 342 CPP), y a decir la última palabra, manifestando lo que crea conveniente para su defensa, antes de dar por finalizado el acto.

Al finalizar el trámite de información de derechos, se debe preguntar al imputado si entendió lo que se le ha explicado y si con base a dicho entendimiento desea o no declarar sobre el hecho que se le atribuye.

El imputado que no comprenda correctamente el idioma castellano tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista como auxiliar, en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho, se designará de oficio un traductor o intérprete dentro del mismo plazo establecido en el artículo anterior (art. 11 CPP).

El juez, en el caso de que el imputado decida declarar, ordenará que sean retirados de la sala de audiencia los otros imputados, si los hubiere, y que se tomen las providencias necesarias a fin de conducirlos a un lugar en que puedan permanecer sin menoscabo a su dignidad; posteriormente, se les informará, en forma resumida, de lo sucedido durante su ausencia (arts. 319 inciso 5º. y 341 CPP).

989

260

INTERROGATORIO DE IDENTIFICACIÓN

El juez indagará la identidad del imputado preguntándole su nombre, apellido u otro dato que permita identificarlo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su tutela.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 88 (identidad física del imputado), 96.2 (identificación de personas querelladas), 241.8 (identificación policial), 243.5 (identidad del detenido), 246 (archivo), 247.1 (datos personales en el requerimiento fiscal), 286 (datos personales en citación y orden de detención), 296.1 (identificación en auto medidas cautelares), 311 (identificación en sobreseimiento), 314.1 (datos personales en escrito de acusación), 322.1 (datos personales en auto de apertura del juicio oral), 340 (identificación en el plenario), 357.1 (datos personales en la sentencia), 362.1 (insuficiente identificación como vicio de la sentencia), 363.3 (datos personales en el acta de la vista pública), 380 (escrito solicitando procedimiento abreviado), 391.1 (datos personales en juicio por faltas), 397 (datos personales -en relación art. 314.1- en solicitud para juicio aplicación exclusiva medidas de seguridad), 401 y 403 (auxilio judicial para identificación y reglas del juicio común en delitos de acción privada)
- LMI, 26

II. COMENTARIO**990**

A continuación de la lectura de derechos (art. 259), se iniciará el llamado interrogatorio de identificación, cuya función primordial es la de servir para confirmar los resultados de la actividad previa de determinación de la identidad física del imputado a que se refiere el art. 88 CPP, a cuyo tenor la identificación del imputado “se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar esos datos o los da falsamente, se procederá a la identificación por testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles”.

La trascendencia de una correcta identificación del imputado, decíamos al comentar el art. 88, se manifiesta en el hecho de que la insuficiente identificación del mismo constituye un expreso motivo para la casación (art. 362.1), estableciendo el art. 246 CPP que procede el archivo de las actuaciones por la Fiscalía si en la denuncia no ha sido individualizado el imputado y si después de recibidas todas las pruebas disponibles no ha sido posible atribuir la comisión del hecho investigado a ninguna persona y no existen posibilidades razonables de hacerlo. Ahora bien, cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre sus datos personales no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena (art. 88, inciso 2º. CPP).

Son instrumentos legales al servicio de la identificación del imputado, las diligencias de reconocimiento de personas (artículos 211 a 215 CPP) y una serie de pruebas periciales (artículos 195 a 210 CPP), que abarcan campos tan dispares como el análisis de documentos, el estudio de cabellos, la toma de huellas dactilares o la determinación de la huella genética mediante el análisis del ADN.

Por otra parte, de las respuestas al interrogatorio de identificación se puede lograr, en ocasiones, información importante para construir una prueba de indicios, tanto de cargo como de descargo, así como datos para hacer efectivas determinadas particularidades procesales, como son las referidas a las declaraciones testificales de parientes (art. 186), de personas que tienen el deber del secreto profesional (art. 187) o de imputados con algún tipo de privilegio procesal (antejuicio, diplomáticos).

Una vez identificado el imputado en la forma que expresa el art. 88 CPP, se comprobarán sus datos personales con ocasión de la realización de todo acto procesal en que intervenga personalmente el mismo, tal como puede observarse en los diversos preceptos relacionados en las concordancias al presente artículo.

El imputado está obligado a contestar al interrogatorio de identificación, ya que las respuestas a las preguntas sobre su personalidad no afectan a su derecho a no declarar contra sí mismo.

991

Por lo que afecta a la declaración indagatoria, con el fin de comprobar que la persona que está en presencia judicial es la misma que en su momento fue identificada como imputado, el juez indagará la identidad del imputado preguntándole su nombre, apellido u otro dato que permita identificarlo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su tutela. Si fuera necesario o simplemente conveniente, se tomarán las huellas dactilares del imputado a efectos identificativos.

Por último, particular mención merece la acreditación de la edad del imputado, porque la misma es determinante para la aplicación de la ley penal ordinaria o del régimen especial establecido en la Ley del Menor Infractor y legislación complementaria (art. 17 CP). Al respecto, el art. 26 LMI dispone que la edad del menor se comprobará con la certificación de la partida de nacimiento, pero a falta de ésta, se estimará con base en el dictamen pericial, efectuado por un Médico Forense del Instituto de Medicina Legal, o por dos médicos en ejercicio de su profesión.

261

DECLARACIÓN SOBRE LOS HECHOS

Concluido el interrogatorio de identificación el juez dará oportunidad al imputado a declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna.

Las partes podrán dirigir directamente al imputado las preguntas que estime pertinentes, con la venia del juez, quien también podrá formular las que considere necesarias.

Si el imputado se abstiene de declarar, total o parcialmente, o rehúsa suscribirla, se dejará constancia en el acta.

La declaración indagatoria constará en un acta independiente de la audiencia inicial, que reproduzca lo más fielmente posible las palabras del imputado.

La anterior declaración se podrá hacer constar en cualquier otro medio de grabación; en ese caso, el juez determinará el resguardo conveniente para garantizar su inalterabilidad e individualización futura.

992

Las partes podrán indicar las inobservancias legales y de no ser corregidas inmediatamente, exigir que su protesta conste en el acta. (2)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 13 (garantías)
- CADH, 8 (garantías)
- PIDCP, 14 (garantías)
- CPP, 4 y 5 (presunción de inocencia), 8 (calidad de imputado), 9 , 10, 107 a 114 (defensa material y técnica), 11 (intérprete), 14 (igualdad), 88, 246, 260, 211 a 215, 314.1 y 362.1 (identificación), 89 y 90 (enfermedad mental), 91 a 94 (rebeldía), 222 (confesión extrajudicial), 224.4 y 6 (nulidad de la declaración), 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 338 y 340 a 342 (declaración del imputado en el plenario), 353, último inciso (derecho a la última palabra)
- LMI, 2 (ámbito de aplicación), 5 (derechos y garantías fundamentales), 26 (comprobación de la edad)

II. COMENTARIO

Cumplido por el juez el derecho a la información del imputado (art. 259) y realizado el interrogatorio de identificación (art. 260), comienza la declaración indagatoria propiamente dicha, en el supuesto de que el imputado quiera declarar.

A) El derecho a no declarar y a ser oído

El derecho a no declararse culpable, a abstenerse de declarar y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, está garantizado en el art. 12 de la Constitución de la República, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos más importantes suscritos por El Salvador: arts. 14.1.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el derecho a no declarar radica precisamente “la diferencia más decisiva entre el proceso moderno y el inquisitivo, que empleaba una serie de coacciones directas e indirectas (desde la tortura hasta las penas de falsedad) para arrancar al reo la declaración y la confesión del hecho...” (GÓMEZ ORBANEJA). El respeto al derecho al silencio del imputado trae como lógica consecuencia la prohibición de que durante el interrogatorio se empleen técnicas o métodos que, alterando la libre voluntad del interrogado, le fuercen, física o moralmente, mediante coacción o sugestión, a decir lo que no quiere decir (arts. 87.7, 262 y 263 CPP).

993

El imputado puede hacer, no obstante, un uso discrecional del derecho a no declarar, es decir, puede abstenerse de responder a cualquier pregunta (arts. 12 Inc. 2º. Cn y 87 No. 5 CPP) o contestar a unas sí y a otras no, pudiendo diferir su declaración a cualquier momento del desarrollo de la audiencia.

La otra manifestación del derecho de defensa la constituye el *derecho* del imputado *a ser oído públicamente* y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial. La garantía de audiencia y del debido proceso se establece en los arts. 11 y 12 de la Constitución de la República, art. 14.1 del PIDCP y art. 8.1 CADH.

El contenido mínimo indisponible del derecho de defensa, señala López Ortega, “reposa en la posibilidad, que se reconoce al imputado, de intervenir en todos los actos del procedimiento y expresarse, libremente, sobre cada uno de los elementos de la imputación. Por ello, se incluye, como manifestación específica del derecho de defensa, *el derecho a ser oído*, que también se identifica con el *principio de contradicción o audiencia bilateral* (subrayados míos). En efecto, el derecho a ser oído alcanza su máxima expresión en la audiencia del imputado ante el juez o tribunal. Pero, para que sus manifestaciones representen la realización práctica del derecho a ser oído, la Constitución ha prohibido que se obtengan sin la voluntad expresa de la persona,

estableciendo que las obtenidas de este modo carecen de valor (art. 12.3 Cn). Este es el auténtico significado de la regla “nadie puede ser obligado a acusarse a sí mismo”, que constituye al inculcado en sujeto incoercible del proceso, cuya libertad de decisión siempre ha de ser respetada”.

“Si constituye un principio fundamental e inderogable que el imputado no sea obligado a inculparse a sí mismo”, es claro, continúa afirmando LÓPEZ ORTEGA, “que ha de ser libre para manifestarse o no sobre el contenido de la imputación, sin que pueda admitirse que del ejercicio del derecho a no declarar se derive consecuencia negativa para su titular, de cualquier clase que sea. Por otro lado, si la protección del inculcado frente a la inculpación no se concibe sin la libertad del imputado para prestar declaración, esto necesariamente conlleva que la declaración del imputado haya de ser considerada, principalmente, como un medio de defensa y sólo, secundariamente, como un medio de investigación o prueba”.

B) Declaración e interrogatorio sobre los hechos

Concluido el interrogatorio de identificación (art. 260), el juez dará la palabra al imputado para que manifieste o declare lo que tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para que exprese o indique los medios de prueba cuya práctica considera oportuna.

994

Acto seguido, concederá la palabra al fiscal, al querellante y al defensor, para que interroguen al imputado en la forma que desarrollamos en el comentario al art. 263.

El juez, una vez haya sido interrogado el imputado por las partes, podrá formularle las preguntas que considere oportunas, pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad le impone, que serán menores que para el tribunal encargado del enjuiciamiento.

Por último, el Juez concederá la palabra al imputado para que manifieste, como expresión de su derecho a la última palabra, lo que estime conveniente en su defensa.

C) Formalización de la declaración indagatoria

La declaración indagatoria, ordena el inciso 4º. del precepto comentado, “constará en un acta independiente de la audiencia inicial”. Y dado que es posible tomarla en la audiencia preliminar, también deberá constar en un acta independiente de la misma cuando así suceda.

La razón de ello es puramente de orden o procedimental, por lo que el incumplimiento de dicha exigencia no debe tener mayores consecuencias siempre se hayan respetado las normas sustanciales que rigen el acto. La importancia que en la

práctica judicial tiene el acto de la declaración indagatoria explica que se quiera hacer de la misma un acto especialmente solemne con una constancia documental independiente.

El acta de la declaración será redactada por el secretario judicial y carecerá de valor sin su firma (art. 123). Contendrá la fecha, el nombre y apellidos de los intervinientes y la calidad en que intervinieron (art. 124). Deberá expresar, siempre que así hubiese sucedido, la información dada por el juez al imputado sobre el contenido de la acusación y sobre los derechos que le asisten, las respuestas al interrogatorio de identificación, y el contenido de la declaración sobre los hechos del imputado y de las preguntas y respuestas en que consistió el interrogatorio, por las partes y las manifestaciones del imputado en uso de su derecho a la última palabra.

Si existen protestas de inobservancias legales, se indicarán en el acta con la resolución judicial a las mismas, ya que cuando el precepto legal que se invoque como inobservado erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de nulidad no subsanable, cuando se trata de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado.

Por último, el acta de la declaración indagatoria puede tener el valor de prueba anticipada cuando uno de los coimputados se encuentre en rebeldía o ya sentenciado y no asista a la celebración del juicio oral, en cuyo caso podrá incorporarse al juicio por su lectura, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación, según establece el art. 330.3) CPP.

995

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Lo dicho es muy claro y a la vez amplio, que permite a todos los sujetos desempeñar su rol sin equívocos al momento de actuar en la declaración indagatoria. Sólo queda añadir algunos aspectos de índole práctico, que de alguna manera han dificultado la realización de este acto. El primero es si el interrogatorio de identificación (Art. 260 CPP) debe hacerse siempre, declare o no el imputado sobre los hechos o si al decir que se abstendrá de declarar implica que no puede preguntársele sobre sus datos de identidad. Como se comentó, el Juez debe hacer este interrogatorio al imputado con independencia a que declare sobre los hechos, con el cual logra establecer que la persona que está ante su presencia es la misma contra quien se ha incoado la acción penal, lo que evitaría equívocos judiciales. Otro fin importante que se persigue con este interrogatorio, es acreditar la edad del sujeto imputado, lo cual provocaría la incompetencia del Juez ordinario en caso de ser menor de edad el procesado. Pero el fin más importante es conocer las condiciones de vida del imputado, su arraigo familiar, domiciliario, laboral o de otra índole, que permitan justificar la adopción de una medida cautelar. Los datos que brinde pueden ser comparados con los que constan en la

investigación, que en caso de existir total coincidencia, sirven para motivar una medida distinta de la detención provisional, lo cual obviamente debe fundamentarse, tomando en cuenta todos los elementos de cargo y de descargo y los requisitos o razones en que se basa el Juez para pronunciarse dictando medidas cautelares distintas.

Cuando el imputado, luego de las explicaciones pertinentes del Juez, decide no declarar sobre los hechos, el interrogatorio de identificación puede constar en la misma acta de la audiencia inicial, debido a que en estricto sentido no forma parte de la declaración del imputado. Ésta se produce luego de concluido el interrogatorio de identificación, comenzando por la declaración voluntaria y espontánea del imputado sobre los hechos. Lo que se recomienda, es que en el acta de audiencia inicial o preliminar, se haga constar el interrogatorio de identificación y la negativa del imputado a declarar sobre los hechos (declaración indagatoria). Si el imputado decide declarar sobre los hechos, el interrogatorio de identificación y su declaración indagatoria deben constar en un acta aparte de la audiencia inicial, en la que además se debe dejar constancia de todas las explicaciones que hace el Juez antes de proceder a recibir su declaración.

996 En el acta de declaración indagatoria, deben reproducirse lo más fielmente posible las palabras del imputado, pero ello no impide que en ella conste el interrogatorio al que tienen derecho realizarle al imputado las partes. Es de mucha utilidad que las preguntas consten en el acta, pues, sirven para que la declaración sea más inteligible. Además, a partir de la pregunta la otra parte puede oponerse objetándola, debiendo el juez rechazarla o admitirla y por tratarse de una decisión, es necesario hacer constar los fundamentos de su adopción. Éstos pueden ser controlados a través del recurso de revocatoria o *a posteriori*. Incluir las preguntas de las partes y del Juez, no afecta en nada la validez del contenido de la declaración, más bien sirve para que ésta se comprenda mejor.

262

MÉTODOS PROHIBIDOS PARA LA DECLARACIÓN

En ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza, o se utilizará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión.

Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u

otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12
- CPP, 15, 162 y 224.6 (legalidad de la prueba); 9 y 87 (derechos del imputado); 191 (testigo sospechoso), 261 y 263 (forma de la declaración indagatoria); 167 (intervenciones corporales); 207 (cotejo de documentos)
- CP, 297 (delito de tortura), 320 (actos arbitrarios)
- Convención contra la tortura
- DUDH, 5
- PIDCP, 7
- CADH, 5

II. COMENTARIO

a) El derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo

Como una consecuencia lógica del derecho de defensa, se destaca el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo ni a ser obligado a ello, del que derivan el establecimiento de determinados “métodos prohibidos en la declaración” (art. 262) y la disposición constitucional (art. 12 Cn) de que “las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor”. Dicho mandato constitucional, a nivel de ley secundaria, se desarrolla en los arts. 15, 162 y 224.6 CPP, que textualmente disponen lo siguiente:

- No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito (art. 15, inciso 2º.).
- Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República (art. 162, inciso 1º.).
- El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código (art. 224.6). En tal caso, se invalidará el acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción y las que sean conexas con estos (art. 224, último inciso).

Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, afirma la STC 197/95, son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que “se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” (f. jur. 6º.).

b) Prohibición genérica de métodos que induzcan u obliguen a la declaración

El art. 262, complementario de los arts. 261 y 263, que regulan la forma del interrogatorio del imputado durante la declaración indagatoria, viene a concretizar, con una cláusula general de prohibición y otras prohibiciones específicas (juramento, tortura, engaño, psicofármacos, polígrafo...), la norma constitucional y legal que garantiza la libre declaración del imputado. Las prescripciones que contiene el citado precepto rigen para la declaración indagatoria y para cualquier otra declaración del imputado (art. 264), así como para las declaraciones de quienes en calidad de testigo o perito intervengan en el proceso penal, con la excepción, respecto a determinados testigos, de poder formularles preguntas sugestivas (art. 348 CPP).

998 La cláusula general de prohibición establece el mandato de no utilizar contra el imputado medio alguno tendente a *obligarlo, inducirlo o determinarlo* a declarar contra su voluntad, ni “medida que menoscabe su libertad de decisión, su memoria o capacidad de comprensión de sus actos...” Se afirma en el precepto que ni tan siquiera se harán al imputado “cargos o reconvenciones” tendentes a obtener su confesión, expresión ésta, la de reconvención, que parece incluso dirigida a evitar la simple exhortación del juez al imputado para que sea veraz en su declaración. No obstante, sería adecuado advertir al imputado que, si decide declarar sobre los hechos, cualquier manifestación que haga podría utilizarse en su contra (por ej. la coartada falsa).

c) Prohibición de juramento o promesa

La primera prohibición específica que menciona el precepto es la referida al juramento o promesa. Al respecto, el interrogatorio del imputado ha de llevarse a cabo sin que aquel preste juramento o promesa de decir verdad, dispensa que alcanza incluso a los llamados a declarar como testigos “que en el primer momento de la declaración aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo” (art. 191, final del inciso 1º. CPP). Establecer la indicada obligación constituiría una coacción moral e incluso, en determinadas legislaciones, llevaría consigo la amenaza penal de incurrir en el delito de perjuicio.

d) Los malos tratos y la tortura

En el concepto genérico de malos tratos y tortura, pueden incluirse también las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales y los tratos inhumanos y degradantes, acciones todas ellas mencionadas de manera enunciativa en el inciso 2º. del art. 262 CPP.

Los malos tratos y la tortura son términos conceptualmente muy próximos, que se suelen diferenciar por el carácter más intenso y premeditado que tiene la tortura respecto de aquellos. La intensidad se explica por el uso de técnicas sofisticadas para provocar dolores o sufrimientos graves. La premeditación, porque con la tortura se persigue obtener la confesión del imputado e informaciones útiles para la investigación criminal.

La Convención contra la Tortura y Otros Malos Tratos o Penas Cruelles Inhumanas y Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, define la tortura como: “Todo acto por el cual se infiera intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, inflingidos por funcionarios públicos o personas en el ejercicio de sus funciones públicas, con el fin de obtener de ella o de un tercero una información o confesión, de castigarlo por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, de intimidar o coaccionar a una persona o a otras o por cualquier otra razón basada en algún tipo de discriminación. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstos”.

999

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su art. 5 que “nadie será sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 contiene la misma prohibición, añadiendo que nadie será sometido en su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. En el mismo sentido se pronuncia el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, entre otras determinaciones, declara el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad manifiesta solemnemente el texto de la Declaración será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Los medios que desgraciadamente se han utilizado para causar dolor físico son innumerables, destacando entre ellos, según la explicación del médico forense español PORTERO LAZCANO (CGPJ; Cuadernos de Derecho Judicial, Medicina Legal, 1993, p.47 y ss.), las violencias traumáticas sobre cualquier región del cuerpo, que provocan equinosis, hematomas, erosiones, etc., siendo frecuente la utilización de técnicas (toallas, paños,...) para reducir los efectos visibles de las lesiones; las quemaduras de diferentes grados, que pueden causarse por la llamada picana eléctrica, aunque no necesariamente; las alopesias circunstanciales por tirones del cabello; la inmersión de

la cabeza en aguas sucias (“bañera”) o en una bolsa de plástico; el mantenimiento de la postura de bipedestación por largos períodos de tiempo o la práctica continuada de flexiones; la privación sensorial del detenido, manteniéndolo continuamente con luz artificial, para provocar desorientación temporal e incluso espacial, hasta el extremo de ignorar si es de día o de noche, ni en que día de la semana o del mes vive.

Con estas prácticas, resume PORTERO LAZCANO, “se consigue crear en el detenido un cuadro polimorfo que se caracteriza por el cansancio, miedo, desorientación halo y autopsíquica, disminución del nivel de conciencia, fenómenos patológicos en la esfera preceptiva. Esto conduce al sujeto a estados confusionales y de despersonalización con pérdida del gobierno del yo... A medio plazo, estas prácticas pueden determinar en los detenidos trastornos en el carácter, cuadros de carácter depresivo, actitudes paranoides con manifestaciones de recelo y desconfianza e hipervigilancia. A veces se producen auténticos desarrollos delirantes”.

Obviamente, declaraciones de autoinculpación o de inculpación de otros conseguidas de esa manera no tienen valor alguno, entre otras razones porque con la tortura se puede lograr que el imputado admita haber cometido hechos que no ha cometido.

1000 Evidentemente, existen medios para lograr disimular los malos tratos a los detenidos, quedando a la postre confrontada, en caso de alegarse la existencia de malos tratos o torturas sin signo corporal alguno, las declaraciones negatorias de la policía con las afirmativas del imputado.

En todo caso, es muy importante que en el supuesto de detenidos por delitos muy graves se tome la precaución de que el médico forense reconozca diariamente a aquella, para prevenir o detectar actos inadmisibles atentatorios contra la dignidad de las personas.

e) Las amenazas y el engaño

Mediante las amenazas se pretende conseguir la confesión o colaboración del imputado con el anuncio, si no colabora, de producir, en él o en sus familiares, un daño en sus personas, libertad, libertad sexual, honor o patrimonio. Las prácticas policiales más frecuentes en algunos países han consistido en las amenazas de muerte o violación, proferidas respecto de la esposa e hijas del detenido.

En cuanto al engaño, pueden mencionarse la práctica de efectuar al imputado promesas legalmente incumplibles si confiesa su participación en los hechos, así como la realización del interrogatorio mediante preguntas capciosas y sugestivas, o exigiendo respuestas rápidas y perentorias (ver art. 263).

Aunque el art. 262 se está refiriendo al uso del engaño durante la declaración indagatoria y, por extensión, durante cualquier otra declaración del imputado ante la Policía o la Fiscalía, conviene mencionar aquí la reforma efectuada en el art. 15 CPP por DL 487/2001, de 18 de julio, referida al uso del engaño por los agentes encubiertos de la PNC. Señala al respecto el inciso 5º. del mencionado precepto, a cuyo comentario nos remitimos, que tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República.

f) La administración de psicofármacos o sueros de la verdad y la hipnosis

El llamado narcoanálisis persigue, mediante la administración al sospechoso o imputado de sustancias tales como el pentothal sódico o similares, penetrar, como dice SEOANE SPIEGELBERG, “en el subconsciente de una persona (...), y bajo la influencia de tal sustancia, recibir la declaración, partiéndose de la base de que en tal estado de somnolencia o sueño crepuscular el sujeto verborrérico y desinhibido de sus controles y resortes internos es incapaz de mentir”.

El mismo efecto produce la hipnosis, que se logra mediante técnicas psicológicas, es decir, sin la utilización de sustancias farmacológicas o químicas tendentes a producir fenómenos alucinatorios y a reducir el nivel de conciencia.

1001

Aunque el tema se sometió a intenso debate hace varias décadas, en la actualidad, la doctrina científica, la legislación y la jurisprudencia de la mayoría de los países rechazan el uso del narcoanálisis y de la hipnosis como métodos legítimos de investigación, ya que los mismos dan lugar a una falta de control psicológico y fisiológico de la persona sometida al mismo, lo que supone una clara vulneración del derecho a no declarar. Además, existe la posibilidad de que el imputado inconscientemente relate aspectos de su vida íntima no relacionados con el objeto de la investigación; y se pone en peligro la salud e integridad física de la persona en cuestión, porque son posibles determinadas complicaciones, como los laringoespasmos, que pueden causar la muerte.

g) El uso del polígrafo

El polígrafo es un instrumento técnico, compuesto de cinco módulos, con el que se pretende registrar, previa la instalación de sensores en determinadas partes del cuerpo de una persona (tórax, abdomen, dedos anular e índice de la mano izquierda y brazo derecho), las distintas reacciones sicofisiológicas de la misma, mientras está siendo sometida a un interrogatorio sobre un determinado hecho delictivo. Dichas reacciones se refieren a la respiración (neumógrafos), al llamado reflejo galvánico de la piel (G.S.R.), a la presión sanguínea y a las pulsaciones (cardiógrafo).

Las reacciones psicofisiológicas se van grabando en un papel que es impulsado mecánicamente mientras la persona sometida a la prueba es interrogada. El correspondiente diagrama o dibujo resultante es posteriormente analizado por un experto, quien deberá poner el énfasis en la intensidad y duración de cada reacción frente a las preguntas claves del cuestionario.

El funcionamiento del polígrafo o “máquina de la verdad” parte de la idea experimental de que la persona sometida al mismo puede disimular al mentir su expresión verbal y facial, pero no controlar los efectos fisiológicos que la respuesta no verídica provoca sobre su sistema nervioso autónomo, que quedaría alterado por la influencia de sentimientos de ansiedad o miedo.

La fiabilidad del polígrafo, cualquiera que fuese el resultado, es cuestionable en unos casos, porque existen personas fácilmente influenciables, por su edad, nivel cultural y características emocionales; en otros, porque hay individuos, como los actores de teatro, los psicópatas (no saben distinguir el bien y el mal) y los enfermos mentales, para los que, por una u otra razón, carece de significación alguna el resultado de la prueba.

1002 La prohibición de su utilización en el art. 262 CPP es taxativa, siendo, por consiguiente, inútil preguntarse si, de *lege data*, dicha prohibición podría obviarse con el consentimiento de la persona objeto de la prueba. No obstante, el uso del polígrafo, mediando libre y consciente voluntad del imputado, podría ser aceptada como prueba legal, ya que la técnica en cuestión no parece afectar las facultades intelectivas y volitivas del sometido a la misma.

h) Las intervenciones corporales: análisis de sangre, orina y aire expirado...

El reconocimiento del derecho del imputado a abstenerse de declarar (arts. 12 Cn y 87.5 CPP) y a no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad (art. 87.7 y 262 CPP) no excluye la legitimidad de actos de investigación tales como la extracción de sangre, el examen médico del imputado o test de aliento, imponibles coactivamente mediante la amenaza legal, en determinados supuestos, de que la negativa a colaborar con la policía podría constituir un delito de desobediencia a la autoridad.

Así por ejemplo, por exigencias la de seguridad vial, en muchos países se ha tipificado como delito la conducción de vehículos de motor bajo la influencia del alcohol y las drogas, llegándose a establecer, en el caso de España, un tipo agravado de delito de desobediencia (art. 380 CP español) en el que incurrirá el “conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación” del hecho de conducir un vehículo a motor bajo la

influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

En El Salvador, aunque no está tipificado dicho delito en el Código Penal, los conductores de un vehículo de motor tienen la obligación legal, en ciertas circunstancias, de someterse al control antidopaje, bajo amenaza de sanción administrativa (art. 66 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 170, 176 y 251 de su Reglamento). No se puede, sin embargo, realizar la prueba de alcoholemia utilizando la fuerza física. Tampoco será posible el uso de coacción alguna para conseguir del imputado un cuerpo de escritura con el que realizar un cotejo de documentos o firmas (art. 207, final, CPP).

En la doctrina científica, legislación y jurisprudencia constitucional de muchos países (Alemania, Italia, España, etc...), se está imponiendo la opinión que expresan las siguientes conclusiones: 1) Las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable; 2) Tampoco menoscaban *per se* el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba, porque las referidas pruebas (por aire espirado, extracción de sangre, análisis de orina) no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto; 3) Existe obligación legal de someterse a tales pruebas, aunque sólo cabe una compulsión indirecta (sanciones administrativas o penales) sobre quien se niega a realizarlas; y 4) Dicha obligación encuentra su legitimidad en las funciones de investigación de la policía en caso de comisión de delitos y en la “función de supervisión de la Administración de que las actividades peligrosas lícitas se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento”. El ciudadano, como contrapartida de la creación con su actuar de un riesgo circulatorio, tiene el correlativo deber de soportar y colaborar en las actividades policiales tendentes a comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico.

1003

Por poner un ejemplo del derecho extranjero, la Ley Procesal Penal alemana (StPO) de 7 de enero de 1975, establece en su parágrafo 81 a) que: *“Podrá ordenarse la investigación corporal del inculcado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras ingerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculcado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud. La ordenación corresponderá al Juez, también a la Fiscalía y a sus ayudantes, cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación”*.

Los párrafos 81 b) y c) de la indicada ley permiten la coacción física para tomar las huellas dactilares y fotografías de los detenidos, así como la práctica de extracciones de sangre por un médico sin consentimiento del afectado, cuando “no se temiera desventaja alguna para su salud y la medida fuera imprescindible para el descubrimiento de la verdad”.

El Tribunal Constitucional español ha declarado en sucesivas ocasiones (SSTC 187/1995 y 161/1997, entre otras) que la realización obligatoria de la prueba de detección de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y bebidas alcohólicas no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ni, en sentido más amplio, los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, afirmando que el sometimiento a tales pruebas no equivale a una compulsión al imputado para la aportación de elementos de prueba incriminatoria y que es legítima la compulsión “mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes” (STC 37/1989, fundamento jurídico 8º.), tratándose sin más de una modalidad de pericia.

1004

En definitiva, podríamos concluir afirmando que la obligación de colaboración activa por parte del imputado vulneraría el derecho a no declarar contra sí mismo (cuerpo de escritura para cotejo de letras, art. 217 CP), pero no así la colaboración pasiva, razón por la cual resulta lícita en el proceso la información obtenida mediante la intervención corporal, que exija del imputado una colaboración de esa naturaleza. Así como la imposición legal, aunque no pueda utilizarse la fuerza física para hacerla efectiva, de la obligación de someterse a las pruebas de extracción de sangre, examen médico y test de aliento en la prevención e investigación, por ejemplo, de los delitos imprudentes. No obstante, cuando ya se ha producido el acto formal de imputación, dicha obligación no existe para el imputado, o, si existe, carece de sanción legal.

En el derecho salvadoreño la cuestión está regulada en el art. 167 CPP, a cuyo comentario nos remitimos.

i) Sanciones procesales y penales

La sanción procesal a la obtención de una confesión utilizando los métodos prohibidos que se establecen en el art. 262, u otros de resultado semejante, es la falta de validez de la misma, así como de las pruebas que deriven, en relación de causa a efecto, de la ilícita confesión (art. 224.6 y último inciso, CPP).

La sanción penal se refleja en los arts. 297 y 320 del Código Penal, que tipifican, respectivamente, los delitos de torturas (297) y de realización de actos arbitrarios (art. 320 CP), cometidos por funcionarios o empleados públicos, agente de autoridad o autoridad pública, conceptos que se definen en el art. 39 CP.

El art. 320 CP sanciona con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo, al funcionario o empleado público que en el desempeño de su función realizase, entre otros actos arbitrarios, vejación o atropello contra las personas, usando apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de sus funciones.

De actos arbitrarios, tipificados en el indicado precepto penal, podrían calificarse determinados y posibles malos tratos de la policía a los imputados que sean objeto de detención.

En cuanto al delito de tortura, se establece en el art. 297 que el funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que con ocasión de las funciones de su cargo, sometiere a otra persona a tortura física o psíquica o que teniendo la facultad de evitarlo o impedirla no lo hiciere, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.

263

1005

INTERROGATORIO

Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán exigidas perentoriamente.

Si por la duración del acto se nota signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida, hasta que ellos desaparezcan.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 13 (garantías)
- CADH, 8 (garantías)
- PIDCP, 14 (garantías)
- CPP, 4 y 5 (presunción de inocencia), 8 (calidad de imputado), 9 , 10, 107 a 114 (defensa material y técnica), 11 (intérprete), 14 (igualdad), 88, 246, 260, 211 a 215, 314.1 y 362.1 (identificación), 89 y 90 (enfermedad mental), 91 a 94 (rebeldía), 222 (confesión extrajudicial), 224.4 y 6 (nulidad de la declaración), 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 338 y 340 a 342 (declaración del imputado en el plenario), 353, último inciso (derecho a la última palabra)

- LMI, 2 (ámbito de aplicación), 5 (derechos y garantías fundamentales), 26 (comprobación de la edad)

II. COMENTARIO

El interrogatorio del imputado ha de efectuarse con preguntas claras, precisas y directas, estando prohibidas las preguntas capciosas o sugestivas y las impertinentes e inútiles, así como la perentoriedad en las respuestas.

Por pregunta capciosa, se entiende la que expresa engaño, fraude, trampa, falacia, sofisma. Sería capciosa la siguiente pregunta: ¿Desde cuando ha dejado de pegar a su mujer? La pregunta sugestiva es aquella que sugiere o hace entrar en el ánimo del imputado una idea, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole al interrogado caer en ella. En ambos tipos de preguntas, que se parecen mucho entre sí conceptualmente, existe un engaño disimulado para lograr que el interpelado responda como conviene al que pregunta.

1006

Tampoco deben permitirse las preguntas complejas, como las del siguiente tenor: ¿Dónde ocultó las pruebas?, ¿Qué hizo con el dinero que robó? En muchas ocasiones las preguntas complejas encierran una falacia, presentándose en forma de calificativos que, en cierto modo, predeterminan la respuesta. Si, por ejemplo, estamos enjuiciando un delito de violación, estaría prohibido el siguiente tipo de preguntas referidas a la víctima: ¿Fulana de tal es una promiscua sexual o una mentirosa? En ambos casos, sería necesario dividir la pregunta en dos, una preguntando si es libertina; otra, si es mentirosa.

Las preguntas, por otra parte, han de ser pertinentes, es decir, estar referidas directa o indirectamente al objeto de la averiguación; han de ser *útiles* para el descubrimiento de la verdad y *no perentorias* en su formulación, ya que la exigencia de respuestas perentorias pueden inducir al imputado a decir lo que no quiso decir, siendo además expresión de una modalidad de coacción sutil.

264

REMISIÓN

Las reglas establecidas en este Capítulo regirán también para la declaración indagatoria durante la instrucción y para toda otra declaración del imputado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 84 y 85 (declaración ante la Fiscalía General de la República), 87 (derechos del detenido), 241 y 242 (declaración ante la Policía), 222 (confesión extrajudicial), 269 (declaración indagatoria en la instrucción), 340 a 344 (declaración del imputado en el plenario), 353, último inciso (derecho a la última palabra), 372 (juicio para jurados)

II. COMENTARIO

La declaración del imputado puede realizarse en la audiencia inicial, ante el juez de paz; en la audiencia preliminar o en una audiencia *ad hoc*, ante el juez de instrucción (art. 269), y ante el tribunal de sentencia, conforme a las reglas establecidas en los arts. 340 a 344 del Código.

1007

El régimen jurídico de todas ellas es único, estando configurado, en cuanto a lo sustancial, por los artículos del presente capítulo (arts. 259 a 264), dedicado específicamente a la declaración indagatoria, y por los arts. 340 a 344 reguladores de la declaración del imputado durante el juicio oral, salvo en aquellos aspectos que no resulten de aplicación fuera del ámbito del juicio oral.

De los indicados preceptos se infieren unas normas de actuación que son las que se han tenido en cuenta al comentar los anteriores artículos del Código.

CAPÍTULO VI

INSTRUCCIÓN

265

FINALIDAD

La instrucción tendrá por objeto la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 247 y 256

II. COMENTARIO

1008

Constituyen la instrucción el conjunto de actuaciones encaminadas a adquirir información sobre los hechos que han sido objeto del requerimiento fiscal y cuya finalidad es tanto fundar la acusación del fiscal, preparando la apertura del juicio oral, como la defensa del imputado. De acuerdo con ello, se asigna a la instrucción una función netamente preparatoria e investigadora, cuya finalidad primordial es la realización de actos, bajo el control de la autoridad judicial, encaminados a determinar si existe o no fundamento para el enjuiciamiento del imputado. Sin embargo, hemos de advertir que la instrucción no se limita a desarrollar una actividad investigadora, sino que incluye otros contenidos, también necesarios para decretar la eventual apertura del juicio oral.

De la definición legal se deduce que el fin primordial asignado a la instrucción es la preparación del juicio oral, el cual, por regla general, no se concibe sin la realización previa de la instrucción. Por ello, se dice que la relación entre ambas fases procesales es de medio a fin. Pero esta finalidad, que es propia de la instrucción, no debe confundirnos. La instrucción también cumple su finalidad preparatoria cuando desemboca en el sobreseimiento, evitando juicios innecesarios. Desde esta perspectiva, resulta equivocada la afirmación, por lo demás muy extendida, de que la finalidad de la instrucción es preparar el plenario. En realidad, la instrucción se dirige a constatar los presupuestos de la imputación y cumple su objetivo tanto cuando propicia la apertura del juicio oral, como cuando evita la realización del juicio poniendo fin al proceso.

Configurada la instrucción como una fase del proceso, que se dirige a constatar los presupuestos de la imputación, cumple una función de garantía para el imputado, toda vez que en ella se recolecta toda la información necesaria para constatar y decidir si se dan los presupuestos necesarios para abrir el juicio oral, con la finalidad, inequívocamente garantista, de no imponer al inculpado la carga de soportar un proceso más allá de lo estrictamente necesario. Esta función de garantía para el imputado, también se manifiesta en que durante la instrucción el denunciado, antes de ser formalmente inculpado, adquiere la condición de parte, pudiendo participar en el proceso y, por tanto, con la posibilidad de influir en la decisión que se adopte. Hasta tal punto este aspecto tiene importancia que, en la actualidad, se destaca la configuración de la instrucción como un proceso contradictorio, en el que puede participar activamente el inculpado, evitando cuando sea procedente que se abra el juicio contra él de manera injustificada.

Si de acuerdo con lo expuesto, el fin de la instrucción es verificar los presupuestos de la imputación, resulta lógico afirmar que, en cuanto tal, constituye una fase necesaria de todo proceso penal, pues por completa que haya sido la investigación preliminar, desarrollada por la policía judicial o por el Ministerio fiscal, debe existir una fase preparatoria, a cargo del órgano judicial, en la que se permita intervenir al imputado, al menos para evitar las acusaciones maliciosas o sorpresivas. Sin embargo, siendo esto cierto en lo esencial, también hemos de reconocer que el mismo CPP prescinde de esta fase preparatoria al configurar la mayor parte de los procesos especiales: el Procedimiento Abreviado (art. 380 CPP), que se inspira en el principio de máxima celeridad; el Procedimiento por citación directa previsto para el enjuiciamiento de las faltas (art. 392 y 394 CPP); y el Procedimiento por delito de Acción Privada, en el que se prescinde de una fase previa de investigación oficial (art. 401 CPP).

1009

Aunque en la instrucción predomina la actividad investigadora, dirigida a verificar los presupuestos de la imputación, en la misma se desarrollan otras actividades, asimismo esenciales para garantizar la eficacia del proceso. Piénsese, por ejemplo, en las actividades de aseguramiento, no sólo de las fuentes de prueba sino también de la persona o bienes del sospechoso. Por ello, puede afirmarse que la instrucción se encuentra integrada por actividades diversas, de distinta naturaleza, la mayoría actividades de averiguación de los hechos, pero también actividades de aseguramiento y de decisión sobre la marcha del proceso. Todas ellas son esenciales para que la instrucción cumpla el fin que el legislador le ha asignado: la preparación del juicio oral.

Sustancialmente, cabe distinguir las siguientes: actividades de investigación y de aseguramiento de la prueba; actos de decisión sobre el curso del proceso; medidas cautelares; y autorizaciones judiciales.

A) Actividades de investigación y de aseguramiento de la prueba

Es innegable que en la instrucción tiene lugar una actuación básicamente investigadora, dirigida a la comprobación del hecho y a la averiguación del autor, presupuestos ambos imprescindibles para que se posible ejercitar la pretensión punitiva estatal. Ahora bien, hay que poner de relieve que la actividad investigadora que se desarrolla en la instrucción comprende un conjunto de actos de distinta naturaleza, pues tanto la comprobación del delito como la averiguación del delincuente, siendo en sí mismos actos de investigación, “strictu sensu”, en no pocas ocasiones implican, a la vez, una actividad de preconstitución de prueba.

En principio, no es posible confundir entre actos de investigación y actos de prueba. Los primeros, se desarrollan en la instrucción, y su finalidad se agota en preparar adecuadamente el juicio oral. Los segundos, tienen lugar en el juicio oral, y se dirigen a la fijación definitiva de los hechos en la sentencia penal, es decir, a la formación de la convicción judicial sobre los hechos. Por ello, los actos de investigación sirven para que las partes formulen sus respectivas pretensiones, mientras que los actos de prueba permiten al tribunal fundar su sentencia.

1010 Sin embargo, esta distinción no es tan diáfana como a primera vista parece. La diferenciación entre actos de investigación y actos de prueba se apoya en un principio que es esencial en materia probatoria: el principio de producción de la prueba en el juicio oral, en cuya virtud el tribunal sólo puede formar su convicción, es decir, fundar su sentencia, en las pruebas practicadas en el acto mismo del juicio. Pero, siendo esta la regla general, lo cierto es que se encuentra sujeta a una excepción tan importante como la misma regla: la posibilidad de reconocer, en ciertas condiciones, eficacia probatoria a los actos de investigación que se desarrollan en la instrucción.

El fundamento de esta excepción se encuentra en la fugacidad de ciertos elementos probatorios, que dificulta, si no impide su reproducción ulterior en el juicio oral. En tales casos, se hace necesario asegurar la prueba, practicándola directamente ante el órgano judicial, en condiciones semejantes a como se obtendría en el juicio plenario (anticipos de prueba), o asegurando las fuentes de prueba a través de los actos de preconstitución probatoria (prueba preconstituida).

Se trata de actividades que se desarrollan en la instrucción, pero que se distinguen de los actos de investigación, en sentido estricto, por el valor probatorio que se les asigna, teniendo en cuenta su irrepetibilidad ulterior y la necesidad de que en su obtención se hayan observado determinadas garantías, fundamentalmente, la intervención del órgano judicial y que se instaure el contradictorio, a fin de garantizar que resulten efectivamente respetados los derechos de la defensa.

Así, puede decirse que entre los actos de investigación se incluyen las declaraciones, tanto la declaración del imputado como la declaración de los testigos. Al menos, como regla general, siempre es posible la reproducción ulterior de tales fuentes de conocimiento en el juicio oral.

En cambio, existen otros muchos actos de investigación que incorporan una auténtica actividad de preconstitución de prueba basada en su irreproducibilidad ulterior. Piénsese, sobre todo, en las diligencias de investigación relacionadas con la conservación del cuerpo del delito o la identificación del autor. A ellas se refiere, expresamente, el primer inciso del art. 270 CPP, al contemplar diversos supuestos de actos de investigación irreproducibles en el juicio oral, por las alteraciones que en las fuentes de prueba produce la misma actividad investigadora.

En este supuesto se incluye el resultado de los registros, las pericias, las inspecciones y, en general, todos aquellos actos de investigación que, por su misma “naturaleza y características”, hayan de ser considerados definitivos e irreproducibles. La principal particularidad que presentan, respecto de los otros supuestos de prueba anticipada, es que no se bastan, por sí, para hacer prueba, sino que deberán completarse con otros medios de prueba, como la comparecencia de los peritos, la declaración testifical de los agentes que practicaron el registro y obtuvieron el hallazgo, o el testimonio de quienes realizaron las inspecciones ... etc.

1011

Junto a estas diligencias de investigación, a la vez de averiguación y de preconstitución de prueba, el CPP regula específicamente otras diligencias, cuya realización se rodea de garantías reforzadas. Estas ya no son meras diligencias de investigación, sino auténticos actos de prueba, que se obtienen en la instrucción, como anticipos de prueba, ante la existencia de un riesgo inminente y grave de desaparición, o ante la imposibilidad, equivalente a dificultad extrema, de ser reproducidas en el juicio oral. Con ello, se hace referencia, fundamentalmente, a las declaraciones de los testigos, que si bien, por regla general, pueden obtenerse tanto en la instrucción como en el juicio oral, existen supuestos en los que será precisa su obtención como prueba anticipada, por el peligro inminente de desaparición de la fuente de prueba: testigo que haya de ausentarse del país o testigo gravemente enfermo, cuando existan razones fundadas para temer por su vida o por la pérdida de capacidad.

En estos casos resulta lógico que se rodee la obtención de la prueba de ciertas garantías reforzadas, equivalentes a las que supondría su obtención en el juicio oral, es decir, intervención del órgano judicial, citación de todas las partes para que puedan concurrir a la práctica de la prueba y, en el caso de la obtención de declaraciones, examen contradictorio del declarante.

B) Actos de decisión sobre el curso proceso

Durante el desarrollo de la fase de instrucción, el Juez de Instrucción adopta una serie de decisiones que influyen en la marcha del procedimiento.

Inmediatamente después de recibir las actuaciones, ha de dictar el Auto de Instrucción (art. 266 CPP), ratificando o dejando sin efecto las medidas cautelares, determinando los actos de investigación y de prueba anticipada que habrán de realizarse y fijando el plazo la instrucción, así como la fecha de celebración de la audiencia preliminar.

También ha de resolver sobre las excepciones, que tienden a impedir el desarrollo del proceso, paralizándolo temporalmente o poniendo fin al mismo de forma definitiva. En tal sentido, la regulación legal distingue entre excepciones perentorias y dilatorias. Las primeras, tienen por objeto que se declare extinguida la acción penal y determinan la terminación anticipada del proceso. Las segundas, tienen por objeto permitir el saneamiento del proceso ante la concurrencia de un motivo de nulidad.

1012 En fin, le corresponde realizar el juicio de acusación, resolviendo sobre la apertura del juicio oral o denegándola y, consiguientemente, examinando en el caso concreto si la acusación que se sostiene contra el imputado se encuentra o no desprovista de todo fundamento.

C) Medidas cautelares

No menos importante es la facultad que corresponde al Juez de instrucción de ratificar, revocar, sustituir o imponer medidas cautelares. En concreto, acordar la citación del imputado (art. 286 CPP), la detención provisional (arts. 292 y 293 CPP), el arresto domiciliario (art. 295.1 CPP), el sometimiento a cuidado vigilancia (art. 295.2 CPP) la obligación de presentación periódica (art. 295.3 CPP), la prohibición de abandonar el país, localidad de residencia o espacio fijado por el juez (art. 295.4 CPP), la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares (art. 295.5 CPP) la prestación de caución (art. 295.7 CPP).

Por tanto, puede decirse que la instrucción incluye también una serie de actos, cuya finalidad es asegurar las responsabilidades derivadas del delito, asegurando tanto la persona sospechosa de haberlo cometido como los patrimonios de los responsables. De acuerdo con ello, se distingue entre medidas cautelares personales, que afectan, en mayor o menor medida, a la libertad deambulatoria del inculcado y reales, que limitan el derecho a disponer de su patrimonio.

De todas ellas, la de mayor importancia es la detención provisional, una de cuyas características esenciales es, precisamente, la jurisdiccionalidad, en el sentido de que

sólo los jueces de la república están facultados para ordenarla, según se deduce del art. 285 CPP, al establecer que será impuesta por resolución judicial fundada. Pues bien, si el Juez de Paz debe pronunciarse sobre la detención provisional al concluir la audiencia inicial (art. 256.2 CPP), es al Juez de Instrucción al que corresponde examinar si la medida cautelar decretada debe mantenerse, ratificándola o sustituyéndola por otra de menor gravedad o, si no hubiera sido impuesta, acordarla si lo estima preciso (arts. 266.1 y 320.12 CPP).

Al Juez de Instrucción también le corresponde acordar las medidas cautelares sobre el patrimonio del inculcado o de los terceros responsables. En este sentido, el art. 305 CPP dispone que las medidas cautelares de índole civil serán acordadas por el juez, de acuerdo con la regulación contenida en el Código Procesal Civil.

D) Autorizaciones judiciales

Existe una cuarta clase de actuaciones que se desarrollan en la instrucción, las denominadas autorizaciones judiciales, imprescindibles para realizar determinadas investigaciones que afectan a los derechos fundamentales.

En efecto, la realización de ciertas diligencias de investigación, fundamentalmente las que afectan al ámbito de intimidad constitucionalmente protegido, exige invadir la esfera de los derechos fundamentales y, a causa de ello, para ser llevadas a cabo, necesitan de una autorización judicial previa que habilite la restricción del derecho fundamental.

1013

Tales autorizaciones no constituyen, en sentido estricto, auténticos medios de averiguación, sino medidas instrumentales de las verdaderas diligencias de comprobación, descubrimiento e indagación. Pero lo más importante es resaltar que también respecto de ellas rige el principio de reserva de jurisdicción, en cuanto que sólo el Juez de Instrucción, puede autorizar la injerencia en tales ámbitos constitucionalmente protegidos.

266

AUTO DE INSTRUCCIÓN

Cuando proceda la instrucción, el juez dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones, dictará un auto que contenga:

1) La ratificación de las medidas cautelares de carácter patrimonial y no patrimoniales impuestas, su modificación o la libertad del imputado;

2) La fijación del día y hora de la audiencia preliminar, dentro del plazo máximo establecido para la instrucción;

3) La determinación de las diligencias de investigación que encomienda al fiscal;

4) Los actos de prueba definitivos e irreproducibles cuya realización hayan solicitado las partes o considere necesarios; y,

5) La fijación del día y hora de la declaración indagatoria, si ella no fue prestada durante la audiencia inicial, el imputado así lo ha solicitado o el juez lo considere conveniente. (5)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 265, 267, 269 y 270

II. COMENTARIO

1014 Tras recibir las actuaciones de manos del Juez de Paz, el Juez de Instrucción ha de dictar en el plazo de tres días el Auto de Instrucción, ratificando o dejando sin efecto las medidas cautelares, determinando los actos de investigación y de prueba anticipada que habrán de realizarse y fijando el plazo la instrucción, así como la fecha de celebración de la audiencia preliminar.

Así pues, al Juez de instrucción le corresponde una doble labor: por un lado, dirigir la instrucción, coordinando las actuaciones de la fiscalía, la policía, las partes y las propias autoridades judiciales (art. 267 CPP); por otro, revisar las medidas cautelares adoptadas por el Juez de Paz.

En efecto, le corresponde, en primer término, ratificar o modificar las medidas cautelares adoptadas por el Juez de Paz. Sin embargo, la función revisora encomendada al Juez de Instrucción se agota en este aspecto relacionado con el ejercicio de la coerción estatal, pues la decisión de ordenar la instrucción, que también adopta el Juez de Paz, en modo alguno es revisable, como tampoco lo son, salvo a instancia de la parte agraviada, las decisiones que paralizan temporalmente el proceso: sobreseimiento provisional y archivo.

No obstante, la referencia que se contiene en este mismo precepto a la procedencia de la instrucción, para que surja en el juez la obligación de dictar el Auto de instrucción, puede apoyar la tesis de que el control que en este momento realiza el Juez de Instrucción se extiende a la revisión de la procedencia de la instrucción misma, acordada por el Juez de Paz. No es este el caso. La decisión, corresponde en exclusiva al Juez de Paz, vincula al Juez de Instrucción y éste no tiene otra posibilidad que aceptarla, dictando el

Auto de Instrucción, en el que podrá, únicamente, revisar la procedencia de las medidas cautelares ya adoptadas, a la vista de los antecedentes que le son remitidos.

Otros contenidos que debe incluir esta resolución se refieren al señalamiento de la Audiencia Preliminar y a la citación del imputado para obtener la declaración indagatoria (art. 269 CPP), si no fue prestada en la audiencia inicial.

También le corresponde adoptar determinadas decisiones sobre los actos de averiguación: los actos de prueba definitivos e irreproducibles que habrán de practicarse a instancia de las partes, los que él mismo acuerde de oficio y los actos de investigación, “strictu sensu” que el juez acuerda de oficio y cuya práctica encomienda al fiscal.

Llama la atención que en el sistema del CPP, cuya principal característica es que el juez no es quien investiga, sino que coordina esta actividad que corresponde al Ministerio fiscal, se reconozcan a favor del Juez de Instrucción ciertas facultades para acordar de oficio la realización de diligencias de investigación, encomendando su ejecución al Ministerio fiscal.

Ciertamente, en el nuevo sistema de instrucción instaurado por el CPP, el principio de investigación oficial ha quedado muy mermado y esto es algo que, inevitablemente, tendrá que ser aceptado. El Juez de Instrucción actúa, predominantemente, a excitación de parte, de tal modo que ya no se encuentra comprometido con el resultado de la investigación previa y, por ello, las facultades que se le reconocen para acordar diligencias de investigación deben entenderse limitadas a completar la actividad investigadora desarrollada por las partes, aunque sin pretender sustituirla.

1015

Con ello, se trata fundamentalmente de preservar la imparcialidad del órgano judicial llamado a decidir sobre la apertura del juicio oral que, de otra manera, hemos de reconocer quedaría muy mermada. La Exposición de Motivos de la propia ley es clara, al concebir la etapa de instrucción “bajo criterios modernos de acuerdo a los cuales al juez de instrucción le compete velar por una eficiente coordinación posible entre la policía, los fiscales y el juez, con lo cual el juez recobra su función jurisdiccional y la administración de justicia no se contamina con la investigación del hecho”.

Este planteamiento favorece un nuevo entendimiento del papel del juez en el proceso. Frente a la figura tradicional de un juez instructor, vivamente comprometido en el desarrollo y en el resultado de la actividad investigadora, se propugna la neutralidad como un valor fundamental de la jurisdicción, vinculado a la misma idea de imparcialidad.

Sin embargo, el CPP no acierta a instaurar este nuevo modelo, que en parte se distorsiona al reconocer facultades investigadoras al instructor. Así, si indudablemente se incrementan las facultades investigadoras de las partes, confiando esta función en exclusiva al Ministerio fiscal, el Juez de Instrucción todavía conserva una cierta iniciativa

investigadora que, sin embargo, ha de ser matizada, limitando el uso de esta facultad a completar la actividad investigadora de las partes y, fundamentalmente a propiciar amparo a la defensa, imponiendo al fiscal la realización de aquellas investigaciones que, siendo de interés para la defensa, el fiscal se niega a realizar.

Un entendimiento como el que se propone encuentra cierto apoyo, por una parte, en el art. 265 CPP, que concibe la instrucción como un conjunto de actividades encaminadas no sólo a fundar la acusación del fiscal, sino también a preparar la defensa del imputado; y, por otra, en el art. 267 CPP, que atribuye al juez de instrucción una función esencialmente coordinadora de todos los órganos y partes que intervienen en la instrucción.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Este artículo comienza diciendo “cuando proceda la instrucción, el juez...”, lo cual ha generado algunas dudas, que en la práctica se les resuelve de distinta forma. Algunos Jueces de Instrucción, contrario a lo comentado antes, creen que tienen la facultad para examinar la procedencia de la instrucción vía oficiosa. Otros consideran que el facultado para acordar la Instrucción es el Juez de Paz, de modo que el Juez Instructor simplemente tiene que aceptarla. En realidad, en términos generales el Juez Instructor deberá aceptar la decisión de Juez de Paz que ordena la instrucción del proceso. Sin embargo, pueden existir casos, aunque excepcionales, en que deba examinarse la procedencia de esa decisión del Juez de Paz. Éstos pueden presentarse cuando el Juez de Paz considera que no procede la desestimación, el sobreseimiento y el criterio de oportunidad solicitado por el fiscal, sino que ordena la instrucción, obviando el trámite de la disconformidad (Art. 258 CPP). También puede ocurrir, que el Juez de Paz no resuelva en audiencia la petición de autorizar la conciliación acordada por las partes materiales, la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, el procedimiento abreviado, la revocatoria de la instancia o la conversión de la acción, sin justificación alguna. En estos casos o en otros que no se incluyan, el Juez de Paz no debió ordenar el tránsito del proceso a la etapa instructora sin antes pronunciarse por la procedencia de la salida alternativa solicitada. En definitiva, si fuesen así las cosas, el Juez de Instrucción estará facultado para declarar improcedente la Instrucción acordada por el Juez de Paz, devolviendo el expediente para su respectivo pronunciamiento, por violación al debido proceso legal, principalmente a la garantía de audiencia, el acceso a un fallo justo y sin dilaciones indebidas y al derecho a que el Juez fundamente su fallo en los hechos y en la ley. La Corte Suprema de Justicia, en el conflicto de competencia en Materia Penal CFP-14-2001, entre un Juez de Paz y un Juez de Instrucción, atribuyó competencia al primero, a raíz de haber declarado nula el segundo la resolución que aquél adoptó en audiencia inicial, ordenando la instrucción con vista de autos por no estar debidamente fundamentada. Sostuvo además que a pesar de no estar previsto en forma expresa el reenvío del proceso de un tribunal a otro en una misma instancia, ello se deduce de la misma dinámica del procedimiento penal y también de la referida

competencia funcional, de modo que es la ley la que ordena reponer los actos declarados nulos y no el tribunal que los declaró como tales.

Fuera de estos casos, el Juez de Instrucción vía oficiosa no tendrá facultades de revocación o anulación del fallo del Juez de Paz. Si por ejemplo el Juez de Instrucción considera que el de Paz no debió ordenar la instrucción sino que debió sobreseer provisionalmente por la carencia de pruebas, estaría afectando la independencia judicial e inclusive la seguridad jurídica por irrespeto a las normas procesales. Lo dicho significa, que el Juez instructor, sobre la base de una nueva valoración de los hechos vía oficiosa no puede decretar el sobreseimiento de ningún tipo.

Cuando el Juez de Paz, sólo decreta la Instrucción del proceso, sin ninguna clase de medidas cautelares, es difícil para el Juez Instructor adoptarlas, pues a tenor literal del artículo 266.1 CPP, sólo le faculta para poder ratificarlas, modificarlas u ordenar la libertad del imputado. En ese sentido, es requisito que el Juez de Paz las decrete. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el Hábeas Corpus 263-2000, determinó que el Juez Instructor tiene facultad legal de modificar la resolución del Juez de Paz, al resolver que “... *en cuanto al alegato del peticionario, en el sentido que el Juez de Instrucción no está facultado para decretar la detención provisional; esta Sala considera que el juez instructor al recibir el proceso penal proveniente del Juzgado de Paz, tiene la facultad legal de modificar la resolución de éste de conformidad al artículo 266 numeral 1º Pr. Pn., sin necesidad de convocar a una audiencia especial, siempre y cuando en ella se tomen en cuenta los presupuestos procesales del fumus boni iuris y el periculum in mora, tal como se señaló anteriormente...*”.

1017

267

FUNCIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

El Juez de Instrucción coordinará la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando la mayor colaboración posible entre la Fiscalía General de la República, la policía, las partes y las autoridades judiciales.

Cuando sea necesario realizar actos irreproducibles fuera del área de competencia del juez, él se podrá constituir en cualquier lugar del territorio nacional, y si ello no es posible, encomendárselos a la autoridad judicial correspondiente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 270

II. COMENTARIO

Al Juez de Instrucción le corresponde, fundamentalmente, la función de coordinar la investigación del hecho contenido en el requerimiento, procurando el mayor grado de colaboración entre las partes y la policía.

La colaboración a que se refiere este precepto comprende diversos aspectos que hay que resaltar: asegurarse de que el fiscal investiga con el mayor grado de objetividad posible, sin dilaciones y de forma eficaz; también controlar la actividad de la defensa, evitando abusos y demoras injustificadas en el procedimiento; en último término, le corresponde verificar que la policía cumpla eficazmente su función, acatando la dirección del fiscal en la investigación de los delitos.

1018

En la fase de instrucción se desarrolla una actividad fundamentalmente investigadora. Por ello, el juez, en un primer momento, habrá de tomar conocimiento de los actos de iniciales de investigación, a fin de determinar el objeto y los medios de investigación. Pero no es el Juez de instrucción quien investiga, sino el que coordina esa actividad. La investigación, básicamente, es desarrollada por el Ministerio fiscal, aunque la intervención del juez es, por una parte, precisa para autorizar la realización de determinados actos de investigación que afectan a los derechos fundamentales (registros, intervenciones corporales); y, por otra, para anticipar la prueba, pues el valor probatorio que se asigna a ciertos elementos de prueba producidos durante la investigación sólo se justifica, salvo supuestos de excepcional urgencia, por la intervención de una autoridad judicial independiente.

La importancia que se reconoce de la prueba anticipada es tal que incluso se autoriza la constitución del Juez en cualquier lugar del territorio nacional para obtener la prueba anticipada. En otro caso, si no fuera posible el desplazamiento, o no resultara necesario, solicitará la colaboración del juez territorialmente competente.

La intervención del Juez de Instrucción también se pone de manifiesto en la adopción o el mantenimiento de las medidas cautelares, personales o reales, necesarias para asegurar los fines del proceso, que pueden ser acordadas durante todo el tiempo de la instrucción siempre que se den los presupuestos que legitiman su aplicación en cada caso.

Por último, el Juez de Instrucción revisa la actuación del Juez de Paz, aunque de forma limitada pues, una vez se ha descartado que tal posibilidad se extienda al control mismo de la decisión de ordenar la instrucción, se extiende a realizar una nueva valoración del resultado de la investigación inicial, únicamente, en el caso de que el Juez de Paz haya decidido el sobreseimiento provisional o el archivo de las diligencias, siempre que sea el ofendido quien solicite la reapertura y, por lo tanto, sin que sea posible un control de oficio.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Por regla general, en los actos definitivos e irreproducibles (Art. 270 CPP), la Autoridad Judicial además de ordenarlos debe practicarlos con cita de las partes. Para tal fin podrá constituirse a cualquier lugar del territorio nacional. Así lo ha previsto el artículo 122 CPP. Entonces, no ocasiona ninguna afectación al proceso que el Juez o Tribunal se trasladen a un lugar distinto del asiento de su oficina a realizar este tipo de actos o diligencias. Por las mismas razones, también puede realizar la audiencia inicial, preliminar o la vista pública en un lugar distinto de su asiento, dentro del territorio nacional. Es usual que por distintos motivos, que van desde dificultades logísticas en el traslados de los imputados, enfermedad de éstos, condiciones inadecuadas de la sala de audiencias del Juzgado o Tribunal, el Juez se traslade a un lugar distinto a realizar el acto, previa convocatoria de las partes.

268

PARTICIPACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El fiscal podrá examinar en cualquier momento las actuaciones, cumplirá con los encargos de investigación formulados por el juez de instrucción, sin perjuicio de realizar por su propia cuenta cualquier acto de investigación que sea útil para fundamentar la acusación. El Fiscal siempre actuará bajo control judicial y si éste ha expresado su propósito de asistir será avisado haciéndolo constar; pero aquél no se suspenderá ni se aplazará por su ausencia.

1019

Cuando el juez encomiende al fiscal la realización de diligencias de investigación, le fijará un plazo para que presente los resultados. No será necesario que el fiscal levante actas de los actos de investigación, salvo cuando las considere útiles para su trabajo posterior o para el desarrollo del procedimiento. En todo caso, dichas actas carecerán de valor para probar los hechos en el juicio.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 238

II. COMENTARIO

Uno de los fines de la instrucción es que el fiscal del caso disponga de todos los elementos necesarios para solicitar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Desde esta perspectiva es lógico que la instrucción se conciba como una actividad básicamente investigadora, aunque es preciso aclarar que en este momento sólo deben realizarse

las actividades de investigación necesarias para reunir los suficientes elementos de conocimiento que permitan definir la apertura del juicio o su denegación. Sólo así se entiende que esta actividad de conocimiento tenga que desarrollarse durante un plazo determinado (arts. 274 y 275 CPP).

Las investigaciones que se desarrollan en este momento son el complemento necesario de las realizadas en la investigación inicial. La diferencia más fundamental entre unas y otras es que la instrucción está dotada de una naturaleza jurisdiccional, que por regla general no existe en la investigación inicial, impregnada por un carácter fundamentalmente administrativo.

Atendiendo a esta diferencia se entiende que el Juez de Instrucción esté facultado para “encomendar” al fiscal la realización de actividades investigadoras (art. 268.1 CPP). El fiscal está obligado a realizar tales actos, y en su actuación debe guiarse por el principio de objetividad, según resulta del art. 238 CPP, en el que se establece que el fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que tiene encomendados y, por lo tanto, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las de descargo.

1020 Desde luego, nada impide, si no al contrario, que esta investigación se complete con la que realiza el fiscal a su propia instancia, es más la regla es que el fiscal realice su propia investigación. Este precepto se refiere expresamente a ello, al decir que el fiscal cumplirá con los encargos de investigación formulados por el juez de instrucción, sin perjuicio de realizar por su propia cuenta cualquier acto de investigación que sea útil para fundamentar la acusación. Con ello, se distinguen en el régimen legal entre los actos de investigación realizados por el fiscal y los que el juez, dentro de sus facultades, puede encargarle.

Existe el riesgo de concebir la instrucción del fiscal como una “instrucción tutelada” por el Juez de Instrucción, hasta el punto de que se desplace el protagonismo en su realización y sea completamente asumido por el órgano judicial. El riesgo se incrementa como consecuencia de una tradición inquisitiva, en la que el juez podía ordenar de oficio la iniciación del proceso y ordenar, por sí, la realización de cualquier acto de investigación y de prueba. Por ello, es importante estar prevenidos para evitar que el control, que corresponde ejercer al Juez de Instrucción, sobrepase los límites de su función, tal y como aparecen definidos en el art. 267 CPP.

No obstante, debe recordarse que el fiscal actúa bajo el control del juez de instrucción y, por tanto, está obligado a realizar los actos de investigación que le encargue y a comunicarle la fecha de realización de la diligencia que se hará en presencia del juez, si éste hubiera manifestado su propósito de asistir a su realización.

Cuando el fiscal realice actos de investigación ordenados por el juez, debe cumplir el plazo fijado. El fiscal, en tales caso, debe elaborar un informe del resultado de las investigaciones practicadas y, si es necesario, documentar mediante acta todas las actuaciones practicadas. Lógicamente, el fiscal deberá documentar sus actuaciones, tanto las solicitadas por el juez como las que realiza por su propia cuenta. Sin embargo, en las actas de la investigación sólo incluirá aquellas informaciones relevantes para el esclarecimiento de los hechos, independientemente de que su resultado favorezca a la acusación o a la defensa, pues no debe olvidarse que su actuación se inspira en el principio de objetividad.

Al fiscal también le corresponde dirigir a la policía en las investigaciones que realiza en la fase de instrucción. El fundamento legal de esta facultad se encuentra en el art. 241 CPP, en el que se consagra un principio de subordinación de la policía, en el ejercicio de las funciones de investigación, a los fiscales ya los jueces.

269

DECLARACIÓN INDAGATORIA

1021

Cuando el imputado manifieste durante la instrucción su deseo de rendir declaración indagatoria, o ampliar la ya dada, el juez le comunicará verbalmente a las partes, el día y hora del acto y su participación en él quedará sujeta a las reglas establecidas en este Código.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 13
- CADH, 8 (garantías judiciales)
- PIDCP, 8.3 (garantías mínimas)
- CPP, 4 y 5 (presunción de inocencia), 6 (privación de libertad), 8 (calidad de imputado), 9, 10, 107 a 114 (defensa material y técnica), 11 (intérprete), 14 (igualdad), 18 (generalidad), 88, 246, 260, 211 a 215, 314.1 y 362.1 (identificación), 89 y 90 (enfermedad mental), 91 a 94 (rebeldía), 222 (confesión extrajudicial), 223, final, y 224.4 y 6 (nulidad detención), 241.9 a 243 (detención policial), 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 338 y 340 a 342 y 353, último inciso, (declaración en audiencias, por analogía, y facultades)
- LMI, 2 (ámbito de aplicación), 5 (derechos y garantías fundamentales), 26 (comprobación de la edad)

II. COMENTARIO

La declaración indagatoria es ante todo un medio de defensa por el que la persona señalada como autor o partícipe de un hecho delictivo comparece ante el juez de paz o de instrucción para ser oída en relación con los motivos de inculpación que existen contra ella. Además de un medio de defensa, que es su función esencial, la declaración indagatoria puede servir a la acusación para construir su alegato y configurar válidos elementos de prueba en contra del imputado.

Normalmente, la declaración indagatoria, cuando el imputado no se encuentre en rebeldía y desee prestar declaración, se tomará ante el juez de paz durante la audiencia inicial (art. 254 CPP). Sin embargo, la declaración podrá tener lugar ante el juez de instrucción cuando no fue posible efectuarla en la audiencia inicial, por encontrarse en rebeldía el imputado, o “cuando el imputado manifieste durante la instrucción su deseo de rendir declaración indagatoria, o de ampliar la ya dada”, según establece el precepto que comentamos.

1022

El contenido del precepto que comentamos no impide que la declaración se realice en el momento de la celebración de la audiencia preliminar, si bien su literalidad permite inferir que se refiere al supuesto de que el imputado decida rectificar su previa decisión de no declarar o proceder a ampliar o modificar la declaración indagatoria que hizo con anterioridad. Obviamente, la nueva declaración ha de tener lugar antes de que se dicte el auto de apertura del juicio oral (art. 322), que pone fin a la fase de instrucción.

En cuanto a las reglas reguladoras de esta declaración indagatoria ante el juez de instrucción, rigen los arts. 259 a 264 CPP y las reglas pertinentes de los arts. 340 a 344, referidos a la declaración del imputado en el plenario (art. 264).

Sobre la forma de convocatoria de las partes, el art. 269 establece que aquellas serán convocadas verbalmente; sin embargo, cuando ello no sea posible, se procederá a efectuar las citaciones oportunas en la forma prevista en el Código (arts. 286, 143 y ss. CPP).

Finalmente, como complemento al presente comentario, vale lo dicho al comentar los arts. 259 a 263 CPP, ya que, según dispone el art. 264 CPP, las reglas establecidas en el capítulo dedicado a la declaración indagatoria (art. 259 a 264) regirán también para la declaración indagatoria durante la instrucción y para toda otra declaración del imputado.

270

ANTICIPO DE PRUEBA

En todo momento que fuere necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericia, inspecciones y otros que por su naturaleza o características sean considerados como definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública, cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice.

El juez, si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias.

El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente.

Si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el Juez lo practicará únicamente con la citación del Fiscal y de un Defensor Público. Dicha diligencia se realizará aun sin la presencia de una de cualquiera de las partes si han transcurrido tres horas posteriormente al señalamiento por el Juez, sin perjuicio de la responsabilidad penal que transcribe el Art. 313 del Código Penal. (9)

1023

En los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderá necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este Artículo. (9)

Cuando el juez rechace la solicitud, el peticionante podrá acudir directamente a la cámara, solicitando que ordene la realización del acto. La cámara resolverá dentro de las veinticuatro horas según su urgencia. (2)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 y 12 (garantías del debido proceso)
- CPP, 7 (juicio oral y público); 238, 239 y 241.3 (aseguramiento de la prueba por la Policía y la Fiscalía); 164 (inspección del lugar del hecho), 167 (inspección corporal), 168 y 169 (examen policial del cadáver y autopsia), 170 (reconstrucción del hecho), 171 (operaciones técnico-periciales), 173 a 177 (allanamientos...), 178 (requisa personal); 178-A (registro de vehículos, muebles y compartimentos estancos), 180 (secuestro de objetos y documentos), 217 (reconocimientos), 218 (careos), 190 (prueba testifical anticipada), 192 (testigos con tratamiento especial), 193 (testigos físicamente

- impedidos), 266.4 (decisión sobre prueba anticipada en auto de instrucción), 267, inciso 2º. (práctica de prueba anticipada fuera de la sede del juzgado), 268 (valor de las actas del fiscal), 271 (asistencia en prueba anticipada), 272 (publicidad), 330 (lectura de actas en el juicio oral) y 351 (otros medios de prueba)
- CP, 22-A (concepto de crimen organizado), 313 (desobediencia a mandato judicial), 203 (interferencia e intervención de las comunicaciones telefónicas)
- LRARD, 34 A 62 (delitos relativos a las drogas)

II. COMENTARIO

A) Introducción

1024

La garantía constitucional del debido proceso (arts. 11 y 12 Cn y 1 CPP) tiene la consecuencia, respecto de la actividad probatoria, de que la práctica de la prueba ha de tener lugar en el juicio oral ante la inmediación del tribunal que ha de juzgar, el cual solo está vinculado a lo alegado y probado por las partes en su presencia (*secundum allegata et probata*). Sin embargo, existen excepciones a este principio, porque hay hechos probatorios de imposible reproducción en el momento del juicio oral que ameritan su aseguramiento como medios de prueba. Por ello, el Código Procesal Penal, unas veces, da valor, bajo ciertas condiciones, a determinadas actuaciones policiales realizadas conforme a la ley -inspección ocular y técnico-policial, entrada y registro domiciliario con mandato judicial o excepcionalmente sin él, requisa personal, registro de vehículos, secuestro de objetos relacionados con el delito en casos urgentes...-, y otras, establece un procedimiento especial para la práctica de la prueba bajo la inmediación del juez de paz o de instrucción, con estricta observancia de una serie de garantías procesales, como ocurre en determinadas circunstancias con las declaraciones testimoniales (art. 190) o con la diligencia de inspección corporal (art. 167).

Tales supuestos afectan al principio de inmediación judicial, en el sentido de que no se practica la prueba ante el tribunal sentenciador, y, en menor medida, al principio de contradicción, recibiendo en la doctrina la denominación de prueba anticipada, prueba preconstituida o prueba adelantada, que son términos sinónimos, aunque dentro de la categoría común se dan especificidades, como veremos. Algunos procesalistas, al menos en España, suelen distinguir entre prueba anticipada y prueba preconstituída; así lo hace GIMENO SENDRA, para quien “el aseguramiento de la prueba es una actividad del juez de instrucción que comprende dos cometidos concretos, bien la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de prueba instructora anticipada, bien la guarda o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituída”.

Admitida la necesidad de esta excepcional forma de producción de prueba, la determinación de los supuestos en que procede puede hacerse mediante una habilitación legal genérica o a través de un sistema casuístico que fije con precisión qué actos de investigación pueden tener acceso al juicio oral mediante lectura, en razón de su carácter definitivo, irreproducible y urgente. El Código Penal de El Salvador se acoge a este sistema de determinación de supuestos concretos y tasados, que a continuación examinaremos, como lo acredita la afirmación del art. 276, último inciso, de que “solo los actos irreproducibles realizados conforme a las reglas previstas en el Código o aquellas actas cuya lectura en la vista pública esté permitida tendrán valor para probar los hechos en el juicio, careciendo de valor las demás actuaciones de la instrucción”.

B) Las clases de actos irreproducibles en el plenario

El art. 330 CPP establece la siguiente relación de actos incorporables al juicio mediante su lectura: los *testimonios o pericias* que se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles; las *declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe*; las *declaraciones de coimputados rebeldes* o ya sentenciados; la *denuncia*, la *prueba documental o de informes*, y las *actas de reconocimiento, registro o inspección* realizadas conforme la a ley.

De todos los anteriores supuestos, nos interesan en este momento los dos siguientes actos definitivos e irreproducibles, que se distinguen entre sí por la mayor, menor o nula efectividad en su producción de los principios rectores de la actividad probatoria en el proceso penal: 1) Los actos irreproducibles realizados directamente por la Policía, con la asistencia o no de la Fiscalía, en los que no es necesaria la presencia del juez; y 2) Los actos de prueba instructora anticipada hechos en presencia judicial conforme al procedimiento del art. 270 del Código Procesal Penal.

1025

A continuación, en apartados independientes, procederemos a analizar ambas subcategorías, quedando fuera de nuestra consideración —del conjunto de actos de prueba que menciona el art. 330 CPP— las cuestiones relativas a la prueba documental (arts. 330 y 342) y a la prueba practicada mediante comisiones rogatorias a tribunales extranjeros (art. 140), por ser objeto de análisis en otros lugares de la presente obra.

C) Los actos irreproducibles de exclusiva procedencia policial

Tan pronto como la Fiscalía General de la República tenga conocimiento de un hecho punible, procurará “recoger con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer” (art. 238 CPP). La Policía, por su parte, “por iniciativa propia, por denuncia o por orden del fiscal” (...), recogerá las pruebas... para fundar la acusación o el sobreseimiento” (art. 239), teniendo entre sus atribuciones y obligaciones las de “hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspección, planos, fotografías, exámenes y demás operaciones técnicas, si existe peligro de que cualquier

demora comprometa el éxito de la investigación” (art. 241.3) CPP). El deber legal de aseguramiento de la prueba que imponen los preceptos mencionados es el fundamento de la validez de los actos irreproducibles y urgentes que estamos examinando, cuya realización en la práctica suele exigir la máxima inmediatez, perentoriedad y urgencia.

Al respecto, el Código regula específicamente algunos actos irreproducibles que han de ser realizados por la policía sin necesidad de previa autorización judicial. Así ocurre con la inspección del lugar del hecho (art. 164), el examen policial del cadáver en caso de muerte violenta, súbita o sospechosa (art. 168), la requisa personal (art. 178), el registro de vehículos, muebles y compartimentos estancos (art. 178-A) o el secuestro de objetos relacionados con el delito o que puedan servir como medios de prueba (art. 180). En otros supuestos, se requiere el previo mandato judicial —autopsias, determinadas pericias, entrada y registro en un lugar público o privado—, pero no la presencia del juez como requisito de validez durante la realización del acto, salvo que se utilice el mecanismo de la prueba anticipada establecido en el art. 270 CPP.

1026

La que podríamos denominar prueba anticipada *stricto sensu*, que es a la que se refiere el art. 270 y que será examinada con posterioridad, exige, por el contrario, la presencia del juez de instrucción o de paz (inmediación) y la previa citación de las partes, quienes tendrán derecho a asistir con todas las facultades previstas respecto de su intervención en el juicio oral (contradicción). Con esos requisitos, podrá incorporarse al juicio oral mediante la lectura de la correspondiente acta, bastando dicha lectura para su valoración, una vez se hayan acreditado los presupuestos sustantivos y formales del acto. Los actos irreproducibles de la Policía, a pesar de que deben realizarse asegurando en lo posible el derecho de defensa del imputado, se sujetan “a un tratamiento diferente, ya que, si la prueba anticipada alcanza valor probatorio mediante su simple lectura en el debate, aquellos otros, por lo general, precisarán su reproducción en el juicio o la práctica de otra prueba alternativa o complementadora” (ASENCIO MELLADO), como es la comparecencia de los agentes y peritos —expertos policiales, médicos forenses...— que los llevaron a cabo.

Especial relevancia adquiere la prueba oficializada llevada a cabo por la División de la Policía Técnica y Científica de la PNC y por el Instituto de Medicina Legal, que son los responsables de obtener y analizar muestras y vestigios de cualquier naturaleza que permitan llevar a cabo posteriores experticias de carácter biológico, químico, médicoforense, grafotécnico, etc. La inspección técnico-policial tiene un valor cualitativo distinto a la simple inspección policial del lugar del hecho, y constituye por sí misma, en determinados delitos, una fuente importantísima de evidencias procesales.

Su carácter de prueba preconstituida es evidente, aunque se trata de una prueba parcialmente preconstituida, ya que, salvo fallecimiento, incapacidad, ausencia o ilocalización del experto policial en el momento de la vista pública, lo normal es que no baste la lectura en el plenario de su informe, sino que sea requerida su presencia para

someter el resultado y método de su pericia a la intermediación del tribunal y a la contradicción entre las partes. En definitiva, los informes técnicos de la PNC o de organismos públicos especializados, derivados del análisis de elementos de prueba hallados tras una inspección ocular del lugar del hecho o una inspección corporal del imputado o de la víctima, se incorporan a la causa durante la instrucción, ratificándose durante esa fase sus autores en presencia judicial, con citación de las partes, quienes pueden o no asistir al acto y, asistan o no, requerir la presencia del perito durante el juicio oral, según establece el art. 330.1) CPP.

D) Los actos irreproducibles de procedencia judicial

Como norma general, cualquier declaración durante la instrucción sobre la que recaiga sospecha fundada de que no va a poder efectuarse en el momento del juicio oral, debería dar lugar a la práctica de una prueba anticipada, según se infiere para los testigos del art. 190 CPP, a cuyo tenor, “cuando exista temor fundado de que un testigo se oculte o ausente, se ordenará su apersonamiento anticipado por medio de la seguridad pública para que quede a disposición del juez o tribunal. Esta medida solo durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no excederá de veinticuatro horas”. La consecuencia de no ser celoso previsor al respecto puede tener graves consecuencias para el interés de la justicia, al tener que prescindirse de testigos o peritos (art. 350) eventualmente importantes para la decisión judicial. La avanzada edad del declarante, el padecimiento de una grave enfermedad, su residencia en el extranjero, en fin, la fundada sospecha de que incumplirá su obligación de personarse ante el tribunal para efectuar su declaración o informe, como dice el art. 190 CPP, serán motivos de aplicación del art. 270 CPP.

1027

También son actos de prueba testifical anticipada el *reconocimiento de personas u objetos*, diligencias judiciales sobre las que el art. 217 CPP dispone que, sin perjuicio de su reproducción en el juicio, podrán ser valorados mediante la lectura de las correspondientes actas durante la vista pública, aunque será necesaria la notificación previa del acto de reconocimiento al defensor del imputado y la obligada presencia al menos de un defensor público. Lo mismo sucede con los *careos*, regulados por los arts. 218 a 220 CPP, que exigen la citación de todas las partes y la presencia, cuando menos, del defensor del imputado, y con la *inspección corporal*, que se regula en el art. 167 CPP.

Se pueden también considerar variedades de la prueba anticipada, las *declaraciones de los Presidentes de los Órganos del Estado y de los representantes diplomáticos o consulares acreditados en el país*: los primeros podrán declarar en sus oficinas, si por razones urgentes en su función no pueden concurrir a prestar declaración; los segundos, por medio de informe escrito conforme a lo previsto en el art. 330, numeral 2, en relación con el art. 192 CPP.

En el caso de los Presidentes de los Órganos del Estado, el acto podría tener valor de prueba anticipada si la declaración la toma el juez y se da oportunidad a las partes y al imputado de estar presentes y ejercer el derecho de defensa, aunque la condición que impone el precepto (no poder concurrir por necesidades urgentes en el ejercicio de su función) podría solventarse dejando a la iniciativa de la autoridad declarante el señalamiento del día y hora de su declaración ante el juez, aunque esto no será normalmente posible en el juicio oral.

Por lo que respecta a los representantes diplomáticos y consulares, habrá que tener en cuenta las Convenciones de Viena, que establecen determinadas inmunidades e inviolabilidades diplomáticas y consulares. En cualquier caso, se trataría de un excepcional medio de prueba a través de informe que debe admitir la dialéctica de replicas y duplicas escritas entre las partes.

La declaración mediante exhorto, prevista en el artículo 188 CPP, no tiene necesariamente valor de prueba anticipada, si no se da el presupuesto de su irreproducibilidad ni se aplica en su recepción el procedimiento del art. 270 CPP, porque el motivo de la declaración por exhorto aludido en el precepto es el de la residencia del testigo “fuera del lugar donde tenga su asiento el tribunal”, lo que no es causa suficiente para no imponerle su comparecencia ante el tribunal sentenciador el día de la vista pública.

1028

Puede decirse que tienen también cierto valor de prueba anticipada las *declaraciones indagatorias del imputado*, debido a la posibilidad de otorgarles mayor valor probatorio que a las efectuadas por el imputado en el plenario. En este sentido, el art. 340 CPP dispone que “si el imputado se abstuviese de declarar en el juicio oral, o incurriese en contradicciones respecto a las declaraciones anteriores, podrá ordenarse su lectura y, luego de escuchar las explicaciones del imputado, el tribunal valorará la preferencia de las declaraciones”. No hay que olvidar, por otro lado, que la declaración indagatoria puede contener la confesión del imputado de haber cometido y participado en el hecho punible, la cual, con ciertos requisitos, puede ser apreciada como prueba, según las reglas de la sana crítica (art. 221). Por último, aunque no es posible la celebración de un juicio en ausencia del imputado, si hay varios acusados y alguno de ellos está en ignorado paradero, podrá celebrarse el juicio para los demás, en cuyo caso la declaración indagatoria del ausente podría constituir prueba anticipada a valorar para los presentes, según se infiere expresamente del numeral 3 del art. 330 CPP.

En cuanto a la *prueba pericial*, es aplicable el art. 270 al acto por el que el perito que emitió el correspondiente dictamen pericial se somete al interrogatorio de las partes y del tribunal. Como sabemos, resulta preceptivo, para el juez de instrucción, proceder a la declaración anticipada del perito cuando exista alguna causa de la que razonablemente pueda inferirse que éste no podrá asistir en su momento al juicio oral. Finalmente, con el fin de facilitar la labor de los expertos de la policía dedicados

permanentemente a la labor de efectuar experticias sobre hechos delictivos, podría sustituirse, como antes dijimos, su presencia en el plenario por la ratificación de su dictamen ante el juez de instrucción, con cumplimiento del procedimiento establecido en el art. 270 CPP.

Sobre esta forma de actuación, la jurisprudencia constitucional española sostiene la reiterada doctrina de que “si los dictámenes periciales irreproducibles en el acto del juicio han sido efectuados y emitidos por un organismo público competente, no han sido cuestionados ni en su resultado ni en la competencia del profesional que los emitió y la parte ha prescindido de solicitar la ampliación o aclaración en el plenario, resulta incuestionable que tal dictamen adquiere valor de prueba de cargo” (STC 29.10.1989). En el mismo sentido, la STS 427/ 94, de 1 de marzo, expresa que “los informes que provienen de organismos oficiales, practicados durante la instrucción y que ninguna de las partes ha propuesto expresamente para su reproducción o ratificación en el acto del juicio oral, pueden ser valorados por el Tribunal para formar su convicción...”.

E) Especial referencia a la prueba de los delitos relacionados con el crimen organizado

El DL 487/2001 de 18 de julio, intercaló, en el art. 270, el siguiente inciso 5º: “en los casos de delitos relacionados con el crimen organizado, se entenderá necesaria la práctica de cualquiera de las diligencias mencionadas en este artículo”. La definición legal de crimen organizado se establece en el art. 22-A CP, a cuyo tenor “se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo (inciso 1º.). También se considerará crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas” (inciso 2º.).

1029

La previsión legal del inciso 5º. del art. 270 tiende lógicamente a asegurar la prueba, ya que por lo general la presencia del crimen organizado provoca una suerte de irreproducibilidad de los actos de prueba en términos de veracidad durante el juicio oral, por el miedo y amenazas de que suelen ser objeto testigos y peritos.

Ahora bien, el concepto de crimen organizado establecido en el art. 22-A CP, que fue adicionado por DL 280/2001, de 8 de febrero, se extiende de forma doctrinalmente cuestionable, por discutibles razones de política criminal, a situaciones que, por lo

general, ni de lejos pueden catalogarse como propias del crimen organizado, como es el caso de la mera tenencia de drogas, la alteración o falsificación de recetas médicas o la exhibición intencional del consumo de drogas, conductas que, junto a otras muchas, se tipifican como delito en el cap. IV de la LRARD, arts. 37, 45 y 50. Asimismo, debería tratarse como un supuesto de concurso para la comisión de un delito, pero no como delito del crimen organizado, el concierto que en algunos casos es inherente a determinados delitos. Por poner un ejemplo, el homicidio agravado por precio, recompensa o promesa remuneratoria, es un típico caso de delito plurisubjetivo que, sin embargo, se considera como conducta propia del crimen organizado en el inc. 2º. del art. 22-A CP. Existe, por otra parte, determinados delitos cuya dinámica comisiva requiere la concurrencia de más de una persona, que sin embargo pueden no estar concertadas de manera permanente para cometer delitos. En puridad, solo deberían considerarse como propios del crimen organizado los delitos caracterizados por las notas que se infieren del inciso 1º. del referido precepto: pluralidad de sujetos activos, asociación permanentemente de los mismos para delinquir, estructura jerarquizada entre ellos, división de tareas y carácter, incluso, intercambiable de cada miembro de la banda o asociación delictiva.

F) Los requisitos para la validez de la prueba anticipada

1030

Los requisitos para la validez de la prueba anticipada *strictu sensu*, cuyos supuestos acabamos de analizar, son los de la irrepetibilidad del acto en el juicio oral, el cumplimiento de determinadas reglas de procedimiento entre las que destacan la inmediación y la posibilidad de contradicción, y la lectura en el plenario de las actas que den fé de la producción de los actos irreproducibles, seguida, cuando sea posible, de la comparecencia personal de quienes intervinieron en ellos.

a) La irreproducibilidad del acto

La irreproducibilidad o irrepetibilidad del acto de prueba en el juicio oral constituye el presupuesto legal de la prueba anticipada. La irreproducibilidad puede ser connatural al acto de prueba de que se trate (registros, pericias, intervenciones telefónicas, etc.) o simplemente previsible, en función de las circunstancias del caso (testigos o peritos enfermos, con riesgo de fallecimiento cercano, residentes en el extranjero, etc.). El Código utiliza las expresiones “actos o diligencias (...) que por su naturaleza y características (...) sean definitivos e irreproducibles”, y declaraciones que se presuma que no será posible incorporar durante la vista pública”.

El carácter excepcional de la prueba anticipada obliga a una interpretación restrictiva del requisito de la irreproducibilidad (art. 17 CPP), aunque la apreciación del mismo ha de hacerse de manera definitiva en el juicio oral, donde, a petición de cualquiera de las partes, debe acordarse la repetición de la prueba anticipada, si fuese reproducible en ese momento.

La expresión irreproducible evoca, siguiendo a ASENSIO MELLADO, supuestos de muerte o incapacidad física o intelectual de un testigo o de un perito o el carácter de fungibilidad de un objeto de pericia. El citado autor español se refiere, incluso, a lo que denomina “irreproducibilidad veraz”, que tendría su aplicación más típica en las declaraciones testificales y periciales durante la instrucción de los delitos propios del crimen organizado y, citando a DI CHIARA, pondera favorablemente las siguientes causas justificativas de la prueba anticipada admitidas en el Código Procesal Penal italiano:

- 1) Pruebas no reproducibles por enfermedad, muerte, ausencia del declarante fuera del país, etc.
- 2) Pruebas expuestas a posibles contaminaciones: testigos e imputados respecto de otros coimputados sobre los que se piensa están sometidos a violencia, amenazas, oferta o promesa de dinero u otra utilidad a fin de que depongan en falso o no lo hagan. El peligro ha de ser real y perceptible de alguna manera, no imaginable o intuible, sin más, y debe tratarse de delitos graves o propios del crimen organizado (violaciones, asesinatos, tráfico de drogas, secuestros, etc.). Este sería precisamente el fundamento de la prescripción del inciso 5º. del art. 270 CPP, a la que hemos hecho referencia con anterioridad. En países donde por causas históricas no está aún asentado sobre bases firmes el sistema de justicia penal, sería muy conveniente que la legislación procesal penal acogiese expresamente la validez del referido supuesto de prueba anticipada, aunque personalmente no veo ningún inconveniente para excluirlo en la práctica judicial salvadoreña.
- 3) Pruebas expuestas a deterioro o mudabilidad propios de determinados actos periciales, que en principio deben someterse al régimen de la prueba anticipada, salvo casos de absoluta urgencia, que impidan la aplicación del art. 270 CPP.
- 4) Pruebas incompatibles con la concentración del debate, como sería el caso de una prueba pericial de larga duración que requiriese la suspensión del juicio oral durante más de diez días (art. 334 CPP). En tal supuesto, bastará con que el perito presente el correspondiente informe en el juicio oral y se someta a las preguntas que las partes le dirijan acerca de la metodología empleada y sus conclusiones.

b) Las reglas del procedimiento de la prueba anticipada

El segundo requisito para la validez de la prueba anticipada es que se practique la misma conforme a las reglas de procedimiento establecidas en los arts. 270 y 271 CPP, que establecen los siguientes trámites:

1. Solicitud razonada por cualquiera de las partes al juez de paz o instrucción para que se practique la prueba en cuestión. El Fiscal, por ejemplo, en su requerimiento, podrá pedir las diligencias que considere útiles para la investigación de la verdad; lo mismo sucede con el querellante en el escrito de querrela (art. 96), y con el imputado y su abogado defensor (arts. 9 CPP). Todas las partes, dice el art. 273 CPP, “podrán proponer diligencias *en cualquier momento*, durante el desarrollo de la instrucción”. En el caso del imputado, el art. 259, último inciso, dispone que, entre las advertencias preliminares que le ha de realizar el juez en la declaración indagatoria, está la de que podrá requerir la práctica de medios de prueba. En cuanto al Fiscal, “si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles o necesita una autorización judicial, la requerirá enseguida al Juez de Paz competente; en caso de urgencia, al más próximo. También realizará las investigaciones que soliciten el imputado o su defensor para aclarar el hecho y su situación” (art. 238 CPP).
2. Resolución judicial, en forma de auto, debidamente fundamentada, aceptando o rechazando la práctica de la prueba anticipada. El auto de instrucción (art. 266), entre otras decisiones, debe acordar lo procedente sobre los actos de prueba definitivos e irreproducibles cuya realización hayan solicitado las partes o considere el juez de oficio como necesarios.
3. Previa citación de las partes, defensores y mandatarios para que asistan a la realización del acto.

1032

Cuando los actos irreproducibles de que hemos tratado con anterioridad se realizan habiéndose efectuado la imputación del hecho contra una determinada persona (art. 8 CPP), y esta no se encuentra en situación legal de rebeldía, debe ser citada la misma, así como su abogado defensor, para que asistan al acto, conforme a lo establecido en los arts. 270 y 271 CPP.

Si por la naturaleza o urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la pérdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público. La excepcionalidad implica una interpretación restrictiva de los motivos justificadores de la reducción de garantías en la práctica de la prueba (art. 17 CPP).

El DL 487/2001, de 18 de julio, ha añadido al inciso 4º. del art. 270 CPP la prescripción, también excepcional, de que, en el caso referido, la prueba se practique únicamente con la asistencia del fiscal o de un defensor público, cuando, habiendo transcurrido tres horas desde el señalamiento, solo se persona uno de los dos. Por señalamiento ha de entenderse la hora fijada

para proceder a la realización del acto de prueba anticipada que debe demorarse a partir de ese momento durante tres horas, si fuera necesario, para dar opción a que se personen en el lugar el fiscal y un defensor público. Durante ese período de tiempo, deberá hacerse todo lo posible, si lo solicita el imputado, para comunicarse con su abogado defensor, pero la intervención de éste estará condicionada a que se persone en el referido plazo, en cuyo caso sustituirá al defensor público, que en todo caso ha de ser convocado de urgencia.

La incomparecencia sin justa causa de las partes debidamente citadas para la práctica de la prueba anticipada se tipifica como delito de desobediencia a mandato judicial, sancionándose con prisión de dos a cuatro años. Si fueren funcionarios o empleados públicos los que debieron haber comparecido, se les sancionará además con la inhabilitación del cargo durante el mismo tiempo (art. 313, inc. 2º. CP, reforma DL 486/2001, de 18 de julio).

Las disposiciones del Código reguladoras de los actos irreproducibles en los que no se menciona la presencia del imputado y de su abogado defensor —arts. 164, referido a la inspección ocular; 169, de la autopsia y 175, del registro de morada, entre otros— deben complementarse con lo dispuesto en los arts. 270 y 271 CPP, que serán de aplicación siempre que las circunstancias del caso lo permitan. La anterior afirmación viene avalada por el hecho de que el art. 270 no solo se refiere textualmente a las *declaraciones* que, “por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporar durante la vista pública”, es decir, a la práctica de las pruebas testifical y pericial, sino a las “diligencias tales como registros, pericias, inspecciones y otros que por su naturaleza o características sean considerados como definitivos e irreproducibles”.

4. Para la recepción o práctica de la prueba, según el tipo de acto que se trate, se aplicarán las reglas específicas de procedimiento que establezca el Código. Así, por ejemplo, para el allanamiento de la morada del imputado, se han de seguir las prescripciones sustantivas y formales establecidas en los arts. 173 a 176 CPP; y para las inspecciones corporales, las que establece el art. 167 CPP. En cuanto a la práctica de la prueba testifical anticipada, reconocimientos, careos e inspección y pericias corporales, nos remitimos a las descripciones que sobre su forma de realización se hacen en los comentarios a los arts. 191 CPP (forma de la declaración testifical), 212 a 214 (forma del reconocimiento en rueda), 220 (forma de efectuar los careos) y 167 (inspección corporal).

Aunque el art. 270 no lo mencione, si la prueba versa sobre la declaración de un perito, puede abrirse el incidente de recusación del mismo (arts. 198 y 199 CPP) para la plenitud del derecho de defensa.

Para asegurar la contradicción del acto de prueba anticipada, el art. 270 reconoce a las partes el derecho de asistencia, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. Esta facultad de asistencia activa se reitera por su importancia en el art. 271, que establece el derecho de las partes a asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones, así como a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio. El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente, ya que es parte procesal y tiene el derecho a defenderse por sí mismo.

5. En caso de negativa del juez de paz o de instrucción a realizar la prueba anticipada, el solicitante puede recurrir la decisión ante la Cámara de Segunda Instancia, quien deberá resolver el recurso en un plazo máximo de veinticuatro horas, según la urgencia del caso, y ordenar al juzgado la inmediata realización del acto, en caso de estimación del recurso. La decisión en cuestión debe notificarse incluso por teléfono, con independencia de que luego se haga de manera que quede constancia de ello.

1034

c) La lectura de las actas durante la vista pública

El valor probatorio de la prueba anticipada del art. 270 tiene su fundamento en la presencia de un juez (inmediación) que se presume independiente e imparcial, por configuración legal y constitucional, y en la posibilidad de la contradicción que, como sabemos, se hace depender de la voluntad de las partes. Confirmado el cumplimiento de estos requisitos por el juez o tribunal sentenciador, habrá que proceder durante la vista pública a la lectura del acta expresiva de la prueba anticipada, que es el presupuesto esencial para su validez probatoria, al permitir una cierta inmediación y contradicción en el momento álgido del plenario.

La lectura de las actas (art. 330 CPP) no es una formalidad banal y prescindible, sino el único medio idóneo para introducir la diligencia instructora en la vista y conferirle un valor probatorio determinado, por lo que no es admisible prescindir de la misma por acuerdo entre las partes consentido por el juez o tribunal.

Ahora bien, la lectura del acta solo actúa como único requisito de validez formal en la estricta prueba personal (testimonios o pericias), sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan, cuando sea posible, la comparecencia personal del testigo o perito;

no así en la prueba material (registros, pericias, detención in fraganti del autor del hecho, inspecciones oculares, corporales), que requiere el complemento de su ratificación o reproducción durante el juicio oral, siendo suficiente este trámite (cuasiflagancia, ej. STC 11.05.87) para enervar la presunción de inocencia.

Desde el punto de vista formal, las actas acreditativas de los actos irreproducibles y definitivos deberán incluir los datos y formalidades que establecen los arts.123, 124, 244 y 276 CPP, bajo sanción de nulidad. El alcance de dicho efecto invalidante estará en función de la mayor o menor gravedad del vicio procedimental de que se trate, pudiendo encontrarnos ante un supuesto de nulidad absoluta o relativa, es decir, de carácter subsanable o insubsanable, o simplemente ante una insignificante deficiencia sin relevancia procesal alguna.

G) El valor procesal de las actas del fiscal

Por último, las actas a que se refiere el art. 330 CPP son las actas judiciales validadas con la firma del secretario judicial (art. 123, inciso 2º CPP) y las actas de la policía firmadas por el policía o funcionario a cargo del cual se hizo el acto de investigación (*idem*, inciso 3º.). Sin embargo, respecto a las actas del fiscal, el art. 268, *in fine*, CPP dispone que no será necesario que el fiscal levante actas de los actos de investigación, salvo cuando las considere útiles para su trabajo posterior o para el desarrollo del procedimiento, y que, en todo caso, dichas actas carecerán de valor para probar los hechos en el juicio.

1035

En este sentido, no existe duda alguna que el Código admite que la policía, en los casos de diligencias de investigación irrepetibles y urgentes, pueda configurar elementos de prueba, que se aportarán al juicio oral mediante la lectura de las correspondientes actas e informes, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia de quienes participaron en las mismas, para que ratifiquen y amplíen su contenido, posibilitándose así una cierta inmediatez y contradicción. Pero tampoco existe duda de que al fiscal no se le admite dicha posibilidad respecto a los actos de investigación que lleve a cabo. La expresión, que reiteramos, del Código es concluyente: las actas de los actos de investigación levantadas por el fiscal “carecerán de valor para probar los hechos en el juicio”, afirmación que se refiere tanto a las diligencias del fiscal previas al inicio formal del proceso mediante el requerimiento como a las posteriores, con la excepción, a mi criterio, de la confesión extrajudicial en la forma prevista por el art. 222 CPP. La razón de ello no puede ser otra que la necesidad de garantizar la igualdad procesal entre las partes, poniendo con ello en cuestión la legalmente proclamada imparcialidad del fiscal, de la que deriva su obligación de extender la investigación “no sólo a las circunstancias de cargo, sino, también, a las que sirven de descargo del imputado” (art. 238). Su condición de parte procesal y las implicaciones psicológicas que de la misma derivan explican la contradicción de la ley, que, por una parte, afirma

del fiscal su imparcialidad y, por otra, no otorga valor de prueba a sus actos de investigación.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

1036

Anticipar la prueba es una actividad que debe estar revestida de las mismas garantías que para ese fin se observan en su producción en el juicio. Principalmente garantizar el derecho a la defensa, la contradicción, la inmediación, entre otros. Ello significa que este artículo debe ser interpretado conforme a la Constitución, específicamente cuando admite practicar el acto o diligencia como anticipo de prueba, que por la naturaleza del caso o la urgencia, únicamente puede realizarse con la cita del fiscal y un defensor público. En la sentencia H7-2001, la Sala de lo Constitucional, consideró que *“...El anterior artículo, debe interpretarse como toda norma inferior a la Constitución, en forma armónica con ésta, es decir, específicamente se debe analizar en relación al artículo 12 de la Constitución de la República, el cual reconoce el derecho de defensa. Entiéndase que para respetarse ese derecho, no solo basta la simple cita de la parte defensora, sino que debe de constar la presencia de ésta para poder ejercer tal derecho, brindándole la oportunidad de contradecir la prueba que se recolecta en el momento, pues de lo contrario se ocasiona un perjuicio al procesado, al no asegurársele el ejercicio pleno del derecho de defensa....esta Sala ha insistido en su jurisprudencia que es preciso desechar el sistema de interpretación literal, el cual aparenta haber sido utilizado por la autoridad judicial que realizó la recolección de prueba, al estimar que se respetaba el ejercicio de la defensa con el cumplimiento del mero formalismo procesal, es decir, hacer efectivo el acto de comunicación, que para el caso fue haberse girado oficio a la Procuraduría General de la República, a efecto de solicitar un defensor público que asistiera al imputado para la celebración del acto hoy cuestionado; sin embargo, cumplir con la sola notificación hecha, tal como lo prescribe la disposición citada, no garantiza en ninguna medida el cumplimiento del derecho de defensa; ya que tal criterio de interpretación no es el más idóneo para darle eficacia a la Constitución, en tanto que una de las formas de salvaguardar este derecho es precisamente -por un lado- proveyendo de la asistencia de un defensor que vele por los intereses del imputado y que éste tenga la oportunidad de controvertir los elementos probatorios que ingresen al proceso penal, más aún cuando la prueba es de cargo.... es indiscutible que frente a la recolección de prueba, debe respetarse sin discusión el derecho de defensa, resultando imprescindible para su cumplimiento, que la autoridad judicial se cerciore de la presencia de las partes, tanto defensa como fiscalía para poder llevar a cabo la diligencia y no afectar así gravemente las oportunidades de defensa, más aún cuando la prueba que se aporta resulta ser de cargo o inculpativa para el imputado y con fundamento en ella se ejerce la restricción al derecho de libertad. ...sin embargo tampoco se retrasará el proceso penal frente a aquellas situaciones en las que previamente se haya dado la oportunidad de ejercer tal derecho al defensor y éste de manera maliciosa o por falta de diligencia no haya hecho uso del mismo. Por tanto debe quedar claro que no toda ausencia de defensor en una diligencia en la que se prevea la producción de prueba,*

provocará el reconocimiento por parte de este Tribunal de haber ocurrido violación al derecho referido, ni por tanto implicará que ante circunstancias emergentes en las que sea posible prever la pérdida de algún elemento probatorio y ante la falta de concurrencia de una de las partes -previa convocatoria-, deberá por regla general interrumpirse la recolección de dicha prueba; por lo que corresponderá a la autoridad judicial en cada caso, buscar los recursos óptimos a fin de procurar garantizar el ejercicio del derecho de defensa, sin que por ello se llegue a la imposibilidad del ingreso de la prueba...Desde luego, si la recolección e ingreso de prueba en un proceso penal, no ha cumplido con las exigencias previstas en la Constitución -específicamente el respeto a derechos fundamentales-, nos encontramos frente a un caso claro de prueba prohibida..”

271

DERECHO DE ASISTENCIA

Las partes, tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales e inspecciones; asimismo, a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio.

1037

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 y 12 (garantías del debido proceso)
- CPP, 164 (inspección del lugar del hecho), 167 (inspección corporal), 168 y 169 (examen policial del cadáver y autopsia), 170 (reconstrucción del hecho), 171 (operaciones técnico-periciales), 173 a 177 (allanamientos...), 178 (requisa personal), 178-A (registro de vehículos, muebles y compartimentos estancos), 217 (reconocimientos), 218 (careos), 190 (prueba testifical anticipada), 192 (testigos con tratamiento especial), 267, inciso 2º. (práctica de prueba anticipada fuera de la sede del juzgado)

II. COMENTARIO

El derecho de asistencia de las partes a los actos irreproducibles en el juicio plenario, de los que hemos tratado en el artículo anterior, es una exigencia del principio de contradicción, que deriva de la propia naturaleza del proceso: así como no se concibe un proceso sin debate, tampoco se concibe la práctica de la prueba sin la permanente fiscalización de las partes.

Respecto del imputado, su derecho de asistir a todos los actos de prueba viene establecido en el art. 9 del CPP, a cuyo tenor... “el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario por la autoridad correspondiente, cuando perjudique el curso normal de los actos o del procedimiento. Si el imputado está privado de libertad, el encargado de su custodia transmitirá al juez las peticiones u observaciones que aquél formule dentro de las veinticuatro horas siguientes, y facilitará en todo momento su comunicación con el defensor”.

Asimismo, con carácter general, el principio de igualdad de armas obliga a que todas las partes procesales tengan *la misma posibilidad* de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, en el Código Procesal Penal y en las demás leyes (art. 14 CPP).

1038 Por último, puesto que el contenido del art. 271 es reiterativo respecto de lo establecido en los incisos 2º, 3º. y 4º. del art. 270, se da por reproduciendo lo dicho en el numeral 3, apartado b), letra E), del comentario anterior. Solo cabe añadir que, en base al tenor literal del art. 271, cabría plantearse la posibilidad de que, durante la instrucción, el juez tomase declaraciones a testigos sin citar a las partes, ya que el precepto solo parece reconocer a aquellas el derecho de asistencia en relación a *“la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no puedan presumiblemente declarar durante el juicio”*. Ese tipo de declaración testifical no tendría, por supuesto, valor de prueba alguno, pero podría ser de cierta utilidad para lograr una mayor espontaneidad del testimonio, lo que siempre será útil para la investigación del hecho delictivo de que se trate. De esa forma, el juez de instrucción tendría idéntica facultad que el fiscal del caso, quien puede llevar a cabo los actos de investigación que considere oportuno, sin necesidad de que tan siquiera levante actas de su desarrollo, salvo que lo considere útil para el desarrollo del procedimiento, si bien, según expresa literalmente el art. 268 CPP, “dichas actas carecerán de valor para probar los hechos en el juicio”.

272

PUBLICIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Por regla general los actos del proceso penal serán públicos, pero el juez podrá ordenar por resolución fundada la reserva parcial o total cuando la moral, el interés público, la seguridad nacional lo exijan o esté previsto en una norma específica.

Durante las diligencias iniciales de investigación, las actuaciones serán reservadas y sólo las partes tendrán acceso a ellas, o las personas que lo soliciten y estén facultadas para intervenir en el proceso.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 6
- CPP, 1 y 327

II. COMENTARIO

En el proceso penal existe una tensión evidente entre la publicidad y el secreto. Algunos actos procesales han de ser mantenidos en secreto durante un cierto tiempo y para determinadas personas, mientras que otros exigen la publicidad como requisito de validez. Como criterio general, puede afirmarse que el secreto rige para las diligencias de investigación, para garantizar su eficacia, mientras que una vez instaurado el proceso penal la regla general es la publicidad, especialmente en el ámbito del juicio oral, por mandato del art. 327 CPP.

No obstante, desde ahora hemos de señalar que contrasta profundamente esta previsión normativa, que impide la difusión pública del contenido y del resultado de las diligencias de investigación, con la difusión generalizada del resultado de las investigaciones, de indudable trascendencia para resultado del proceso, o la publicación en la prensa de los hechos que son objeto de investigación judicial.

1039

De la publicidad procesal se habla, en un sentido amplio, para referirse a la percepción directa de las actuaciones judiciales por y ante el tribunal, por otras personas que no forman parte de él. Este concepto presupone la oralidad y la inmediación, ambos implícitos en la publicidad de los juicios. En sentido estricto, con la expresión publicidad procesal se designa el conjunto de medios que permiten al público, es decir, a una colectividad humana indeterminada, y tan amplia como sea posible, estar informada de una instancia jurisdiccional, de su desarrollo y de su resultado.

En esta definición se hace referencia a la publicidad externa o general, en contraposición a la publicidad interna o para las partes. La publicidad externa, identificada tradicionalmente con la publicidad judicial, puede hacerse efectiva mediante la presencia material del público ante el juez o tribunal o, indirectamente, a través de los medios de comunicación que transmiten la información a todas las personas interesadas en la noticia, es decir, a la opinión pública en general.

De todas las clasificaciones que se han hecho de la publicidad procesal destacan precisamente estas dos: por una parte, la publicidad para las partes y la publicidad general; por otra, la publicidad inmediata y la publicidad mediata.

La publicidad para las partes o publicidad interna significa que todo cuanto actúa el juez o tribunal y la parte adversa es conocido “ope legis” por la parte. La publicidad general hace referencia al gran público no interesado directamente en el proceso. La publicidad general se manifiesta, a su vez, en otras dos formas: la publicidad inmediata, que supone la percepción directa de los actos procesales por el público; y la publicidad mediata, que tiene lugar por vía indirecta, a través de un intermediario: prensa, radio, televisión... etc.

La publicidad para las partes queda fuera del ámbito estricto de la publicidad procesal. Más bien se identifica con el derecho de defensa, con el carácter contradictorio del proceso y con el principio de igualdad de armas. Supone, en consecuencia, la necesidad de que las partes conozcan las actuaciones procesales, como medio indispensable para asegurarles una defensa eficaz.

1040 La publicidad externa o general y, singularmente, la publicidad mediata se identifica con la libertad de prensa, por la función de intermediarios naturales que cumplen los informadores entre los órganos judiciales y el gran público. Hasta tal punto es importante esta función que, hoy en día, no se concibe un juicio público sin esta clase de publicidad y, consiguientemente, se reconoce a los periodistas un auténtico derecho de acceso a las Salas de Justicia, como derecho a acceder a las fuentes de la noticia, que se integra en el contenido de la libertad de información, pues sin el resultaría por completo privado de eficacia.

A causa de ello, hay que destacar que de todas las formas de publicidad referenciadas, la que mayor trascendencia tiene en el momento actual es la publicidad mediata. No ofrece duda que las exigencias vinculadas al principio de publicidad procesal obligan a propiciar, no sólo el conocimiento de las causas judiciales por los interesados, los litigantes, los acusados, las partes del proceso en general, sino también a que el desarrollo del proceso pueda ser seguido por otras personas distintas de las partes, directamente, presenciando las sesiones del juicio ante el tribunal o, indirectamente, a través de los medios de comunicación.

Queda, pues, apuntada la estrecha vinculación existente entre la publicidad de los procesos y la libertad de prensa. Precisamente, la distinción entre publicidad inmediata y publicidad mediata se concibe como el resultado de la distribución de competencias entre dos sectores del ordenamiento: mientras que la publicidad del juicio es una característica del proceso, la publicidad mediata es un fenómeno completamente ajeno a su estructura y naturaleza que afecta a la información, es decir, a la prensa y a los medios de comunicación.

Sin embargo, indagar cual debe ser la relación entre información y justicia obliga a adentrarse en el estudio de los diversos derechos fundamentales implicados, en la relación existente entre la libertad de información y la publicidad de las audiencias procesales, la cual conlleva, necesariamente, el derecho a difundir información sobre los procesos judiciales. Afirmar tan estrecha vinculación, supone reconocer que la publicidad procesal afecta al contenido de dos derechos fundamentales diversos: el derecho al juicio previo que, por imperativo del art. 1 CPP, se configura como un proceso oral y público; y el derecho a difundir libremente información, que se consagra en el art. 6 Cn, que comprende el derecho a acceder a las fuentes de la noticia y, en tal sentido, a las audiencias judiciales, como presupuesto imprescindible para que la información pueda ser difundida.

Ahora bien, conciliar los diversos intereses que actúan en esta materia, provocando múltiples situaciones de conflicto no es, ni mucho menos, una tarea sencilla. Por un lado, el interés del Estado en administrar justicia libre e independientemente. Por otro, el interés del individuo interesado en el proceso criminal, como acusado, víctima o, incluso, testigo, en que se respete su vida privada, su reputación y su esfera de libertad personal. Finalmente, el interés de la opinión pública en estar informada de los hechos socialmente importantes que se producen en su seno y, por supuesto, el derecho a formarse una opinión propia y a expresarla libremente.

1041

De esta forma se pone claramente de manifiesto la diversa fundamentación del principio de publicidad procesal, según desde la perspectiva que se contemple. Desde el punto de vista del imputado, se vincula con la función de garantía del proceso, con las garantías propias del enjuiciamiento, en último término, su interés en un juicio justo realizado por un tribunal independiente e imparcial. La publicidad contribuye a la satisfacción de ese interés, pues el juicio propiamente dicho se realiza a la vista de todos y no al amparo de la oscuridad, que puede ser fuente de la arbitrariedad. En este sentido, la publicidad se traduce en la mayor garantía de que la decisión judicial se adopta atendiendo, única y exclusivamente, a criterios jurídicos, desechando cualquier influencia espuria.

Desde el punto de vista de los ciudadanos, la publicidad constituye una garantía esencial del funcionamiento del Poder Judicial en una sociedad democrática, no sólo porque fortalece la confianza pública en la justicia, sino también porque fomenta la responsabilidad de los órganos de la administración de justicia. En este sentido, la publicidad procesal viene impuesta como garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia, la llamada responsabilidad social del juez que se manifiesta en la más amplia sujeción de las decisiones judiciales a la crítica de la opinión pública.

Y, por último, desde el punto de vista del Estado, la publicidad contribuye de forma decisiva a la prevención general, en cuanto se presenta como el medio más apto para transmitir a la sociedad los mensajes institucionales acerca de las valoraciones sociales

reconocidas en la ley y la vigencia de las normas penales. La influencia de la ley penal y de la actividad sentenciadora de los tribunales en la educación de los ciudadanos en la fidelidad de las normas, es decir, todo el efecto inestimable del panorama de una justicia penal intensiva, regular, moderada y consiente de su responsabilidad sobre la sociedad entera se efectúan casi exclusivamente a través de la información.

En contrapartida, no cabe ignorar la posibilidad de que el mismo derecho a un proceso equitativo resulte comprometido por una publicidad desmedida o incontrolada, que también comporta una seria amenaza para la presunción de inocencia del inculcado y para los derechos de la personalidad de todos los participantes en el proceso. En efecto, la publicidad amplificada por los medios de comunicación conlleva grandes riesgos para todos los participantes en el proceso, no sólo para el inculcado, que ha de soportar que parte de su vida, el reproche por el delito e incluso su condena se pongan a la vista de todos, sino también para los otros participantes en el proceso, la misma víctima queda expuesta a toda suerte de conjeturas, indiscreciones y comentarios.

1042

Es posible afirmar entonces que, para la justicia criminal, la transposición de funciones a la publicidad indirecta, es decir, la que se produce a través de la prensa, significa a la vez riesgo y posibilidad. Riesgo para el inculcado, expuesto a una posible precondena en los medios de comunicación, con lo que se acrecienta una tarea nueva e incrementada de la presunción de inocencia para los fines del proceso, que pueden llegar a resultar influidos por los deseos y expectativas del público, y para la prevención especial. Pero, a la vez, extraordinarias posibilidades de trasladar a la sociedad los mensajes que interesa difundir, informando sobre la criminalidad y la justicia criminal de forma objetiva, orientando a las víctimas potenciales de los delitos de los riesgos de victimización, vigilando el estado de la legislación penal y de la justicia criminal y explicando a la sociedad dónde se encuentra la línea divisoria entre las conductas permitidas y las prohibidas.

Por ello, si no se debe ignorar que la publicidad de la justicia constituye un valor aceptado universalmente, que se conecta con el contenido de derechos fundamentales diversos, aunque fundamentalmente con las garantías del enjuiciamiento y la libertad de prensa, también es preciso advertir que, tan importante como la norma que reconoce un derecho es aquella que delimita su contenido, concretando sus límites y, desde esta perspectiva, no puede olvidarse que el principio general de publicidad procesal también está sujeto a restricciones, las que resultan del interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional, según expresamente establece el art. 327 CPP, al regular el régimen de publicidad de las audiencias procesales.

El derecho a un proceso equitativo, la presunción de inocencia, el respeto a la intimidad de las personas, especialmente de la víctima, la autoridad e imparcialidad de los órganos judiciales, como valor esencial de la jurisdicción en una sociedad democrática, constituyen, por tanto, límites inherentes al principio general de publicidad

de las actuaciones judiciales y a la misma libertad de información sobre el contenido de los procesos en curso.

Desde esta óptica, es como debe examinarse el régimen legal instaurado por el CPP, que a nuestro juicio se inspira sustancialmente en el principio general de publicidad, que se extiende a todas las fases del proceso penal. Es decir, no se limita al juicio oral, como es tradicional, sino que comprende, aunque limitadamente, la fase de instrucción, en particular el desarrollo de la Audiencia Preliminar, cuya regulación al encontrarse inspirada en los principios del juicio oral, impone la publicidad. No obstante, también hay que dejar claro que la publicidad no se extiende a las diligencias investigación, tanto las de la investigación preliminar como las de la instrucción propiamente dicha, pues es claro que a la práctica de tales diligencias sólo tienen acceso las partes o quienes estén facultados para intervenir en el proceso. Por tanto, sólo el contenido de determinados actos procesales que se desarrollan en la instrucción deben ser dados a conocer, y de entre ellos muy en particular el contenido de la acusación que resulta de la Audiencia Preliminar. Con estas salvedades, puede decirse que la regla general es la publicidad y el secreto la excepción, aunque ambas posibilidades operan con desigual intensidad, según la clase de actuación procesal que se realice y según se trate de la esfera interna o externa del proceso.

De acuerdo con ello, es posible distinguir entre los siguientes supuestos: el régimen general de la Audiencia Preliminar es la publicidad, aunque el juez podrá ordenar mediante resolución fundada el secreto de la totalidad o parte de las actuaciones, siempre que lo exija la moral, el interés público o la seguridad nacional; por el contrario, tratándose de las diligencias iniciales de investigación, la regla general es el secreto, salvo para las partes que están facultadas para asistir a su realización.

1043

Así pues, podemos concluir que, en la esfera interna del proceso, la prevalencia de los intereses ligados a la defensa del inculpado conlleva que la regla general sea que las partes puedan tomar conocimiento de todas las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, todavía cabe pensar en la posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda limitar esta facultad reconocida a favor de las partes, acordando el secreto de algunas o todas las diligencias de la instrucción.

De entrada hemos señalar que de admitirse esta facultad debe ser de forma limitada, pues de ninguna manera podría llegar a afectar a las diligencias que se realizan en la audiencia preliminar, inspirada por mandato de la propia ley en el principio de publicidad. Sin embargo, sí se puede admitir que, por el interés público en la persecución, alguna de las diligencias de investigación que se realizan por el Ministerio fiscal, por su propia iniciativa o por mandato del juez, puedan realizarse reservadamente, basándose en la aplicación de la cláusula de interés público, en este caso el interés de garantizar una persecución plenamente eficaz.

Es obvio que tratándose de la limitación de un derecho fundamental, el secreto de la instrucción sólo puede tener un carácter limitado, y únicamente ser acordado de forma excepcional; además, en virtud del principio de proporcionalidad, ha de ser adecuado al fin propuesto, es decir, el interés de la justicia penal y de su necesaria eficacia en la represión del delito, como expresión irrenunciable de la seguridad individual o colectiva que se expresa en la misma realización del Derecho penal. En último, término debe quedar claro que el secreto debe ser alzado antes de la realización de la audiencia preliminar que presupone de forma inexcusable la presencia de las partes.

En la esfera externa, la prohibición general de publicación del contenido de las diligencias de la investigación se combina con un principio general de publicidad de las audiencias procesales y, en particular, de la Audiencia Preliminar. No obstante, la publicidad de la audiencia también podrá ser limitada para proporcionar una protección adecuada a la moral, el interés público o cuando lo exija la seguridad nacional.

Ahora bien, desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de prensa, es necesario detenerse en las limitaciones que pueden imponerse a los informadores, cuando éstos hayan de difundir información sobre los hechos que estén sujetos a investigación judicial. En último termino, debe quedar claro el contenido de la prohibición de publicación establecida en el art. 272 CPP, en el que se dispone: “Durante las diligencias iniciales de investigación, las actuaciones serán reservadas...”

1044

Es preciso reconocer que, en el ámbito del derecho a la libertad de información, la solución al conflicto de intereses exige atender no sólo a garantizar el eficaz desenvolvimiento del derecho a informar y ser informado, sino también a asegurar los fines propios del proceso, como la segura represión del delito, el respeto a los derechos individuales de las personas que participan en él y, en especial, del derecho del inculpado a la presunción de inocencia.

De entrada hemos de estimar que la única limitación admisible al derecho a la información es la que se deriva del modo de adquirir las informaciones. El derecho a la información no protege frente a las revelaciones indebidas, es decir, las obtenidas ilegítimamente, por haberse conseguido de aquellas personas que tienen conocimiento directo de las actuaciones y que, por tanto, están vinculadas por un especial deber de reserva que les impone la obligación de guardar secreto sobre lo que ellas mismas conocen.

Fuera de este supuesto, no es posible prohibir de un modo general e indiscriminado la publicación de datos o noticias sobre los hechos de un proceso, es decir, proporcionar información vez sobre los hechos obtenidos al margen de las actuaciones judiciales, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional español “el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho

fundamental) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso determinadas diligencias sumariales. De este modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima “materia reservada” sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre las “actuaciones” del órgano judicial que constituyen el sumario” (STC es 13/1985).

A pesar de ello, se plantea si todavía es posible facultar al juez para que prohíba la difusión de determinadas informaciones relacionadas con la investigación judicial. Excepcionalmente, podemos entender que tal posibilidad existe, si se consideran prevalentes los intereses relacionados con una buena administración de justicia, frente al ejercicio ilimitado del derecho a la información que puede llegar, incluso, a poner en peligro el resultado del proceso. Aunque, de admitirse tal posibilidad debería quedar claro que se trata de una facultad excepcional y de muy limitado ejercicio, en cuanto que resulta preciso delimitar claramente las circunstancias en que actúa la prohibición, la concreción precisa de la información que se prohíbe difundir y las razones por lo que se hace y, finalmente, la delimitación temporal de la prohibición, que en forma alguna podría consistir en una prohibición indefinida.

1045

273

PROPOSICIÓN DE DILIGENCIAS

Las partes, podrán proponer diligencias en cualquier momento, durante el desarrollo de la instrucción.

El juez las realizará o encomendará al fiscal, según su naturaleza.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12
- CPP, 9 (inviolabilidad de la defensa); 14 (igualdad procesal); 84 y 268 (obligaciones de la Fiscalía); 265 (finalidad de la instrucción); 270 y 271 (prueba anticipada); 162 y 15 (libertad de medios de prueba); 315 (comunidad de la prueba); 247.3 (proposición de diligencias en requerimiento fiscal), 96 (idem en escrito de querella), 259, último inciso (idem en declaración indagatoria)

II. COMENTARIO

La facultad que tienen las partes de “proponer diligencias” durante la fase de instrucción es una manifestación del principio de contradicción y del principio de igualdad de armas en el proceso penal. Dichos principios derivan del derecho a un proceso con todas las garantías, que implica el aseguramiento al imputado “de todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 12 Cn), en igualdad de condiciones con la parte que ejerce la acusación (fiscal, querellante). Dicha igualdad no se reconocía con anterioridad (Códigos del siglo XIX) en la fase de instrucción; sin embargo, se fue imponiendo el criterio, del que es fiel reflejo el nuevo Código Procesal Penal Salvadoreño, de que el pleno ejercicio del derecho de defensa (art. 9 CPP) exige igualdad de posibilidades procesales, especialmente en materia de prueba, durante la parte preparatoria del juicio oral, es decir, durante la instrucción, porque su finalidad es “la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y *preparar la defensa del imputado*” (art. 265 CPP).

1046

Por tal razón, se reconoce al imputado, por una parte, directamente o a través de su abogado defensor, el derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y de formular todas las peticiones y observaciones pertinentes para su defensa que tengan por conveniente; por otra, idéntica facultad propositiva tienen el fiscal y el querellante, por lo que su desconocimiento podría causar indefensión a los mismos. La idea de igualdad procesal expresa, en suma, la igualitaria posibilidad de realización de actos de investigación y medios de prueba, de formulación de alegaciones, de interposición de recursos... A ella se refiere el art. 14 CPP al disponer que “los fiscales, el imputado, su defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes”; es decir, tendrán el derecho a utilizar “los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación” (G. SENDRA).

Como es sabido, la materialización de la igualdad procesal no suele ofrecer problema alguno cuando se trata de la Fiscalía General de la República, debido al hecho de que a la misma atribuye la Constitución de la República el ejercicio de la acción penal y la dirección funcional de la Policía Nacional Civil, funciones que han de ejercitar con imparcialidad y en defensa de la legalidad, lo que otorga a la misma la particular posición de “parte imparcial” del proceso penal (GIMENO SENDRA).

El problema se puede presentar, en la práctica, con el querellante y, sobre todo, con el imputado y su abogado defensor, ya que, debido a la influencia inconsciente del proceso inquisitivo, podría darse una cierta resistencia fáctica al reconocimiento de su condición de parte procesal en igualdad de condiciones que la representada por el fiscal. De aquí que, en el marco del típico proceso acusatorio, que introduce *ex novo* el nuevo Código Procesal Penal de El Salvador, se enfatice y reitere en varios de sus

preceptos (arts. 9, 14, 84, 265, 270, 271, 273 CPP) que el derecho de la defensa comprende la facultad del imputado y del defensor de proponer diligencias de prueba y el correlativo deber del juez y de la Fiscalía de colaborar en su realización.

Así, el art. 273, en su inciso segundo, ordena al juez de instrucción realizar las diligencias pertinentes propuestas por las partes, y al fiscal, durante la instrucción, cumplir con las órdenes de investigación que le encomiende el juez o tribunal (art. 84 y 268 CPP), “sin perjuicio de ampliar la investigación en procura de todos los elementos que le permitan fundamentar la acusación o pedir el sobreseimiento”. Esta obligación legal es consecuencia del sometimiento de la Fiscalía al principio de legalidad, que le obliga a recolectar tanto las pruebas de cargo como de descargo y a solicitar, según proceda, la acusación o el sobreseimiento de la causa.

La facultad de las partes de proponer diligencias se enmarca, por otra parte, en el *principio de libertad de medios de prueba y de comunidad de la misma* (art. 315 CPP), derivados del principio de contradicción procesal.

La libre disposición de medios de prueba se establece en el art. 162 CPP al disponer que “los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio... de prueba”. Sin embargo, el art. 15 CPP matiza que “los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código”, de lo que podría inferirse que los medios de prueba deben estar previstos en la ley “como presupuesto indispensable para su utilización”. La contradicción existente entre esta última manifestación y lo expresado en el art. 162 CPP ha de resolverse a favor de una interpretación que postule el más amplio uso de los medios de prueba, estén o no regulados en la Ley, por exigencias del derecho de defensa y del fin que persigue el proceso penal, que no es otro que la búsqueda de la verdad. La previsión contenida en el inciso segundo del propio art. 162 de que las pruebas (no reguladas) se practiquen de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares es otro argumento definitivo a favor de la libre utilización de los medios de prueba y, por tanto, del reconocimiento de una amplia libertad para proponer diligencias de investigación durante la instrucción de la causa.

Dichas diligencias, que pueden consistir en actos de investigación o actos anticipados de prueba (art. 270 CPP), deben estar dotadas de las siguientes características: 1) Han de referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación y ser útiles para el descubrimiento de la verdad (art. 162, inc. primero), es decir, han de ser pertinentes y útiles; 2) Han de consistir en actos procesales de carácter lícito (medio legal o lícito de prueba), entendido el término licitud en el sentido de que la investigación del delito y la obtención de la prueba han de realizarse “respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República y demás leyes...” (art. 162); y 3) Han de ejecutarse con las formalidades prescritas en el Código Procesal Penal y, en su defecto, de la manera en que está prevista la incorporación de

pruebas similares, requisito cuyo incumplimiento dará lugar, por lo general, a supuestos de prueba irregular, sancionada con la nulidad relativa, aunque, si se afecta el derecho de defensa de cualquiera de las partes, la diligencia en cuestión estará viciada de nulidad absoluta.

Las diligencias de prueba que se propongan, dice el inciso 2º. del precepto comentado, las realizará el propio juez de instrucción o las encomendará al fiscal, según su naturaleza. Al respecto, cualquier prueba anticipada, estando identificación el imputado, requerirá la intermediación judicial (art. 270). Por el contrario, existen actos definitivos e irreproducibles, como es el caso, entre otros, de la inspección ocular (art. 164 CPP), cuya realización corresponde a la Policía, bajo la dirección funcional de la Fiscalía. Lo mismo ocurre con las diligencias de entrada y registro (art. 173 y ss. CPP), la intervención de las comunicaciones, en los pocos supuestos en que están permitidas (art. 24 Cn y 302, inciso 2º., CP) y las inspecciones e intervenciones corporales (arts. 178 y 167 CPP).

Por último, la proposición de diligencias de investigación se efectuará por lo general, respecto del fiscal y el querellante, en el requerimiento fiscal (art. 247.3 CPP) y en el escrito de querrela (art. 96 CPP), y respecto del imputado, en el momento de la declaración indagatoria (art. 259, último inciso, CPP); no obstante, el precepto que comentamos establece que, además, se podrán solicitar, *en cualquier momento*, diligencias de investigación, lo que incluye la petición de anticipo de prueba irreproducible en el juicio.

1048

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, no sólo practica las diligencias que el Juez de Instrucción le encomienda; también realiza diligencias por su propia cuenta. Esto ha motivado que las otras partes se las soliciten directamente a él y no al Juez y que sea el fiscal el que decida si se realizan o no. Frecuentemente, la defensa es la que se queja de la inactividad del Fiscal, pues a éste no le gusta practicar prueba de descargo (no es la regla general). Lo cierto es que desde el momento en que el proceso penal lo conduce y dirige el Juez, toda la actividad relacionada con la investigación del caso debe ser controlada por éste, con mayor razón si se trata de practicar diligencias que son verdaderos anticipos de prueba, los que tienen que ser realizados por el propio Juez. Así, el Fiscal solicita las diligencias útiles con el requerimiento y aunque sea él quien las practique, es el Juez quien las autoriza. Lo mismo hará con el querellante, el defensor y el imputado. Todos tienen derecho a pedirle al Juez la práctica de diligencias durante la instrucción, quien las ordenará según crea conveniente a los fines de la investigación. Pero el fiscal puede extender esa investigación, realizando diligencias por su propia cuenta, cuando sea útil para fundamentar la acusación (Art. 269 CPP), aunque siempre actuará bajo el control del Juez. Pero esa facultad del Fiscal de ampliar la investigación, no es sólo para motivar su acusación, también puede ampliarla en

beneficio de la libertad, es decir, para fundamentar un sobreseimiento (Arts. 17 y 84 CPP). Esa atribución del Fiscal, no es delegable al Defensor. Éste no tiene facultades por ley para realizar diligencias de investigación que sirvan al proceso. Lógicamente puede hacer investigaciones del caso, pero que le servirán exclusivamente para diseñar su estrategia de defensa.

Se ha generalizado una práctica de la Defensa Pública, consistente en que ellos reciben entrevistas de testigos en su sede, que luego pretenden que en audiencia inicial o preliminar se incorporen al proceso o por lo menos que el Juez ejerza control sobre ellas con la finalidad que le sirvan para motivar el fallo inclusive. Esto indiscutiblemente no puede permitirse, pues sólo la Policía y la Fiscalía, tiene funciones de investigación de hechos delictivos, bajo el control jurisdiccional. Cuando se presenten estas situaciones problemáticas, el defensor oportunamente debe solicitar al Juez que encomiende al Fiscal recibir las entrevistas de descargo; en caso de ser útiles porque se considera que pueden modificar sustancialmente la pretensión punitiva. Se solicitan en la audiencia y el Juez puede suspender el acto para ordenar al Fiscal que las realice o las practicara él si tiene las características de prueba anticipada; para luego continuar con la audiencia. Esta actividad, servirá también como un insumo para el ofrecimiento y la admisión de la prueba útil y pertinente que se producirá en la vista pública.

1049

274

PLAZO DE INSTRUCCIÓN

El juez procurará que la instrucción esté completa antes de la fecha fijada para la audiencia preliminar, procediendo con la diligencia que el caso requiera y urgiendo la actuación de todas las partes y auxiliares. La duración máxima de la instrucción no excederá de seis meses a partir del auto de instrucción. Dentro de este plazo, el juez sólo podrá cambiar la fecha por una sola vez antes de la audiencia preliminar.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 (habeas corpus) y 17, inciso 2º. (indemnización por retardación de justicia), 182. 5ª. (pronta y debida justicia)
- CPP, 6 y 297.3 (límite de la detención provisional), 161 (reclamación por mora judicial), 235 y 237 (plazo para la formulación del requerimiento fiscal), 266.2 (fijación audiencia preliminar), 441-A (conversión de la detención provisional)
- PIDCP, 14.3 c)
- CADH, 8.1

- DADDH, 25

II. COMENTARIO

El Código establece un límite temporal para la finalización de la fase de instrucción, disponiendo, el art. 274, que la duración máxima de la misma no podrá exceder de seis meses a partir del auto de instrucción, con posibilidad excepcional de prórroga del plazo en casos de complejidad de la investigación (art. 275). Durante ese período de seis meses, el juez procederá con la diligencia que el caso requiera y urgirá la actuación de todas las partes y auxiliares. Tales obligaciones jurisdiccionales implican, para el juez de instrucción, por un lado, y por lo que respecta a su propia actividad, una autoimposición de celeridad y eficiencia procesal, y, por otro, una labor de vigilancia y de impulso de oficio de las actividades propias de las partes procesales (fiscal, querellante, defensor), así como de los órganos auxiliares de la administración de justicia (Policía, peritos, otros órganos judiciales por vía de exhorto, etc.).

1050

La audiencia preliminar se fijará en el auto de instrucción dentro del plazo máximo establecido para la instrucción (art. 266.2 CPP); sin embargo, según o dispuesto en el art. 274, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá cambiar la fecha de la audiencia preliminar por una sola vez. El cambio puede obedecer a cualquier motivo conocido de antemano que impida su realización, entre los que puede mencionarse la complejidad del caso. Llegado el día previsto para la celebración de la audiencia, la suspensión procederá si se da alguno de los supuestos previstos en el art. 333 CPP.

Lo que está en juego es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o, lo que es lo mismo, el derecho a que se administre “pronta y debida justicia”, según expresión secular —se empleaba en la Constitución española de 1812— que utiliza el art. 182. 5ª. Cn al relacionar las facultades de la Corte Suprema de Justicia.

El mencionado derecho no tiene carácter autónomo, ya que no se menciona específicamente entre los derechos individuales del título II, capítulo I, de la Constitución de la República, donde, no obstante, se reconoce el derecho al *habeas corpus* cuando se restrinja ilegal o arbitrariamente la libertad (art. 11, inc. 2º. Cn), categoría en la que entra el supuesto previsto en el art. 6 CPP, así como el derecho a indemnización por retardación de justicia, que podrá reclamarse directamente del funcionario responsable de la misma y subsidiariamente del Estado (art. 17, inciso 2º., Cn).

Por el contrario, el art. 14.3.c) del PIDCP menciona específicamente el derecho de toda persona “a ser juzgada *sin dilaciones indebidas*”; el art. 8.1 de la CADH, el derecho de toda persona a ser enjuiciada “*dentro de un plazo razonable*”, y el art. 25, inciso 3º., de la DADDH establece que “todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad”. Las

expresiones utilizadas por los preceptos reseñados poseen idéntica significación: todas ellas hacen referencia al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, cuyo desconocimiento por el Órgano Judicial e incluso por la Fiscalía General de la República debe tener las debidas consecuencias jurídicas.

Algunas consecuencias de la indebida dilación están previstas en la ley: derecho a indemnización por retardación de justicia, límite a la duración de la detención provisional, efecto —hasta la entrada en vigor del DL 487/2001, de 18 de julio— sobre el cumplimiento de la pena privativa de libertad; otras, podrían consistir en una reducción jurisdiccional de la pena impuesta dentro del límite legal, e incluso en la tramitación de un recurso de gracia basado en la existencia de una dilación indebida.

Cuando las dilaciones indebidas inciden sobre el derecho a la libertad, que informa todo el ordenamiento jurídico (art. 1 Cn), la reacción legal resulta determinante. Así, hay que enfatizar el límite que impone para la detención provisional el art. 6, en relación con el art. 297.3, ambos del CPP, a cuyo tenor “la detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera. En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves. So pena de incurrir en responsabilidad penal”.

1051

Por su parte, el art. 441-A del CPP, derogado por DL 487/2001, de 18 de julio, pero que es de aplicación para los imputados que en el momento de la derogación del precepto hubiesen superado seis meses o un año en situación de detención provisional, establecía que “la detención provisional que la persona haya sufrido por el hecho por el que fuere condenada, se abonará a la pena a razón de un día de prisión por cada día de detención provisional durante los primeros seis meses, de dos días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que supere los seis meses y no exceda de un año, y, por tres días de prisión por cada día de detención provisional por el tiempo que exceda de un año”.

Ahora bien, podría sostenerse, al menos por lo que respecta a la aplicación del ya derogado art. 441-A y, por supuesto, en los casos de indemnización, de aplicación de algún beneficio penitenciario o de concesión de algún recurso de gracia, que para que tales efectos tengan lugar deberá existir una verdadera *dilación indebida*. No obstante, por lo que respecta al derogado art. 441-A también podría sostenerse que en todo caso el mismo es de aplicación, porque es obligación del juez de instrucción y de la Cámara de Segunda Instancia evitar cualquier tipo de demora injustificada del proceso, como sería la provocada por la actitud obstruccionista del abogado defensor en busca de la aplicación para su cliente en su momento del beneficio previsto en el citado precepto.

Retornando al concepto de dilación indebida, será preciso para que ella exista, por una parte, que se hayan *incumplido los plazos y términos establecidos* en el Código

Procesal Penal (art. 273 y 274), lo que daría lugar a una dilación; y, por otra, que no existan motivos razonablemente justificativos de la misma, lo que convertiría en indebida la dilación, para lo cual habrá que examinar la complejidad del asunto, la actitud de los jueces y tribunales encargados de la instrucción y enjuiciamiento y el compartimiento de las partes procesales.

La *complejidad* del asunto se dará no solo cuando por su naturaleza el delito o delitos objeto de la instrucción sean de investigación complicada, como es frecuente que ocurra con algunos delitos económicos, sino cuando se requiera acudir al auxilio judicial internacional para realizar determinados actos de investigación o prueba.

La *actitud del Órgano Judicial y de la Fiscalía General de la República* puede ser motivo que justifique la existencia de una dilación indebida, cuando, incumpliendo sus respectivos deberes de velar por la legalidad y celeridad del proceso, incurran en inadmisibles retrasos, por falta de la adecuada vigilancia del procedimiento en curso, sin que sea motivo de justificación la *sobrecarga de trabajo*, en especial cuando la instrucción verse sobre delitos graves en los que se haya decretado la prisión preventiva del imputado. En este sentido, son interesantes los razonamientos que Tomás y Valiente hizo a la STC 5/1985 de 23 de enero.

1052 Además de las *sanciones disciplinarias* que procedan, el Código Procesal Penal prevé un *remedio procesal especial* contra la demora judicial, estableciendo el art. 161 que “vencido el término en que se deba dictar una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de los tres días no la obtiene, podrá denunciar el retardo a la Cámara de Segunda Instancia, si se trata de un Juez de Primera Instancia, o ante el Juez de Instrucción, si se trata de un Juez de Paz, quienes proveerán enseguida lo que corresponda, previo informe verbal del denunciado.

Si la demora es imputable a un miembro o al pleno de la Cámara de Segunda Instancia, conocerá la Sala de lo Penal, y si la denuncia es contra un miembro o el pleno de la Sala de lo Penal, conocerá la Corte Suprema de Justicia en Pleno, con exclusión de la Sala”.

No concreta el mencionado precepto las medidas a adoptar por el tribunal superior, pero podemos entender, ya que en caso contrario la intervención de la Cámara carecería de sentido, que ésta podrá requerir al juez para que dicte sin mayor demora el auto de conclusión de la instrucción, o concederle un plazo perentorio para que finalice la práctica de aquellas diligencias que la Cámara considere procedentes y concluya la instrucción.

En cuanto a la dilación ocasionada por el *comportamiento de las partes*, podría suceder que *la defensa*, con la pretensión de provocar la aplicación en su momento de los arts. 6 y 441-A CPP, adopte *una actitud obstruccionista* en el proceso, planteando cuestiones incidentales improcedentes (arts. 278 y 339 CPP), ejercitando recusaciones

a todas luces indebidas, interponiendo recursos abusivos o creando motivos de suspensión del juicio oral (arts. 333 y 334 CPP). Si así ocurriese, es obligación del órgano jurisdiccional, como hemos dicho, hacer todo lo posible para poner coto a la malicia del litigante.

Glosando la situación aludida, la STS español, Sala 2ª., de 30 de marzo de 1995, ponente BACIGALUPO ZAPATER (Revista La Ley, 22 de mayo de 1995), manifiesta que “el proceso penal, en la medida en la que constituye un elemento fundamental para la realización del Derecho penal material en un Estado de derecho, presupone una determinada capacidad de funcionamiento de la justicia, que no puede depender, en forma exclusiva, de la voluntad del acusado, y ello requiere *que la provocación artificial y manifiestamente infundada de ciertas situaciones procesales no tenga efectos paralizantes del proceso*; de lo contrario, la capacidad de funcionamiento del proceso penal quedaría completamente anulada. Esta es la razón por la cual el fraude a la ley no puede ser el fundamento de derecho procesal alguno”.

Por último, resulta pertinente hacer referencia a una posible causa de retardación de justicia imputable a la Fiscalía General de la República. La misma, tras recibir la *notitia criminis*, tiene obligación de formular el oportuno requerimiento fiscal ante el Juez de Paz, en el plazo de setenta y dos horas, si el imputado se encuentra detenido, y lo antes posible, si no lo está (arts. 235 y 237 CPP). En efecto, no existiendo detención, el inciso 1º. del art. 235 establecía el plazo de cinco días para formular el requerimiento fiscal; sin embargo, tras la reforma del citado precepto (DL 281/2001, de 8 de febrero), no se establece plazo alguno si no existe detención, disponiéndose tan solo que la Fiscalía formulará “el requerimiento respectivo en el menor tiempo posible”. La reforma, que ha pasado un tanto desapercibida, tiene evidente trascendencia, porque, por una parte, otorga un excesivo ámbito de discrecionalidad a la Fiscalía y, por otra, amplía subrepticamente el plazo legal de duración de la instrucción establecido en el art. 273 CPP, mediante el simple artilugio de dejar indeterminado el día inicial para el cómputo del mismo.

1053

La cuestión, además, puede ser grave en el supuesto de formulación de una querrela (art. 96 CPP), ya que la Fiscalía, haciendo uso de lo establecido en el art. 235 CPP, puede retrasar excesivamente la formulación del requerimiento fiscal y, por ende, la tramitación procesal de la querrela, puesto que sin requerimiento fiscal no puede convocarse la audiencia inicial ni ordenarse instrucción (art. 253 CPP).

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La redacción de la parte final de este artículo (*La duración máxima de la instrucción no excederá de seis meses a partir del auto de instrucción. Dentro de este plazo, el juez sólo podrá cambiar la fecha por una sola vez antes de la audiencia preliminar*) crea algunos inconvenientes de interpretación. Ella significa que el juez de instrucción puede

cambiar el plazo de instrucción sólo por una vez, que no deberá exceder de seis meses, contabilizados siempre a partir del auto de instrucción. Dicho cambio lo debe hacer antes de celebrar la audiencia preliminar que ya había señalado, pues iniciada ésta es improcedente ampliar el plazo de instrucción, pues la norma no lo autoriza.

La audiencia preliminar deberá realizarse dentro de ese plazo de instrucción (Art. 266.2 CPP), aunque puede haber motivos de fuerza mayor o caso fortuito, que impidan realizarla dentro del plazo (Art. 319 CPP), que no deben entenderse como violatorios al plazo máximo de instrucción. En ese sentido se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Hábeas Corpus 331-99: *“...Cuando el Art. 274 Pr Pn establece que el plazo de la instrucción será de seis meses y que dentro de ese plazo, el juez sólo podrá cambiar la fecha una sola vez, se refiere a situaciones normales, no a fuerza mayor o caso fortuito, que vendrían a ser los límites al Principio de Celeridad y que están regulados en el Art. 319 Inc 4° Pr Pn cuando se refiere a otro motivo para no realizar la audiencia, que pueden ser los casos antes mencionados, la ausencia del fiscal o cualquier otra situación no prevista expresamente...”*

1054

Si fuere necesario ampliar por segunda vez el plazo de instrucción, el juez ya no puede autorizarlo, aun estando dentro de los seis meses de la duración máxima. En tal caso deberá de oficio o a petición de parte pedirlo al Tribunal de Segunda Instancia (Art. 275). El Juez, debe razonar siempre el motivo del aplazamiento de la audiencia de la audiencia preliminar, procurando que la nueva fecha sea lo más próxima posible, con lo que evita dilaciones indebidas. Debe asegurarse que no se frustre nuevamente, ya que si hace nuevos señalamientos que sean producto de su descuido o de forma arbitraria, puede ser sujeto a sanciones administrativas. También si la ampliación del plazo de instrucción es reiterada, en violación de los ya establecidos, puede provocar infracciones constitucionales. Sobre estos aspectos hay jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la primera Hábeas Corpus. Sentencias Definitivas 263-99, en la que dijo: *“...El Juez de Instrucción que cambia constantemente las fechas para la celebración de la audiencia preliminar, amerita ser amonestado por parte de la Sala de lo Constitucional, y ser prevenido de que en lo sucesivo se señale expresamente el plazo de la instrucción y se cumplan las disposiciones legales señaladas...”*. La segunda es sentencia 121-99 de Habeas Corpus, en la que señaló violaciones constitucionales cuando hay reiteradas prórrogas del plazo de instrucción, sin respetar los procedimientos, siendo éstas: Violación al debido proceso, al juicio previo y al principio de legalidad del proceso (Art. 11, 15 Cn., 1 CPP).

275

PRÓRROGA DEL PLAZO

En casos de excepcional complejidad, el Juez de Instrucción, de oficio o a petición de alguna de las partes, podrá solicitar a la Cámara de Segunda Instancia por una sola vez, fije un plazo mayor de duración de la instrucción, debiendo indicar las razones de la prórroga y el plazo razonable para concluir la instrucción. Plazo que no excederá de tres meses para los delitos menos graves y de seis meses para los delitos graves.

La prórroga se podrá solicitar, desde el inicio de la instrucción, hasta quince días antes de la audiencia preliminar.

La Cámara de Segunda Instancia fijará directamente la nueva fecha de la audiencia preliminar.

Para ello 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 personas sometidas a procedimiento o de víctimas; y,
- 2) Que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior o la producción de pruebas de difícil realización.

1055

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 17 (interpretación restrictiva), 274 (plazo de instrucción), 266 (convocatoria de la audiencia preliminar en el auto de instrucción)
- CP, 18 (delitos graves y menos graves), 42 (delito continuado), 43 (delito masa)

II. COMENTARIO

El precepto establece la posibilidad de prorrogar el plazo máximo de seis meses fijado en el art. 274 para la realización de la instrucción en el supuesto de la “excepcional complejidad” del asunto; concepto que ha de interpretarse de manera restrictiva (art. 17 CPP), porque la prórroga en cuestión es susceptible de afectar al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, al que hicimos mención en el comentario al artículo anterior.

La *excepcional complejidad* como causa justificativa de la prórroga del plazo para la instrucción suele darse en los delitos económicos, sobre todo si los hechos investigados son múltiples o afectan a muchas personas. Ese tipo de delitos, como señala GIMENO SENDRA, pueden “requerir prolijos informes periciales o la previa resolución de cuestiones prejudiciales”. Lo mismo puede suceder con los delitos propios del crimen organizado y, dentro de la categoría de los delitos económicos, con los tipificados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos de 2 de diciembre de 1998, así como en algunos delitos continuados (art. 42 CP) y en los delitos masa (art. 43 CP), que son aquellas defraudaciones en las que el agente obtiene diversas cantidades de dinero en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados.

En todos estos casos hipotéticos está pensando el legislador cuando, en el precepto que comentamos, ordena a la Cámara -y al juez de instrucción, si la solicitud de prórroga procede de las partes- que tenga en cuenta los siguientes criterios para decidir sobre la prórroga:

- 1) Que se trate de delitos cuya investigación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos relacionados o por el elevado número de personas sometidas a procedimiento o de víctimas; y,
- 2) Que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior o la producción de pruebas de difícil realización.

1056

En cuanto al *procedimiento* previsto para la ampliación del plazo de la instrucción, sus características esenciales son las siguientes:

- Corresponde al juez de instrucción que conozca del asunto efectuar la correspondiente solicitud de prórroga, bien de oficio o a instancia de parte. Cuando deniegue la solicitud que le hagan las partes, deberá dictar un auto debidamente fundado, sobre el que no cabrá recurso alguno.
- De acceder a lo solicitado, elevará un escrito razonado a la Cámara de Segunda Instancia, exponiendo las razones que avalan la prórroga de la instrucción y el plazo que se propone para la misma, que no podrá exceder de tres meses para los delitos menos graves ni de seis meses para los delitos graves (art. 18 CP).
- El plazo para formular la solicitud será el comprendido entre el día de notificación del auto de instrucción (art. 266 CPP) y quince días antes a la celebración de la audiencia preliminar, cuya convocatoria se ha de hacer en el propio auto de instrucción, aunque puede modificarse por una sola vez con posterioridad al mismo (art. 274).

- La Cámara de Segunda Instancia, antes del día fijado para la celebración de la audiencia preliminar, dictará resolución en forma de auto, denegando la solicitud o fijando una nueva fecha para la audiencia preliminar. El auto que acuerde o deniegue la prórroga no podrá ser objeto de recurso alguno.

Dado el carácter extraordinario de la prórroga, y estando en juego el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la ley establece que solo podrá solicitarse por una sola vez.

Si el juez de instrucción no se pronuncia sobre la petición de prórroga que haga alguna de las partes o si la Cámara no contesta en plazo a la solicitud que al respecto formule el juez de instrucción, cabe interponer la reclamación en queja prevista en el art. 161 CPP, para la que estará legitimado el propio juez de instrucción, si la demora es imputable a la Cámara de Segunda Instancia.

276

DOCUMENTACIÓN Y VALOR DE LAS ACTUACIONES.

1057

Las diligencias practicadas constarán en actas, conforme lo previsto en este Código. Con ellas se formará un expediente en el que se incluirán sólo aquellas actas imprescindibles, evitando la acumulación de citaciones, notificaciones o escritos insustanciales. Estas últimas serán conservadas por el secretario en archivos especiales.

Sólo los actos irreproducibles realizados conforme las reglas previstas en este Código, o aquellas actas cuya lectura en la vista publica esté permitida tendrán valor para probar los hechos en el juicio, las demás actuaciones de la instrucción carecerán de todo valor.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123 a 125 (actas), 129 (tipos de resoluciones judiciales), 244 (formalidades de las diligencias policiales), 268 (valor de las actas del fiscal), 330 (lectura de las actas en el plenario), 363 a 365 (acta de la vista pública)

II. COMENTARIO

El presente precepto contiene dos prescripciones absolutamente heterogéneas: la primera, hace referencia a la conformación documental de las actuaciones o, según

la jerga al uso, de la causa o proceso; la segunda, al valor probatorio de los documentos contenidos en dicho expediente.

A) El contenido de la causa

En cuanto a los documentos obrantes en la causa, se incluirán no solo las actas que documenten las diligencias practicadas durante la instrucción, con inclusión de las correspondientes a las diligencias iniciales de investigación aportadas por la Policía y la Fiscalía, sino también todas las resoluciones judiciales que documenten los actos esenciales del proceso y los escritos formulados por las partes.

Se excluirán del expediente judicial “las citaciones, notificaciones o escritos insustanciales, que serán conservados por el secretario en archivos especiales”. Semejante prescripción solo puede entenderse como una norma de ordenación administrativa, que obliga, respecto a una misma causa, a llevar un segundo expediente en el que se incluirán lo que, a juicio del secretario, no parezca tener relevancia procesal. Ahora bien, dado que puede tenerla, lo correcto será remitir al tribunal de sentencia ambos expedientes, que se iniciarán con un índice sobre su contenido, ordenado cronológicamente.

1058 Establece la ley, como manifestación del derecho de las partes a la plena información de todas las actuaciones y del principio de comunidad de prueba, que deberán ponerse a disposición de aquellas actuaciones y las evidencias por plazo de cinco días, antes de la audiencia preliminar, para que puedan ser consultadas (art. 315) y solicitar las partes lo que a su derecho convenga (art. 316). Pero además de ello, es evidente que, en la sede del juzgado o tribunal, las partes podrán consultar las actuaciones en cualquier momento con la adopción de las garantías para su custodia que el caso requiera.

La función de las actas es dar fe de determinados actos del procedimiento, debiendo estar firmadas por el funcionario en cuya presencia tubo lugar el mismo. Contendrán, dispone el art. 123 CPP, la fecha, el nombre y apellidos de las personas que asistieron y calidad en que actuaron; en su caso, la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir, la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas han sido hechas espontáneamente o a requerimiento y si se ha prestado juramento o promesa; previa lectura, la firmarán todos los intervinientes y, cuando alguno no pueda o no quiera firmar, se hará mención de ello.

Los secretarios serán los encargados de redactar las actas judiciales y carecerán de valor sin su firma. Las actas que levante el fiscal, llevarán la firma del funcionario que practica el acto, y las que redacte la policía serán firmadas por quien dirige la investigación y, en lo posible, por las personas que han intervenido en los actos o que han proporcionado alguna información (art. 244, inciso 3º. CPP). Respecto a las actas

policiales, este último precepto añade que si el defensor hubiere participado en alguna diligencia, se hará constar, debiendo firmar el acta, sin que la falta de firma invalide la misma.

En cuanto a las resoluciones judiciales, el art. 129 CPP las clasifica en sentencias, autos y decretos. El auto es la resolución que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o, en su caso, pone término al procedimiento; los decretos o providencias son resoluciones que contienen decisiones de mero trámite, pudiendo ser adoptados por el juez o el secretario judicial, según proceda.

B) Documentación procesal y prueba documental

Las actas, resoluciones del juez y del secretario y los escritos aportados por las partes, o a instancia judicial, conforman, pues, las actuaciones, que por lo general no tienen el valor de la prueba documental. En efecto, la prueba documental, en su acepción tradicional, viene referida a instrumentos escritos de procedencia extraprocesal e incorporados al procedimiento judicial. La documentación procesal, por el contrario, se origina en el interior del proceso y tiene por finalidad dejar constancia escrita de los actos de investigación y de prueba practicados durante las diversas fases procesales, tales como la declaración de un testigo, la confesión de un imputado, la emisión de un dictamen pericial o la práctica de una prueba anticipada de reconocimiento. Como señala FENECH, “las declaraciones testificales o periciales prestadas en la instrucción se documentan ciertamente en el proceso, pero el medio de prueba no es el documento en si, sino la declaración que es apreciada en su sentido directamente por el juzgador, y que por ello deberá reproducirse en el juicio oral”. Lo mismo cabe decir de las diligencias de reconocimiento en rueda, inspección ocular, reconstrucción de los hechos, etc.

1059

Los arts. 123 a 125 (actas), 244 (formalidades de las diligencias policiales) y 363 a 365 (acta de la vista pública) del Código Procesal Penal se refieren al concepto de documentación procesal y no al concepto procesal de documento como medio de prueba.

Tampoco forman parte de la prueba documental, entre otros, el requerimiento fiscal (arts. 247 y 248), las resoluciones que se adopten por el Juez de Paz en la audiencia inicial (art. 256), los escritos de la acusación del fiscal y el querellante (art. 314), las resoluciones dictadas por el juez de instrucción tras la audiencia preliminar (art. 320), el auto de apertura del juicio oral (art. 322), los autos de sobreseimiento provisional o de adopción de alguna de las medidas cautelares que admite la ley, etc.

C) Valor de las actuaciones

La distinta naturaleza de una y otra categoría de documentos se pone de manifiesto en el inciso segundo del art. 276, a cuyo tenor “sólo los actos irreproducibles realizados conforme a las reglas previstas en este Código (art.270) o aquellas actas cuya lectura

en la vista pública esté permitida (art. 330), tendrán valor para probar los hechos en el juicio, las demás actuaciones de la instrucción carecerán de valor”.

Esta regla es consecuencia del principio de que “los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la inmediación del tribunal y mediante el contradictorio” (GIMENO SENDRA). Dicho en otras palabras, los verdaderos actos de prueba, que son los que van dirigidos a convencer al Juez o Tribunal que ha de juzgar de la culpabilidad o inocencia del acusado, se han de verificar, con la excepción de las pruebas irreproducibles en la vista oral, “dentro de la estructura procesal correspondiente y ante el juez o tribunal competente para juzgar en ese proceso” (RUIZ VADILLO). El Tribunal Constitucional español ha reiterado la misma doctrina a partir de sus primeras sentencias (STC 31/1981), haciendo hincapié en la idea esencial de que las diligencias de la instrucción no pueden ser la base de la sentencia, ya que “el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo juez o tribunal, que ha de dictar sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes” (STC 10/1992).

1060

El art. 330 CPP concretiza las excepciones a la regla anterior, relacionando los siguientes actos de la instrucción que pueden ser incorporados al juicio oral por su lectura: 1) Los testimonios o pericias que se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible; 2) Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme lo previsto por este Código; 3) Las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo; y, 4) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme la ley.

Además del procedimiento para la realización de la prueba anticipada establecido en el art. 270 CPP -a cuyo comentario nos remitimos-, existen otras reglas reguladoras de específicas diligencias de investigación que tienen el valor de actos irreproducibles en el juicio oral.

Sobre este tipo de actos, el art. 123 CPP dispone que el acta de la inspección del lugar del hecho, de un registro o requisa, llevará la firma del policía o funcionario a cargo del acto o registro y deberá formalizarse conforme a lo establecido en el art. 124. Con estas formalidades, concluye el precepto, dicha acta podrá ser incorporada por su lectura a la vista pública.

El art. 164 CPP se refiere específicamente al contenido y formalidades del acta de la inspección ocular, señalando que se deberá consignar en la misma el lugar, la descripción detallada de rastros, huellas, el estado de las cosas y demás efectos

materiales que el hecho hubiere dejado, así como los elementos probatorios útiles a la investigación que sean recogidos o secuestrados, a efectos de su conservación, en el lugar del hecho o en sus alrededores. Dicha acta será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección, pudiendo ser incorporada por su lectura al juicio.

En el caso de requisa personal (art. 178 CPP) y del registro de vehículos, muebles y compartimentos estancos (art. 178-A), la policía procederá a levantar acta de todo lo acontecido, que firmarán los agentes policiales que practicaron las diligencias y el afectado (requisado, conductor del vehículo...), debiendo dejarse constancia en el acta en el supuesto de que aquel se niegue a firmar.

En cuanto al registro de un lugar público o privado (arts. 173 CPP), resulta preceptiva la previa autorización judicial —salvo en los casos que señalan los arts. 20 Cn y 177 CPP—, pero la diligencia en sí puede ser efectuada por la policía, sin que estén presentes el juez y el fiscal, debiendo configurarse el resultado de la misma en un acta que será firmada por los concurrentes (art. 175 CPP).

La conversión de todos esos actos de investigación en actos de prueba, partiendo del principio general de que nada llega probado al juicio plenario y de que todo ha de acreditarse ante el tribunal sentenciador, requiere que los mismos, en lo posible, sean reproducidos o ampliados en el juicio oral mediante la correspondiente prueba testifical de los agentes que los llevaron a cabo, dando a las partes la posibilidad de someter, en suma, a contradicción sus respectivos testimonios.

1061

Como ha declarado el Tribunal Constitucional español, las diligencias extrajudiciales equivalen, en principio, a una mera denuncia, pero pueden tener virtualidad probatoria cuanto contienen datos objetivos y verificables, que expuestos por los policías en forma han de ser calificados como declaraciones testificales (STC 18 enero de 1988). Por otro lado, hay partes de las diligencias policiales, como pueden ser la aprehensión de los delincuentes sorprendidos “in fraganti”; la constancia de cuerpos, efectos o instrumentos del delito; el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto; los croquis sobre el terreno; las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan en el concepto de prueba preconstituida o anticipada, porque no son practicables durante el juicio oral al ser de imposible reproducción en idénticas circunstancias (STC 107/83 y 21/1989), siendo en consecuencia imposible el cumplimiento del principio de inmediación.

Por último, los actos de investigación que realice el fiscal, señala el art. 268, inc. 2º. CPP, no será necesario que consten en acta, “salvo cuando las considere útiles para su trabajo posterior o para el desarrollo del procedimiento. En todo caso, *dichas actas carecerán de valor para probar los hechos en el juicio*”. La única excepción a esta regla sería el acta que documente la confesión rendida ante el fiscal, en presencia del

abogado defensor y sin que haya mediado violencia física o moral sobre el imputado, todo ello con independencia de la valoración de la misma por el juez o tribunal sentenciador (art. 222 CPP).

CAPÍTULO VII

EXCEPCIONES

277

ENUMERACIÓN

A partir de la audiencia inicial, las partes podrán oponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Incompetencia;**
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir;**
- 3) Extinción de la acción penal; y,**
- 4) Cosa juzgada.**

1063

Si concurren dos o más excepciones, se interpondrán conjuntamente.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11, 131.26 y 193.4
- CJM, 1
- LMI, 42 y 43
- Decreto n° 436, arts. 8 y 9
- CP, 7, 8, 9, 27, 51, 98
- CPP, 7, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 40, 48 a 82, 83, 104, 105, 224.1, 246, 248, 253, 310, 313, 314, 319, 321, 322, 325, 404 y 405

II. COMENTARIO

Se regula un procedimiento incidental que recuerda las excepciones características del proceso civil, pues en ambos casos han de proponerse con carácter previo a la oposición de fondo. Sin embargo, difieren en cuanto a sus efectos, toda vez que, salvo la falta de competencia o declinatoria de jurisdicción, las demás excepciones lo son de fondo y, por tanto, conllevan el sobreseimiento del proceso. Además, en el proceso

penal, las excepciones pueden ser invocadas por ambas partes y no sólo ser opuestas por el sujeto pasivo de la relación procesal, como sucede en el proceso civil.

De las diferentes excepciones que pueden ser propuestas en este incidente, la primera y la segunda son de naturaleza procesal; las otras dos son de naturaleza material. La estimación de la falta de competencia conlleva la remisión de lo actuado al órgano jurisdiccional competente. La excepción por falta de acción, de indudable naturaleza procesal, determina la suspensión del proceso, sin perjuicio de su ulterior reapertura, una vez suplida la falta de acción. Por el contrario, las excepciones basadas en la extinción de la acción penal o en la concurrencia de la cosa juzgada suponen, por su indudable carácter de fondo el sobreseimiento definitivo del proceso.

En el régimen vigente se distingue entre excepciones dilatorias y perentorias. Las primeras impiden el desarrollo del proceso por faltar un presupuesto de la relación jurídico procesal. Como ejemplo de este tipo puede señalarse la falta de denuncia del ofendido por el delito, que resulta esencial en los delitos de persecución privada. Por el contrario, las excepciones perentorias cuestionan el fondo, tal y como sucede cuando se opone la extinción de la responsabilidad penal o la cosa juzgada, en cuyo caso, de declararse su concurrencia, debe decretarse el sobreseimiento definitivo del proceso.

1064 Cabe poner en cuestión la equivalencia entre el régimen de excepciones propio del proceso penal y el del proceso civil. El efecto propio del acogimiento de una excepción en el proceso civil es dejar imprejuzgada la acción, pero no produce efectos de cosa juzgada ni, por tanto, impide la reproducción de la pretensión en otro proceso diferente. Por el contrario, tratándose del proceso penal, salvo en el caso de falta de competencia o de falta de acción, que pueden ser subsanados, siempre se produce el doble efecto de impedir la continuación del proceso y producir la cosa juzgada. Es suma, el acogimiento de estas excepciones provoca el mismo efecto que la absolución definitiva, pues no afectan a las condiciones de procedibilidad, sino a la posibilidad misma de exigir responsabilidad penal.

Por ello, es preferible entender las excepciones como presupuestos de admisibilidad o eficacia de la pretensión penal, en cuanto que afectan a la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Se trata de elementos cuya concurrencia es condición imprescindible para que pueda existir el proceso. Desde esta óptica, a su vez, cabe distinguir entre presupuestos procesales, entre los que se incluye la falta de competencia del órgano judicial y la falta de acción (apds. 1º y 2º) y los presupuestos materiales, que hacen referencia a la extinción de la acción y a la cosa juzgada (apds. 3º y 4º).

En concreto, se enumeran hasta cuatro grupos de excepciones, que pueden ser alegadas por cualquiera de las partes:

A) La falta de competencia

Incompetencia es la falta de competencia y, por extensión, la falta de jurisdicción de un concreto órgano judicial para conocer de la causa, ya sea por razón de la materia, por razón del territorio o por razón de la persona del juez. Tres aspectos generales deben ser destacados con carácter previo.

En primer lugar, las partes pueden promover cuestión de competencia en la audiencia inicial y, si se ordena la instrucción, desde que se dicta el auto de instrucción hasta la audiencia preliminar, momento en el que se entiende queda precluido definitivamente el trámite (art. 69 CPP).

En segundo lugar, la excepción de incompetencia no suspende el trámite de instrucción ni la audiencia preliminar (art. 71 CPP). Ahora bien, si se formula en la Audiencia Preliminar, ha de ser resuelta de inmediato, sin que haya lugar a la suspensión de la audiencia, salvo que resulte imprescindible realizar una instrucción sumaria.

En tercer lugar, en el auto que resuelve la cuestión de incompetencia, han de determinarse las actuaciones que conservan validez (art. 72 CPP). La regla general establecida para tales casos es la nulidad absoluta de todo lo actuado por el juez incompetente (art. 224.1 CPP). Sin embargo, esta consecuencia radicalmente anulatoria se atempera introduciendo el principio de conservación de los actos judiciales: en los arts. 72 y 56 CPP. Por un lado, al admitir la convalidación de los actos procesales defectuosos y, por otro, al establecer un principio general de conservación de los actos de imposible reproducción.

1065

Como materias que pueden determinar la falta de competencia pueden citarse las siguientes:

a) La competencia territorial. La regla general se encuentra establecida en el art. 59 CPP: será competente para juzgar el imputado el juez del lugar en que el hecho se hubiere cometido. En los arts. 59 y 60 CPP se contienen reglas para determinados casos especiales: delitos en los que la acción y el resultado se producen en lugares diferentes; delitos continuados o permanentes, que pueden realizarse en diferentes lugares; así como los casos en que no es conocido el lugar en que se cometió el hecho.

b) La competencia objetiva o por razón de la materia, estableciéndose normas de atribución de competencia según se trate de órganos ordinarios comunes o especiales. En este último caso, y una vez desaparecidos los denominados “jueces de hacienda” y los “jueces de tránsito” con la entrada en vigor del CPP, los jueces y cámaras de menores (arts. 42 y 43 LMI), los tribunales y jueces militares (art. 1 CJM) y el tribunal del jurado (art. 52 CPP).

En cambio, no cabe estimar la posibilidad de promover cuestiones de competencia por razón de la materia en dos casos: cuando se trata de la distinción entre delito y falta, porque esta calificación representa una cuestión de fondo que, de suscitarse, ha de ser resuelta en la sentencia definitiva; cuando se trata de órganos subordinados entre sí, pues en este caso no caben cuestiones de competencia.

c) La falta de jurisdicción. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que aunque la regla general es la aplicación del principio de territorialidad, en determinados casos se faculta a los tribunales salvadoreños para conocer de hechos cometidos fuera de sus fronteras, siempre que el autor se encuentra a disposición de los tribunales nacionales:

En virtud del principio personal fundado en la nacionalidad del autor, “la ley del Estado acompaña a sus nacionales donde quiera que se hallen, de tal forma que aunque cometan un delito en el extranjero serán juzgados de acuerdo con la legislación penal de su país de origen (art. 8 CP).

En razón del principio real o de defensa la ley nacional se aplica a las personas que cometan delitos contra bienes o intereses jurídicos pertenecientes al Estado o a sus coasociados, sin tener en cuenta el lugar de comisión del delito (art. 7 CP).

1066 En atención al principio de justicia universal se posibilita la aplicación de la ley de un Estado en caso de que el delito adquiera trascendencia internacional, sin que importen la nacionalidad del autor ni el bien jurídico afectado, como tampoco el lugar de comisión del delito (art. 9 CP).

B) Falta de acción

En el ámbito de esta excepción se comprenden tanto el supuesto de falta total de acción, es decir, cuando no existe pretensión penal promovida por el órgano público de acusación o por un particular legítimamente interesado en el ejercicio de la acción penal, como los supuestos en que la acción penal ha sido promovida incorrectamente, en ausencia de una condición objetiva de procedibilidad.

En efecto, en el sistema instaurado por el Código Procesal Penal el ejercicio de la acción penal, excepción hecha de los delitos de acción privada, corresponde al Ministerio fiscal, a quien compete promover la acción penal, de oficio o a petición de parte (art. 193.4 Cn), ante los tribunales penales (art. 83 CPP). En tal sentido, además, la Ministerio fiscal le corresponde en exclusiva formular el requerimiento fiscal que constituye el presupuesto previo para la celebración de la audiencia inicial y, consiguientemente, de la incoación del proceso penal propiamente dicho (art. 253 CPP).

Ahora bien, si el Ministerio público ostenta el monopolio en la formulación del requerimiento que abre la instrucción, lo cierto es que una vez abierto se autoriza a que

el querellante ejercite la acción penal de forma independiente, formulando acusación (art. 313 CPP) e interviniendo como parte acusadora en el juicio oral (art. 325 CPP).

De esta forma, en el régimen vigente, se garantiza que la iniciación o prosecución del proceso pueda tener lugar sin la existencia de un parte acusadora. En tal sentido, recuérdese que el art. 253 CPP impide que el Juez de Paz realice la Audiencia Inicial u ordene la instrucción sin el respectivo requerimiento fiscal y en los arts. 321 y 322 CPP se prohíbe que el Juez de Instrucción disponga la apertura del juicio oral si el Ministerio fiscal o el querellante no formulan acusación.

Esta excepción puede oponerse no sólo en el supuesto de falta total de acción, sino también cuando la acción penal ha sido promovida incorrectamente por no haberse cumplido un requisito de procedibilidad. Esto es lo que sucede con los delitos sólo perseguibles a instancia particular (art. 26 CPP), que sólo pueden ser perseguidos a petición de la víctima o de quien le represente, si se trata de un incapaz. Tan sólo superado este obstáculo procesal el Ministerio fiscal puede promover su persecución, ejercitando la acción penal. En otro caso, ante la ausencia de denuncia previa se podrá oponer la excepción de falta de acción.

C) Extinción de la acción penal

1067

La acción penal se extingue por cualquiera de las causas establecidas en el art. 31 CPP. Son causas de extinción de la acción, porque impiden la persecución de un hecho que es punible, es decir, el ejercicio de la acción penal, a pesar de existir una infracción penal con todos sus elementos constitutivos. Por ello, no pueden confundirse con las causas de exclusión de la responsabilidad penal (art. 27 CP), cuya apreciación determina la inexistencia del delito.

A causa de ello también, las causas que extinguen la acción penal se producen con posterioridad al hecho delictivo, perfeccionado en todos sus elementos, y generalmente una vez iniciada la persecución penal. No afectan a la antijuridicidad del hecho o a la culpabilidad del autor, sino que expresan motivos procesales que impiden la persecución penal.

Según lo dispuesto en el art. 31 CPP son las siguientes:

1) *La muerte del imputado*

El imputado es el sujeto pasivo del proceso, que no puede progresar sin la existencia de una persona contra quien dirigir la acción penal. Esto explica que el proceso ni tan siquiera pueda incoarse, si no existe una persona a quien imputar el hecho delictivo (art. 246 CPP) y, por ello, una de las actividades principales de las diligencias de investigación consiste en identificar a los autores de la infracción (art. 239 CPP). Por la

misma razón, el juicio oral sólo puede abrirse contra un imputado conocido, que es objeto de acusación (arts. 313.1, 314 y 322 CPP).

Es lógico, por tanto, que la muerte del imputado impida promover la acción penal e, incluso, extinga la pena ya impuesta (art. 98 CP), pues no en vano en el Derecho penal moderno rige el principio de personalidad de las penas.

2) *La conciliación*

Mediante la conciliación se expresa el acuerdo entre el imputado y la víctima dirigido a propiciar la reparación del daño causado por el delito. En los casos taxativamente establecidos en el art. 32 CPP, es decir, infracciones patrimoniales, homicidio culposo, lesiones menos graves... etc. conlleva la suspensión del proceso y, si el inculcado cumpliera lo acordado en la conciliación, la extinción definitiva de la acción penal.

De acuerdo con ello, alcanzada la conciliación, deberá comunicarse al juez de paz (art. 248.7 CPP), al juez de instrucción (arts. 313.7 y 319) y al tribunal de sentencia, pues en todo caso, para que se le pueda reconocer eficacia procesal, es preciso que tenga lugar antes de que se clausuren los debates de la vista pública.

1068

La conciliación, una vez aprobada por el juez o tribunal, provoca la suspensión del proceso y, la extinción definitiva de la acción penal si el inculcado cumpliera lo acordado en el plazo finado en el acuerdo de conciliación. En otro caso, si el imputado incumpliera sin justa causa, el procedimiento continuará como si la conciliación no hubiera existido (art. 33 CPP).

3) *La amnistía*

Según dispone el art. 131.26 Cn, corresponde a la Asamblea Legislativa conceder la amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte.

El ejercicio de la gracia ha sido objeto de regulación en el Decreto nº 436 de 8 de octubre de 1.998. En el mismo se establece que en los casos de imputados con causas pendientes, el juez o tribunal competente, a solicitud de parte o de cualquier persona y en cualquier estado del proceso, decretará el sobreseimiento sin restricciones a favor de los procesados, por extinción de la acción penal, ordenando la inmediata libertad de los mismos o el levantamiento de las órdenes de detención (art. 8.4).

La concesión de la gracia también puede favorecer a personas que todavía no hayan sido sometidas a proceso. En tal caso, el decreto de concesión de la gracia les servirá para que en cualquier momento en que se inicie el proceso en su contra por el

delito comprendido en la amnistía, puedan oponer la extinción de la acción penal y solicitar el sobreseimiento (art. 9).

4) *La prescripción*

La prescripción provoca la extinción de la acción penal una vez han transcurrido los plazos señalados en la ley, durante los cuales el procedimiento no se ha seguido contra el culpable o cuando dirigido contra una persona determinada se ha paralizado.

El CPP establece los plazos de prescripción (art. 34), regulando también cuándo han de comenzar a computarse los referidos plazos (art. 35), la suspensión (art. 37), la interrupción (art. 38) y efectos de la prescripción.

La prescripción, al igual que sucede con el resto de las excepciones, puede alegarse en cualquier estado del procedimiento e incluso debe ser apreciada de oficio, por el carácter de orden público que tiene. Sin embargo, hemos de destacar las dificultades que representa pronunciarse sobre esta excepción cuando todavía no se ha resuelto el trámite de calificación, pues en tales casos debe realizarse anticipadamente el juicio de tipicidad, que en realidad incorpora un juicio de fondo.

Por ello, debe considerarse que mal puede declararse prescrito un hecho cuya tipicidad concreta no se ha determinado y, consiguientemente, se ignora la pena que le corresponde. Todo ello debe conducirnos a considerar que la alegación de prescripción es clara cuando quien la realiza es la acusación o cuando proviene del acusado y se basa en la calificación de los hechos realizada por las acusaciones. Es decir, sólo cuando dados los términos de la acusación y la aplicación de las normas sustantivas al delito calificado procede sin duda la prescripción, ésta podrá ser alegada con éxito. Lo que no es admisible es que se declare la prescripción basándose en una calificación de los hechos más favorable que la realizada por la acusación, porque esa discrepancia es, precisamente, la que ha de ser objeto del juicio de fondo.

1069

5) *Pago de máximo previsto para la pena de multa*

El principio según el cual una pena sólo puede ser impuesta sobre la base de un juicio oral y público (art. 1 CPP) se excepciona en el caso de que el imputado acepte su responsabilidad por el hecho imputado, pagando el máximo impuesto para la pena de multa, siempre que se trate de delitos sancionados exclusivamente con esta pena.

Para que opere esta causa de extinción de la acción debe abonarse cinco veces el salario mínimo (art. 51 CP). Esto es especialmente importante, pues esta excepción se opone para favorecer al imputado que debe responsabilizarse de la totalidad de la multa que pudiera imponérsele, de tal modo que en otro caso no es posible invocar este motivo de excepción.

6) *Por aplicación de un criterio de oportunidad*

Frente al principio de legalidad que obliga a la fiscalía a realizar las investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido el delito, la aplicación de un criterio de oportunidad significa que se autoriza a la fiscalía a decidir sobre la formalización de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando exista una sospecha probable de que el acusado haya cometido un delito.

El ámbito de aplicación de este principio se limita a la criminalidad más leve cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 20 CPP, fundamentalmente, que el hecho sea insignificante y no exista interés público en la persecución, cuando el imputado haya procedido a la reparación del daño causado por el delito o haya sufrido, como consecuencia del mismo, un daño irreparable o cuando la pena que corresponde al hecho carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta.

En todos estos casos la aplicación de un criterio de oportunidad determina la extinción de la acción penal pública respecto del imputado en cuyo favor se decide, no en cambio de la acción privada, que puede ser ejercitada en el plazo de tres meses, transcurrido el cual caducará toda acción penal (art. 21 CPP).

1070 Además, conviene advertir que esta excepción sólo puede alegarse respecto del imputado a cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad, pues sólo respecto de éste extingue la acción penal. Únicamente, cuando el criterio de oportunidad en el que se basa la renuncia a la acción se refiere a la insignificancia del hecho, extiende sus efectos a todos los coimputados.

7) *El cumplimiento del plazo a prueba*

Como consecuencia de la suspensión condicional del procedimiento (art. 22 CPP) surge la necesidad de someter al imputado a prueba por un periodo de tiempo que oscila entre uno y cuatro años (art. 23 CPP).

Al igual que en el caso de conciliación, si el imputado no cumple las reglas impuestas se revoca la suspensión y continúa el procedimiento iniciado (art. 24 CPP). En otro caso, cumplido el plazo impuesto se extingue la acción penal.

En todo caso, cuando se alegue esta excepción deberá comprobarse que se ha agotado en plazo establecido y no exista posibilidad alguna de revocatoria de conformidad con el art. 24.2 CPP.

8) *Revocación de la instancia particular*

Este motivo de excepción sólo opera para los delitos de acción pública previa instancia particular (art. 26 CPP). En estos caso, se reconoce a favor de la víctima, representante legal o tutor la posibilidad de solicitar la revocatoria de la acción (art. 40 CPP), en cuyo caso se producirá la extinción de la acción penal.

Solamente en el caso de que la revocatoria sea solicitada por el representante legal o por el tutor de un menor o incapaz precisa autorización del juez (art. 40.2 CPP), que podrá denegarla atendiendo a la protección de los intereses del menor o incapaz.

9) *Renuncia de la acción en los delitos de acción privada*

De acuerdo con el art. 104 CPP el abandono de la querella se produce por la extinción de las actividades necesarias para la prosecución penal: no concurrir a prestar declaración, falta de acusación, no presentar prueba para fundar la acusación o no concurrir a la vista pública.

El abandono de la acusación provoca la extinción de la acción penal únicamente respecto de los delitos perseguibles por “acción privada” y determina el sobreseimiento del proceso (art. 404 CPP), impidiendo toda persecución ulterior por el mismo hecho y en relación con los imputados que participaron en el procedimiento (art. 105 CPP).

1071

A la renuncia de la acción se equipara la renuncia del ofendido respecto de los delitos de acción privada o que hayan sido transformado en delitos de acción privada.

10) *Muerte de la víctima en los casos de acción privada*

Si la víctima muere se extingue la acción penal salvo que la acción se haya ejercitado y sea continuada por sus herederos.

En un sentido equivalente para los delitos de acción privada, el art. 404.2 CPP dispone que si muerta o incapacidad de la víctima sus herederos no ejercitan la acción penal en el plazo de sesenta días, ésta queda extinguida.

11) *Reparación integral del daño*

Cuando el delito que se persigue se corresponde con un ilícito patrimonial, esta causa de extinción de la acción puede confundirse con la conciliación. Sin embargo, se distingue de ella en que en este caso se requiere la reparación integral del daño. Además, la reparación se refiere exclusivamente a una víctima privada, mientras que la reparación puede referirse a un daño social, que deberá ser evaluada por el Ministerio fiscal como defensor de los intereses públicos.

12) *Perdón de la víctima*

El art. 405 CPP regula el perdón con respecto a los delitos perseguibles por acción privada, estableciendo que en tales casos se extinguirá la acción y el juez sobreseerá el procedimiento. Son supuestos en los que prima el interés privado de la víctima sobre el interés público en la persecución.

Para que el perdón del ofendido despliegue los efectos que le son propios, es preciso el cumplimiento de un conjunto de requisitos, materiales y formales. Entre los primeros, debe contener los requisitos propios de todo negocio jurídico, es decir, realizarse por persona capaz o por el representante del incapaz y no puede contrariar el orden público, por lo que sólo se le reconoce eficacia en relación con determinados bienes jurídicos, esencialmente disponibles por su titular. Además, ha de tener una causa lícita y ha de prestarse libremente por el interesado, pudiendo el tribunal rechazar el perdón si de las manifestaciones de la parte ofendida o de la prueba resulta la existencia fundada de vicios del consentimiento. En cuanto a los requisitos formales, ha de ser expreso.

13) *Cumplimiento del plazo de un año desde que se dispuso el sobreseimiento provisional*

1072

El sobreseimiento provisional se basa en la insuficiencia de los elementos de convicción sobre la participación del imputado en el ilícito penal, aun cuando existe la posibilidad de obtener nuevos datos. En tal caso procederá la reapertura del proceso a petición de la fiscalía durante el plazo de un año desde que fue acordado el sobreseimiento provisional. Si transcurre dicho plazo sin que se haya instado la reapertura, se extingue la acción penal por el transcurso de dicho plazo.

D) **Cosa juzgada**

La última de las excepciones que pueden alegarse es la cosa juzgada, que se produce cuando ha recaído resolución firme y definitiva seguida contra un imputado determinado en un proceso concreto. El efecto fundamental de la cosa juzgada reside en la imposibilidad de reproducir el proceso con un mismo objeto y respecto de los mismos imputados que ya fueron juzgados. Su fundamento, por tanto, se encuentra en el principio “ne bis in idem” o prohibición de la persecución penal múltiple (arts. 11 Cn y 7 CPP).

El efecto de cosa juzgada lo producen todas las resoluciones judiciales que ponen término al proceso, impidiendo su reproducción ulterior. Por tanto, no sólo las sentencias, sino también los autos de sobreseimiento definitivo, que pueden ser considerados como la negación anticipada del ejercicio de la potestad punitiva estatal y, en este sentido, producen las mismas consecuencias que la sentencia absolutoria.

En el proceso penal, la cosa juzgada presenta particularidades. La sentencia penal o el Auto de sobreseimiento definitivo sólo producen eficacia de cosa juzgada en un sentido negativo, en cuanto que impiden una nueva sentencia, un mismo proceso sobre el mismo objeto penal que ya ha sido enjuiciado con anterioridad. Por lo tanto, nada tiene que ver con el resultado del proceso, con la condena o la absolución, pues lo que en ambos casos evita es que una misma persona pueda volver a ser enjuiciada por los mismos hechos. Es lo que se denomina el efecto negativo de la cosa juzgada. En cambio, la sentencia penal no produce el efecto de cosa juzgada en sentido positivo, pues lo declarado en una sentencia como hecho no vincula al Tribunal que vuelve a juzgar a otro acusado por el mismo hecho o al mismo acusado por un hecho distinto.

Este diferente alcance de la cosa juzgada en el proceso penal y el civil responde a un doble fundamento: por un lado, el interés público en la persecución por los hechos delictivos y, por otro, al principio de verdad en el proceso penal, que si bien obliga a aceptar como verdad dentro del proceso aquello que efectivamente aparece probado, sin embargo, no impide que esa verdad pueda ser revisada en otro proceso ulterior como resultado de la prueba practicada en el mismo, pues lo contrario equivaldría a una ficción incompatible con el principio de obtención de la verdad en el que inspira el proceso penal. Piénsese, por ejemplo, que un acusado ya condenado es juzgado de nuevo por un delito distinto y que el resultado de la prueba arroja una conclusión distinta en relación con el alcance de una circunstancia afectante a la imputabilidad que se tuvo en cuenta en el proceso anterior; o también que en un proceso seguido por el mismo hecho contra otro acusado el resultado de la prueba sobre las circunstancias en que se produjo el hecho arrojan una conclusión diferente a la declarada en el proceso anterior.

1073

En todos estos casos el carácter formal de la cosa juzgada no autoriza a sostener que la declaración jurídica contenida en la sentencia anterior no puede ya ser modificada y, por tanto, que no puede ser alterada en el nuevo proceso. Al contrario, la primera sentencia sólo tiene valor en el nuevo proceso como un medio de prueba más para el tribunal, pero no tiene un valor vinculante, que la valorará libremente junto con las demás pruebas practicadas. Lo contrario sería admitir un concepto de verdad procesal artificial, basado en una presunción “*iuris et de iure*” derivada de la cosa juzgada, absolutamente impropio del proceso penal.

Aunque, en principio, el efecto de cosa juzgada sólo es predicable de la sentencia de fondo, en el proceso penal se reconoce el mismo efecto a las resoluciones definitivas que ponen fin al proceso y, más en concreto, a los autos de sobreseimiento definitivo. Estas resoluciones han de ser firmes, pues sólo las que tienen tal carácter son capaces de producir cosa juzgada formal, presupuesto necesario para afirmar la cosa juzgada material.

A ello se añade la condición de que la sentencia o auto firme provenga de un órgano judicial competente, pues de otro modo estaría actuando con exceso de jurisdicción y su decisión sería nula y, por tanto, jurídicamente inexistente.

Suele decirse que la aplicación de la cosa juzgada se condiciona a la concurrencia de una triple exigencia de identidad: de personas, de objeto y de causa. Sin embargo, tal afirmación debe matizarse en el proceso penal por las particularidades que el mismo presenta:

La identidad de sujetos de ambos procesos no se extiende a las dos partes de la relación procesal, como sucede en el proceso civil, sino, únicamente, al sujeto pasivo del proceso. Juzgado éste no cabe reproducir el proceso, ni tan siquiera en virtud de la acción ejercitada por quien no fue parte en el proceso originario. Es decir, el efecto de cosa juzgada, en el proceso penal, se produce independientemente de quien fue parte acusadora.

La razón de esta diferencia se encuentra en que la identidad subjetiva en el proceso penal se fija atendiendo a la persona del acusado y al hecho objeto de acusación. Los acusadores son partes instrumentales para la actuación del *ius puniendi* estatal, por lo que la identidad de quienes ejercitan la acción penal no tiene trascendencia alguna a los efectos de identificar la existencia de cosa juzgada.

1074

Únicamente se ha discutido si en relación con la persecución de los delitos privados que se estructura de forma semejante al proceso civil, los límites de la cosa juzgada exigen considerar la identidad de ambas partes, es decir, acusador y acusado. Sin embargo, también aquí la identidad subjetiva se agota en la coincidencia del acusado, pues ejercitada la acción por uno de los perjudicados produce el efecto de cosa juzgada se extiende a todos. Tan sólo si se entiende que hay tantos delitos como ofendidos, piénsese en las injurias vertidas contra varios ofendidos, cabrá que un nuevo acusador reproduzca el proceso, pero en tal caso lo permitirá no la falta de identidad subjetiva del acusador, sino la falta de identidad objetiva.

Por otro lado, debe señalarse que, por su carácter de garantía individual, la cosa juzgada no se extiende a otra persona que no haya sido perseguida penalmente. A causa de ello, la absolución o el sobreseimiento de un imputado por un hecho concreto no amparan a otro imputado por el mismo hecho, aunque el fundamento de la absolución o sobreseimiento sea común. Como garantía individual que es, la cosa juzgada no posee efecto extensivo y, conforme a ello es correcto que el autor de un delito resulte absuelto y, sin embargo, en un proceso ulterior el cómplice sea condenado.

La identidad objetiva viene representada por la identidad del hecho punible, esto es, del objeto del proceso penal, en realidad una de las cuestiones más debatidas de la ciencia procesal.

En principio, el objeto del proceso penal es el hecho de la vida, el acontecimiento real que se somete a enjuiciamiento, es decir, se trata de un hecho histórico valorado penalmente. Pero a los efectos de la identidad objetiva lo trascendente es el aspecto material del hecho y no su calificación jurídica, de modo que no procede abrir un nuevo proceso sobre un hecho histórico ya juzgado, recurriendo al expediente de alterar el título de imputación, subsumiendo el hecho ya enjuiciado en un tipo penal distinto al aplicado en la sentencia.

La razón es simple, en el primer proceso se pudieron averiguar todas las circunstancias y elementos atribuidos al autor del hecho, hasta agotar su examen, pues los tribunales poseían todas las atribuciones para valorar jurídicamente el hecho desde todas las perspectivas posibles. Por ello, precisamente, sólo en los casos en que el primer examen total no es posible, por impedirlo una regla jurídica, es posible un nuevo proceso referido al mismo hecho.

Lo anterior conlleva, como regla general, que llegada la sentencia y producida la cosa juzgada el hecho queda cristalizado en su calificación jurídica y no puede ser nuevamente juzgado en un nuevo proceso con una calificación distinta, amparándose en la existencia de una identidad fáctica y no jurídica. Es decir, no cabe un nuevo proceso sobre el mismo hecho, aunque se considere como un delito distinto e incluso aunque esa nueva consideración implique cambios accidentales en la estructura del hecho, como por ejemplo sucede cuando se acusa como encubridor a quien ya fue acusado y absuelto como autor o cuando se acusa como autor de homicidio consumado a quien fue condenado como autor de tentativa de homicidio.

1075

Todo ello es revelador de que en el proceso penal la falta de identidad entre la calificación jurídica del hecho que se establece en la sentencia y aquella con la que se pretende promover un nuevo proceso no elimina el efecto excluyente de la cosa juzgada, hasta el punto de que es indiferente la norma penal en que se funda la acusación, pues no cabe acusar a una misma persona en otro proceso posterior, por un nuevo título de condena, si se trata de un hecho idéntico al que ya fue juzgado.

En resumen, la identidad de la cosa juzgada penal está constituida subjetivamente por la persona acusada y objetivamente por el hecho histórico individualizado que constituye el objeto del proceso, independientemente de su calificación jurídica. El “ne bis in idem” como exigencia individual de libertad, lo que impide es que unos mismos hechos puedan ser enjuiciados repetidamente, resultando indiferente que estos puedan ser contemplados con base en distintas calificaciones jurídicas.

Ahora bien, sentado que para la aplicación de la cosa juzgada no se toman en consideración las valoraciones jurídicas diferentes, debe aclararse que el significado de esta regla es sólo negativo, en cuanto sirve para aclarar que una calificación jurídica diversa no habilita para iniciar una nueva persecución por el mismo hecho. Sin embargo,

más allá de esta afirmación existen supuestos problemáticos que vienen dados por la dificultad de determinar cuando estamos en presencia de un mismo hecho o cuando se trata de imputaciones con diferente objeto.

Tal dificultad viene dada porque no existe un concepto natural de hecho, que permita trazar nítidamente la frontera entre un hecho y otro. En realidad, el concepto de hecho punible se integra por referencias valorativas, a través de definiciones normativas de las que no se puede prescindir. De ello resulta que también deberán tenerse en cuenta las reglas del Derecho penal material para decidir si estamos en presencia de un mismo hecho o de hechos en diversos, que sí permiten la doble persecución.

En atención a lo expuesto merecen una atención especial los siguientes supuestos problemáticos:

1076 En primer lugar, deben considerarse las reglas que disciplinan el concurso. El concurso real o material supone desde el punto de vista material la existencia de hechos punibles diversos y, consiguientemente, desde el punto de vista procesal significa la posibilidad de una persecución penal múltiple. No sucede lo mismo con el concurso ideal ni con el concurso de leyes. Tratándose del concurso ideal de delitos debe tenerse en cuenta que, aunque la acción sea unitaria, los hechos son distintos. Sin embargo, todos ellos han sido enjuiciados conjuntamente, por lo que la cosa juzgada alcanza a todos los elementos de hecho. Idéntica solución debe darse al concurso de leyes, pues se trata también de una imputación única, aunque desde una perspectiva material admita más de un encuadramiento jurídico. En todo caso, esto es irrelevante pues de lo que no existe duda es de que en tales casos el hecho es único, aunque sea posible más de una calificación jurídica.

En el delito continuado el ámbito de eficacia de la cosa juzgada se extiende no sólo a los hechos que han sido objeto de acusación y enjuiciamiento, sino también a todos los realizados con anterioridad al proceso, aunque no hubiesen sido objeto de acusación e, incluso, aunque entonces no fuesen conocidos, por haberse descubierto con posterioridad. El objeto del proceso penal es la unidad jurídica que comprende todos los hechos, pasando en autoridad de cosa juzgada todos los hechos que podrían haber quedado incluidos en el contexto espacial y temporal que fue objeto de acusación. De esta manera la pluralidad de actos no quiebra la unidad de objeto procesal ni la multiplica mientras el Derecho material imponga una unidad imputativa.

Idéntica regla rige para el tratamiento del delito habitual o permanente, pues en estos casos no se enjuicia tanto el hecho, individualmente considerado, como la habitualidad. En ambos casos se trata de una unidad sustancial del hecho caracterizada por la habitualidad o permanencia en la acción delictiva, de tal modo que la cosa juzgada afecta a todos los hechos que hubieran podido integrarse en la acción delictiva, independientemente de que hubiesen sido objeto de acusación o de que fuesen

conocidos cuando ésta se formuló. En estos casos, siendo varias las acciones lo que se castiga es una unidad sustancial de hechos y, por ello, la cosa juzgada afecta a todos los hechos individuales que hubieran podido quedar comprendidos dentro de esa unidad.

En el caso del delito complejo, es decir, cuando la ley penal considera como elemento constitutivo o circunstancia específica de agravación de un delito hechos que, por sí mismos, pueden ser considerados figuras autónomas de un delito distinto, es claro que tampoco cabe un nuevo enjuiciamiento.

278

INTERPOSICIÓN Y AUDIENCIA

Las excepciones, salvo las opuestas en una audiencia oral, se interpondrán por escrito, con el ofrecimiento de prueba.

Cuando sean opuestas por escrito, se mandará oír por tercero día a las otras partes. Sobre las opuestas en una audiencia oral, las partes presentes serán oídas de inmediato, en el orden que señale el juez.

1077

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 69, 277, 316.3, 324.2

II. COMENTARIO

Las excepciones pueden ser invocadas en cualquier momento del proceso desde la audiencia inicial (art. 277 CPP). Además, en otras disposiciones del mismo Código se contienen previsiones específicas en relación con el momento de interposición y resolución de las excepciones:

En el art. 69 CPP en relación con la excepción de falta de competencia, que sólo podrá interponerse a partir del Auto de Instrucción y hasta la realización de la Audiencia Preliminar.

En el art. 316.3 CPP, en el que se establece que las partes pueden proponer excepciones durante los cinco días anteriores a la realización de la Audiencia Preliminar, cuando no hayan sido formuladas con anterioridad o cuando tengan por fundamento hechos nuevos que no pudieron ser alegados anteriormente.

En el art. 324.2 CPP, que admite la posibilidad de interponer excepciones fundadas sobre hechos nuevos dentro de los cinco días posteriores a la comunicación de la vista pública.

El sentido de la regulación legal es claro en cuanto a la formulación de las excepciones. Se admite la posibilidad de que puedan ser propuestas en cualquier momento del proceso, salvo la falta de competencia que no podrá ser formulada después de la Audiencia Preliminar. Además, una vez resuelta no podrá volver a ser alegada, a no ser que se funde en hechos nuevos, no conocidos por la parte con anterioridad y que, consiguientemente, no pudieron ser tenidos en cuenta al resolver sobre la excepción. En último término, es claro que las excepciones previas, por su propia naturaleza procesal y por la función saneadora que tienen, han de ser alegadas y resueltas antes del comienzo del juicio oral.

Las excepciones pueden ser formuladas verbalmente, cuando se plantean en el marco de una audiencia o por escrito. En este último caso, en un mismo escrito se harán valer todos los motivos de excepción que la parte invoque. Por tanto, en el planteamiento de las excepciones rige el principio de concentración, de tal modo que la parte que pretenda alegar más de una debe hacerlo conjuntamente, pues sólo existe un término para alegar su proposición. El promotor del incidente, además, deberá ofrecer la prueba necesaria para la resolución de la excepción invocada.

1078

Promotor de este incidente puede serlo cualquiera de las partes, no sólo el acusado, sino también el Ministerio fiscal. A este respecto, conviene recordar que hay excepciones que sólo producen la suspensión de la causa mientras el defecto se subsana y que el Ministerio fiscal está especialmente obligado a alegar las excepciones que, como la prescripción o la cosa juzgada, son de orden público.

Si la excepción se formula por escrito, el juez, antes de resolver, está obligado a oír a las demás partes constituidas en el proceso. A tal efecto, se les concederá un plazo de tres días para que se adhieran o impugnen la excepción. Si la excepción se formula verbalmente, las partes serán oídas sobre la procedencia de la excepción en la misma audiencia.

279

PRUEBA Y RESOLUCIÓN

Vencido el término dispuesto en el artículo anterior, con la contestación por escrito o sin ella, de las partes o sin ella, el juez resolverá dentro de los tres días si han sido interpuestas por escrito e inmediatamente si lo han sido durante una audiencia oral; pero si están fundadas en hechos que necesiten ser probados, se citará a las partes a una audiencia para recibir la prueba y para que, oral y brevemente, se refieran a lo planteado. De la audiencia se levantará un acta sucinta.

Siempre que sea posible y no cause un agravio irreparable a alguna de las partes o retrase inconvenientemente el procedimiento, el juez diferirá la resolución de la excepción en la que se haya ofrecido prueba hasta la audiencia preliminar.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 281 y 320

II. COMENTARIO

1079

Cuando la excepción se formula por escrito, el juez la resolverá en el plazo de los tres días siguientes, con independencia de que las partes hayan o no contestado al trámite de instrucción a que se refiere el artículo anterior. Si la excepción se interpone durante una audiencia, la resolución es inmediata.

La resolución que deberá ser motivada, ha de dar respuesta a todas las excepciones propuestas. Si se ha opuesto la falta de competencia, ésta se resolverá en primer lugar (art. 281 CPP).

Ahora bien, si la excepción se funda en hechos que hayan de ser probados, el juez convocará a las partes a la celebración de una audiencia especial, en la que se recibirá la prueba propuesta y se oír a las partes sobre la procedencia de la excepción. El desarrollo de esta audiencia no presenta ninguna particularidad y su resultado se hará constar en acta.

No obstante, en este único caso, el juez podrá diferir la resolución de la excepción planteada hasta el momento de la Audiencia Preliminar, siempre que ello no retrase indebidamente el procedimiento o afecte a los derechos de las partes.

280

TRAMITACIÓN SEPARADA

Cuando la excepción se plantee por escrito, el incidente se tramitará y resolverá por separado, sin perjuicio de continuarse la instrucción, siempre que no se trate de una excepción dilatoria.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 277 (motivos de formulación de excepciones), 278 (interposición y audiencia), 279 (prueba y resolución), 282 (efectos de la admisión de una excepción perentoria), 283 (idem de una excepción dilatoria), 284 (recurso de apelación)

II. COMENTARIO

1080

La formulación de una excepción por escrito conlleva, necesariamente, la exigencia de tramitar y resolver este incidente en pieza separada. Sin embargo, ello no debe afectar al normal desarrollo del proceso, que continúa su curso, sin que esté justificada la paralización del mismo, a no ser que se trate de una excepción dilatoria.

Como dijimos al comentar el art. 277, las excepciones dilatorias impiden el desarrollo del proceso por faltar un presupuesto de la relación jurídico procesal, de aquí que el efecto de la admisión de una excepción dilatoria sea el de la suspensión del procedimiento hasta superar el obstáculo, continuando el procedimiento cuando se supere el obstáculo formal al ejercicio de la acción (art. 283). Como ejemplo de excepción dilatoria puede señalarse la falta de petición de persecución de la víctima en los delitos perseguibles mediante acción pública dependiente de instancia particular (arts. 19 y 26 CPP).

Por el contrario, las excepciones perentorias cuestionan el fondo, tal y como sucede cuando se opone la extinción de la responsabilidad penal o la cosa juzgada, en cuyo caso, de declararse su concurrencia, debe decretarse el sobreseimiento definitivo del proceso, pero mientras no se produzca la admisión de la excepción no cabe interrumpir el curso de la instrucción.

281

FALTA DE COMPETENCIA

Si se admite la falta de competencia, excepción que será resuelta antes que las demás si las hubiere, el juez remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición a los detenidos, sin perjuicio de realizar los actos de instrucción que estime urgentes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 72

II. COMENTARIO

En este precepto se contiene una previsión especial para el supuesto de que se invoque la falta de competencia. En este caso, su resolución es previa a cualquier otra excepción que se haya invocado.

El mandato legal responde a la lógica de que el juez, para entrar a resolver cualquier excepción, previamente, ha de decidir sobre su propia competencia, pues sólo si se reconoce su competente puede pronunciarse sobre cualquier otra cuestión que se le plantee. Por lo tanto, únicamente si se estima competente podrá resolver el resto sin caer en exceso de jurisdicción.

1081

En cambio, en el caso de que no se haya cuestionado la incompetencia del juez y sí se hayan alegado otras excepciones, existe plena libertad para resolverlos sucesiva o conjuntamente y, en el primer caso, en el orden que se estime más conveniente, aunque posiblemente un orden lógico en el examen de las excepciones propuestas sería resolver primero aquellas que impliquen el sobreseimiento libre de la causa, que de ser estimadas harían innecesario cualquier otro pronunciamiento.

Si el juez la admite, no cabe otro pronunciamiento que ordenar la remisión de lo actuado al juez competente, a cuya disposición quedarán los imputados detenidos. Este, conforme a lo prevenido en el art. 72 CPP se pronunciará sobre los actos realizados que conservan validez.

En todo caso, el juez estará obligado a realizar los actos urgentes de la instrucción. Actuaciones urgentes son, únicamente, las que han de practicarse a prevención o de aseguramiento del cuerpo del delito y piezas de convicción, como la inspección ocular, el levantamiento de cadáveres, el reconocimiento pericial o el registro domiciliario.

282

EXCEPCIONES PERENTORIAS

Cuando se admita una excepción perentoria, se sobreseerá definitivamente en el procedimiento y se ordenará la libertad del imputado o la finalización de cualquier medida cautelar.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 277 (motivos de formulación de excepciones), 278 (interposición y audiencia), 279 (prueba y resolución), 283 (efectos de la admisión de una excepción dilatoria), 284 (recurso de apelación), 308, 311 y 312 (sobreseimiento definitivo)

II. COMENTARIO

1082

La estimación de una excepción perentoria, es decir, la cosa juzgada o la extinción de la acción penal, determina la finalización anticipada del proceso. En estos casos la acción penal no puede ejercitarse y, por ello, se debe poner fin al proceso.

Sucede, únicamente, que la cosa juzgada determina “ab initio” la inexistencia de la acción penal, mientras que en los restantes se produce de forma sobrevenida la extinción de aquella acción. En cualquier caso, el acogimiento de la excepción determina que no pueda exigirse responsabilidad penal al imputado y, por ello, debe acordarse el sobreseimiento del proceso.

Por ello, dispone este precepto que se acordará el sobreseimiento definitivo del proceso, con efectos de cosa juzgada material, disponiendo la puesta en libertad de quien estuviere privado de ella mandando alzar las medidas cautelares que se hubiesen acordado.

Este precepto sólo indica que se sobreseerá definitivamente, pero no aclara cuál de los motivos de sobreseimiento libre debe ser elegido. Debe entenderse que el sobreseimiento ha de fundarse en el apartado 4º del art. 308 CPP, pues la extinción de la acción penal coincide con la extinción de la responsabilidad penal.

En cuanto a la puesta en libertad del imputado, la orden de libertad se refiere únicamente al proceso que acaba de finalizar con el auto de sobreseimiento definitivo; pero no puede afectar a otros procesos en los que se hubiese dictado para ese imputado sobreseído una orden de detención provisional. Como señala MARCO COS para los

imputados absueltos por sentencia firme, “por lo general, esta cautela exigirá que el absuelto regrese a la prisión, ya que en el centro penitenciario constará si aquel se encuentra privado de libertad en otros procedimientos y cuáles son éstos. En caso afirmativo, es claro que la absolución y puesta en libertad por un determinado juicio no podrá suponer que el absuelto quede libre, puesto que deberá quedar a resultas de los restantes procesos en que esté implicado”.

283

EXCEPCIONES DILATORIAS

Cuando se admita una excepción dilatoria, se ordenará la suspensión del procedimiento hasta superar el obstáculo. El juez podrá ordenar la libertad del imputado o la finalización de toda medida cautelar, si fuere procedente, sin perjuicio de declarar las nulidades que correspondan.

El procedimiento continuará cuando se supere el obstáculo formal al ejercicio de la acción.

1083

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 277 (motivos de formulación de excepciones), 278 (interposición y audiencia), 279 (prueba y resolución), 282 (efectos de la admisión de una excepción perentoria), 284 (recurso de apelación), 308, 311 y 312 (sobreseimiento definitivo)

II. COMENTARIO

La estimación de una excepción dilatoria da lugar a la suspensión del proceso y al archivo provisional del mismo, que podrá continuar una vez superado el motivo que impidió el ejercicio de la acción.

En efecto, si el proceso se hubiere iniciado faltando un requisito de perseguibilidad, como es la denuncia en los delitos sólo perseguibles a instancia del ofendido, la consecuencia es el archivo provisional de la causa que permite, en principio, su reapertura de cumplirse posteriormente el requisito de perseguibilidad exigido para promover la acción penal.

De acuerdo con ello, el juez podrá ordenar la libertad del imputado y alzar las medidas cautelares acordadas. Sin embargo, debe entenderse que hacerlo así es una

exigencia para el juez, si no se procede inmediatamente a la subsanación o ésta es materialmente imposible.

En cualquier caso, como dijimos al comentar el anterior precepto, “la orden de libertad del imputado es única y exclusivamente por el proceso que acaba de finalizar con la sentencia absolutoria (que a eso equivale un auto firme de sobreseimiento definitivo), pero no puede afectar a otros distintos ni, por lo tanto, a la detención provisional ó prisión para cumplimiento de una condena privativa de libertad en que pueda encontrarse el imputado al que acaba de absolverse. En caso contrario, puede suceder que una precipitada puesta en libertad de un absuelto (sobreseído definitivamente) en la misma sede del tribunal suponga que quede libre un peligroso delincuente, tal vez sometido a otros procesos por graves delitos y en los que se ha acordado su detención provisional, o su prisión para el cumplimiento de la pena impuesta” (MARCO COS).

284

RECURSO

1084

El auto que resuelva la excepción será apelable.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 278 a 280 (tramitaciones), 406 a 413 (disposiciones generales sobre los recursos), 417 a 420 (recurso de apelación)

II. COMENTARIO

Se contiene una previsión en relación con el recurso que se puede interponer contra la resolución que resuelve la excepción que no es otro que el de apelación, sin que exista particularidad alguna al respecto.

Las resoluciones judiciales solo pueden ser recurribles en los casos expresamente establecidos en la ley, siendo el art. 284 la norma que prevé específicamente el recurso de apelación contra los autos resolutivos de las excepciones, que, como sabemos, debe interponerse fundadamente por escrito (art. 278 CPP).

Son de aplicación, por otra parte, las normas sobre el recurso de apelación que establecen los arts. 406 a 413, aplicables a todos los recursos, y 417 a 420, específicas para el recurso de apelación. Como señala el art. 418 CPP, el recurso de apelación “se

interpondrá por escrito, debidamente fundado, ante el mismo juez que dictó la resolución, dentro del término de cinco días; teniendo la obligación el juez de informar de la interposición del recurso al Juzgado de Instrucción o al Tribunal de Sentencia, en su caso, si ya le hubiere remitido el expediente”.

CAPÍTULO VIII

MEDIDAS CAUTELARES

285

PRINCIPIO GENERAL

Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

El auto que imponga una medida cautelar o la rechace será revocable o reformable, aún de oficio, en cualquier estado del procedimiento.

I. CONCORDANCIAS

1086

- Cn, 11, 13 y 15
- CPP, 5, 6, 222, 239, 256, 266, 285, 286, 288, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 304, 305, 316, 328

II. COMENTARIO

A) Medidas cautelares: concepto y clases

Las medidas cautelares se adoptan para garantizar el cumplimiento de la sentencia. Como todo proceso se desenvuelve a través de un procedimiento, desde su iniciación hasta su conclusión media un periodo de tiempo, más o menos extenso, durante el cual el inculpado puede sustraerse a la acción de la justicia, frustrando el fin del proceso. Para garantizar sus efectos y la eficacia de la futura sentencia, se adoptan, las medidas cautelares.

Así pues, entre las diligencias o actos que constituyen el contenido de la primera fase del proceso se encuentran las medidas dirigidas a garantizar el éxito de la pretensión penal y, puesto que el objeto del proceso penal es doble, en cuanto que no solo se extiende a la pretensión punitiva, sino también a la declaración de las responsabilidades civiles derivas del delito, las medidas cautelares se dirigen tanto a asegurar la pretensión penal como la civil.

Las medidas cautelares son, pues, aquellas resoluciones judiciales, debidamente fundadas, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictiva, 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 (GIMENO SENDRA, p.472).

Por tanto, en el proceso penal existen dos clases de medidas cautelares: penales y civiles. Las primeras se identifican generalmente con las personales y son aquellas que se dirigen a asegurar los efectos penales de la sentencia propiamente dichos; conllevan la limitación o la restricción del derecho a la libertad personal y entre ellas se incluyen la detención para inquirir (art. 291 CPP), la detención provisional (arts. 292, 293 y 294 CPP) y la libertad bajo caución, así como el resto de las medidas sustitutivas de la detención provisional (art. 295 CPP).

Las segundas, también denominadas reales o patrimoniales, están destinadas a asegurar las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal; son las mismas que las del proceso civil, a cuya regulación se remite expresamente el art. 305 CPP y, en este sentido, entre ellas se incluyen las fianzas, las cauciones, los embargos, los depósitos y los precintos.

1087

B) Presupuestos materiales

En el proceso penal no existen medidas cautelares indeterminadas o innominadas. Al contrario, la potestad cautelar es una potestad vinculada y lo es en un doble sentido: porque el juez no puede disponer de más medidas que las legalmente previstas y porque éstas sólo se pueden actuar si concurren los presupuestos materiales que justifican su adopción, es decir, el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*” (FANEKO. 1991, p.21).

La medida cautelar debe adoptarse con arreglo a la ley, pues, como previene el art. 11 Cn, ninguna persona puede ser privada de su derecho a la libertad, a la propiedad y posesión, sino con arreglo a las leyes. Y, en idéntico sentido, el art. 13 Cn sujeta la validez de las órdenes de detención o prisión a que hayan sido dictadas con arreglo a la ley.

No basta con que la medida que haya de adoptarse se encuentre prevista en la ley, sino que, además, es preciso que concurren los presupuestos que justifican su adopción. En primer lugar, el “*fumus boni iuris*”, que si en el proceso civil se concreta en la apariencia del derecho subjetivo que en el mismo se ejercita, en el proceso penal estriba en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada, es decir, en la existencia de una sospecha, de una imputación, según se desprende de los

requisitos establecidos para disponer tanto la detención para inquirir (arts. 286, 288. 289 y 291 CPP) como la detención provisional (art. 292 CPP).

La concreción de este presupuesto en el proceso penal marca profundas diferencias con el proceso civil. En éste, el cumplimiento de este requisito se encuentra ligado a la titularidad de un documento justificativo del derecho material. En el proceso penal, en cambio, se trata de valorar la apariencia de la pretensión punitiva, haciendo un juicio sobre el previsible resultado del proceso, es decir, un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo y, consiguientemente, sobre la futura imposición de una pena.

Por tanto, debe retenerse que el presupuesto material de toda medida cautelar, civil o penal, en el proceso penal, es la existencia de un imputado, de tal manera que si éste no existe, resulta imposible adoptar cualquier medida cautelar de la clase que sea, es decir, tanto personal como patrimonial.

1088

En segundo lugar, el “periculum in mora”, representado por el peligro de fuga, de evasión del imputado al proceso, que de producirse haría imposible el enjuiciamiento y, llegado el caso, la ejecución de la sentencia condenatoria. También, en cuanto a las medidas cautelares patrimoniales, por el peligro de ocultación de los bienes que haría imposible la ulterior ejecución sobre su patrimonio, aunque en el proceso penal se atenúa el contenido de esta exigencia. Y, desde luego, el peligro que, para el buen fin del proceso, representa la obstrucción a la investigación mediante la alteración de las fuentes de prueba.

No pueden desconocerse las importantes diferencias que presenta la apreciación de este presupuesto según las diferentes clases de medidas. En las personales se exige que el hipotético peligro se materialice en una conducta del imputado, mientras que en las reales el “periculum in mora” viene dado, simplemente, por el transcurso del tiempo hasta que recaiga la resolución judicial.

A pesar de ello, también el legislador tiende a objetivar la determinación de estos riesgos, sujetando la adopción de las medidas cautelares personales a determinados criterios legales. El peligro de evasión, que se encuentra directamente relacionado con la gravedad de la pena previsible, de tal modo que cuanto mayor sea la pena a imponer, mayor riesgo de fuga cabe presumir. Esto explica que en el proceso penal la apreciación del “periculum in mora” revista un marcado carácter cuantitativo, como demuestra que el art. 292 CPP presuma la existencia de tal riesgo cuando el delito imputado tenga una pena superior a tres años.

Sin embargo, al considerar la concurrencia de este presupuesto, también deben ser consideradas otras circunstancias, como las que hubieran concurrido en la ejecución del delito, la alarma social provocada por la infracción, la frecuencia con que se cometen

otras análogas, la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos, la existencia o no de antecedentes y el arraigo familiar y social del imputado. En todos estos casos, se trata de conceptos jurídicos indeterminados que dotan al contenido de la decisión judicial de un cierto margen de discrecionalidad, aunque se trata del ejercicio de una discrecionalidad reglada, en cuanto que se encuentra sujeta a la observancia de los criterios legalmente establecidos y, por tanto, siempre es controlable a través del sistema de recursos.

C) Elementos caracterizadores

Las principales notas caracterizadoras de las medidas cautelares en el proceso penal son las siguientes: la instrumentalidad, la provisionalidad, la jurisdiccionalidad, la oficialidad, la homogeneidad con las medidas ejecutivas y la revocabilidad.

La instrumentalidad de las medidas cautelares significa que éstas no son un fin en sí, sino que están indefectiblemente preordenadas a la realización de la ulterior resolución definitiva. Las medidas cautelares se adoptan durante el proceso y están supeditadas a su resultado, a la resolución final, de tal modo que la medida cautelar no puede concebirse por sí sola. Al contrario, precisa ser puesta en relación con la sentencia que en su día será dictada. Consiguientemente, las medidas cautelares son generalmente adoptadas durante la instrucción, en atención a la futura resolución final, y a causa de ello están sujetas a cambiar en función del contenido de la resolución final.

1089

La provisionalidad es consecuencia de la instrumentalidad. Se expresa en la duración limitada de sus efectos, de tal manera que la medida cautelar está llamada a desaparecer, una vez haya recaído la resolución final. La provisionalidad implica la temporalidad, pero ambos conceptos no deben confundirse. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre, mientras que provisional es lo que está destinado a mantenerse, mientras no sobrevenga un nuevo evento, en este caso la resolución final que provoca la extinción de la medida cautelar, alzándola o transformándola en ejecutiva.

En las medidas cautelares personales la provisionalidad se complementa con la temporalidad. La sola presencia de la provisionalidad determinaría que estas medidas no podrían mantenerse más que hasta la sentencia definitiva. Pero sucede que el mantenimiento tanto de la detención como de la prisión preventiva se encuentra sujeto a límites de duración, que refuerzan la provisionalidad con la característica de la temporalidad. Así, el plazo por el que puede mantenerse la detención para inquirir es de setenta y dos horas (art. 291 CPP). También la detención provisional, que no puede mantenerse más allá de determinados plazos: seis meses para los delitos menos graves, y dos años para los delitos graves, sin que pueda sobrepasar la pena máxima prevista por la ley (arts. 6 y 297.2 CPP).

Que la provisionalidad se complemente con la temporalidad, tratándose de las medidas cautelares personales, se explica por la excepcional invasión que suponen en la esfera jurídica del afectado, fundamentalmente en el derecho a su libertad personal. Por la misma razón, pero “a contrario”, en las medidas cautelares reales, esta modulación de la provisionalidad no es necesaria, dada la menor entidad del sacrificio que impone la medida cautelar. En éstas, la única nota que concurre es la provisionalidad, de tal manera que extienden sus efectos hasta la resolución final, que, al sustituir a la provisional, convierte la medida en ejecutiva.

La jurisdiccionalidad es otra característica esencial de las medidas cautelares, derivada de su carácter instrumental. Si las medidas cautelares no tienen autonomía propia, sino que son instrumentales de la resolución principal, resulta lógico que sólo puedan ser acordadas por quien puede adoptar la decisión principal. Su adopción, por tanto, se encuentra reservada a los órganos jurisdiccionales y, consiguientemente, está vedada para los órganos administrativos. Sólo excepcionalmente, determinadas medidas cautelares, “provisionalísimas”, pueden ser ordenadas por la policía, pero incluso en este supuesto tal facultad no deriva del ejercicio de una potestad administrativa, sino de la realización por los funcionarios de policía judicial de determinadas funciones de prevención, que se extienden a asegurar la persona del sospechoso.

1090 Además, dada la vigencia del principio de exclusividad de la jurisdicción, que se completa con el principio del juez legal, las medidas cautelares, que en cierto modo anticipan la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, únicamente pueden ser acordadas por el juez competente, a través del procedimiento legalmente establecido. Así resulta, de lo establecido en los arts. 11, 13 y 15 Cn.

La oficialidad supone que la medida cautelar puede ser acordada sin que resulte necesaria la previa excitación del ofendido por el delito. Por ello, frente al carácter dispositivo que tienen las medidas cautelares en el proceso civil, en el penal los órganos estatales encargados de la persecución están obligados a adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar el resultado del proceso. En realidad, esta configuración no es más que la lógica consecuencia del tipo de intereses y pretensiones que se sustancian en el proceso penal, necesariamente públicos. De ahí, la expresa previsión, que se contiene en el art. 239.2 CPP, para los delitos de acción privada.

Las medidas cautelares, sin ser idénticas, son homogéneas con las medidas que tienden a preordenar. Debido a que la medida cautelar se dirige a garantizar los futuros efectos de la sentencia, en cierto modo, anticipa los efectos de la resolución definitiva. Pero esta homogeneidad no supone que medida cautelar y medida ejecutiva sean idénticas, pues ambas responden a presupuestos y finalidades diversas. Esto explica, por una parte, que el estatuto del preso preventivo haya de ser diferente al del condenado

(art. 303 CPP), aunque, a la vez, el tiempo de prisión preventiva ha de ser computado en la ejecución de la pena, pues en uno y otro caso ambas medidas suponen la negación del mismo derecho fundamental.

Junto a la provisionalidad, la revocabilidad es otra nota esencial de las medidas cautelares. Las medidas cautelares son siempre provisionales y, puesto que no son definitivas, pueden modificarse o transformarse, si se alteran las circunstancias y los presupuestos que fueron determinantes en el momento de su adopción (art. 297 CPP). Se dice entonces que las medidas cautelares se caracterizan por su “precariedad”, que viene determinada porque tras su adopción ya no resulte preciso asegurar nada, es decir, porque haya desaparecido el “periculum in mora” o porque hayan variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para afirmar la existencia del “fumus boni iuris”.

El precepto comentado es claro al establecer que las medidas cautelares “sólo durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación”. La lógica consecuencia es la posibilidad de modificación, sustituyendo las medidas originarias por otras cautelas o, simplemente, revocando la medida inicialmente adoptada. Por ello, se dispone que “el auto que imponga una medida cautelar o la rechace será revocable o reformable, aún de oficio, en cualquier estado del procedimiento”.

1091

En cualquier caso, el régimen de las medidas cautelares está sometido a la aplicación de la regla “rebus sic tantibus”, en cuya virtud tan sólo han de permanecer en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado.

D) Principios y derechos que informan la adopción de las medidas cautelares

Desde una perspectiva constitucional, la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Bien es cierto que, a este respecto, existen importantes diferencias según la clase de proceso, pues mientras el tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal importa más a la libertad personal y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, en los procesos no penales el aspecto más relevante es la faceta cautelar que se asigna a la tutela judicial efectiva.

En el proceso penal es característico que el Estado asuma, como propio, el interés de que el perjudicado por el delito sea reparado por los daños sufridos. De ahí la escasa importancia e, incluso, la irrelevancia de la iniciativa cautelar del perjudicado, innecesaria para que puedan adoptarse las medidas cautelares personales, que se rigen por el principio de oficialidad. No, en cambio, las medidas cautelares reales que se rigen por el principio dispositivo o de rogación. A causa de ello, no es extraño que el derecho a la tutela judicial efectiva incluya en su contenido la justicia cautelar, es decir, el derecho a

que la ley prevea y los órganos judiciales adopten las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la eventual sentencia que ponga fin al proceso.

Sin embargo, en el proceso penal importa sobre todo la protección de la esfera jurídica del imputado, fundamentalmente, el derecho a la libertad, que se ve afectado en sus manifestaciones primarias de libertad deambulatoria, física o de movimiento, por las medidas de detención y prisión. Su protección jurídica se canaliza negativamente, mediante la especificación de los supuestos en que puede ser limitada o suprimida. Esto implica la necesidad de que las condiciones de su limitación, tanto en las causas como en la forma, se encuentren previstas legalmente, pues como establece el art. 13 Cn “ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley”.

La presunción de inocencia, en cuanto impide la aplicación de una pena sin sentencia judicial previa de condena (art. 5 CPP), también importa a la regulación y a la aplicación de la prisión preventiva. Por un lado, imponiendo una regulación limitada de los motivos que permiten acordarla (arts. 292 y 293 CPP). Por otro, sujetando su aplicación a una duración limitada (art. 6 CPP) y estableciendo un régimen de tratamiento diferente al de la pena (art. 303 CPP), para evitar su confusión con ella, cuyo efectividad trata tan sólo de asegurar.

1092

Pero, sin duda alguna, el principio que resulta esencial en la aplicación de las medidas cautelares es el de proporcionalidad. Significa que la medida adoptada debe permitir alcanzar el objetivo por ella pretendido que, en todo caso, debe ser legítimo. Además, la medida ha de ser adecuada para el logro del fin perseguido, respetando en lo posible la libertad del individuo y garantizando una relación razonable entre el resultado buscado y los límites a la libertad necesarios para obtener ese resultado.

De la aplicación del principio de proporcionalidad resultan importantes consecuencias. En primer lugar, la concreta medida aplicada debe ser idónea, es decir, adecuada al fin para el que autoriza su adopción, de tal modo que, por no cumplir esta exigencia, deberá reputarse arbitraria la adopción de la prisión provisional en una causa que se sigue por un delito, que no se encuentre castigado con pena privativa de libertad, o por una falta. Por ello, el art. 292 CPP sólo prevé la aplicación de la detención provisional cuando los hechos imputados se encuentren castigados con pena de prisión.

La adecuación entre la medida aplicada y el fin propuesto no sólo ha de serlo en un sentido cualitativo, sino también cuantitativo, es decir, en su extensión y en su duración, hasta el punto de que una medida en principio adecuada al fin perseguido, puede dejar de serlo si su duración e intensidad no son las exigidas por la propia finalidad que se pretende alcanzar. De acuerdo con ello, la medida cautelar debe durar lo imprescindible y tener un contenido limitado, ajustado al solo hecho de su finalidad, evitando que en su aplicación se convierta en una pena anticipada. Para posibilitar el

ajuste de la medida a la finalidad perseguida, la legislación procesal contempla varias clases de medidas cautelares, con diferentes formas sustitutivas (art. 295 CPP).

Por tanto, la observancia del principio de proporcionalidad presupone, necesariamente, la elección de la alternativa menos gravosa, siempre que resulte igualmente adecuada para conseguir el fin. Es decir, para cumplir con el principio de proporcionalidad se requiere que la medida no solo sea apta y necesaria para la consecución del objetivo, sino que, además, la finalidad perseguida no pueda ser alcanzada con otra medida igualmente eficaz, pero que lesione con menor intensidad los intereses jurídicos del afectado.

Una última consecuencia resulta del principio de proporcionalidad: la necesidad de motivar la resolución por la que se impone la medida en cuestión (art. 285 CPP), de tal modo que se facilite la interesado el conocimiento preciso de las razones por las que se limita su derecho y se permita la fiscalización de la legitimidad del acto a través de la impugnación de la medida cautelar (art. 304 CPP).

E) Momento y forma de adopción

Las medidas cautelares pueden ser adoptadas mientras se sustancia el proceso y hasta que se resuelve definitivamente. Como establece el art. 285 CPP “en cualquier estado del procedimiento”. Hecha esta salvedad el CPP contempla, específicamente, diversos momentos en que puede tener lugar su adopción: en la audiencia inicial, en la fase de instrucción y en la audiencia preliminar al juicio oral.

1093

En la audiencia inicial, el Juez de Paz, tras escuchar a las partes, debe resolver sobre determinadas cuestiones, fundamentalmente, decidir sobre la incoación de la instrucción y, en tal caso, sobre la libertad o detención del imputado, sin perjuicio de aplicar la medida sustitutiva que corresponda (art. 256.2 CPP). Asimismo, sobre el embargo de los bienes del imputado o la persona civilmente responsable (art. 256.10 CPP).

En la fase de instrucción, recibidas las actuaciones, el Juez de Instrucción deberá dictar auto ratificando o no las medidas cautelares adoptadas por el Juez de Paz, es decir, tanto las personales como las patrimoniales (art. 266.1 CPP). Es claro, además, que mientras se desarrolla la investigación previa, conforme a lo establecido en el art. 285 CPP, el Juez de Instrucción puede adoptar nuevas medidas o revocar las que estén vigentes.

En la audiencia preliminar, propuesta la acusación, las partes pueden solicitar la imposición o la revocación de una medida cautelar (art. 316 CPP) y el juez habrá de resolver sobre lo solicitado, ratificando, revocando o sustituyendo las medidas cautelares que estuviesen vigentes (art. 320.12 CPP). Naturalmente, esta decisión deberá ser

congruente con la decisión de fondo, de tal modo que sólo procederá la adopción o el mantenimiento de las medidas cautelares si dispone la apertura del juicio oral (art. 322.6 CPP), pues de otro modo faltará el “fumus boni iuris” que constituye el presupuesto material para su adopción.

En virtud del principio de jurisdiccionalidad, las medidas cautelares sólo pueden ser acordadas por la autoridad judicial. Así lo establece este el art. 285 CPP, al exigir que sean impuestas por “resolución judicial fundada”. Por tanto, la adopción de las medidas cautelares condiciona su validez a no sólo a que sean acordadas por el órganos judicial, sino a que la resolución que las imponga se encuentre motivada (art. 296 CPP), dado el contenido eminentemente restrictivo de los derechos del imputado que comporta su adopción. La razón es clara: la motivación permite comprobar que el juez ponderó adecuadamente los diversos intereses en conflicto y abre al afectado la posibilidad de impugnar su decisión.

286

CITACIÓN O DETENCIÓN DEL IMPUTADO

1094

Cuando sea necesaria la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presentación o detención mediante orden escrita, que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye.

Cuando sea necesario allanar dependencias cerradas o recintos habitados para aprehender o detener a un imputado, se solicitará la correspondiente autorización judicial, salvo los casos de excepción expresamente establecidos en este Código.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 y 13
- CPP, 91, 92, 152, 173, 174, 254, 286, 288, 289 291, 293

II. COMENTARIO

Contempla este precepto tres supuestos de actuación judicial para el caso de que sea necesaria la presencia del imputado: la citación, la orden de presentación y la orden de detención.

A) La citación cautelar

La citación cautelar u orden de comparencia, constituye la mínima restricción a la libertad personal del imputado, pues su única finalidad es citarle para que comparezca y sea oído. A ello se refiere el art. 254 CPP que, a propósito de la celebración de la audiencia inicial, contempla el supuesto de que el imputado no se encuentre detenido, a disposición del Juez de Paz, en cuyo caso éste dispondrá recibirle declaración indagatoria y ordenará citarle al efecto, en cualquiera de las formas prevenidas en el art. 152 CPP.

Debe quedar claro que no se trata de una facultad que el juez pueda administrar discrecionalmente. Existe una obligación “ex lege” de mandar comparecer al imputado, pues su audiencia, con independencia de que pueda resultar necesaria a los fines de la investigación, es siempre precisa para poner en su conocimiento el hecho imputado y permitirle el ejercicio eficaz de su derecho de defensa, en su condición de sujeto pasivo del proceso.

En este sentido, es discutible la naturaleza cautelar de esta diligencia e, incluso, la forma de denominarla. Para algunos, es preferible denominarla “citación para ser oído”, pues es la que mejor se corresponde con su auténtico significado. Por ello, aunque no se puede desconocer que un sector doctrinal incluye la citación del imputado entre las medidas cautelares, en realidad esta diligencia no constituye, propiamente, una cautela dirigida a asegurar la presencia del inculcado en el proceso, sino más bien el modo de comunicarle la existencia del mismo, requiriéndole para que cumpla su obligación de comparencia.

1095

No se trata de una mera cuestión terminológica. Al contrario, sólo si la citación para ser oído no participa de la naturaleza de las medidas cautelares, se explica que para ordenarla baste con la existencia de una imputación contra persona determinada (“fumus boni iuris”), sin que, por el contrario, resulte precisa la existencia del “periculum in mora”, que en este caso carece de utilidad, pues la citación es instrumental de la realización de una diligencia de investigación, la declaración indagatoria, que no sólo es preciso realizar para el buen fin del proceso, sino también para preservar el derecho del imputado a la defensa contradictoria.

En cuanto que diligencia de investigación, la citación podrá ordenarse tantas veces como el juez entienda que es precisa la presencia del imputado (art. 286 CPP) y no deberá ir acompañada de las medidas cautelares personales, más que en la medida que resulte preciso. Así pues, hemos de entender que, aunque en este precepto se contempla, alternativamente, la posibilidad de que el juez expida orden de presentación o de detención, por regla general, su aplicación debe entenderse sujeta a que el imputado deje de comparecer al llamamiento judicial, en cuyo caso la citación se convertirá en orden de detención, por haberse constatado la existencia del “periculum in mora”.

Esto es lo que sucede cuando el imputado deja de atender el llamamiento judicial sin justa causa, en cuyo caso será considerado rebelde, (art. 91 CPP) y se expedirá la correspondiente orden de captura (art. 92 CPP). No sólo esto, sino que, si lo justifica la gravedad del hecho, la incomparecencia injustificada del imputado es causa suficiente para que el juez ordene la detención provisional (art. 293.1 CPP).

B) La presentación

Aunque este precepto configura la orden de presentación como una forma intermedia entre la comparecencia voluntaria (citación) y la comparecencia forzosa (detención), no se puede desconocer que se trata de una auténtica medida restrictiva de la libertad, a la que deberán aplicarse idénticas garantías a las establecidas para la detención.

Téngase en cuenta que, en este caso, el destinatario de la medida es siempre el imputado y el contenido de la orden consiste en conducirlo, forzosamente, a presencia judicial. Se trata, consiguientemente, de una auténtica medida cautelar que requiere la existencia de una orden escrita y la existencia de un imputado, a quien se ha de indicar el hecho que se le atribuye.

1096

Su naturaleza de medida cautelar resulta clara si se tiene en cuenta que trata de imponer, a la persona a la que se imputa un hecho punible o contra la que resulta alguna indicación fundada de culpabilidad, una conducta, consistente en la comparecencia ante la autoridad judicial (GÓMEZ ORBANEJA). En contra, MORENO CATENA que pone en duda el carácter cautelar de la “citación coercitiva” (equivalente al “mandat d’amener” del CPP francés), porque no está destinada a asegurar la comparecencia del imputado en el juicio oral, sino a posibilitar el interrogatorio judicial del imputado.

En el Derecho alemán la “citación coercitiva” sí presenta la naturaleza de una medida cautelar y, a causa de ello, para poder ordenarla es preciso que concurra el presupuesto material, consistente en el “periculum in mora”, de tal modo que la conducción forzosa inmediata sólo resulta admisible en aquellos supuestos en que también pueda ser emitida una orden de detención (ROXIN).

C) La detención

Puede definirse como aquella privación de libertad, de duración muy breve, dispuesta por la autoridad judicial, pero también por el Ministerio fiscal (art. 289 CPP) o por la policía judicial (arts. 288 y 290 CPP) e, incluso, en ocasiones por los particulares (art. 288 CPP), que puede acordarse en los casos previstos legalmente y cuya finalidad es asegurar la persona del sospechoso de la infracción penal investigada (DE LLERA, p.288).

La detención constituye la efectiva limitación del derecho a la libertad del imputado y, además, es una verdadera medida cautelar.

El derecho a la libertad personal consiste en la prohibición de restricciones o privaciones de la libertad arbitrarias, pero ello no impide que la libertad pueda ser limitada, restringida o suspendida en aquellos supuestos en que exista un interés superior frente a la que aquélla deba ceder y siempre que se produzca de conformidad con la ley (art. 13 Cn).

Así sucede cuando la privación de la libertad tiene su causa en la realización de un hecho delictivo y lo que con ella se pretende es poner al detenido a disposición de la autoridad judicial. Poco importa que quien realiza la detención sea la autoridad judicial, el Ministerio fiscal, la policía o un particular. Lo importante no es la persona que materialmente detiene, sino la finalidad que se persigue con la detención. Cuando la detención se practica para garantizar los fines del proceso se habla “detención imputativa” y participa de la naturaleza de las medidas cautelares.

Por tanto, supone la concurrencia de los presupuestos materiales de toda medida cautelar: el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”. El primero se concreta en la existencia de una imputación; el segundo exige verificar la existencia de un riesgo para el proceso.

1097

El “*fumus boni iuris*” se concreta en la imputación de un hecho delictivo, es decir, la detención exige la existencia de un título de imputación contra persona determinada, que se concreta en la sospecha de la comisión del delito investigado. Ahora bien, para que se pueda afirmar que la detención es legítima, es preciso que esta sospecha esté rodeada de ciertos elementos objetivos que permitan afirmar la existencia de un delito y atribuir la responsabilidad de su comisión a la persona contra la que se dirige la medida cautelar.

Para GONZÁLEZ AYALA, esto supone la realización de un doble juicio valorativo: “el primero acerca de los hechos, en el sentido de que ha de existir la convicción racional objetiva de que han ocurrido ciertos hechos claramente especificados, y además, que el sujeto ha intervenido en ellos; y el segundo, acerca de su calificación jurídica, en el sentido de que tales hechos estén tipificados como delito, y además, que la persona a detener lo fuere en concepto de estimarla legalmente como responsable” (GONZÁLEZ AYALA, p.74)

Por tanto, solamente se puede detener cuando existan indicios objetivos que permitan concebir la existencia de un delito y la responsabilidad del inculpado. A ello, además, ha de añadirse la pretensión de asegurar los fines del proceso y, en particular, evitar el peligro de ocultación del sospechoso, de tal modo que sólo cuando pueda

temerse, razonablemente, que el inculpado va a sustraerse a la acción de la justicia debe ordenarse la detención.

Concurriendo estos requisitos, la detención puede ser ordenada por el órgano judicial o por el Ministerio fiscal y puede ser practicada por la policía judicial o por los particulares, si bien, en este último caso, además, se exige que el delito sea flagrante.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes, el CPP contempla los siguientes supuestos de detención:

1098

- Cuando el detenido se hubiere fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención (art. 290.1 CP). En este caso, la policía podrá, “motu proprio”, practicar la detención del huido, sin necesidad de obtener la autorización judicial previa.
- Si mediare orden escrita del Ministerio fiscal, que sólo podrá expedir dicha orden si concurren los presupuestos de la detención imputativa que se acaban de exponer (arts. 289 y 290.2 CPP).
- Si mediare orden de la autoridad judicial por entender que resulta necesaria la presencia del imputado, en cuyo caso deberán concurrir los presupuestos de la detención imputativa y la orden debe formularse por escrito (art. 286 CPP).
- En los supuestos de delito flagrante, en cuyo caso la detención podrá ser practicada indistintamente por los particulares y por la policía, sin necesidad de obtener la orden judicial (art. 288 CPP).
- Cuando el detenido se hubiera fugado del lugar de custodia (art. 290.1 CPP) y en los casos de rebeldía del imputado, por no haber comparecido a la citación ni alegado justa causa o por haberse ausentado del lugar asignado para su residencia (art. 92 CPP). En estos casos la detención podrá ser practicada por los funcionarios de policía de “motu proprio” en el primero y dando cumplimiento al mandato judicial de captura en el segundo.
- Cuando fueren hallados en poder del detenido objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible o no justificare dicha tenencia o presentare huellas o señales que indiquen que han participado en un hecho delictivo (art. 290.3 CPP), en cuyo caso la detención podrá ser practicada por los agentes de policía, sin necesidad de orden previa de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal.

- En los casos en que habiendo concurrido varias personas a la realización del delito no es posible individualizar inmediatamente al sospechoso (art. 287 CPP), en cuyo caso la detención sólo puede ser ordenada por la autoridad judicial y no podrá durar más del tiempo necesario para tomar las declaraciones.

Fuera de estos casos no es posible realizar detención alguna, salvo la detención para inquirir (art. 291 CPP) que, a diferencia de las anteriores, constituye un supuesto de “detención confirmatoria”, en cuanto que nunca puede originar por sí misma la privación de libertad.

La detención sólo es posible en la forma y en los casos previstos legalmente y, como garantía frente a la detención arbitraria, el art. 11.2 Cn contempla la previsión del “hábeas corpus”.

D) Allanamiento de lugar cerrado

Por último, aclara este precepto que cuando sea preciso allanar un lugar cerrado, la orden judicial de detención deberá completarse con la preceptiva autorización judicial para penetrar en el lugar donde se encuentre la persona del imputado. El allanamiento, en sí, no es una medida cautelar, sino un medio para aprehender a una persona. Sólo será necesario obtener la autorización judicial cuando se trate de entrar en un lugar cerrado, según dispone este precepto en concordancia con lo establecido en los arts. 173 y 174 CPP, que se refieren a la morada y al local habitado o sus dependencias cerradas y al lugar cerrado, como ámbitos especialmente protegidos frente a los allanamientos incontinentes. Con CASADO PÉREZ, entendemos que la entrada en lugares públicos se encuentra excluida de la necesidad de obtener la autorización previa. Señala este autor que “no parece que el CPP ni la Constitución exijan la autorización judicial para la mera presencia policial en un lugar público (...) la policía puede penetrar en un lugar público sin orden judicial, a efectos exclusivamente de vigilancia y de prevención delictiva mediante su pasiva presencia (CASADO PÉREZ, p.247). Siendo esto así, ninguna necesidad encontramos para exigir, en estos supuestos, la autorización previa al allanamiento encaminado a la aprehensión, como revela el hecho de que la exigencia se contraiga, según este precepto, a los “lugares cerrados”, noción totalmente incompatible con la de “lugar abierto al público”, si bien limitado, lógicamente, a las horas en que el acceso es libre para el público.

287

CASO ESPECIAL DE DETENCIÓN PARA INQUIRIR

Si en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan participado varias personas y no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables y no pudiere dejarse de proceder sin menoscabo para la instrucción, el juez podrá disponer que ninguno de los sospechosos se aleje del lugar del hecho y ordenar su detención para inquirir si fuere indispensable, en cuyo caso la detención no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones y nunca más de setenta y dos horas.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 291

II. COMENTARIO**1100**

Este precepto faculta al juez para detener (“aprehender”, en el proyecto de CPP) a todas las personas presentes en el lugar del hecho, cuando no exista posibilidad de distinguir entre los testigos y los partícipes en el delito. En la versión definitiva se cambió la denominación de esta medida por la de “detención para inquirir” y se introdujeron tales divergencias en relación con otras regulaciones del Derecho comparado, que la interpretación de este texto es de las que más dudas plantea.

Se trata de un supuesto especial de detención, en algunas legislaciones “provisionalísima”, que requiere la concurrencia de tres presupuestos: que la investigación se dirija contra varias personas; que no sea posible individualizar inmediatamente a sus responsables; y que no se pueda dejar de proceder sin menoscabo para la instrucción.

En primer lugar, se refiere el precepto a la participación de varias personas en el hecho, cuando en realidad el supuesto que se contempla es que, ante la existencia de un grupo de personas, no se consiga individualizar al autor o autores del delito. Como se comprueba, lo que resulta de todo punto indiferente es que sean uno o varios los autores de la infracción, pues lo auténticamente relevante es la existencia de un grupo de personas en el lugar del hecho y la imposibilidad de individualizar al sospechoso.

“La ausencia de mención a testigos en el grupo y el hecho de que sólo se hable de “responsables” o de “sospechosos” es lo que provoca la confusión, pero si se interpreta correctamente el tenor literal del precepto que requiere, para su aplicación, que “no

fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables”, tal confusión puede evitarse” (Ensayos 1, p.507).

Para ANTÓN BLANCO y MARCO COS, esta detención especial está prevista para casos de cierta inconcreción o confusión en cuanto a la participación en el delito, es decir, en los que el presupuesto material de la detención consistente en el “*fumus boni iuris*” falta o es muy débil, lo que determina que sea el “*periculum in mora*” el que haya de soportar todo el peso de la decisión judicial, que se justifica por no ser posible “dejar de proceder sin menoscabo para la instrucción” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.806).

La falta del “*fumus boni iuris*” es lo que, en opinión de estos autores, determina la limitación del contenido de las comprobaciones que pueden realizarse y la reducción, a lo imprescindible del tiempo de la detención: “no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones”.

Sin embargo, la formulación del precepto es incongruente en un doble sentido: por un lado, frente a los plazos de detención establecidos en otras legislaciones para supuestos análogos, necesariamente mucho más breves, el art. 287 CPP ha extendido el plazo de duración de la detención por todo el establecido para la detención de inquirir, setenta y dos horas, lo que, a todas luces, resulta desproporcionado. Con ello, ciertamente las posibilidades de investigación aumentan, pero teniendo en cuenta que el contenido de las investigaciones que pueden realizarse se reducen a la obtención de la declaración, ninguna utilidad reporta la ampliación del plazo de detención que, por lo demás, resulta exagerado

1101

Plantea problemas de interpretación la exigencia de que la detención “no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones”, cuando en realidad de lo que se trata es de realizar los actos necesarios para individualizar al sospechoso o a los sospechosos, que podrán consistir en declaraciones o en la realización de cualquier otra diligencia de investigación, tendente a su individualización: identificación del sospechoso, examen de las huellas y vestigios del delito... etc.

Además, se han suprimido algunas medidas que son aceptadas en el Derecho comparado para supuestos similares, como que los afectados por la restricción de la libertad no puedan comunicar entre sí y que no se modifiquen las cosas y lugares donde se produjo el delito.

Por último, tampoco se puede desconocer que, al regularse este supuesto de detención como una modalidad especial de detención para inquirir, el juez, dentro del término establecido, deberá disponer la libertad o la prisión de los detenidos.

288

DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

La Policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho, o cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o sean producto del mismo o cuando se le persiga por las autoridades o particulares. (2)(8)

I. CONCORDANCIAS

1102

- Cn, 13
- LMI, 5
- CP, 152
- CPP, 173, 177, 239, 293

II. COMENTARIO

Existen casos urgentes en que resulta necesaria la privación de libertad de forma inmediata, a través de la actuación de los funcionarios policiales o de personas privadas, sin que sea posible obtener con anterioridad la orden de detención escrita de un juez. Recuérdese a este respecto que el art. 239 CPP impone a la policía de investigación la obligación de impedir que los delitos cometidos “sean llevados a consecuencias ulteriores” y aprehender a los autores de la infracción. Una detención semejante, no dispuesta judicialmente, sólo es admisible como medida provisional, imponiendo al aprehensor la obligación de entregar al detenido, sin dilación, a la policía nacional.

No obstante, existen importantes diferencias según que quien realice la detención sea un funcionario policial o un particular. Para el primero, se trata del cumplimiento de un deber, mientras que, para el particular, del ejercicio de un derecho.

A) Detención por la policía

La detención realizada por la policía se concibe como la realización de un deber, de una obligación que le viene impuesta por su especial misión de investigación de los

delitos y descubrimiento de sus responsables. En efecto, los supuestos en que la policía judicial puede llevar a cabo la detención son casos en que la práctica de la detención constituye el ejercicio de una potestad de policía (derecho-deber) y, por tanto, de cumplimiento inexcusable. A pesar de ello, participa de la naturaleza de las medidas cautelares, en cuanto se encuentra preordenada a garantizar la aplicación del “ius puniendi” estatal.

Es preciso advertir que, aunque la detención policial se concibe como la realización de una obligación, los miembros de la policía judicial deben gozar de un cierto margen de discrecionalidad para dejar de practicarla, atendiendo a los principios de proporcionalidad y necesidad que rigen su actuación. También, para valorar la oportunidad de adoptar otras medidas menos lesivas a la libertad que, sin embargo, sean capaces de conseguir el mismo fin.

Tal margen de apreciación no existe cuando la detención es ordenada por la autoridad judicial o por el Ministerio fiscal. No pesa sobre el policía el deber de valorar la legalidad y la licitud de la detención que se le ha ordenado. Al contrario, está vinculado por el deber legal de cumplir la orden emanada de aquéllos y, consiguientemente, queda exonerado de toda responsabilidad cumpliéndola cabalmente, salvo la responsabilidad que se derive de la extralimitación en la ejecución de la orden recibida. Como ha señalado DE LLERA, se trata del “desarrollo de una actividad policial ordenada y sujeta a los términos de la orden” (DE LLERA, p. 298).

1103

Recuérdese que la realización de la detención por los agentes de la policía se rige por unos principios básicos de actuación, de entre los que destaca la obligación de informar al detenido de sus derechos (art. 243 CPP). Como ha destacado SALIDO VALLE, la medida cautelar en que la detención consiste debe estar reglada de forma que las interpretaciones dejadas a criterio de quienes deben practicarla sean mínimas, evitándose que el derecho a la libertad personal sea conculcado (SALIDO VALLE, p.75).

B) Detención por particulares

Bien distinta es la situación de los particulares en relación con la práctica de la detención. Estos, en principio, no están habilitados, ni siquiera facultados legalmente, para privar de libertad a ninguna persona, incurriendo si lo hacen en responsabilidad penal. Sólo, excepcionalmente, se encuentran autorizados para llevar a cabo la detención de un sujeto en casos de urgente e inmediata necesidad, como sucede en los casos de flagrante delito.

La posibilidad que se reconoce a los particulares de practicar una detención constituye simplemente una facultad que la ley les otorga y que, por tanto, no están obligados a ejercitar. A diferencia, de la detención policial, la detención de los particulares se caracteriza por tratarse de una facultad (“cualquier persona estará autorizada a

practicar la aprehensión”), pues ni es competencia ni se le puede exigir al ciudadano el cumplimiento de las funciones propias de la policía judicial (GIMENO SENDRA, p.481).

No obstante, el particular que detuviere a otro en alguno de estos supuestos, al carecer de facultades legales para realizar ningún acto de investigación, deberá entregarlo inmediatamente a la policía nacional para la realización de las correspondientes averiguaciones. Así pues, la finalidad inmediata de esta detención es entregar al sospechoso a la policía y, por tanto, el tiempo de la detención no podrá ser superior al indispensable para hacerlo. El incumplimiento de esta exigencia da lugar al delito tipificado en el art. 152 CP.

En la doctrina alemana, es polémica la extensión de la responsabilidad del particular que realiza la detención. Para algunos autores, existe un derecho a efectuar una detención cuando el particular supone, sin negligencia, que concurren los presupuestos legales, teniendo en cuenta que el ejercicio de tal derecho no sirve al interés propio de la persona, sino al interés público de una persecución penal eficiente y que con la detención el particular cumple un deber jurídico (ROXIN, p.279). Otros autores, en cambio, limitan los supuestos en que la detención del particular es posible, circunscribiéndola a aquellos supuestos en que existe “evidencia de un comportamiento punible”, con la consecuencia de autorizar la detención del particular, exclusivamente, en los delitos dolosos de violencia y daño, así como de privación de libertad y hurto (MARXEN, 1993).

1104

C) La detención de menores en particular

También se discute si existe un derecho a detener cuando se trata de hechos cometidos por personas que no han alcanzado la mayoría de edad penal. La opinión favorable se apoya en que la detención del niño posibilita las investigaciones contra los partícipes adultos. Sin embargo, para ROXIN, “el derecho de detener es una medida coercitiva procesal penal, que sólo puede ser aplicada contra aquél que está sujeto a sanciones del Derecho penal, por tanto, no procede contra los que no han alcanzado la responsabilidad penal” (ROXIN, p.280). Incluso se rechaza tal posibilidad en los casos de flagrante delito (JAKOBS).

La detención del menor es admitida por el art. 52 LMI, si bien limitada a los supuestos en que el delito es flagrante o exista orden de la autoridad judicial.

D) La flagrancia

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, flagrante es el delito que se esta ejecutando actualmente. Por tanto, la noción “flagrante delito” tiene como significado “en el mismo momento de estarse cometiendo el delito, sin que el autor haya tenido posibilidad de huir”.

Etimológicamente, la expresión flagrante procede del verbo “flagrare”, que significa arder, quemar, de tal modo que flagrante es lo que está ardiendo, lo que resplandece como el fuego o la llama. Con este significado se utiliza en la actualidad para designar, en su sentido usual, al delito que se está cometiendo a la vista de todos, de forma que la intervención inmediata es precisa para que cese delito y éste deje de producir sus efectos.

Esta acepción usual coincide con uno de los significados legales de la flagrancia: “cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo o inmediatamente después de haberlo consumado”. Este significado estricto de flagrancia es imperante en el Derecho comparado, concretamente en las legislaciones de Italia (“e’in stato de flagranza chi viene colto nell’atto di commettere il reato” art. 382 CPP), Francia (“le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre” art. 53 CPP) y Portugal (é flagrante delito todo o crime que se está cometiendo ou acoabou de cometer” art. 256.1 CPP).

El requisito de “sorprender” al delincuente hace referencia a que el mismo sea descubierto en el curso de la acción delictiva, en el momento de intentarla, de realizarla o inmediatamente después de consumarla. Lo que sí es claro es que el descubrimiento ha de producirse mediante la percepción sensorial del hecho por parte del sujeto que realiza la detención, es decir, ha de tratarse de un conocimiento directo de la acción delictiva.

1105

En cuanto al momento en que tiene que producirse el descubrimiento, para que el delito pueda ser considerado flagrante, es el de su ejecución o el inmediatamente posterior. Sin embargo, la noción de delito flagrante se extiende, por una parte, al momento inmediatamente anterior al de la ejecución, es decir, el de la tentativa y el de la realización de los actos preparatorios punibles, pues como señala DE LLERA “la ley no exige al agente de policía judicial que espere a que se inicien los actos de ejecución total ni parcial del delito, pues en la medida en que tales actos suponen un mal (la fractura de la puerta para cometer un delito de robo, por ejemplo) deben ser evitados en lo posible. No es necesario, por tanto, que el delincuente haya iniciado lo que propiamente son “actos de ejecución del delito”, bastando con que haya realizado o realice actos preparatorios externos punibles; conspiración, proposición y provocación para delinquir (...), aunque sí habría que esperar al momento en que vayan a iniciarse los actos ejecutivos, para practicar la detención evitando que éstos tengan lugar” (DE LLERA, p.295).

La noción legal de flagrancia comprende no sólo el momento de realización del delito, sino también el inmediatamente posterior, así como todo el tiempo que transcurra desde la comisión del hecho hasta que se produce su aprehensión en los supuestos de persecución incesante o de hallazgo en su poder de los instrumentos o efectos del delito. En este sentido, se dice que la noción legal es más extensa que la acepción

usual, pues el CPP extiende el concepto de flagrancia más allá del delito que se está cometiendo o del que se acaba de cometer.

Es la denominada “cuasiflagrancia” que se contempla en este precepto, al establecer que se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido inmediatamente después de haberlo consumado o cuando se le persiga por las autoridades o por particulares. Es decir, la ley extiende la flagrancia a un tiempo próximo a la acción, en los casos en que el sospechoso es sorprendido inmediatamente después de realizado el delito o es perseguido, a condición, en este último caso, de que mientras dura la persecución el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen.

En este último supuesto, el delito todavía será flagrante, si existe un lapso de tiempo mínimo entre el momento en que se ha perpetrado el delito y el inicio de la persecución, es decir, si la persecución se inicia inmediatamente después de la acción punible.

1106

Este es el sentido de la regulación imperante en el Derecho comparado. En Alemania, el art. 127.1 del CPP, que faculta a detener en flagrante delito cuando el autor es sorprendido o perseguido, independientemente de que el hecho se halle en el estado de la tentativa punible o esté consumado y siendo suficiente con que la persecución se lleve a cabo inmediatamente después de la acción punible (ROXIN, p.278).

También en España: el art. 779 LECRIM en el que se establece que “se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo”. No obstante, en España el art. 338 de la LPM extiende la noción de flagrancia por un plazo superior, al establecer que se considera flagrante “a un cuando se pusiere de momento (fuera del alcance de los que el persiguen), quedara dentro dela zona de dicha persecución y se presentare o aprehendiere en las cuarenta y ocho horas siguientes al delito y existan pruebas notorias de haberlo ejecutado”.

La extensión de la flagrancia a los casos de persecución también es conocida en las legislaciones de Italia (“subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da alter persone” art. 382 CPP) y Francia (“Il y a aussi crime ou délit flagrant losrque, dans un temps très voisin de l’action, la persone soupçonnée est poursuivie par le clameur publique” art. 53 CPP).

Todavía existe una tercera hipótesis de flagrancia delictiva contemplada por el precepto comentado, al establecer que también se considera delincuente “in fraganti” al que “cuando sea sorprendido con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito”.

El Tribunal Supremo español se refiere a este supuesto insistiendo en la idea de “inmediatez”, señalando que consiste en que “el delincuente se encuentre allí en ese momento, en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho” (STS es. 29 marzo 1990). Tres serían los requisitos del delito flagrante: la inmediatez temporal, de manera que el delito se esté cometiendo o se acabe de cometer; la inmediatez temporal, es decir, que el imputado se encuentre en el lugar del hecho o sus aledaños; y la urgencia o la imposibilidad para la policía o el particular de recabar la correspondiente orden de detención sin que se frustren los fines del proceso penal.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español insiste en la idea de la percepción, para definir la noción jurídica de flagrancia: “la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable la inmediata intervención” (STC es 341/1993).

En la doctrina tales consideraciones han sido objeto de críticas, proponiendo recurrir a la “teoría de la ponderación” para apreciar la existencia de flagrante delito, con las consecuencias que ello conlleva en la restricción de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG: cuando ponderando los bienes jurídicos en conflicto fuese necesaria y urgente la lesión del derecho fundamental” (GIMIERAN ORDEIG, 1994).

En cualquier caso, lo importante es señalar que el concepto legal del flagrancia se aparta del sentido estricto del término para llegar a un concepto amplio en el que tienen cabida no sólo los casos en que el delincuente es sorprendido en el acto de cometer el delito o cuando lo acabara de cometer, sino también cuando es perseguido inmediatamente después de cometerlo y, por último, cuando es sorprendido con efectos o instrumentos que infundan sospecha vehemente de la participación del delincuente en el delito que se acaba de cometer. La flagrancia no sólo abarca, pues, el momento mismo de la comisión, sino también los inmediatos posteriores, es decir, cuando ha transcurrido un escaso lapso de tiempo entre el momento de la comisión y aquél en que es iniciada la persecución o es sorprendido con los efectos o instrumentos (SALIDO VALLE, pp.60-61).

1107

E) Fundamento de la detención en caso de delito flagrante

Los presupuestos generales de la detención (“fumus boni iuris” y “periculum in mora”) presentan alguna modulación cuando se trata de la detención en caso de delito flagrante. Lógicamente, en tales casos ninguna duda ofrece la concurrencia del primero es decir la existencia de una sospecha razonable que permita tener a una persona determinada como responsable de un hecho punible. El contexto espacio-temporal de la detención, que se produce en el momento mismo de la acción delictiva o inmediatamente después, permite afirmar la existencia de tal elemento de la detención.

Cuestión distinta sucede con la concurrencia del segundo, representado por el riesgo que para el buen fin del proceso representa la libertad del sospechoso. Existe una opinión, muy extendida, que estima que en los casos de delito flagrante no es necesaria la presencia de tal elemento justificante. En realidad, se afirma que el único presupuesto justificante se encuentra en el propio hecho de la flagrancia, es decir, en ese estado de cosas que supone que el autor del delito haya sido sorprendido en el momento de cometer el delito, inmediatamente después, cuando es perseguido o con los efectos del delito en su poder.

La razón que aboga por considerar que la situación de flagrancia es suficiente para justificar, por sí sola, la detención se apoya en diversas consideraciones. En primer término, en la necesidad de evitar que el delito agote sus efectos. Pero, también en la necesidad de proteger el inicio de la fase de instrucción, momento que puede ser aprovechado por el delincuente para hacer desaparecer las pruebas que le incriminen o los útiles, efectos o instrumentos del delito; o para confabularse con otros partícipes o con falsos testigos, a fin de evitar las responsabilidades derivadas del acto ilícito.

1108

Tal peligro es menor en la investigación de los delitos no flagrantes ya que, en primer lugar, el delincuente tuvo tiempo para realizar tales conductas; y, en segundo término, porque la detención debe culminar las gestiones de la policía que, en consecuencia, deberá haber procedido a la recogida de los elementos que puedan ser valorados como pruebas, así como los útiles, efectos o instrumentos del delito con anterioridad a la concreción de la imputación por medio de la detención. (SALIDO VALLE, p.62-63).

Cuestión distinta es si también en estos casos el derecho a la detención debe entenderse limitado por el principio de proporcionalidad. Entendemos que sí y, en el caso de los delitos más leves, no debería descartarse la posibilidad, incluso, de prescindir de la detención cuando el imputado tiene un domicilio fijo o está en disposición de prestar caución suficiente para asegurar las responsabilidades del proceso.

F) Consideración especial a la detención por delito de instancia particular y acción privada

Ninguna duda ofrece la extensión de las reglas que regulan la detención a los delitos sólo perseguibles a instancia particular e, incluso, a los delitos de acción privada. De lo contrario, al ofendido por el delito no le asistiría el derecho a la defensa personal ni estaría facultado para determinar la identidad del autor (ROXIN, p.280).

Mayores problemas plantea la posibilidad de reconocer a los funcionarios de la policía judicial facultades en orden a la detención de los sospechosos de los delitos de acción privada, teniendo en cuenta que el art. 239.2 CPP impide a la policía realizar funciones de averiguación si no es, previamente requerida, por el ofendido por el delito.

El cumplimiento de esta condición objetiva de procedibilidad ha llevado a dudar de la legalidad de la detención que la policía realiza ante la existencia de un delito flagrante, cuando su persecución se encuentra condicionada a la instancia de la víctima y ésta aún no la ha ejercido. Sin embargo, no debe dudarse de la legalidad de la detención cuya finalidad se contrae, únicamente, a interrumpir la comisión del delito y prestar auxilio a la víctima.

La detención de la persona hallada en el supuesto de flagrante delito es una actuación que se ajusta a estos parámetros de actuación, pues resulta imprescindible para impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores.

G) Efectos de la flagrancia

Ya hemos visto que la fuerza incriminatoria de la flagrancia (“fumus boni iuris”) conlleva que se pueda proceder a la detención del sorprendido en flagrante delito, incluso por particulares. Es decir, justifica por sí sola la restricción de la libertad personal que de no ser el delito flagrante precisaría completarse con la existencia del “periculum in mora”.

Además, la flagrancia autoriza la entrada en el domicilio de la persona, introduciendo una excepción al régimen general del derecho fundamental a la privacidad del domicilio consagrado en el art. 20 Cn. Fuera de los casos de entrada consentida en el domicilio particular, el allanamiento sólo es posible por orden judicial (art. 173 CPP), salvo en los caso de flagrancia (art. 177.1 y 2 CPP).

1109

H) Duración de la detención en flagrancia

Si la detención es practicada por un particular, ya hemos dicho que tal situación deberá cesar de inmediato, entregando rápidamente al detenido a la policía. En este caso, lógicamente, podrá darse la detención administrativa de la propia policía, cuya duración no podrá exceder de setenta y dos horas, tal y como se establece en el art. 13 Cn.

289

DETENCIÓN POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El fiscal podrá ordenar, antes del requerimiento, la detención administrativa del imputado cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional. En todo caso, el fiscal deberá presentar requerimiento. Una vez aprehendido el imputado, será puesto a disposición del juez dentro de las setenta y dos horas. En este caso, además de los otros indicados en este Código, deberá acompañarse al requerimiento las diligencias que se hubieren realizado. (2).

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 13
- CPP, 83, 85, 235, 239, 240, 289, 292

II. COMENTARIO

1110

Entre las facultades con que cuenta el Ministerio fiscal para desarrollar sus funciones relativas a la persecución de los hechos punibles., se encuentra la facultad de ordenar la detención administrativa (art. 85 CPP), que deberá atenerse al procedimiento y a los plazos establecidos en la Constitución y en el CPP (art. 13 Cn).

La potestad de detener sin orden judicial, conferida al Ministerio fiscal, es una potestad propia, en el sentido de que le corresponde al fiscal apreciar la concurrencia de todos los presupuestos a que se condiciona su ejercicio. Se trata, además, de una potestad orientada, única y exclusivamente, al cumplimiento de los fines del proceso penal.

El Ministerio fiscal se encuentra autorizado para recibir denuncias (art. 235 CPP), estando obligado a practicar las investigaciones necesarias para la comprobación de los hechos denunciados (art. 83 CPP) y facultado para ordenar la detención preventiva de los sospechosos (arts. 85 y 289 CPP). La policía de investigación auxilia al Ministerio fiscal para el eficaz cumplimiento de tales deberes y facultades (arts. 239 y 240 CPP).

De acuerdo con ello el Ministerio fiscal podrá servirse de la colaboración de los funcionarios de policía para ordenar la comparecencia del imputado o de cualquier persona, siempre que resulte necesario a los fines de la investigación penal. También puede ordenar la detención preventiva del imputado, en el curso de las investigaciones tendentes a la comprobación de los hechos denunciados.

La detención, sin embargo, sólo podrá ser ordenada si se dan los presupuestos necesarios para acordar la detención provisional es decir, los establecidos en el art. 292 CPP, que deben ser apreciados en términos de probabilidad, no de verosimilitud. Concurriendo tales requisitos, el fiscal dictará la oportuna orden de detención escrita, a fin de que la policía judicial prive de libertad al sujeto afectado por dicha orden.

En tales casos, la actuación de la policía judicial se limita al cumplimiento de la orden, sin perjuicio de informar al detenido de los motivos de la detención y de los derechos que le asisten durante la misma, poniéndolo a la mayor brevedad posible a disposición del fiscal, ya que no hay motivo para realizar, por sí, ninguna actividad investigadora con el detenido. Una vez que el detenido ha sido puesto a disposición del fiscal encargado del caso, es cuando deben realizarse las diligencias de investigación que el CPP autoriza, como la declaración o la identificación del imputado.

Nada dice el CPP sobre la forma de actuar en los casos en que el Ministerio fiscal, tras haber realizado las indagaciones preliminares para la comprobación de los hechos, por el resultado de las mismas, estime que el hecho no reviste los caracteres de delito o que no hay motivo para imputar al detenido en los mismos. En tales casos nada impide, sino al contrario, que el fiscal disponga la libertad del detenido. También deberá disponer la libertad del detenido en los casos en que se hayan modificado las circunstancias que inicialmente llevaron a ordenar la detención preventiva y estime que no concurren los presupuestos establecidos para la prisión provisional.

1111

En cuanto a la duración de la detención, ninguna duda ofrece que la detención gubernativa no puede extenderse por un plazo superior a las setenta y dos horas, en cuyo plazo el sujeto deberá ser puesto a disposición judicial formulando el correspondiente requerimiento fiscal. Conforme a este precepto el Ministerio fiscal puede ordenar la intervención de la policía, antes de formular el requerimiento, en cuyo caso el imputado deberá ser puesto a disposición judicial dentro de las setenta y dos siguientes a que se produzca la detención y se acompañarán al requerimiento las diligencias practicadas.

289-A

DETENCIÓN POR ORDEN JUDICIAL O POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Policía Nacional Civil ejecutará las órdenes de detención libradas por el juez o el fiscal asignado a la investigación, bastando con que las mismas consten fehacientemente en los archivos de las delegaciones policiales. (8)

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 13
- CPP, 91 y 92 (órdenes de captura), 94 (certificación de revocación de la orden de detención), 87 (derechos del detenido), 286 a 293 y 302 (órdenes de detención)
- LPNC, 2, 4, 7.b)

II. COMENTARIO

1112

Las órdenes de detención se clasifican, por la autoridad de la que emanan, en órdenes de detención de la Policía, de la Fiscalía y del Órgano Judicial (jueces y tribunales), haciendo referencia el presente artículo a la forma de ejecución por parte de la PNC de las órdenes de detención ordenadas por el juez o tribunal y por el fiscal asignado a la investigación.

Dichas órdenes, en el ámbito del proceso penal, pueden obedecer a las siguientes circunstancias:

1. Orden judicial del imputado que debidamente citado e intimado no comparece al llamamiento judicial (art. 286). La no comparecencia dará lugar a la declaración de rebeldía (asimismo la fuga y la ausencia del lugar de residencia asignado) y a la expedición de la orden de captura (arts. 91 y 92).

El art. 286 CPP parece matizar entre orden de presentación y orden de detención del imputado. La diferencia radica en el trato a dispensar al imputado en función del objeto del llamamiento judicial. Sería, por ejemplo, una extralimitación mantener detenida a una persona por una infracción penal menor, cuando razonablemente bastará con que la Policía se persone en su casa o lugar de trabajo y le inste para que les acompañe al juzgado a efectuar la comparecencia.

2. Orden judicial de detención para inquirir de varios sospechosos en el primer momento de la investigación de un hecho, con el fin de individualizar al responsable (art. 287 CPP).
3. Orden de detención de la Fiscalía General de la República, antes del requerimiento fiscal, cuando concurren los presupuestos que justifican la detención provisional (art. 289).
4. Orden judicial de detención del imputado por el término de inquirir (72 horas), es decir, para averiguar si existen o no razones para que se dicte la detención provisional o la libertad del imputado consignado por la Policía o la Fiscalía (art. 291).
5. Orden judicial de detención provisional del imputado (arts. 292 y 293), en la resolución de la audiencia inicial, tras la recepción de la declaración indagatoria (art. 256).
6. Orden judicial de internamiento provisional del imputado mentalmente incapacitado (art. 302), en el supuesto anterior.

Pues bien, en relación con la ejecución de dichas órdenes por parte de la PNC, se planteó en la práctica la cuestión de si era preciso que el agente policial encargado de la detención tuviese en su poder el original de la orden escrita de detención (art. 13 Cn) o bastaba con que la persona a detener figurase en una orden general de búsquedas emanada de un superior policial (Ministro de Seguridad Pública, Director General de la Policía...).

1113

En la práctica, se optó indebidamente por la primera solución (constancia material de la orden original de detención), lo que ha hecho preciso aclarar, mediante la adición al Código del art. 289-A, que bastará con que la orden de captura *conste fehacientemente* en los archivos de las delegaciones policiales para proceder a la detención de una determinada persona.

Desgraciadamente, aunque la reforma mejore las cosas, ya que será suficiente para la detención que la persona objeto de la misma figure en una orden general de detenciones dirigida por el Director General de la Policía a todas las delegaciones policiales, lo ideal hubiese sido aludir en la norma a sistemas más modernos y eficaces de comunicación al interior de la PNC.

No obstante, aún sin la existencia del nuevo art. 289-A, que tiene carácter meramente interpretativo, es evidente que, por razones de operatividad policial y aplicación del principio de jerarquía que rige el funcionamiento de la PNC (art. 2 LPNC), su mando ordinario lo ejerce el Director General, máxima autoridad administrativa de la

institución, sin perjuicio de su dependencia jerárquica del Ministerio de Seguridad Pública y del Presidente y Vicepresidente (en su caso) de la República (art. 4 LPNC). Si esto es así, al Director General de la PNC le corresponderá, en ejercicio de su función de coordinación y supervisión de la institución (art. 7.b) LPNC), adoptar al interior de la misma las normas o instructivos del procedimiento aplicables a las órdenes de detención dictadas por los jueces y fiscales.

El principio de coordinación y eficacia que rige la actividad administrativa obliga a ello, por lo que lo correcto hubiese sido antes de la innecesaria reforma, que, para el cumplimiento de una orden escrita de detención de la Fiscalía o del Órgano Judicial, bastase con una orden general periódica, emanada del Director General, difundida entre las unidades operativas del organigrama policial.

Dicha comunicación con las adecuadas garantías que aseguren su autenticidad, debe ser transmitida por medios informáticos o convencionales a las delegaciones policiales, debiendo expresar datos que impidan las equivocaciones y el tipo de delito por el que se declaró la rebeldía, con el fin de que, si se produce la detención, puedan cumplirse los derechos del defendido que establece el art. 87 CPP. En tal sentido, el art. 286, inciso 1º. CPP, dispone que la orden escrita de detención deberá contener “los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye”.

1114

La orden general de búsquedas debe modificarse inmediatamente cuando existan cambios en la misma, por lo que, con el fin de evitar lamentables equivocaciones, deberá articularse un sistema eficaz de constancia de las continuas revocatorias de captura que se vayan produciendo. La equivocación puede tener su origen en la propia Policía o en el juzgado o tribunal, que podrían olvidarse de comunicar a la PNC la revocación de la rebeldía o demorar en exceso dicho trámite. Precisamente para evitar dichos problemas, el art. 94, inciso 2º., CPP, dispone que “si el imputado lo solicita, se le extenderá un certificado que acredite la revocatoria de la captura”. Esta constancia, que es facultativa del imputado, debería hacerse obligatoria para el órgano judicial; y, ante posibles falsificaciones, la autenticidad del documento en cuestión debería confirmarse por la propia Policía, en caso de duda.

Por último, no está previsto a qué autoridades concretas deben dirigir los juzgados las órdenes de detención, siendo deseable establecer una homogeneización al respecto, Por ello, debería dictarse una disposición reglamentaria, con rango de Decreto, que regulase con más precisión que lo hace el art. 289-A el procedimiento para la ejecución de las órdenes judiciales de captura y de revocación de las mismas. Asimismo, la propia Corte Suprema de Justicia podría dirigir una recomendación a los jueces y tribunales para que utilicen la misma terminología en la expresión del contenido de las órdenes de detención o similares: búsqueda y detención, búsqueda y puesta a disposición, etc.

290

OTROS CASOS DE APREHENSIÓN

Además de los casos establecidos en este Código la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención; y,
- 2) Si media orden escrita del fiscal, sólo en los casos previstos en el artículo anterior.
- 3) Cuando tuviere en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible o no justificare dicha tenencia o presentare huellas o señales que indiquen que han participado en un hecho delictivo.

La policía en los casos de los numerales 1) y 2) deberá presentar inmediatamente al detenido a la autoridad judicial o a la Fiscalía General de la República, en el caso del numeral 3) deberá dar inicio a la investigación correspondiente; en todo caso dará aviso al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. (6)

1115

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 13
- CP, 317
- CPP, 93, 94, 239, 240, 243, 288, 289

II. COMENTARIO

A) Detención policial: supuestos

La policía tiene la obligación de detener en los siguientes supuestos:

Para dar cumplimiento a la orden de detención dictada por el Ministerio fiscal (arts. 289 y 290.2 CPP), en virtud de la función auxiliar que se atribuye a la policía de investigación (arts. 239 y 240 CPP).

En los casos de delito flagrante (art. 288 CPP).

En los casos de quebrantamiento de custodia (art. 290.1 CPP) y declaración de rebeldía (art. 93 CPP).

En el caso de que existan sospechas, racionalmente fundadas, contra una persona determinada, a la que quepa considerar responsable de un hecho delictivo (art. 290.3 CPP).

Corresponde ahora examinar, únicamente, la detención policial en el caso de fuga o rebeldía (arts. 290.1 y 93 CPP) y en el caso de sospecha (art. 290.3 CPP), pues los otros supuestos, se encuentran contemplados en los arts. 288 y 289, ya han sido examinados y a su comentario nos remitimos.

B) Detención por quebranto de custodia

Procede la detención cuando una persona se ha fugado del lugar de detención o donde estuviese cumpliendo una pena privativa de libertad. Téngase en cuenta que, a diferencia del resto de los supuestos de detención, el presupuesto material de la misma no es, propiamente, la sospecha de la comisión de un delito, sino la condena que se quebranta o la situación de custodia en que el sujeto se encuentra.

En tales casos es evidente que existe un interés público en la restauración del orden jurídico mediante la aprehensión del fugado y su reingreso en el establecimiento penitenciario del que se fugó, para que siga cumpliendo la condena, o del lugar de custodia en el que se encontraba privado de libertad.

1116

Además, en los casos en que el fugado incurre en un nuevo delito (art. 317 CP), a lo anterior se añade el presupuesto del “periculum in mora”, por la misma actitud de fuga de su autor. También la flagrancia, pues el delito de evasión debe considerarse en tal estado mientras el fugado no es apresado o él mismo pone fin a dicha situación mediante la entrega voluntaria. Por ello, en los casos de evasión violenta es posible reconducir este supuesto al previsto en el art. 288 CPP y, consiguientemente, admitir la aprehensión del fugado no sólo por la policía, sino también por los particulares.

Un supuesto equivalente, aunque no necesariamente idéntico, es el de la situación de rebeldía del imputado. No se contempla en este apartado la detención del rebelde, a pesar de que conforme al art. 93 CPP la declaración de rebeldía conlleva la obligación de expedir orden de captura.

La declaración de rebeldía en el proceso penal tiene como inmediata consecuencia la adopción, por la autoridad judicial, de las medidas pertinentes para la localización de la persona sometida al procedimiento, a su detención y puesta a disposición de la autoridad judicial. La declaración de rebeldía, por tanto, conforme a lo establecido en el art. 93 CPP da lugar a que el juez competente dicte la correspondiente orden de captura, que habilita para detenerle.

En este caso el título de imputación (“*fumus boni iuris*”) viene dado por la misma existencia de un imputado y su consideración como rebelde, sin necesidad de que se haya sustraído a la custodia previa, que puede no haberse producido; y el “*periculum in mora*” por la declaración de rebeldía, que evidencia, por sí la intención del sujeto de sustraerse a la acción de la justicia.

La aplicación de esta causa de detención también se encuentra sujeta a la cláusula “*rebus sic tantibus*”, pues dispone el art. 94 CPP que la orden de captura será revocada si el imputado se presenta voluntariamente y justifica que no concurrió al llamamiento judicial debido a un grave y legítimo impedimento.

C) Detención por sospecha

Ya hemos señalado que la detención sólo es posible ante la existencia de una sospecha racionalmente fundada de la comisión de un hecho delictivo y siempre que pueda atribuirse al detenido haber participado en su comisión. Sin embargo, no basta cualquier sospecha, sino que ha de ser bastante y, en tal sentido, el propio precepto comentado se encarga de individualizarla, autorizando la detención cuando el sospechoso tenga en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible, no justifique dicha tenencia o presente huellas o señales que indiquen que han participado en el hecho delictivo.

1117

La detención por sospecha supone la existencia de una imputación policial del hecho investigado al sujeto que se pretende detener. Pero las sospechas deben estar revestidas de ciertos requisitos para que puedan ser consideradas razonables. En primer lugar, deben estar fundadas en el resultado de la investigación realizada y ser bastantes para justificar la detención. De acuerdo con ello, el legislador limita la discrecionalidad policial, realizando una interpretación auténtica de la razonabilidad de la sospecha, circunscribiéndola al hallazgo de los objetos inculpativos en poder del investigado o a la obtención de huellas o vestigios que permitan suponer que ha participado en el hecho punible.

No obstante, todavía se concede un cierto margen de discrecionalidad a la policía en la apreciación de estos requisitos. No puede ser de otro modo, para que la detención sea legítima ha de reputarse bastante, es decir, que en el caso concreto pueda considerarse razonable, excluyendo cualquier sospecha de arbitrariedad en la actuación policial. En este sentido, el Tribunal Supremo español entiende que no es necesario que los motivos o sospechas estén exhaustivamente constatados, aunque sí se exige una corroboración mínima para hacer la sospecha razonable (STS es. 1 febrero 1995).

Según el tenor literal del precepto, la detención es posible siempre que exista la sospecha razonable de la comisión de un hecho delictivo y de la participación en él del sospechoso. Con ello no se hace más que afirmar la existencia del “*fumus boni iuris*”, o

título de imputación, que debe ir acompañado del “periculum in mora”, basado en la firme sospecha de que el sujeto intentará eludir la acción de la justicia.

Esta configuración no es más que la consecuencia lógica del entendimiento de la detención por sospecha como una modalidad de medida cautelar, que requiere la concurrencia de ambos presupuestos: “fumus boni iuris” y “periculum in mora”. Sin embargo, no se puede desconocer la existencia de una corriente doctrinal que pone el énfasis en la función de seguridad que se atribuye a la detención policial, como medida provisionálsima, “precautelar”.

A esta orientación responde el sentido de la regulación legal que impone, a la policía, la obligación de detener a toda persona de la que se presuma su participación en un delito. Así resulta de lo establecido en el art. 243 CPP, que dispone: “los oficiales o agentes de la policía deberán detener a los imputados en los casos que este Código autoriza”; en el art. 288 CPP: “la policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito”; y en el art. 290: “la policía procederá a la captura de una persona”.

1118

Aun reconociendo que el sentido de la regulación legal no deja lugar a dudas sobre la obligación que se impone a la policía de proceder a la detención, hemos de entender que la regla general cuando se trata de la imputación de faltas y, por tanto, no de delitos, debe ser la no detención, a no ser que se ignore la identidad del imputado y sea necesario proceder a identificarle. Esta es una consecuencia de la aplicación a esta materia del principio de proporcionalidad, pues téngase en cuenta que las faltas se castigan con penas leves, incluso no privativas de libertad, por lo que la detención puede llegar a ser una medida mucho más aflictiva que la misma pena que resulte de la condena.

Normalmente, la detención policial concluye con presentación del detenido a la autoridad judicial o al Ministerio fiscal (art. 290 CPP). Aunque tampoco puede descartarse la puesta en libertad del sospechoso, cuando el hecho imputado a quien se encuentra privado de libertad, no resulte constitutivo de delito, por faltar del “fumus boni iuris”. Para quienes la detención policial participa de la naturaleza y los presupuestos de las medidas cautelares, la ausencia sobrevenida del “periculum in mora”, también sería motivo para disponer la libertad del detenido. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando producida la detención en situación de flagrante delito, se trate de un delito menos grave y el mantenimiento de la detención no resulte preciso para asegurar los fines del proceso, por haberse constatado todas las circunstancias del detenido y, entre ellas, el arraigo del mismo.

D) Duración de la detención

La detención es una medida cautelar y, en cuanto tal, provisional. Esta característica que es propia de todas las medidas cautelares se encuentra todavía más acentuada en

la detención, sometida a un plazo muy breve de duración. El art. 13 Cn, es claro al establecer que la detención administrativa no podrá exceder de setenta y dos horas, dentro de los cuales del detenido deberá quedar consignado a disposición de la autoridad judicial. Este plazo rige independientemente de la detención haya sido sea ordenada por el Ministerio fiscal o dispuesta por la policía.

En particular, la detención policial comienza en el mismo instante en que una persona es privada de su libertad por los agentes de la policía o entregada a ellos por un particular. A partir de ese momento, y cualquiera que sea el lugar de la detención o de entrega, comienzan a computarse el plazo máximo de detención. Como advierten ANTÓN BLANCO y MARCO COS, se trata de un plazo máximo de duración de la detención administrativa, lo que significa que no siempre será preciso agotarlo, pues el derecho a la libertad, como derecho fundamental, impone que la detención sólo se mantenga por el tiempo indispensable para realizar el fin al que sirve la privación de libertad cautelar (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.803). Se trata de una consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad a la detención administrativa, extraída de la jurisprudencia constitucional española (STC es. 206/1991 y 341/1993).

En idéntico sentido el precepto comentado establece plazos diferentes de duración de la detención, según cuál sea la causa que la haya motivado. Así, en los dos primeros apartados previstos en este artículo, una vez producida la aprehensión, el detenido deberá ser puesto a disposición inmediata de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal. Ninguna diligencia de investigación es preciso realizar en estos casos, por lo que no hay razón alguna para la demora. En cambio, en el caso previsto en el apartado tercero la duración de la detención es de setenta y dos horas, pero como se acaba de indicar se trata del plazo máximo de detención, que no es necesario agotar.

1119

Una cuestión problemática es qué sucede cuando un sujeto es “inmovilizado” o “retenido” para ser sometido a determinadas diligencias con fines policiales que, por sí, no dan lugar a un supuesto de detención, como la realización de un cacheo, la prueba de alcoholemia o las medidas necesarias para su identificación. En el caso de que el sujeto sometido a estas diligencias, por su resultado, pasase a quedar detenido, en sentido estricto, surge el problema de si el cómputo del plazo máximo de detención debe comenzar desde el momento de la “inmovilización” o “retención” o a partir de la confirmación de la misma.

Con SALIDO VALLE, entendemos que en tales casos el cómputo del período de detención debe realizarse desde el momento a partir del cual, a la vista de la presunta participación del individuo en un hecho punible, se le priva de su libertad ambulatoria, a fin de practicar las diligencias de comprobación antes mencionadas, bien se le detenga y traslade a un centro policial, bien se le impida abandonarlo, si ya se encontraba en él (SALIDO VALLE, p.120).

Con respecto a la finalización de la detención policial podemos distinguir el momento de la “consignación del detenido” (art. 13.2 Cn) y el de su “presentación” o “entrega material” a la autoridad competente, el órgano judicial o el Ministerio fiscal.

Por consignación del detenido podemos entender el acto mediante el cual, finalizadas las diligencias policiales, se comunica a la autoridad competente el hecho de la detención y queda el detenido sometido a la decisión de ella y pendiente de su traslado ante la misma, lo que no conlleva necesariamente la presentación o entrega material del detenido. La cuestión que surge es si se debe computar, dentro del período máximo de detención, el tiempo indispensable que es preciso invertir para conducir al detenido desde el punto en que estuviere hasta el lugar en que se halle la autoridad ante la que debe ser presentado o entregado materialmente.

1120

El plazo de detención policial es único (setenta y dos horas) y de la regulación legal no cabe deducir la existencia de diferentes formas de computar ese período de tiempo. Por ello, concluye SALIDO VALLE, “el comienzo de la detención debe venir referido al mismo instante en que el sujeto es privado de su libertad personal, y el final, al instante en que el individuo es puesto a disposición del juez más próximo, o en libertad. El derecho a ser puesto a disposición de la autoridad judicial, o en libertad, en el plazo máximo de setenta y dos horas, no admite dilaciones. Por ello, dentro de ese plazo, las autoridades policiales deben haber dispuesto lo necesario para que la entrega se haga dentro del plazo legalmente establecido. En definitiva, el plazo de la detención policial debe finalizar en el mismo instante en que comienza el de la detención judicial, sin que existan períodos intermedios no computables” (SALIDO VALLE, p.122).

Tan sólo en supuestos de fuerza mayor cabe admitir, de forma absolutamente excepcional, que la persona detenida no sea materialmente puesta a disposición de la autoridad competente, en cuyo caso la exigencia constitucional de que el detenido sea consignado a la orden del juez quedará cumplida con la transferencia a la autoridad judicial del control sobre la libertad del detenido. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español en un supuesto de detención en alta mar, que por tal razón impidió hacer efectiva la entrega del detenido dentro del plazo de setenta y dos horas (STC es. 21/1997).

E) Consecuencias de la inobservancia del plazo de detención policial

Es claro que si la detención se prolonga, más allá del plazo máximo establecido legalmente (setenta y dos horas) podrá exigirse responsabilidad, penal y disciplinaria, al funcionario responsable de la dilación. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, tal situación no compromete la validez del proceso, pues ni el delito ha dejado de existir ni la prolongación indebida de la detención otorga un derecho incondicionado a quedar libre o a ser absuelto, sino únicamente a que se respete el plazo legal, mediante la presentación inmediata a la autoridad competente.

Aparentemente, en contra de esta conclusión ANTÓN BLANCO y MARCO COS, que advierten: “los abusos cometidos por la policía prologando sin motivo una detención, además de poder constituir una detención ilegal, pueden perjudicar la suerte ulterior del proceso, puesto que si a través de una injustificada prolongación de la privación de libertad se obtiene una prueba de contenido incriminatorio, pueda tal vez resultar nula e inservible. Ha de pensarse que una detención prolongada por un hecho de escasa transcendencia penal, o donde aparezca con claridad causas de justificación de la conducta, puede significar una especie de “tortura moral” o psicológica para el detenido y cualquier declaración que prestara en esta situación quedaría viciada por su origen ilícito. Si además esa prueba irradia su vicio a otras diligencias de investigación que traen causa de aquella declaración del detenido, serán éstas igualmente nulas, comprometiendo totalmente el proceso” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, pp. 803-804).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, para estos autores, el efecto anulatorio derivaría, no ya de la simple prolongación indebida de la detención administrativa, sino del hecho de que se utilice, dolosamente, el mantenimiento de la privación de libertad, para obtener ilegítimamente la confesión del sospechoso, con manifiesta violación del principio rector que prohíbe cualquier forma de tortura, tormento u otros castigos, crueles, inhumanos o degradantes, en la detención o durante la misma (art. 243.3 CPP).

Fuera de este supuesto, piénsese en el ejemplo más frecuente consistente en el **1121** simple retraso en hacer entrega del detenido a la autoridad competente, ninguna consecuencia cabe extraer que no sea imponer a los funcionarios actuantes la obligación de cumplir, sin mayor dilación, con la obligación de entrega, presentando en el acto al detenido ante la autoridad competente, el Ministerio fiscal o la autoridad judicial.

291

DETENCIÓN POR EL TÉRMINO DE INQUIRIR

Cuando a un juez le sea consignada o presentada persona a quien se le impute la comisión de delito, deberá ordenar su detención por el término de inquirir y remitirla al correspondiente centro de reclusión con aviso escrito al jefe del mismo.

Dentro del término de inquirir el juez deberá decretar la detención provisional o la libertad del imputado, según proceda, so pena de incurrir en responsabilidad penal.

El término para inquirir será de setenta y dos horas como máximo, y empezará a correr a partir de la hora en que el imputado quedare a disposición del juez de la causa.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 13
- CPP, 237, 254, 286, 287, 288,, 289, 290, 291, 292, 293, 294

II. COMENTARIO

Con la entrega del detenido al juez competente se inicia la fase judicial de la detención es lo que se ha denominado la detención confirmatoria. El CPP distingue entre la detención de un imputado que se halla en libertad, esto es, la denominada detención judicial imputativa (arts. 286 y 287 CPP) y la detención confirmatoria (art. 291 CPP) que recibe este nombre por ser un mero mantenimiento de la detención ordenada por el Ministerio fiscal (art. 289 CPP) o practicada por la policía (art. 288 y 290 CPP).

1122

La doctrina denomina “detención judicial confirmatoria” al tiempo en que el detenido, que ya está a disposición del juez, permanece privado de libertad, en tanto aquél decide sobre su situación personal. En el CPP reviste este carácter la detención para inquirir, ordinaria o común, que frente a la especial, nunca puede originar, por sí misma, el estado de privación de libertad, sino tan sólo mantener la detención previa. Es el caso de la detención administrativa, ordenada por el Ministerio fiscal o de la practicada por la policía, frente a la detención para inquirir, que es la ordenada por el juez competente cuando le es presentada o consignada una persona a quien se imputa la realización de un delito.

Se trata de una medida cautelar y, en cuanto tal, sólo puede ser acordada ante la existencia de la sospecha de la realización de un hecho delictivo (“fumus boni iuris”) y su finalidad no puede ser otra que la de evitar la frustración del proceso (“periculum in mora”). Por tanto, no existe diferencia sustancial entre los requisitos que deben darse para acordar la detención para inquirir y la detención provisional (arts. 292, 293 y 294 CPP). La única diferencia reside en que el juez decide sin oír a las partes y, en tal sentido, basta con lo que acredite el Ministerio fiscal. Ningún inconveniente existe para obrar de tal modo, si se tiene en cuenta que la decisión inicial del juez deberá ser revisada en un plazo breve, en la audiencia inicial, en la que tiene plena vigencia el principio de contradicción y se garantiza al imputado y su defensor el derecho de audiencia.

En definitiva, lo que ha de acreditarse para imponer la detención para inquirir es que concurren los mismos presupuestos que justifican la detención provisional. No hay razón alguna que permita rebajar esta exigencia, si se tiene en cuenta que el art. 289 CPP sólo permite al fiscal ordenar la detención, antes de formular el requerimiento, cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional.

Por tanto, si para autorizar la detención del fiscal deben cumplirse tales requisitos, no es lógico pensar que tengan que ser distintos cuando la detención es acordada por la autoridad judicial. Además, la detención para inquirir confirma o prolonga la administrativa decretada por el Ministerio fiscal, lo que abunda en que no puedan ser distintos los criterios de decisión en uno y otro caso.

La competencia para acordarla corresponde, exclusivamente, al Juez de Paz. Tanto del art. 13.3 Cn como de los arts. 237 y 291 CPP se desprende que la detención para inquirir es la primera de las decisiones privativas de libertad que ha de dictar la autoridad judicial y ninguna duda existe que la competencia para decidir en esta fase inicial del proceso corresponde al Juez de Paz.

En cuanto a la resolución, aunque el art. 291 CPP no lo establezca expresamente, la decisión acordando la detención para inquirir debe revestir forma de Auto. A partir de este momento, el Juez dispone de un plazo de setenta y dos horas, durante el cual el imputado permanecerá detenido, para adoptar la decisión que proceda sobre la libertad o detención provisional, lógicamente tras la celebración de la audiencia inicial que, necesariamente, deberá celebrarse dentro de este plazo, según dispone el art. 254.1 CPP.

La detención para inquirir presenta una especialidad, en lo que respecta a su provisionalidad: es una medida provisionálísima, cuya duración limitada a un espacio corto de tiempo, en el que el juez competente ha de resolver acerca de la situación del imputado. Ya hemos señalado que el plazo máximo por el que puede mantenerse la detención judicial es de setenta y dos horas, que se computan desde que el detenido es presentado o consignado ante la autoridad judicial, es decir, el de su entrega material, hasta que el juez resuelve sobre la situación del detenido. **1123**

Por último, debe señalarse que, al igual que el resto de las medidas cautelares, es mutable ya que se encuentra sujeta a la regla “rebus sic tantibus” y, por tanto sólo debe mantenerse mientras perdura la situación que la motivó, aunque siendo tan breve el plazo de tiempo en el que ha resolverse sobre la situación procesal del detenido es difícil imaginar que se produzcan variaciones sustanciales.

292

DETENCIÓN PROVISIONAL

Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

- 1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe; y,**
- 2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aún cuando la pena sea inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.**

I. CONCORDANCIAS

1124

- Cn, 13
- CPP, 293, 294, 302

II. COMENTARIO

A) Naturaleza, finalidad y caracteres de la detención provisional

De todas las medidas que aseguran el procedimiento, la detención provisional es la que supone una injerencia más grave en la esfera de libertad individual. A pesar de ello, en muchos casos, resulta indispensable para conseguir una administración de justicia eficaz. Por esto, todas las legislaciones la admiten como medida cautelar, de naturaleza personal, que es acordada durante la tramitación del proceso penal y que consiste en la privación de libertad del imputado, durante un tiempo máximo, establecido legalmente, con la exclusiva finalidad de asegurar su presencia en proceso y la ejecución de la sentencia condenatoria.

Insistir en su consideración como medida cautelar, implica la exigencia de que sólo se adopte para conseguir los fines que son propios de las medidas cautelares, es decir, para garantizar la presencia del inculcado en el proceso y la eficacia de una eventual sentencia condenatoria. Además, en cuanto que se trata de una medida cautelar que supone la restricción de un derecho fundamental, el encarcelamiento preventivo sólo podrá acordarse cuando concurren determinados presupuestos que justifiquen el sacrificio del derecho individual: el “*fumus bono iuris*” y el “*periculum in mora*”. Por último,

si la provisionalidad es una característica común que inspira la regulación de todas las medidas cautelares, en la detención provisional se acentúa su carácter provisorio, al sujetarse a plazos máximos de duración que no pueden ser traspasados.

Afirmar la naturaleza cautelar de la detención provisional conlleva que las finalidades que cumple sean las propias de las medidas cautelares y no otras. Aunque son muchas las funciones que se le han asignado, pueden reconducirse a las cuatro siguientes: evitar la frustración del proceso imposibilitando la fuga del reo; asegurar el éxito de la instrucción y la ocultación de futuros medios de prueba; impedir la reiteración delictiva; y, por último, satisfacer las demandas sociales de seguridad pública. Sin embargo, sólo las dos primeras son pacíficas en la doctrina.

La CIDH se ha referido a la finalidad cautelar de la prisión provisional, estableciendo que “el objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencias. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa” (Informe 1/96).

1125

Evitar la frustración del proceso se concreta en asegurar la presencia del inculcado y, consiguientemente, supone también asegurar la ejecución de la sentencia, para el caso de que ésta llegase a ser condenatoria. En un sistema procesal, como el vigente, que no acepta el enjuiciamiento en rebeldía, resulta evidente que la fuga del reo frustra el proceso y la ejecución de la eficacia de la eventual condena.

Esto, sin embargo, no quiere decir que la detención provisional equivalga al cumplimiento anticipado de una pena. Su finalidad se reduce a asegurar la presencia del imputado; no es punitiva ni consiste en anticipar el posible castigo, como se ha ocupado de establecer el Tribunal Constitucional español: “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de pena” (STC es. 41/1982).

No obstante, lo que tampoco se puede negar es que la detención provisional consiste en una privación de libertad, por lo que, aun sin confundirse con la ejecución de la pena, se asemeja a ella. La consecuencia que de ello resulta es que se reconozca a la privación de libertad sufrida efecto extintivo de la pena, computándose para el cumplimiento de la condena el tiempo de detención provisional.

Para evaluar el riesgo de evasión del imputado, la CIDH admite que puedan ser considerados la gravedad del hecho y la posible severidad de la sentencia. No obstante, advierte : “debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad” (Informe 5/96).

Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente, en el Informe 2/97, al señalar que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Pero añade: “Tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido un cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos de cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia”.

1126

Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de nuevos medios de prueba es otra de las finalidades que se asignan a la prisión provisional. Para el TEDH, se trata de un fin legítimo, que justifica la restricción de la libertad personal (STEDH 26 enero 1993, W c. Suiza). Ahora bien, como sostiene ROXIN, ese peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas, sin que el silencio o la negativa del inculpado puedan ser invocados para fundar el peligro de entorpecimiento (ROXIN, pp. 260-261).

Es obvio, que este motivo justificante de la prisión provisional sólo podrá legítimamente invocarse en procesos complejos, en los que pueden presumirse dificultades en la investigación y, sobre todo, una actitud obstativa a cargo del imputado.

Sin embargo, como ha advertido la CIDH, las necesidades de la investigación, aun siendo un fin legítimo, para aplicar la detención provisional, no pueden ser invocadas de una manera indiscriminada: “La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de la investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de la libertad. La comisión considera que no es legítimo invocar las “necesidades de la investigación” de manera general y abstracta, para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva.

Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del acusado” (Informe 2/97).

Además, que se autorice a disponer la prisión provisional con la finalidad de impedir que el imputado pueda destruir fuentes de prueba, no significa que ésta pueda utilizarse como un medio coactivo, para lograr determinados resultados en la instrucción. La STC es. 128/1995 es tajante: “la prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal... Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de pena o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpad...”.

Más polémica es la posibilidad de utilizar la prisión provisional para evitar la reiteración delictiva por parte del imputado. De entrada, hemos de señalar que se trata de una finalidad que presenta el inconveniente de no responder a una función cautelar, sino fundamentalmente preventiva, que es propia de la pena o de las medidas de seguridad, pero ajena al aseguramiento del proceso. Precisamente, con este carácter, se consagra en el art. 5 CEDH, que alude al supuesto de que se estime necesaria la prisión preventiva “para impedir que el sujeto cometa una infracción”. Por otro lado, su aplicación presenta el inconveniente de que su estimación incorpora una presunción de culpabilidad, la del delito que se le imputa, todavía no declarada legalmente, a la que se recurre para pronosticar la eventualidad de la comisión de nuevos delitos.

1127

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional español ha aceptado que la necesidad de evitar el riesgo de reiteración constituye un fin legítimo, para cuya consecución puede aplicarse la prisión provisional (SSTC es. 40/1987 y 128/1995) y, en idéntico sentido, el TEDH (SSTEDH 10 noviembre 1969, casos Stögmüller y Matzenetter).

También existe una tendencia en la legislación comparada favorable a asignar a la prisión provisional fines de prevención especial. En Alemania, el riesgo de reiteración, como fundamento de la prisión provisional, fue introducido en 1964 para determinados delitos sexuales y, posteriormente, en 1972, para los delitos en serie. En particular, se admite su aplicación cuando se trata de imputados que son vehementemente sospechosos de haber cometido determinados delitos sexuales de gravedad; o de haber reiterado o continuado un hecho punible que menoscaba gravemente el ordenamiento jurídico; o de haber cometido determinados delitos relacionados con estupefacientes (ROXIN, p.262).

Sin embargo, su admisión, aun siendo amplia, está sujeta a límites. El BVerfG admite el peligro de reiteración, como fundamento de la prisión provisional, únicamente

en casos excepcionales, rigurosamente restringidos; sólo en estas condiciones declaró tal posibilidad conforme con la Constitución, basándose en que se debe proteger a un círculo de la población especialmente merecedor de esa protección, amenazado por un pronóstico de probabilidad elevada, frente a hechos punibles de gravedad (BVerfGE (E 35, 185). Además, el motivo de detención provisional basado en el peligro de reiteración es subsidiario, de tal modo que sólo puede operar en unión de algún otro establecido legalmente.

La CIDH es sumamente cuidadosa al tratar el motivo de detención provisional basado en el riesgo de reiteración delictiva, que, según advierte, “se funda en una evaluación de la peligrosidad social del individuo, en la virtualidad de su conducta para poner en peligro bienes jurídicos de la víctima del delito o de la sociedad” (Informe 12/96).

1128 Advierte que en la evaluación de la conducta futura del inculpado no pueden considerarse, únicamente, los intereses de protección de la sociedad, sino también el respeto a los derechos del imputado, como la presunción de inocencia: “Dado que el encarcelamiento previo constituye la privación de libertad de un individuo que todavía se beneficia de la presunción de inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que pueda resultar en algún riesgo significativo” (Informe 12/96).

También debe ser considerado el interés del individuo en rehabilitarse y, en tal sentido, se señala “deben sopesarse elementos tales como la conducta posterior del individuo frente a las consecuencias de su delito, el ánimo o celo reparatorio de los perjuicios ocasionados con el ilícito, el interés del inculpado en incorporar pautas de conducta socialmente aceptables, el entorno social y familiar de aquél y sus posibilidades de rehabilitación (Informe 12/96).

Además, si se invoca el riesgo de comisión de nuevos delitos como fundamento del encarcelamiento preventivo, ha de tratarse de un riesgo real: “Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en su naturaleza como en gravedad” (Informe 2/97).

La última finalidad que se asigna a la prisión provisional se refiere a la necesidad de satisfacer las exigencias sociales de seguridad pública, que se identifica en las legislaciones con las nociones de “alarma social” producida por el delito o con la “frecuencia” de su comisión. Pero el encarcelamiento no se puede concebir como

“instrumento apaciguador de las ansias y temores producidos por el delito” (MORENO CATENA, p.147). La única vía admisible para calmar la alarma social no puede ser otra que la del proceso, es decir, la rápida obtención de una sentencia sobre el fondo y, si ésta es condenatoria, su ejecución.

A pesar de ello, la CIDH ha admitido que se pueda recurrir a la preservación del orden público como fundamento de la prisión provisional, aunque, eso sí, sólo en circunstancias muy excepcionales: “La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado” (Informe 2/97).

En un sentido equivalente, el TEDH admite la aplicación de la prisión provisional basada también en la “cláusula de orden público”, aunque condicionando su aplicación a que se pueda demostrar que la liberación del detenido perturbaría, realmente, el orden público, pues en caso contrario la aplicación de la detención provisional anticiparía una pena privativa de libertad (STEDH 27 noviembre 1991, Kenmache; y 27 agosto 1992, Tomasi).

1129

Si afirmamos que la prisión preventiva participa de la naturaleza y de los fines de las medidas cautelares, es lógico que sus caracteres sean los mismos:

- La legalidad, de modo que la ley procesal establezca las condiciones de su aplicación.
- La jurisdiccionalidad, en cuanto que sólo los órganos judiciales pueden imponer tal forma de privación de libertad.
- La instrumentalidad, porque la detención provisional, lejos de constituir un fin en sí mismo, se encuentra supeditada a la existencia de un proceso principal, del cual depende.
- La provisionalidad, pues el encarcelamiento sólo puede mantenerse mientras permanezcan las circunstancias que determinaron su aplicación.
- La temporalidad, en cuanto que no puede mantenerse indefinidamente, sino que se encuentra sujeta a plazos máximos de privación de libertad.

- La excepcionalidad, puesto que en virtud de la presunción de inocencia, que impone la obligación de tratar al acusado como inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida, la libertad ha de ser la regla y la prisión la excepción.
- La subsidiariedad, pues sólo debe aplicarse en defecto de otras medidas menos lesivas para los derechos del afectado y que resulten igualmente eficaces.
- La proporcionalidad, ya que la prisión sólo puede imponerse tras la realización de un juicio en el que se consideren todos los intereses afectados por la aplicación de la medida cautelar.

También los presupuestos de la detención provisional son los mismos que los de las medidas cautelares. Por una parte, el “*fumus boni iuris*”, constituido por la verosimilitud del hecho imputado y la razonable atribución de la responsabilidad por el mismo a la persona contra quien se adopta la medida cautelar. De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional español ha condicionado la aplicación de la prisión provisional a la existencia de indicios racionales de criminalidad de la comisión de una acción delictiva (TC es. 44/1997). Por otra, el “*periculum in mora*”, que se concreta en la sospecha de que el imputado frustre con su conducta los fines propios del proceso.

1130

En el proceso penal, el “*fumus boni iuris*” se identifica con el juicio de imputación. Consiste en la atribución de un hecho a una persona determinada y esta atribución ha de basarse en datos objetivos que permitan tener como probable la realidad de la sospecha. Por ello, ha declarado el Tribunal Constitucional español que “la constatación de razonables sospechas de responsabilidad criminal opera como “*conditio sine qua non* de la adopción y el mantenimiento de tan drástica medida cautelar” (STC es. 128/1995).

El “*periculum in mora*” se configura como un peligro de daño jurídico concreto derivado de la dilación inevitable que sufre el proceso desde su incoación hasta que recae sentencia definitiva, lo que conlleva la necesidad de evitar la frustración del mismo, que se produce cuando el imputado se sustrae a la acción de la justicia, impidiendo el desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia condenatoria.

B) Requisitos para acordarla

La regulación legal de la detención provisional responde, sin duda alguna, a la configuración de la prisión provisional como medida propiamente cautelar, a la que no obstante se añade la necesidad de atender a la consecución de ciertos fines de prevención general y especial, más propios de la pena que del proceso, pero que están reconocidos en la mayor parte de las legislaciones del Derecho comparado.

El CPP se ocupa de establecer los requisitos que han de concurrir para poder acordar la detención provisional, distinguiendo entre requisitos generales, comunes a todos los casos, los establecidos en el art. 292 CPP; y, junto a ellos, unos requisitos específicos, que deben ser apreciados en cada caso, los establecidos en el art. 293 CPP.

Los requisitos generales, se establecen en este precepto y se refieren, genéricamente, a los presupuestos materiales de la detención provisional: el “*fumus boni iuris*” (“que se haya comprobado la existencia de un delito y existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con toda probabilidad, autor o partícipe”) y el “*periculum in mora*” (“que el delito tenga señalada pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años o que, aun siendo la pena inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión hay producido o la frecuencia con la que se cometan otros hechos análogos, o si el imputado estuviera sometido a otra medida cautelar”).

De acuerdo con ello, la adopción de la prisión provisional precisa una imputación formal, consistente en que se haya comprobado la existencia de un delito y “existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con toda probabilidad, autor o partícipe. La imputación, por tanto, ha de tener una base sólida, en cuanto ha de ser expresión de la existencia de una “sospecha vehemente con respecto a la comisión de un hecho punible, esto es, debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad” (ROXIN, p.259). Por esta razón, en los casos de falta de capacidad de culpabilidad entra en consideración la internación provisional (art. 302 CPP).

1131

El sentido de la regulación legal en vigor, por lo demás, es claro: la prisión exige un alto grado de probabilidad de la comisión del delito por la persona que ha de sufrir esta medida cautelar. Además, los hechos deben ser constitutivos de delito, pues cualquier duda sobre la punibilidad de los mismos impediría adoptar esta medida cautelar.

Además, tratándose de los delitos de acción privada, la prisión provisional sólo se decretará si se cumplen los requisitos generales establecidos para su adopción y no se logra la conciliación (art. 402 CPP), sin perjuicio de que el juez pueda disponerla, sin aguardar al resultado de la conciliación, cuando se den los requisitos establecidos en este precepto y existan razones fundadas de que el inculcado intentará obstaculizar las investigaciones, eludir su comparencia en el juicio o se trate de un caso de reincidencia o habitualidad.

Partiendo de la idea de que la aplicación de la prisión provisional obliga a atender a la proporcionalidad de los sacrificios, no basta para disponer esta medida cautelar

con la existencia de una imputación, sino que, además, es preciso, que su adopción se acomode a los principios de necesidad, excepcionalidad, proporcionalidad y provisionalidad. Desde esta perspectiva, es como deben considerarse los diversos elementos integrantes del “periculum in mora”.

La gravedad del hecho, puesto que la prisión provisional se condiciona a que el delito imputado se castigue con pena superior a tres años de prisión, lo que, como regla general, permite descartar la aplicación de esta medida a los supuestos en que el delito no se encuentre castigado con pena privativa de libertad, puesto que su imposición, en tales casos pugnaría, con el principio de proporcionalidad. Por tanto, sólo excepcionalmente el aseguramiento mediante la prisión provisional podrá considerarse justificado (STC es 85/1989).

1132 Puede suscitar alguna duda el tenor literal del precepto que parece imponer al juez la obligación de imponer la prisión provisional si existe una sospecha fundada de responsabilidad por un delito castigado con pena de prisión que exceda de los tres años de prisión. Tal interpretación, que aboca a una aplicación automática de la prisión provisional, sin necesidad de examinar el resto de los presupuestos que la legitiman, debe ser rechazada. La gravedad del delito debe ser considerada desde la perspectiva del riesgo de fuga, de tal modo que ha de entenderse que el legislador no ha querido imponer la obligación de acordar la prisión provisional, sino tan sólo establecer una presunción, que se concreta en una pena tipo, a partir de la cual se incrementa la sospecha de que el imputado intentará sustraerse a la acción de la justicia.

El BVerfG se ha enfrentado al mismo problema, estableciendo que en caso de sospecha vehemente de la comisión de los hechos punibles graves (asesinato, homicidio, genocidio, asociación terrorista, lesión corporal grave, incendio intencional especialmente grave) la prisión preventiva sólo puede ser impuesta si existen los motivos de detención de peligro de fuga o peligro de entorpecimiento; no obstante, en la verificación de la existencia de estos motivos de detención, no se debe ser tan exigente, sino que es ya suficiente una intensidad menor de peligro de fuga o entorpecimiento (BVerfGE 19. 342 (350)).

Otra cuestión importante, relacionada con la gravedad de la pena, se refiere a si debe considerarse la “pena abstracta”, con la que se conmina el hecho típico, o por el contrario, la “pena concreta”, imponible en el caso mediante la aplicación de las reglas contenidas en el Código Penal. Se sostiene que en el momento de aplicar la prisión provisional no es posible determinar la pena exacta que corresponde al hecho imputado. Sin embargo, parece lógico entender que la pena que ha de considerarse es la que “a la vista de las circunstancias del caso concreto estime el juez que corresponderá a los hechos” (MORENO CATENA, p.517). Como después veremos, es la misma solución a la que ha llegado el Tribunal Constitucional español (STC es 9/1994). Sin duda, se trata

de la solución correcta, dado el carácter excepcional que se predica de la prisión provisional (JORGE BARREIRO, p.59).

En el caso de que la pena establecida para el delito imputado fuese inferior a tres años es preciso, además, considerar la concurrencia de otros requisitos: las circunstancias del hecho delictivo, la alarma social producida por su comisión, la frecuencia con que se cometen otros hechos análogos y, en fin, si el imputado ha delinquido estando ya sometido a otra medida cautelar.

La mención que se contiene en este precepto a las “circunstancias del hecho” permite considerar, al decidir la imposición de la prisión provisional, todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, en particular, las circunstancias modificativas de la responsabilidad que en el mismo pudieran darse, por su relevancia para concretar la mayor o menor existencia de un riesgo de fuga. También podrán considerarse otras circunstancias que, sin llegar a modificar la responsabilidad criminal, revelen un especial grado de violencia en la ejecución del delito, que denote un alto grado de peligrosidad e, incluso, un riesgo de reiteración en la actividad delictiva.

Se hace referencia a la “alarma social” producida por el delito y a la “frecuencia” con que se cometen otros semejantes. La introducción de estos criterios pone claramente de manifiesto que, junto a la finalidad cautelar propia de la prisión provisional, ésta también atiende a la consecución de otras finalidades relacionadas con la prevención general.

1133

La “alarma social” producida por el delito es posiblemente el criterio más discutido en el Derecho comparado. En Alemania, la reforma de la StPO de 1935 agregó dos motivos de detención provisional discrepantes con el fin que tradicionalmente se había asignado a la prisión preventiva; peligrosidad permanente y repercusión en la opinión pública. De acuerdo con ello, se consideraba que existía motivo de detención cuando, en virtud de la gravedad del hecho y de la repercusión provocada por él, no parecería tolerable dejar en libertad al acusado. Después de 1945, este motivo de detención fue suprimido y en 1950 se suprimió el motivo de detención basado en la peligrosidad social permanente. La StPÄG de 1964 introdujo nuevamente la peligrosidad como motivo de detención, aunque restringido a los delitos sexuales (ROXIN, pp.259-260).

En España se discute acerca de la admisibilidad de este criterio de aplicación de la prisión provisional, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional evita recurrir a él como fundamento legítimo de la prisión provisional y, cuando lo ha hecho, se ha mostrado muy crítico con su aplicación, sentando que “la invocación de la alarma social (...) no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional”, por lo que no puede justificar, por sí solo, la adopción de la prisión provisional ni puede ser el motivo principal que se esgrima para justificarla (STC es 98/1997).

Esencialmente ligado al criterio de la “alarma social” producida por el delito, se encuentra el motivo basado en la “frecuencia” de su comisión. De nuevo se recurre a criterios de prevención general como fundamento de la prisión provisional y, por idénticas razones, es criticable su inclusión.

Que el imputado haya cometido el delito estando ya sometido a otra medida cautelar, evidencia para el legislador, un riesgo de reiteración en la acción delictiva, que le lleva a convertirla en motivo legítimo de detención provisional. Desde esta perspectiva, basada en la consideración a la peligrosidad criminal del imputado, CAFFERATA NORES se muestra muy crítico con la aplicación de este criterio. Para este autor, se toma como base el hecho de que ya utilizó desviadamente su liberación y cometió otro delito, por lo cual se puede presumir que lo hará nuevamente, por lo que se trata de una pauta contraria a la verdadera fundamentación del encarcelamiento preventivo (CAFFERATA NORES, p.98).

En cambio, otros autores se muestran a favor del mantenimiento de este criterio, aunque advirtiendo que su fundamentación debe ser entendida de otro modo. Para SOLIMINE, lejos de aludir a la peligrosidad delictual, la valoración se limita a los hechos por el imputado en el pasado, no para reprimirlo por ello ni para impedir que siga delinquiendo, sino como un indicio de que se tratará de fugar, impidiendo el desarrollo normal del proceso (SOLIMINE, p.304).

1134

Lógicamente, la aplicación de esta cláusula debe limitarse a la existencia de procesos pendientes, en cuyo caso la comisión de un nuevo delito es reveladora la escasa eficacia del “efecto advertencia” que conlleva el proceso penal en curso. Por el contrario, su aplicación no debe extenderse a los procesos ya fenecidos, pues en tales casos se conculcaría el principio “ne bis in idem”, al considerar la existencia de una condena anterior, como fundamento de la actual privación de libertad.

Debe señalarse, por último, que en la aplicación de estos criterios se reconoce un amplio margen de discrecionalidad judicial, pues sólo se impondrá si, concurriendo los anteriores requisitos, el juez la considera necesaria. De acuerdo con lo anteriormente señalado, no deben perderse de vista las exigencias vinculadas al principio de proporcionalidad, es decir, la necesidad y subsidiariedad en la aplicación de esta medida, de tal modo que sólo deberá imponerse si atendiendo a las circunstancias del caso la prisión es la única medida eficaz para garantizar los fines del proceso y, en este caso, si existe una adecuada proporción entre la medida adoptada y el fin que con ella se persigue.

293

OTROS CASOS DE DETENCIÓN PROVISIONAL

Procederá también la detención provisional en los casos siguientes:

- 1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario;**
- 2) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos; y,**
- 3) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles.**

En los dos últimos casos deberá concurrir además el requisito número uno que señala el artículo anterior.

1135

- 4) Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas substitutivas de la detención provisional. (5)**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 292, 294

II. COMENTARIO

Contempla este precepto unos requisitos específicos, cuya concurrencia justifica también la detención provisional. A diferencia de los examinados en el precepto anterior, éstos no deben darse acumuladamente, sino que basta la concurrencia de cualquiera de ellos, para que la medida que dispone la prisión sea legítima, siempre que exista una imputación y, por tanto, que concurra el presupuesto material de la detención provisional establecido en el ap. 1º del art. 292 CPP.

A) Detención provisional por incomparecencia del imputado

Se trata de un supuesto de medida cautelar, aunque de carácter totalmente objetivo en la apreciación de sus presupuestos, ya que no se toma en consideración ni la

gravedad de la pena previsible ni cualquier otra circunstancia. Basta con la incomparecencia injustificada del imputado, para que la prisión deba ser acordada.

Así, el “*fumus boni iuris*”, en el presente caso, se encuentra representado por la existencia de una imputación judicial y el presupuesto consistente en la existencia del “*periculum in mora*” se concreta en la incomparecencia injustificada al llamamiento judicial, revelador de un efectivo peligro de fuga, que el legislador presume por hecho de la incomparecencia.

No obstante, la aplicación de esta causa de detención provisional debe atemperarse a que concurran los siguientes requisitos, que son garantía de la proporcionalidad en su aplicación:

- Que la expresión “sin motivo legítimo” se interprete con amplitud, incluyendo los supuestos de excusa basada en razones laborales, familiares o de salud.
- Que sólo se aplique la medida si es manifiesto que la incomparecencia significa un obstáculo para la acción de la justicia, pues para considerar que existe “*periculum in mora*” no basta la mera incomparecencia, sino que ésta revele la intención de sustraerse al proceso.
- Que se de oportunidad suficiente al imputado de acreditar la existencia de un motivo legítimo.
- Que la citación provenga, exclusivamente, de la autoridad judicial.
- Que la citación sea personal, es decir, comunicada personalmente al imputado, por lo que deberá rechazarse su aplicación cuando el imputado no ha llegado a tener conocimiento de la existencia del proceso. (vid Ensayos 1, p.435).

1136

B) Detención por riesgo de colusión

Al examinar los fines de la prisión provisional, ya hemos señalado que es legítimo acordarla si es adecuada para evitar que el sospechoso ponga en peligro la investigación, ocultando o manipulando las pruebas existentes en su contra.

Tan sólo cabe añadir, a lo ya expuesto, que el peligro de entorpecimiento no puede invocarse de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva, ni por tanto, simplemente, darse por supuesto. Al contrario, debe estar basado en la sospecha fundada de que el imputado, con su conducta posterior, realizará cualquiera de las conductas obstativas siguientes:

- Que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba.
- Que influirá de manera desleal en otros imputados, testigos o peritos.
- Que inducirá a otros a que realicen estos mismos comportamientos.

Debe tratarse de una sospecha fundada y es claro que tal riesgo disminuye proporcionalmente al progreso de las investigaciones. Por ello, en este caso, el tiempo de la prisión provisional debe reducirse al mínimo indispensable para evitar la desaparición, la ocultación o la manipulación de las pruebas de la infracción. Como ha tenido ocasión de establecer el TEDH, este motivo legítimo de la prisión provisional se atenúa según se van desarrollando las investigaciones, según se toma declaración a los testigos y se efectúan las comprobaciones necesarias (STEDH 26 enero 1993, W c. Suiza).

C) Detención por riesgo de reiteración

La posibilidad de decretar la detención provisional se funda en este caso en una supuesta peligrosidad del imputado y en la necesidad de evitar el riesgo de reiteración delictiva. Conforme a lo anteriormente expuesto, la vigencia del principio de proporcionalidad impone atemperar la aplicación de esta previsión legal a los supuestos de delitos extremadamente graves que amenacen a un grupo de la población, como pueden ser, los menores en los casos de agresión sexual o de tráfico de estupefacientes.

1137

El TEDH ha admitido de forma reiterada la aplicación de este criterio como motivo legítimo de la prisión provisional, aunque condicionándola a la concurrencia de los siguientes requisitos: la continuación prolongada en la realización de actos punibles, la gravedad de los perjuicios sufridos por las víctimas, la nocividad del acusado y la experiencia o el grado de capacidad del imputado para facilitar la repetición de actos delictivos (SSTEDH 10 noviembre 1969, Matznetter; 10 Noviembre 1969, Stögmüller; 16 julio 1971, Ringeisen; 28 marzo 1990, B. c. Austria; 26 enero 1993, W. c. Suiza).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español reconoce las dificultades que supone la aplicación de este criterio como fundamento de la prisión preventiva, lo que le ha llevado a aplicarlo conjuntamente cuando concurre con cualquiera otro de los supuestos pacíficamente admitidos, como el riesgo de fuga, basado en la gravedad del delito, o la existencia de un riesgo de ocultación de pruebas (STC es. 128/1995).

Y, como hemos señalado, la CIDH ha insistido en que el peligro de reiteración sea real, para lo que propone tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del imputado. También se deberá constatar si el

procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares en naturaleza o gravedad (Informe 2/97).

No obstante, es preciso advertir que para la CIDH la sola invocación de los antecedentes penales del acusado no es suficiente para justificar su privación de libertad: “La decisión de mantener la prisión preventiva (...) como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido (presunción de inocencia), así como el concepto de rehabilitación en el Derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce de sus derechos civiles” (Informe 12/96).

D) Detención provisional por incumplimiento de las medidas sustitutivas de la prisión provisional

1138 La revocación de las medidas sustitutivas se produce cuando nuevas circunstancias imponen una valoración diversa de los motivos que han permitido sustituir la detención provisional y, sobre todo, cuando el imputado viola alguna de las prescripciones que se le han impuesto. En efecto la inobservancia de los límites y de los deberes impuestos al imputado determina la revocación de la medida, así que se disponga, nuevamente, su detención provisional.

Así pues, deben considerarse supuestos de revocación de las medidas sustitutivas, suficientes para ordenar el ingreso en prisión, los siguientes: que el inculcado contravenga gravemente las obligaciones o limitaciones que se le hayan impuesto; que el inculcado se prepare para la fuga, no compareciese ante una citación legal, sin causa justificada o mostrara de cualquier otra forma que la confianza en él depositada no estaba verdaderamente justificada o cuando nuevas circunstancias sobrevenidas hicieran necesaria la prisión.

294

SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, y aunque el delito tuviere señalada pena superior a la indicada en el número dos del artículo 292 de este Código, cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, y, además, el delito no haya producido alarma, podrá sustituirse la detención provisional por otra medida cautelar.

No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, violación sexual de cualquier clase, agresión sexual en menor o incapaz, agresión sexual agrava, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos. (6)(7)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 292 y 293 (detención provisional), 295 (medidas sustitutivas), 283 (excepciones dilatorias) y 312 (recurso de apelación contra autos de sobreseimiento)

II. COMENTARIO

La detención provisional no es la única medida que puede garantizar los fines del proceso. También, permaneciendo el imputado en libertad, es posible atender a dichos fines, si la libertad queda condicionada a que el imputado preste una garantía suficiente que asegure su comparecencia en el juicio y, en caso de condena, la ejecución de la sentencia.

1139

A esta finalidad responden las medidas sustitutivas de la detención provisional, cuya finalidad cautelar es indudable. La principal diferencia se encuentra en que mientras la detención provisional constituye una situación de sujeción personal, las medidas sustitutivas consisten en una obligación que el imputado se compromete a cumplir, al tiempo que asume las consecuencias derivadas del incumplimiento, por lo general la privación de libertad (art. 293.4 CPP).

Por tanto, no cabe equiparar la sustitución de la detención provisional a la excarcelación, pues ésta sólo se produce por el transcurso del tiempo, (art. 297.2 y 3 CPP), único supuesto en que se reconoce al imputado un auténtico derecho a recuperar la libertad, si el proceso no concluye con sentencia definitiva dentro de un determinado plazo.

Por el contrario, la medida sustitutiva constituye una auténtica medida cautelar que el juez acuerda discrecionalmente. Ciertamente, se trata de una facultad o potestad discrecional del órgano judicial, como pone de manifiesto que se utilice la expresión “podrá sustituirse la detención provisional por otro medida cautelar”. Pero debe advertirse que se trata de una discrecionalidad limitada, porque se establecen unos parámetros a los que debe ajustarse la decisión judicial. Por ello, debe sostenerse que el principio de proporcionalidad exige la sustitución de la detención provisional cuando el fin que se persigue con ella pueda conseguirse aplicando otra medida cautelar.

Así, en relación con el riesgo de fuga, la prisión provisional podrá ser sustituida cuando el juez considere suficiente garantía la aplicación de una medida alternativa, como la obligación de presentarse (art. 295.3 CPP), la limitación de residencia (art. 295.4 CPP), el arresto domiciliario (art. 295.1 CPP) o la prestación de una caución (art. 295.7 CPP).

En caso de entorpecimiento de la investigación, la detención provisional podrá ser sustituida cuando ofrezca suficiente garantía la prohibición de comunicarse con determinadas personas (art. 295.6 CPP).

Y, en relación con el peligro de reiteración podrá ser reducido considerablemente aplicando medidas sustitutivas, como la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución (art. 295.3 CPP).

En cualquier caso, para que sea procedente la sustitución es preciso que se den determinados presupuestos. En primer término, es preciso que se den los requisitos establecidos para acordar la detención provisional, pues de otro modo nada hay que sustituir. No obstante, hay que advertir que, a estos efectos, resulta indiferente que la pena previsible rebase o no el límite de tres años, establecido en el art. 292.2 CPP, pues en ambos casos es posible la sustitución.

1140

Junto a este requisito de contenido positivo, deben concurrir otros de contenido negativo: que el imputado no haya sido sometido previamente a otras medidas cautelares; que no exista riesgo de fuga; y que el delito no haya causado alarma. Concurriendo estos requisitos, que el juez aprecia discrecionalmente, podrá disponer la sustitución de la prisión provisional, imponiendo en su lugar cualquiera de las medidas alternativas previstas en el art. 295 CPP.

No obstante, como ya hemos señalado, en materia de medidas cautelares siempre se trata de un supuesto de discrecionalidad reglada y, por tanto, concurriendo los requisitos legales el juez debe acordar la sustitución de la prisión, a no ser que estime existe un relevante riesgo de fuga que justifique su mantenimiento o considere que por la gravedad especial del delito y por la reacción del público ante el mismo se encuentra justificado el mantenimiento de la prisión. En todo caso, en la resolución que deniegue la sustitución deberán exponerse, fundadamente, las razones por las que se deniega la aplicación de la medida cautelar alternativa.

Por otra parte, es preciso advertir que, a pesar de su denominación, como “medidas sustitutivas” de la detención provisional, nada impide, sino al contrario, que puedan ser acordadas alternativamente a la detención provisional, es decir, nada obliga a que su adopción tenga que estar precedida de una situación previa de prisión provisional, que se “sustituye” por una medida alternativa.

ANTÓN BLANCO y MARCO COS advierten que “la calificación de “sustitutivas” podría hacer pensar lo contrario por una cuestión de congruencia gramatical, confusión que se eliminaría con la denominación, más propiamente, de medidas “alternativas” y en su caso “subsidiarias”, No obstante, entendemos que la cuestión no puede ofrecer duda alguna no sólo si atendemos a los principios de intervención mínima, proporcionalidad y excepcionalidad, que informan la adopción de todo tipo de medidas y con mayor exigencia cuando nos referimos a la más grave de todas, la detención provisional, sino porque el art. 256.2 CPP no deja margen a tal duda cuando con referencia a la audiencia inicial señala disyuntivamente que se “decretará o mantendrá la detención del imputado u otra medida cautelar” (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.826).

Ahora bien, debe señalarse que en la misma disposición se incluyen una serie de infracciones que no son excarcelables, pues respecto de ellas, en ningún caso, cabe la sustitución: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, violación sexual, agresión sexual en menor o incapaz, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, y delitos contemplados en la Ley reguladora de las actividades relativas a drogas, así como los delitos contemplados en la Ley contra el lavado de dinero.

Todos ellos, aparentemente, se configuran como delitos no excarcelables en función de su gravedad y, consiguientemente, al consagrarse, respecto de ellos, una presunción legal de fuga, o por la alarma social que producen.

1141

Hay que advertir que la doctrina, unánimemente, reputa inconstitucionales los delitos no excarcelables, por tratarse de una pena anticipada que subvierte la naturaleza cautelar de la prisión provisional y, consiguientemente, atenta contra la presunción de inocencia del imputado. Como ha señalado MAIER, “aquí es evidente la intención del legislador de imponer una “pena” antes de la sentencia y a pesar de ella, pues, en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada” (MAIER, p. 524).

También VÉLEZ MARICONDE señala que “si la prisión preventiva sólo puede ser una medida cautelar, siendo ilegítima toda previsión que la convierta en una pena anticipada a la sentencia que declare la culpabilidad del imputado; si esa custodia sólo se justifica ante el peligro (que ella quiere evitar) de que el procesado eluda con la fuga la actuación efectiva de la ley, o de que continúe su actividad delictiva durante la tramitación del proceso; y si para reconocer que existe ese grave peligro sólo pueden tenerse en cuenta la magnitud de la pena que lo amenaza (pues la fuga del imputado se concibe y explica, solamente, como consecuencia de su temor a que se aplique una pena grave) o la existencia de indicios vehementes (derivados de sus antecedentes de que la conminación concreta no será motivo capaz de enervar su conducta antijurídica); si estas conclusiones emanan de los principios básicos del orden jurídico, claro está que la negativa a conceder la excarcelación (instituto destinado a impedir los graves perjuicios que derivan de la prisión preventiva) no se puede fundamentar en la naturaleza del

delito que motiva su procesamiento. Este criterio sustantivista subvierte la naturaleza cautelar del encarcelamiento preventivo” (VÉLEZ MARICONDE, t. I. p.339).

Para la jurisprudencia, tampoco ofrece duda su inadmisibilidad por oponerse al principio de presunción de inocencia. Al respecto señala la CIDH que “la severa restricción introducida por esta ley se refiere a los delitos de narcotráfico, y se funda en la naturaleza reprochable y consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos. Sin embargo, es otro elemento que puede ser utilizado para menoscabar la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico son automáticamente excluidas de los beneficios de la limitación de la prisión preventiva. Podría incluso considerarse que se les impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley (...) La Comisión estima que la norma mencionada tiende a crear una excepción al principio de presunción de inocencia.” (Informe 2/97).

1142

El mismo BVerfGE, al enfrentarse a esta cuestión, se ha visto obligado a realizar una interpretación conforme a la Constitución declarando que en caso de sospecha vehemente de la comisión de los hechos unibles graves, la prisión preventiva sólo puede ser impuesta si existen los motivos de detención de peligro de fuga o peligro de entorpecimiento; no obstante, en la verificación de la existencia de estos motivos de detención no se debe ser tan exigente como en el pf. 2º, sino que es ya suficiente una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento (BVerfGE 19, 342 (350)).

Sin embargo, en el caso del precepto comentado la situación es distinta pues en el art. 294 CPP no se consagran, propiamente, supuestos de delitos no excarcelables, sino más bien una presunción “ex lege” de riesgo de fuga basada en la gravedad del delito que impide sustituir la detención provisional por una medida alternativa.

Por tanto, la constitucionalidad de la norma puede ser salvada si, por un lado, consideramos que la detención provisional ha de fundarse, necesariamente, en la concurrencia de los motivos generales establecidos en los arts. 292 y 293 CPP, que deberán concurrir en todo caso; y, por otro, si tenemos en cuenta que no estamos en presencia de delitos no excarcelables, pues respecto de los mismos tan solo se excluye la posibilidad de sustituir la prisión por una medida alternativa, pero no se altera el régimen normal de cesación de la detención provisional previsto que conserva plena vigencia, también en relación para estos delitos.

En nuestra opinión, lejos de hallarse prohibida la excarcelación por estas infracciones, la misma será exigible si la duración de la detención provisional llegase a superar los plazos establecidos en el art. 6 CPP, lo que, en último término, constituye la más importante garantía frente a las detenciones provisionales prolongadas, que son las verdaderamente contrarias a la presunción de inocencia.

Por otra parte, hemos de plantearnos si la norma general “tempus regit actum” que como regla general rige la sucesión de normas procesales es también aplicable al régimen de la detención provisional, es decir, en lo que se refiere a la interpretación de este precepto, si la adición del segundo párrafo, que excluye la aplicación de las medidas sustitutivas para determinados delitos graves, es también aplicable a las situaciones de prisión provisional constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del CPP.

La extensión de la eficacia de las normas procesales a los procesos en curso ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 14 de febrero de 1987, que ha venido a consagrar la regla general “tempus regit actum” y, por tanto, los actos procesales se regirán por la normativa en vigor en el momento de su realización, cualquiera que fuere la norma vigente en el momento de cometerse el delito.

Ahora bien, esto sentado hemos de advertir que los actos que restringen la libertad en el proceso no son, simplemente actos procesales y, por tanto, las normas que regulan la forma y las condiciones a las que deben ajustarse tales restricciones no son, simplemente, normas de naturaleza procesal o adjetiva a las que resulte enteramente aplicable la regla general “tempus regit actum”. En realidad, se trata de normas que delimitan el ámbito de eficacia de un derecho fundamental y, por lo tanto, su aplicación se encuentra sujeta al principio interpretativo “pro libertate”, que impide, en los supuestos de sucesión de leyes, en el tiempo aplicar la ley posterior más gravosa para el ejercicio del derecho, especialmente, si el legislador no ha extendido su eficacia normativa a las situaciones de hecho producidas con anterioridad a su entrada en vigor, limitándose a extender su eficacia “pro futuro”.

1143

Esta es, en síntesis, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, al establecer que “habrá de admitirse sin dificultad que en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe tenerse en cuenta, ante todo, el carácter fundamental del derecho a la libertad que tales normas restringen y la situación excepcional en que la prisión provisional coloca al imputado en una causa penal. En esa dirección este tribunal ha venido reiterando en distintas ocasiones que “en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos”, doctrina que, por lo que al caso presente concierne, significa que las decisiones judiciales aquí cuestionadas, sin menoscabo de la ley, deberían haber optado por una interpretación más favorable a la libertad del inculcado. La pertinencia del “favor libertatis” resultaba tanto más obligada en un supuesto como el presente en el que, habiéndose planteado problema de sucesión de leyes en el tiempo y careciendo la “lex posterior” de todo precepto transitorio que determinara su propia eficacia normativa en lo tocante a las situaciones de prisión provisional acordadas con anterioridad, los órganos judiciales, ante la duda razonable que esta circunstancia debía por fuerza suscitar acerca del alcance temporal “pro praeterito” o “pro futuro” que había de darse a una y a otra de las dos leyes en conflicto,

debieron elegir y aplicar sin duda la menos restrictiva a la situación excepcional de prisión provisional o, lo que es igual, la más favorable a la libertad del recurrente en amparo” (STC es. 32/1987).

Como complemento de todo lo anteriormente expuesto, el art. 312 CPP dispone, para el caso de formulación de un recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento provisional, que si el delito mereciere por su naturaleza pena de prisión superior a tres años, el juez deberá sustituir la detención provisional u otra medida cautelar por una o varias de las medidas cautelares sustitutivas establecidas en el Código, sin que dichas medidas sustitutivas puedan exceder de un año, contado a partir del momento de la fecha en que se pronunció el sobreseimiento provisional. Si el delito mereciere pena de prisión cuyo máximo sea de tres años o menos, o pena de multa, se levantará inmediatamente cualquier medida cautelar que se haya impuesto, aun cuando se hubiere apelado del sobreseimiento provisional.

Por último, “cuando se admita una excepción dilatoria, se ordenará la suspensión del procedimiento hasta superar el obstáculo. El juez podrá ordenar la libertad del imputado o la finalización de toda medida cautelar, si fuere procedente, sin perjuicio de declarar las nulidades que correspondan” (art. 283, inciso 1º, CPP).

1144

295

MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

Cuando fuere procedente sustituir la detención provisional por otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o el tribunal competente, de oficio, o a petición de parte, podrá imponerle, en lugar de aquella, alguna de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario, en su propia residencia sin vigilancia alguna o en custodia de otra persona;**
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;**
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;**
- 4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez;**
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;**

6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y,

7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El juez podrá imponer una sola de estas medidas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se impondrán o ejecutarán estas medidas desnaturalizando su finalidad, de tal manera que su cumplimiento sea imposible; en especial, no se impondrá una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado hagan imposible la prestación de la caución.

Se prescindirá también de toda medida cautelar, cuando el delito tuviere pena de prisión cuyo límite máximo sea igual o inferior a tres años y por las circunstancias del caso, el juez considere que el juramento del imputado de someterse al procedimiento, basta para garantizar su presencia. (2)

I. CONCORDANCIAS

1145

- CPP, 292 y 293 (detención provisional), 299 (caución económica como medida sustitutiva de la detención provisional), 296 (auto imponiendo la medida sustitutiva), 297 (cesación de la detención provisional), 300 (ejecución de las cauciones), 305 (medidas cautelares para garantizar la multa y la responsabilidad civil), 308 (sobreseimiento definitivo), 312 (recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo), 360 (sentencia absolutoria), y 361 (sentencia condenatoria)

II. COMENTARIO

Se contiene en este precepto una enumeración de las distintas medidas sustitutivas de la detención provisional que puede ser ordenadas por el juez. Al igual que la detención provisional, a la que sustituyen o de la que son alternativa, son medidas cautelares personales, cuya finalidad es asegurar los fines del proceso y que, por tanto, han de fundarse en la existencia de una imputación.

La mayoría tienen un contenido estrictamente personal: el arresto domiciliario (art. 295.1 CPP), la custodia a cargo de una persona o institución (art. 295.2 CPP), la obligación de realizar presentaciones periódicas (art. 295.3 CPP), la prohibición de abandonar el lugar de residencia (art. 295.4 CPP), la prohibición de concurrir a determinados lugares (art. 295.5 CPP), la prohibición de comunicarse con determinadas

personas (art. 295.6 CPP). A ellas se añade la constitución de promesa prevista en el último párrafo del art. 295.

La caución (art. 295.7 CPP), a diferencia de las anteriores, constituye una medida cautelar personal de índole patrimonial, en cuanto que consiste en la constitución de una garantía patrimonial, para asegurar el proceso.

Al igual que sucede con la prisión preventiva, las finalidades a las que atienden las medidas sustitutivas son, fundamentalmente, evitar la fuga del imputado, evitar la obstrucción de las investigaciones y el riesgo de reiteración. A conseguir la primera finalidad se orientan las cuatro primeras, en cuanto que incorporan restricciones a la movilidad física del imputado: arresto domiciliario, custodia, presentaciones periódicas y prohibición de ausentarse del lugar de residencia; también la prestación de caución y la promesa. A evitar la colusión de las averiguaciones se dirige la prohibición de comunicarse con determinadas personas, coimputados o testigos. Sin embargo, las restricciones a la comunicación con terceros no puede limitar el derecho de defensa. Y, por último, la prohibición de concurrir determinados lugares se dirigirá a evitar el riesgo de reincidencia.

1146 Puesto que para la consecución de un mismo fin se prevén medidas diversas o en un mismo caso puede ser necesario atender a fines distintos, el precepto aclara que la aplicación de las medidas sustitutivas de la detención provisional no es excluyente. El juez ponderará su aplicación en cada caso, determinando no sólo cuál de ellas es la que debe aplicarse en razón a la finalidad pretendida, sino también si deben combinarse varias para conseguir el fin aseguratorio que se pretende con su adopción.

No obstante, es fundamental destacar que estas medidas sólo pueden imponerse para conseguir fines legítimos, los que son propios de las medidas cautelares, por lo que es rechazable que con su adopción se persigan otras finalidades diversas y, en tal sentido, expresamente se prohíbe su aplicación desnaturalizando su finalidad.

A) El arresto en el domicilio

Se trata de una medida cautelar personal que se orienta a disminuir el riesgo de fuga, imponiendo al inculcado la obligación de permanecer en un domicilio determinado, como condición imprescindible para sustituir la prisión provisional.

Obviamente, para que pueda adoptarse esta medida sustitutiva, es necesario que el inculcado se encuentre en condiciones tales que hagan prever que no intentará sustraerse a la acción de la justicia. Existen supuestos, previstos en algunas legislaciones extranjeras, para los que la aplicación de esta medida está especialmente indicada: es el caso de la mujer embarazada, del imputado anciano, en el supuesto del inculcado gravemente enfermo y en el de los menores. El fundamento de la aplicación del arresto

domiciliario a este tipo de personas se encuentra en que, por sus condiciones físicas particulares, el riesgo de huida es menor y su peligrosidad también es inferior.

Se ha señalado que en todos estos supuestos se da un debilitamiento del riesgo de fuga, que convierte en desproporcionada la aplicación de la detención provisional, dado que los fines, que con ella se persiguen, pueden conseguirse a través del arresto en el propio domicilio. Como señala BARONA VILAR, “sería mucho más acorde con el principio de proporcionalidad, en cuanto a través de él se pretende conseguir también la realización de la justicia, el someter a cualquiera de estas personas, bajo las cuales pesan condiciones de debilitamiento, a otra medida que sirva a los mismos fines y suponga un mal menor para su persona” (BARONA VILAR, p.228).

La efectividad de esta medida requiere garantizar que el sujeto a la misma se encontrará sometido a vigilancia, que asegure la permanencia del imputado en el domicilio. Esta vigilancia puede llevarse a efecto por diversas vías. La vigilancia policial es la más efectiva, pero también la mas costosa, sobre todo si esta situación ha de mantenerse durante un tiempo prolongado. Por ello, no puede descartarse la aplicación conjunta del arresto domiciliario con la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución.

Por otro lado, al aplicarse esta medida sustitutiva deberían preverse las autorizaciones que se pueden conceder al imputado para ausentarse del domicilio, con o sin vigilancia de una persona encargada de su custodia. Así, por ejemplo, debería contemplarse la posibilidad de salir del domicilio para realizar una actividad profesional. También debería considerarse la conveniencia de realizar un control sobre las visitas que recibe en el domicilio, que en ningún caso debería extenderse a las personas que habiten en el domicilio, a sus familiares próximos, al ministro de su religión y a su propio abogado. En estos casos, resultarían afectados derechos esenciales de la personalidad (vida privada y familiar, libertad de conciencia y de culto y derecho de defensa) que harían desproporcionada la aplicación de tales restricciones.

1147

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, el arresto domiciliario, en ciertos casos, especialmente cuando el imputado padece un debilitamiento físico que disminuye el riesgo de fuga, es una medida singularmente indicada en sustitución de la detención provisional. Puede imponerse con vigilancia policial que asegure la permanencia del imputado en el domicilio, pero también puede imponerse con la obligación de someterse al cuidado o al control de otra persona, que bien puede ser un pariente. Tampoco puede descartarse aplicarla conjuntamente con la prohibición de comunicarse con determinadas personas.

B) Obligación de someterse al control de una persona o institución

El art. 116.3 de la StPO alemana, autoriza la sustitución de la ejecución de la orden de detención con la instrucción de no dejar el domicilio más que bajo la vigilancia de una persona determinada, sin imponer obligatoriamente la vigilancia policial. De hecho, la persona encargada de realizar la custodia permanente puede ser el padre o la persona encargada de ejercer sobre el imputado una determinada formación o desarrollo profesional, que se han de presentar a la autoridad judicial como prueba efectiva de confianza.

En estos casos, la persona que ejerce la custodia tiene que mostrar su conformidad, aceptando responsabilizarse del control del imputado. Como advierte BARONA VILAR, no puede ni debe, de ninguna manera, efectuar dicho control de manera interrumpida, esto es, no puede abandonar la custodia por un determinado plazo de tiempo y volver a reanudarla después. Si está de acuerdo en llevar a cabo la tarea de control y vigilancia del imputado deberá ejercerla de forma ininterrumpida (BARONA VILAR, p.226).

1148 Se ha comprobado que esta medida es sumamente eficaz en el caso de sustituir la detención provisional de menores de dieciocho años. Sin embargo, en el caso de imputados adultos deberá elegirse cuidadosamente la persona o institución a cuyo cargo quedará el imputado, para evitar que la situación de custodia pueda producirle algún tipo de humillación sobre su persona.

La vigilancia a cargo de un familiar o persona que merezca confianza suscita la cuestión de la responsabilidad de la persona encargada de la custodia. Para BARONA VILAR, la cuestión reside en determinar si responde sólo moralmente o cabría exigirle responsabilidad pecuniaria por la falta de vigilancia; si se acepta la primera solución – responsabilidad con efectos meramente morales– no parece que con ella pudiera cumplirse la misma función a que está llamada la prisión provisional, por cuanto no existirían totales garantías de que el imputado permanecerá bajo la custodia de una de la persona encargada de la custodia. Sin embargo, sería mucho más eficaz pensar en la posibilidad de exigir responsabilidad pecuniaria a aquél que debía realizar la custodia y no cumplió eficazmente su función, lo cual estaría más cerca de la fianza personal (BARONA VILAR, p.228).

No obstante, tampoco se debe descartar tipificar como delito de favorecimiento a la evasión (art. 318 CP) el incumplimiento del deber de custodia, por las dificultades que plantea en la actualidad subsumir estos supuestos en la actual redacción, que tipifica la conducta del que “procurare, facilitares o permitiere la evasión de una persona detenida”; y lo que en este caso se encuentra fuera de duda, es que el imputado no se encuentra, propiamente, en situación de detención.

C) Obligación de realizar presentaciones periódicas

La imposición al imputado de la obligación de realizar presentaciones periódicas responde también a la necesidad de atenuar el riesgo de fuga. Al imponerle la obligación de presentarse, se pretende tener noticias de su paradero y, por tanto, asegurarse de que no ha tratado de ocultarse para eludir su responsabilidad.

La mayor parte de las legislaciones del Derecho comparado prevén medidas como ésta, hasta el punto de que se ha considerado uno de los substitutivos de la prisión provisional mas efectivos. Sin embargo, dentro del Derecho continental varían las condiciones de regulación de esta medida.

En Francia, Italia y España las comparecencias deben realizarse ante la autoridad judicial. En Alemania y Austria se admite la realización de la comparecencia ante la autoridad judicial o ante cualquier otra autoridad que se designe. Este es el sistema seguido por el art. 295.3 CPP, que contiene una regulación equivalente al art. 116.1 de la StPO alemana, que admite la posibilidad de que el juez del caso designe, para realizar las presentaciones, a una autoridad distinta de la judicial.

Se ha señalado que las autoridades judiciales tienen que estar de acuerdo en realizar esta función, pues en ningún caso pueden ser obligadas a hacerse cargo por decisión de la autoridad judicial.

1149

La fijación de los días en que deben tener lugar las comparecencias también corresponde al juez de la causa. Debe garantizarse que ésta se produzca regularmente y, para determinar su frecuencia, se debe atender a la gravedad del hecho origen de la causa a las condiciones personales del imputado, a la facilidad de las comunicaciones y también al mayor o menor riesgo de que el imputado intente sustraerse al proceso.

Es claro que el cumplimiento de la obligación de comparecer forma parte del contenido de la libertad provisional, de tal modo que ninguna duda existe que la incomparecencia injustificada, debe estimarse prueba del riesgo de fuga, y determina que se revoque la medida substitutiva imponiendo la detención provisional.

D) Prohibición de abandonar el lugar de residencia

El fundamento de la prohibición de abandonar el país, la localidad en la cual resida o el ámbito territorial que fije el juez atiende también a impedir la fuga del inculcado restringiendo su libertad de circulación, que puede quedar limitada a una ciudad, un departamento, un círculo de población o una comunidad.

Este tipo de prohibiciones son conocidas en algunos sistemas del Derecho continental. Además, en algunos, como en Francia o Austria, se completa con la

obligación de depositar el pasaporte, para evitar que el imputado pueda abandonar el territorio nacional.

En Alemania, es especialmente importante la orden de no abandonar el territorio de la propia República Federal de Alemania.

Se ha señalado que el inconveniente que presenta la aplicación de estas prohibiciones es la dificultad de control. Siendo esto cierto, no debería descartarse su aplicación conjunta con otras medidas sustitutivas, especialmente con la obligación de realizar presentaciones periódicas.

E) Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares

Se trata de una medida restrictiva de la libertad de movimientos del imputado, que puede resultar indicada tanto para la protección del propio sujeto, impidiendo el contacto con el ambiente o los lugares que favorecen la comisión de nuevos delitos, como para la protección de la víctima de ciertos delitos graves.

1150 Desde esta óptica, su fundamento es preventivo, en cuanto se orienta a evitar el riesgo de reincidencia. Sin embargo, por su naturaleza preventiva se asemeja, hasta confundirse con las medidas de seguridad.

De idéntica opinión es MORENO CATENA, para quien la prohibición de acudir a determinados lugares (art. 544 bis LECRIM es.) “desborda la naturaleza genuina de las medidas cautelares personales propias del proceso penal, ya que su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima de futuras y probables agresiones; por tanto el legislador está autorizando estas medidas con una imputación indiciaria realizada por la autoridad judicial frente a quien está amparado por la presunción de inocencia” (MORENO CATENA, p.541).

Hemos de recordar, como decíamos anteriormente, que la detención provisional es una institución procesal que debe atender a una finalidad estrictamente cautelar. Sin embargo, siendo esto cierto, en lo esencial, no puede desconocerse que su naturaleza y sus fines se desvirtúan al asignarle funciones preventivas, más propias de las penas y medidas de seguridad.

Evitar el riesgo de reincidencia es un claro ejemplo de finalidad preventiva, pacíficamente admitida. Esto sentado, nada hay de extraño en contemplar una medida sustitutiva de la detención provisional que atiende, precisamente, a evitar el riesgo de reincidencia, en la medida que en la actualidad se admite como uno de los fines que autorizan para adoptar la detención preventiva.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir de los inconvenientes que conlleva la aplicación de esta clase de medidas, por completo ajenas a una finalidad estrictamente cautelar, como demuestra que, en estos casos, el “periculum in mora”, propio de las medidas cautelares, se sustituye por el “periculum in damnum” (peligro fundado de repetición delictiva), que necesariamente parte de la presunción de culpabilidad del delito que se atribuye al autor y de la existencia de un riesgo de comisión de nuevos delitos.

F) Prohibición de comunicarse con personas determinadas

También puede sustituirse la prisión preventiva por una medida alternativa cuando el riesgo de entorpecimiento de la investigación puede ser evitado aplicando una medida distinta. En este caso la prohibición de contactar con otros coincurados, testigos o peritos.

A esta exclusiva finalidad debe ajustarse la aplicación de esta medida sustitutiva que, por lo demás, encuentra un límite razonable en que no resulte limitado su derecho de defensa, por lo que no podrán resultar afectadas por la aplicación de esta medida las relaciones del imputado con su abogado defensor.

G) La promesa del imputado de someterse al procedimiento

1151

Se trata de la medida cautelar más leve de cuantas pueden imponerse, pues se trata, simplemente, de la promesa del inculcado de someterse al procedimiento. Por ello, su imposición precisa que concurran unos requisitos especiales: que el delito tenga señalada una pena de prisión que no sea superior a tres años; que el imputado merezca suficiente confianza para que el juez estime bastante con su promesa de quedar sometido al procedimiento. Obviamente, por la naturaleza de los presupuestos que se exigen para su adopción, su aplicación depende de la total discrecionalidad del juez.

La “promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones” es equivalente a la prevista en el art. 180.5 de la StPO austríaca que, dentro de los denominados “gelinderen Mittel” incluye “la promesa hasta el final del proceso de no huir ni mantenerse oculto ni alejarse sin autorización del juez de instrucción de su lugar de residencia”.

Se ha señalado que la esencia de la promesa no es limitar la libertad de movimiento del imputado, sino mantenerle bajo el control del juez de instrucción, en la medida que se asegura que, en todo momento, se mantendrá a su disposición para los fines de la investigación. Por tanto, más que de una restricción de su libertad de movimientos o libertad corporal, constituye una “obligación de tipo psíquico”, ya que el imputado puesto en libertad bajo dicha promesa, debe comprometerse moralmente con la obediencia procesal frente al tribunal y, ante todo, después de que se le haya advertido de que, en

caso de romper la promesa, puede ser sometido a la prisión provisional correspondiente (BARONA VILAR, p.225).

H) La caución

La medida cautelar personal de contenido patrimonial es la caución, que consiste en la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

Al juez de la causa le corresponde fijar su clase y cuantía, (art. 299 CPP) aunque bien entendido que su finalidad es meramente cautelar, asegurar la presencia del imputado en el proceso; y, por tanto, no debe desnaturalizarse su finalidad, imponiendo una fianza que no sea posible cumplimentar. A ello, se refiere especialmente este precepto, al disponer que no se impondrá una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado hagan imposible la prestación de la caución.

1152 La fianza que se presta en sustitución de la detención provisional responde de la comparecencia del imputado. Da ahí que la caución se ejecute en caso de incomparecencia injustificada (art. 300 CPP).

Por último, a la cancelación de la caución se refiere el art. 301 CPP, que contempla los diversos supuestos en que su mantenimiento ya no resulta preciso para asegurar los fines del proceso, porque haya finalizado o porque haya dado comienzo la ejecución de la condena.

296

FORMA Y CONTENIDO DE LA DECISIÓN

El auto que imponga la detención provisional o internación, o una medida substitutiva, debe contener:

- 1) Los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo;**
- 2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su calificación legal;**
- 3) Los fundamentos, con la indicación concreta de todos los requisitos que motivan la medida; y,**
- 4) La parte dispositiva con cita de las normas aplicables.**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 129, 130, 256, 285, 292, 293, 294, 295, 302, 320, 322 400

II. COMENTARIO

La adopción de una medida cautelar requiere una resolución judicial, que debe revestir forma de Auto y, por tanto, ser motivada. Así resulta no sólo de lo establecido en este precepto, sino también de los arts. 129 y 130 CPP.

En virtud del principio de jurisdiccionalidad que rige la aplicación de las medidas cautelares, la detención provisional sólo puede ser acordada por un órgano judicial. Por lo general, los jueces de paz, los de instrucción y los de sentencia (arts. 256.2, 285, 320.6, 322 y 400 CPP). Pero también, aunque no se establezca expresamente las Cámaras encargadas del enjuiciamiento de aforados (arts. 385 y 386 CPP).

No basta con que la orden de prisión sea dictada por un juez o tribunal, sino que, en virtud de lo establecido en este precepto, ha de ser una resolución fundada, requisito indispensable al que se condiciona la validez de la misma medida cautelar.

La exigencia de que se establezcan de manera precisa las circunstancias que justifican la restricción de la libertad responde a la necesidad de evitar órdenes injustificadas y precipitadas (ROXIN, p.263); permite comprobar que el órgano judicial ha realizado un examen pormenorizado del caso, apreciando adecuadamente los diversos intereses en conflicto (ASENCIO MELLADO, p.206); y sirve para preservar el derecho de defensa, haciendo posible el control de lo acordado mediante el sistema de recursos (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.833).

1153

El Tribunal Constitucional español ha insistido en la importancia que se asigna a la justificación de la orden de prisión como garantía del derecho a la libertad: "... debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial -entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión- y las circunstancias fácticas que legitiman la privación de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas" (STC es. 128/1995).

En el Auto deben mencionarse, detalladamente; a) el imputado; b) el hecho en su naturaleza fáctica y jurídica; c) el motivo de la privación de libertad y d) la expresión de lo que se ordena.

A) Datos personales del imputado

El imputado debe ser identificado de manera exacta, de tal manera que se evite cualquier posible error acerca de la identidad del mismo. Generalmente, la orden de prisión contendrá los datos de identificación del imputado: nombre y apellidos, edad estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, lugar de la última residencia, nombre de los padres, cónyuge... etc. En cambio, la descripción física del imputado, por lo general, no es precisa, aunque sí resultará necesaria cuando no se le pueda identificar más que por un apodo.

B) Hecho delictivo

La noción de hecho delictivo comprende dos aspectos: la descripción del hecho punible y su calificación jurídica. La descripción del hecho debe hacerse de manera precisa, de modo que el afectado pueda conocer, sin posibilidad de confusión, cual es el hecho exacto que se le imputa y, por tanto, debe contener una mención expresa al lugar y al tiempo en que se cometió.

1154 Por lo general, la descripción del hecho imputado coincidirá con el relato que se contenta en el requerimiento fiscal o en el escrito de acusación. Pero debe tenerse en cuenta la necesidad de incluir aquellos datos fácticos relevantes para justificar que se dan los presupuestos a los que se condiciona de la prisión provisional.

Además, el hecho ha de ser punible y, como tal, ha de ser calificado jurídicamente. Consiguientemente, debe incluirse una mención específica al precepto del Código Penal supuestamente vulnerado.

Asimismo debe existir una referencia a las circunstancias que puedan ser relevantes para la calificación, especialmente lo relativo a las formas de ejecución y participación, aunque también cualquier circunstancia que resulte de interés para apreciar las “circunstancias del hecho” como motivo del encarcelamiento preventivo.

La descripción del hecho debe completarse con la referencia expresa a los motivos, indicios o sospechas, que se han tenido en cuenta para atribuir, fundadamente, la realización del hecho punible al imputado. Esto supone la necesidad de incluir la relación circunstanciada de los de los diversos medios de prueba que pueden ser utilizados en su contra.

Si se le imputan varios hechos debe hacerse una relación detallada de todos ellos. No obstante, está permitido decretar la orden de prisión sólo por algunos, indicando que el resto no se considerará a efectos de aplicar la medida cautelar.

C) Motivos de la prisión

Especial importancia tiene indicar el motivo o motivos que se han considerado para ordenar la detención provisional. Debe entenderse que no es suficiente con referirse, genéricamente, al motivo que ha dado lugar a la misma: riesgo de fuga, riesgo de colusión o riesgo de reiteración, sino que es preciso justificar las razones que en el caso concreto permiten sospechar la existencia de tales riesgos.

El primero al que se atenderá es a la gravedad de la pena, para apreciar la existencia de un riesgo relevante de fuga. Pero salvo en los casos de delitos extremadamente graves la referencia a la gravedad de la pena, por sí sola, no es suficiente.

Junto a la gravedad del delito y la pena es preciso considerar las circunstancias personales y familiares del imputado: su conducta anterior, carácter y personalidad, las circunstancias de la detención, el arraigo familiar, profesión, la existencia de vínculos sociales y económicos con otros países a los que pudiera huir o en los que pudiera refugiarse.

La invocación del peligro de desaparición de pruebas obligará a referirse al estado de la investigación, a los antecedentes del imputado en los que se base la sospecha de que éste intentará ocultar o manipular las pruebas a su favor e, incluso, a la existencia de otras investigaciones en las que haya elaborado piezas de descargo, falsificando documentos o manipulando a testigos.

1155

El riesgo de reiteración exigirá considerar la peligrosidad criminal del sujeto, atendidos sus antecedentes penales y su personalidad, sus hábitos criminales, la clase de delito cometido y la existencia de un riesgo probable para un grupo de la población.

La aplicación de la “alarma social” y la “frecuencia” obliga a justificar en qué forma la liberación del detenido perturbará el orden público.

Por último, debe contener una mención expresa a la aplicación del principio de proporcionalidad, justificando la aplicación de la medida en el caso concreto, por no existir medidas alternativas que evitando la privación de libertad aseguren con idéntica eficacia los fines del proceso.

En resumen, la motivación, para que pueda ser considerada suficiente, ha de especificar los motivos de prueba (indicios) en que consiste la sospecha razonable, que no solo sirve de base a la imputación, sino que legitima la orden de detención. Además, la justificación de la medida requiere que se expresen los motivos que se tuvieron en cuenta para adoptarla. En ambos casos, ha de tratarse de elementos y circunstancias objetivos que deben extraerse de la causa y hacer referencia individualizada al caso concreto.

La falta de motivación compromete el derecho a la libertad del imputado, que se ve vulnerado por la falta del presupuesto habilitante para la privación de libertad, lo que llegado el caso determina la nulidad radical de la medida acordada. A este respecto el CPP es tajante: “La declaratoria de nulidad no afectará la detención provisional, salvo que la nulidad afecte la fundamentación de esta medida cautelar” (art. 233 CPP).

La Sala Constitucional también ha recordado la importancia constitucional de la fundamentación del Auto de prisión: “Es necesario insistir que respecto de la resolución que ordena la detención provisional, por el hecho de dictarse en la etapa investigativa, no es exigible del juez el mismo nivel de certeza que en posteriores actuaciones en el proceso; pero cuando el art. 247 CPP (equivalente al art. 292.1 vigente) plantea que para decretar la prisión provisional es necesario que “conste suficientemente probada la existencia de un delito” y que “haya elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el mismo”, en una interpretación desde una perspectiva constitucional, es indispensable que el juez exteriorice en la resolución los motivos para estimar que efectivamente se dan en el caso concreto tales circunstancias, así como consignar las razones por las cuales resulta adecuado a los fines de ese caso concreto la detención provisional del imputado” (Sentencia de constitucionalidad sobre la Ley Transitoria de Emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado).

1156

297

CESACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

La privación de libertad cesará:

- 1) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;**
- 2) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional; y,**
- 3) Cuando su duración exceda los plazos establecidos en el artículo 6 de este Código;**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 6, 157, 256, 266, 282, 283, 289, 291, 297, 306, 307, 309, 312, 321, 322, 360, 430

II. COMENTARIO

A) La regla “rebus sic tantibus”

En virtud de la regla “rebus sic tantibus”, la prisión provisional sólo puede mantenerse mientras subsistan los motivos que la han ocasionado. De variar dichos motivos, el órgano judicial debe adecuar la situación personal del imputado a las nuevas circunstancias y decidir si procede prolongar la situación de detención provisional, levantarla o sustituirla por otra medida menos gravosa.

Así pues, desde el instante mismo en que desaparezcan los motivos que dieron lugar a la detención provisional, el juez deberá ordenar la excarcelación del sometido a esa medida cautelar o sustituirla por otra más beneficiosa. La situación de prisión es, por tanto, esencialmente revisable a lo largo del proceso.

A este respecto, es importante tener en cuenta, por una parte, que el imputado y su abogado defensor pueden solicitar, cuantas veces quieran la revisión o la sustitución de la medida cautelar, cualquiera que se su naturaleza (art. 306 CPP). Por otra, se impone al juez la obligación de controlar de oficio del mantenimiento de la prisión provisional en breves intervalos (art. 307 CPP). Además, por tratarse de una medida de duración estrictamente limitada, debe acordarse en el curso de un proceso tramitado con la conveniente celeridad.

1157

Es más, el juez o tribunal competente, según la fase procesal en que se encuentre el procedimiento, deberá velar para que se cumpla con el deber de que el imputado no esté sometido para su aseguramiento a más restricciones que las justificadas e imprescindibles al estado del proceso y de que éstas duren exclusivamente el tiempo que persistan aquellas circunstancias que, de acuerdo con la ley, son las únicas que pueden ocasionarlas (BARONA VILAR, p.44).

A estos efectos, resulta de singular importancia que, a lo largo del procedimiento, el órgano judicial está obligado a pronunciarse, en distintos estadios procesales, sobre el mantenimiento de la medida de prisión.

El Juez de Paz, tras la audiencia inicial, deberá decretar, o mantener la detención del imputado u otra medida sustitutiva (art. 256 CPP).

En el Auto de Instrucción, el juez habrá de ratificar las medidas cautelares, modificarlas o disponer la libertad del imputado (art. 266 CPP).

La resolución que admita una excepción perentoria, sobreseerá definitivamente el proceso y dispondrá la liberación del imputado o la finalización de cualquier medida cautelar (art. 282 CPP).

Si se estima una excepción dilatoria, el juez podrá ordenar la puesta en libertad del imputado o la finalización de toda medida cautelar (art. 283 CPP).

La declaración de sobreseimiento, incluso provisional, hace cesar toda medida cautelar (art. 309 CPP).

La admisión del recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento, conlleva, al menos la sustitución de la detención provisional (art. 312 CPP).

La resolución que se dicta tras la celebración de la Audiencia Preliminar, y en especial el Auto de Apertura, ha de pronunciarse sobre el mantenimiento, la revocación o la sustitución de las medidas cautelares (arts. 321.12 y 322.6 CPP).

Si la sentencia es absolutoria, ordenará la libertad del imputado y la revisión de todas las medidas cautelares impuestas (art. 360 CPP).

Por último, cuando por efecto de la estimación del recurso de casación haya de cesar la detención del imputado, el tribunal ordenará directamente la libertad (art. 430 CPP).

1158 El carácter provisional y excepcional de la detención provisional exige tener en cuenta el tiempo que el imputado ha permanecido en prisión, los motivos que se consideraron en el momento de decretarla no sólo varían por la alteración de las circunstancias originarias, sino que el mero transcurso del tiempo debilita el peligro de fuga, aunque fuera elevada la pena señalada al delito.

En efecto, el peligro de fuga para evitar una sentencia condenatoria grave disminuye a medida que la prisión provisional se prolonga, porque el ahorro probable de la duración de la prisión preventiva para el cumplimiento de la pena atenúa la tentación de huir. Por ello, cuando el proceso penal se encuentra avanzado, el riesgo de una condena severa no justifica, por sí, el mantenimiento de la prisión provisional (SSTEDH. 27 junio 1968, Wemhoff y Neumeister; 10 noviembre 1969, Matzenetter; 28 marzo 1990, B. c. Austria).

En idéntico sentido, el Tribunal Constitucional español ha advertido que “el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga. Si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso” SSTC es. 128/1995 y 196/1997).

También para la CIDH, el riesgo de fuga disminuye en los casos de prisiones preventivas prolongadas. Como ha señalado en su Informe 5/96 “la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prologando de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte dela pena”.

La doctrina también es unánime al advertir la importancia de considerar el transcurso del tiempo pasado en prisión preventiva para considerar la oportunidad de su mantenimiento o sustitución. Para ANTÓN BLANCO y MARCO COS “si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines legítimos de la detención provisional, así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el Auto de prisión se dicte atendiendo al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también lo es que el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales, así como los del caso concreto. Téngase en cuenta que la intensidad del juicio de ponderación, entre los requisitos de la detención provisional, de un lado, y el derecho a la libertad del imputado, de otro, que ha de efectuar el juez de instrucción, es diferente según el momento procesal en que deba disponer o ratificar la misma, ya que la ponderación de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga puede operar de forma muy distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses. Otro criterio que emplean es el del tiempo transcurrido en situación de privación provisional de libertad, pues a mayor tiempo sucedido en esta situación, menor será el peligro de fuga en la medida en que habrán disminuido también las consecuencias punitivas que pueda sufrir el interno con tal carácter, dado el abono que para el cumplimiento de la pena” ha de hacerse del tiempo transcurrido en situación de detención provisional (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.843).

1159

Por último, no se puede dejar de tener en cuenta que a favor de la duración limitada de la prisión provisional aboga la necesidad de conciliar la aplicación de esta institución cautelar con otros principios básicos del proceso penal como la presunción de inocencia o la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Advierte la CIDH que “la duración excesiva de dicha medida (prisión preventiva) origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia. Esta se torna cada vez más difícil de afirmar, ya que se está privando de su libertad a una persona que legalmente todavía es inocente y, en consecuencia, está sufriendo el castigo severo que la ley reserva a los que han sido efectivamente condenados. Por otra parte, existe en este tipo de casos una especie de presunción sobre el magistrado que evalúa las pruebas y aplica la ley, en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad. Es decir, que aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes. Si

se dedica un período de tiempo a la resolución de una cuestión criminal, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y, en consecuencia, carecería de importancia el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. Las normas internacionales son muy claras respecto a que el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad (Informe 2/97).

B) Duración de la detención provisional

Una de las características de las medidas cautelares es su provisionalidad que, en el caso de las personales, en cuanto suponen la restricción de la libertad personal, se acentúa, sujetando su vigencia a plazos legalmente predeterminados. Así sucede con el plazo de detención administrativa (art. 289 CPP), con la detención para inquirir (art. 291 CPP) y ahora con la detención provisional.

El primer acotamiento de la duración de la detención provisional viene determinado por la aplicación de la cláusula “rebus sic tantibus” (art. 297 CPP), de tal modo que la prisión finaliza cuando se modifican, sustancialmente, los motivos que la ocasionaron. Así, la prisión debe cesar cuando nuevos elementos de juicio pongan de relieve que ya no concurren los motivos que se tuvieron en cuenta al acordarla o cuando los fines para los que originariamente se adoptó puedan quedar cubiertos con otra medida menos agresiva para la libertad del imputado.

1160

Además, el CPP acota el plazo máximo de duración de la detención provisional, que en ningún caso podrá superar los plazos establecidos en el art. 6 CPP, es decir, la pena máxima establecida en la ley para el delito de que se trate ni exceder de doce meses, para los delitos menos graves, ni de veinticuatro meses, para los delitos graves. Téngase en cuenta que, conforme al art. 157 CPP, estos plazos se computarán en días continuos y no podrán ser prorrogados.

En primer término, debe tenerse en cuenta que la duración de la prisión provisional, en ningún caso, puede ser superior o equivalente a la pena previsible. Resulta lógico que si con la aplicación de esta medida cautelar lo que se pretende es asegurar la ejecución de la condena, su duración nunca pueda ser superior al castigo que definitivamente pueda imponérsele, pues de lo contrario se habría producido un exceso en la aplicación de la medida que no se corresponde con su sentido ni con su finalidad.

A tal efecto, indica el precepto comentado, se tendrán en cuenta las reglas relativas a la suspensión y a la remisión de la pena e, incluso la posibilidad de obtener la libertad condicional. La introducción de tales criterios para evaluar el tiempo máximo de duración de la detención provisional ha sido considerado elogiosamente por los autores, atendiendo a que, con ello, se trata de evitar que la duración de la prisión provisional llegue nunca a superar a la efectiva privación de libertad que pueda derivarse de la efectiva ejecución de la pena (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.817).

Además, debe tenerse en cuenta que los plazos establecidos en el art. 6 CPP son plazos máximos de duración de la detención provisional, que por tanto ni precisan ser agotados ni legitiman la aplicación de la prisión mientras no los supere. Al contrario, la duración del encarcelamiento preventivo se encuentra sujeta a un importante limitación, que opera a modo de cláusula general de garantía establecida en el art. 7.5 CIDH: “Toda persona detenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe su proceso”.

La consideración de lo que es “razonable” debe hacerse en cada caso, considerando las circunstancias de la causa,. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español el concepto de “plazo razonable” constituye un “standard jurídico” que “ha de ser integrado en cada caso concreto, mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano judicial y del propio comportamiento del recurrente” (STC es. 8/1990).

Por su parte, el TEDH, aplica diversos “estándares”, para interpretar el alcance de la noción “plazo razonable”:

Atiende, en primer lugar, a la efectiva duración de la medida, que se computa desde el inicio de la privación de libertad y hasta que ha recaído sentencia, no por tanto hasta que comienza el juicio oral.

1161

Además, a la duración de la detención en relación con la naturaleza del delito y la pena señalada al mismo, así como las posibilidades de abono de la prisión sufrida durante la ejecución.

También deben considerarse los efectos de la prisión sobre el detenido, tanto de orden material como moral, así como la conducta del imputado durante el proceso, en particular, si ha contribuido a retrasar o activar la instrucción, si ha retrasado el procedimiento como consecuencia de la abusiva presentación de peticiones de libertad, de apelaciones o de otros recursos, y si ha pedido la libertad ofreciendo fianza o cualquier otra garantía.

La complejidad de la instrucción de la causa, es otro criterio a considerar, para lo que ha de atender al número de testigos e inculpados, así como a la dificultad de concretar los hechos.

Por último, se considera la manera en que la instrucción ha sido conducida por las autoridades encargadas de la investigación y, en especial, la diligencia en la actuación de las autoridades judiciales (SSTEDH 27 junio 1968, Wemhoff y Neumeister; 10 noviembre 1969, Stögmüller y Matzenetter).

En estos precedentes se ha basado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Firmenich*, al señalar que los Estados parte no están obligados por la Convención a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias; criterio que ha sido reiterado en el informe 12/96, en el que también se afirmó que la necesidad de analizar, en cada caso, si se ha excedido o no el plazo razonable, no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima “prima facie”, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad de la causa, lo cual no obsta para que la prisión preventiva resulte irrazonable aun antes del vencimiento del plazo previsto legalmente como máximo.

1162 Y añade: “El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad... Además, aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa al juicio es de duración no razonable. La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados”.

Por otra parte, es preciso recordar que se exige de los órganos judiciales una rigurosa observancia de los plazos máximos de detención provisional, por lo que una vez transcurrido, el preso deberá ser excarcelado sin posibilidad alguna de prórroga. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español, “los plazos de duración máxima de la situación de prisión preventiva fijados por el legislador han de cumplirse y ese cumplimiento íntegro, aunque no agota, la garantía constitucional de la libertad, de forma que lo que la ley hace es fijar imperativamente el deber de poner en libertad al acusado, transcurridos los plazos legales” (STC es 103/1992).

No obstante, la realización del cómputo del tiempo máximo de prisión provisional no ha dejado de suscitar algunos problemas de interpretación:

En primer lugar, determinar si, a los efectos del cómputo del plazo máximo de detención provisional, debe atenderse a la pena establecida en el tipo o, por el contrario, a la pena específica que proceda imponer al imputado, es decir, si en el caso concreto ha de tomarse en consideración el grado de ejecución del delito, el grado de participación del inculcado o la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. La doctrina española y el Tribunal Constitucional atienden en estos casos a la pena en concreto (STC es. 9/1994).

Otra cuestión relevante se refiere a la determinación de la pena en los supuestos de proceso con objeto procesal múltiple, es decir, cuando un mismo proceso tiene por finalidad el enjuiciamiento de diversos hechos delictivos que se encuentran acumulados. El Tribunal Constitucional español no admite calcular el plazo máximo de detención provisional a partir de la suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos imputados, sino que se debe atender, únicamente, a la pena correspondiente al delito de mayor gravedad: “No se puede sostener en esas circunstancias que el plazo máximo y, no se olvide, excepcional, que establece la ley para la prisión provisional haya de contarse para cada delito por separado (...) porque hacer depender esa duración del número de delitos imputados supone, en la práctica, que el plazo máximo fijado por la ley depende de un elemento incierto como es el número de delitos con que se acuse a una persona (...) la norma constitucional es más precisa que la establecida por los pactos internacionales, que se limitan a exigir un plazo razonable; pero es evidente que violaría esos pactos una interpretación de nuestras normas que fuese contraria a ellos (...) pues el resultado de multiplicar el plazo máximo legal de la prisión provisional por el número de delitos imputados en este caso (...) conduce por una simple operación aritmética a un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable” (STC es 127/1984).

Asimismo, ha sido objeto de consideración si debe incluirse el tiempo de detención, administrativa y para inquirir, previo a la detención provisional. El Tribunal Constitucional español ha rechazado tal posibilidad, basándose en que se trata de dos regímenes legales diferentes, cada uno con su plazo máximo de duración. En efecto, según el Tribunal Constitucional español, “el hecho de que junto a la figura de la prisión provisional exista otra, la de la detención, con expreso refrendo constitucional en sus propios límites y con plazo máximo de duración igualmente tasado (...) puede servir de justificación para entender que el plazo máximo de prisión provisional no necesariamente incluye períodos anteriores en que se haya padecido privación de libertad con causa legal distinta, como son todos los supuestos de detención. Así lo corrobora el propio tenor literal del art. 17 CE, que significativamente ha previsto plazos máximos para un tipo determinado -que ha de fijar el legislador dentro del canon de lo razonable, para la prisión provisional (art. 17.4 inciso final). Lo que entraña, en definitiva, que en la propia configuración constitucional de los supuestos de privación de libertad existen situaciones legales distintas, tanto en los que respecta a su finalidad como a sus consecuencias y, por ello, no cabe entender como interpretación constitucionalmente obligada que el plazo de privación de libertad padecido en atención a la primera haya de integrarse necesariamente en el plazo máximo fijado legalmente para la segunda” (STC es. 199/1994).

1163

Una cuestión importante es si, a estos efectos, debe computarse también el arresto domiciliario. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, afirmando que desde un punto de vista constitucional “lo decisivo no son tanto las diferencias de la prisión

preventiva atenuada con la prisión preventiva rigurosa cuanto a la diferencia de la prisión preventiva atenuada con la situación de libertad” (STC es. 56/1997).

En cambio no ha aceptado incluir en el cómputo el tiempo que el imputado fugado en el extranjero sufrió privación de libertad por el proceso de extradición seguido para obtener su entrega (STC es. 8/1990). Idéntica solución a la adoptada por la CIDH en su Informe 1//89.

Por último, debe quedar claro que transcurridos los plazos máximos previstos legalmente la prisión provisional sólo puede ser acordada de nuevo si el inculcado deja de comparecer, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del juez o tribunal. En otro caso debe mantenerse la libertad del mismo.

298

ACTA

Previo a la ejecución de las medidas sustitutivas, se levantará un acta que contenga:

1164

- 1) Notificación al imputado;**
- 2) Identificación y residencia de las personas que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la función o de la obligación que les ha sido asignada;**
- 3) Indicación de las circunstancias que puedan obligar al imputado a ausentarse por más de un día;**
- 4) Indicación de un lugar especial para recibir notificaciones, dentro de la circunscripción territorial del tribunal; y,**
- 5) Promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones.**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123, 124, 293, 295

II. COMENTARIO

La efectividad de las medidas sustitutorias acordadas por el órgano judicial se encuentra subordinada a la realización de un acta (arts. 123 y 124 CPP) por el funcionario que haya de dar fe.

El acta deberá incluir la notificación al imputado de la resolución que la acuerda la medida cautelar. Además, éste fijará su lugar de residencia y el lugar en el que haya de recibir las notificaciones, que necesariamente deberá encontrarse en la circunscripción territorial del tribunal.

Asimismo, se informará al imputado, detalladamente, de las medidas acordadas, del contenido de las obligaciones que se le imponen y de las consecuencias de su incumplimiento, fundamentalmente, la detención provisional prevista para el caso de incomparecencia injustificada (art. 293.1 CPP).

Finalmente, estando debidamente informado, constituirá promesa de observarlas, en especial, de comparecer a las citaciones que se le hagan.

299

CAUCIONES

El juez, cuando corresponda, fijará la clase e importe de la caución, y decidirá sobre la idoneidad del fiador.

1165

Cuando la caución sea prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que el tribunal haya fijado.

El imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente, previa autorización del tribunal.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 292 y 293 (detención provisional), 295.7 (caución económica como medida sustitutiva de la detención provisional), 296 (auto imponiendo la medida sustitutiva), 297 (cesación de la detención provisional), 300 (ejecución de las cauciones), 305 (medidas cautelares para garantizar la multa y la responsabilidad civil), 308 (sobreseimiento definitivo), 312 (recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo), 360 (sentencia absolutoria), y 361 (sentencia condenatoria)

II. COMENTARIO

La caución económica es una medida sustitutiva de la detención provisional, que puede ser constituida por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de

dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, o puede consistir en el aval de una o más personas idóneas. (art. 295.7 CPP).

Hay que partir de la consideración de la caución como una garantía, cuya finalidad es asegurar la presencia en el proceso del inculpado que se halla en libertad e, indirectamente, la ejecución de la sentencia. A causa de ello, no hay que confundir esta clase de caución con la que también se exige al imputado para asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito. La caución que se presta en sustitución de la detención provisional responde a una finalidad diversa; evitar el riesgo de fuga, asegurando la comparecencia del inculpado siempre que fuere llamado.

De acuerdo con la anteriormente expuesto la caución puede exigirse como única garantía o en unión con otras que atiendan a la misma finalidad, de modo que es frecuente aplicarla conjuntamente con la obligación de efectuar presentaciones periódicas (art. 295.3 CPP).

1166

Dada su finalidad, exclusivamente aseguratoria, la caución ha de ser suficiente para garantizar que el imputado no eludirá el proceso o la posible ejecución de la sentencia y que observará la obligación atender el llamamiento del tribunal cuantas veces sea citado. A pesar de ello, su importe deberá ser fijado prudencialmente, ya que el exceso en la determinación de la cuantía de la caución, por encima de las posibilidades del inculpado, supone un obstáculo insalvable a la obtención de la libertad y, por tanto, contrario al fin que con ella se persigue (art. 295 párrafo 2º CPP).

Ahora bien, también es preciso asegurarse que será eficaz para garantizar la presencia del inculpado y, por ello, la cuantía también debe ser proporcionada. Así pues, en su determinación, hay que asegurarse, por un lado, que la cuantía de la caución es suficiente para producir el efecto disuasorio pretendido, de tal modo que sea eficaz para garantizar que el imputado no se sustraerá a la acción de la justicia; por otro, su importe no puede realizarse atendiendo, exclusivamente, a la finalidad aseguratoria, sino que también han de valorarse diversas circunstancias, fundamentalmente la capacidad económica de quien ha de prestarla.

Para conciliar ambos intereses, en la determinación de la cuantía de la caución, han de ponderarse diversas circunstancias. Por una parte, la naturaleza del delito imputado, el estado social del imputado, sus antecedentes y demás circunstancias que, en mayor o menor medida, favorezcan su interés en ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial. Pero también debe tenerse en cuenta la posición y la fortuna del imputado, a fin de establecer una cuantía que no solo sea adecuada para impedir la fuga del inculpado, sino que también pueda ser cubierta por él mismo o por un tercero.

Estas son las circunstancias que, fundamentalmente, debe ser tenidas en cuenta por el juez al determinar la cuantía de la caución. Su concreción, en cada caso, queda

sujeta a la libre valoración del órgano judicial, en atención a las circunstancias concurrentes y al principio de proporcionalidad. Para el Tribunal Constitucional español la proporcionalidad de la fianza puede alcanzar relevancia constitucional en la medida en que el exceso puede producir una situación de prisión efectiva, contraria al derecho a la presunción de inocencia: “La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten en resolución fundada en Derecho, que cuando es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino tendría carácter punitivo en cuanto al exceso” (STC es. 66/1989).

A) Clases de fianza

La caución puede ser personal, pignoratícia o hipotecaria y puede constituirse por el propio imputado o por un tercero.

La fianza personal es aquella obligación que contrae una determinada persona de hacer que el imputado se presente cada vez que sea llamado por el juzgado o tribunal que conoce de la causa y, en el caso de que no pudiera llevarlo a efecto, hará efectiva la cantidad que se hubiere fijado al admitir la fianza (FENECH, p.837).

1167

La fianza pignoratícia consiste en el depósito, con arreglo a las prescripciones legales, de bienes o valores mobiliarios, propiedad del propio imputado o de un tercero, destinados a asegurar la comparecencia del primero, cuantas veces fuere llamado por el órgano judicial (FENECH, p.837).

La fianza hipotecaria consiste en la afectación de bienes hipotecables, como aseguramiento de la obligación del procesado de presentarse ante el llamamiento del tribunal, cuantas veces fuere llamado (FENECH, p. 838).

Aunque lo más frecuente sea que se decrete la fianza pignoratícia en metálico, el CPP no establece una prelación, de tal modo que es al juez a quien corresponde no sólo fijar su cuantía, sino también determinar el tipo o clase de caución que ha de prestarse, atendiendo exclusivamente a la mayor eficacia de la garantía. A tal efecto, deberá atender, fundamentalmente, a que no existan trabas ni dificultades que impidan la realización de los bienes y, por ello, es preferible la caución prestada en metálico que asegura su realización inmediata en caso de necesidad.

Por último, debe señalarse que se admite la sustitución de la caución ya prestada, por otra de clase distinta, si bien la sustitución también deberá ser autorizada por el juez o tribunal competente.

300

EJECUCIÓN DE LAS CAUCIONES

En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustraiga a la ejecución de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca o cumpla la condena impuesta. De ello se notificará al imputado y al fiador, advirtiéndoles que, si aquél no comparece o no cumple la condena impuesta o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución se ejecutará al término del plazo, conforme a lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 292 y 293 (detención provisional), 295.7 y 299 (caución económica), 296 (auto imponiendo la medida sustitutiva), 297 (cesación de la detención provisional), 305 (medidas cautelares para garantizar la multa y la responsabilidad civil), 308 (sobreseimiento definitivo), 312 (recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo), 360 (sentencia absolutoria), y 361 (sentencia condenatoria)

1168

II. COMENTARIO

Puesto que el objeto de la fianza es responder de la comparecencia del imputado, cuando fuere convocado a la presencia judicial, resulta lógico que se establezca que si no comparece, sin estar impedido por causa de fuerza mayor, se ejecutará la caución prestada. No obstante, antes de proceder a la ejecución de la fianza, se concede al fiador un término por un plazo no inferior a cinco días para que pueda presentar al imputado, cumpliendo así la obligación que contrajo. Se trata de un derecho establecido a favor del fiador, pues, salvo que esta medida se haya aplicado conjuntamente con la establecida en el art. 295.2 CPP, no hay razón alguna que imponga al fiador la obligación de estar ininterrumpidamente al lado del imputado y, por tanto, no puede esperarse que esté en condiciones de presentarle en el acto.

Se discute si el fiador ha de presentar al imputado o basta con indicar su paradero. La doctrina estima que si la imposibilidad de presentación es atribuible a un acto voluntario del imputado (p. ej. la ausencia), el fiador debe responder y perder la fianza, ya que, en definitiva, el presunto culpable se ha sustraído a la acción de la justicia. Por el contrario, si la incomparecencia proviene de la imposibilidad de efectuar la presentación, por causa de fuerza mayor (p. ej. enfermedad, prisión... etc), es decir, por un acto totalmente independiente de la voluntad del inculcado, bastará con que el fiador indique el lugar en que se encuentra y las causas por las que no puede comparecer, para que resulte liberado de la obligación que contrajo.

Para llevar a efecto la ejecución de la fianza se deberá proceder a hacerla efectiva conforme a lo previsto en el CPC, es decir realizando los bienes dados en garantía.

301

CANCELACIÓN

La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hayan sido ejecutados con anterioridad:

- 1) Cuando el imputado sea puesto en detención provisional o prisión;**
- 2) Cuando se revoque la decisión que impuso la caución;**
- 3) Cuando por resolución firme, se absuelva o se sobresea al imputado;**
- 4) Cuando comience la ejecución de la pena privativa de libertad o ella no se deba ejecutar; y,**
- 5) Con el pago de la multa impuesta en la sentencia.**

1169

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 292 y 293 (detención provisional), 295.7 y 299 (caución económica como medida sustitutiva de la detención provisional), 296 (auto imponiendo la medida sustitutiva), 297 (cesación de la detención provisional), 300 (ejecución de las cauciones), 305 (medidas cautelares para garantizar la multa y la responsabilidad civil), 308 (sobreseimiento definitivo), 312 (recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo), 360 (sentencia absolutoria) y 361 (sentencia condenatoria)

II. COMENTARIO

La imposición de una *caución económica*, como hemos visto, tiene por finalidad garantizar la presencia del imputado en el proceso penal, siendo, pues, una medida sustitutiva de la detención provisional (art. 295.7 CPP). Cuando de lo que se trata es de garantizar el cumplimiento de la pena de multa o la responsabilidad civil, cabe la adopción de lo que el Código llama medidas cautelares de índole civil (art. 305 CPP), entre las que deben entenderse incluida la prestación de una caución económica de contenido idéntico a la establecida como medida sustitutiva de la detención provisional: depósito

de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas (art. 295.7 CPP).

Pues bien, resulta obvio que si ha desaparecido el motivo de la imposición de la caución económica, es decir, cuando el aseguramiento pierde todo objeto, procede la cancelación de la misma, salvo que esté legalmente prevista la ejecución de la caución, por causa de rebeldía del imputado o cuando éste se sustraiga a la ejecución de la pena (art. 300 CPP).

Todas las causas que se relacionan en el precepto que comentamos operan con independencia de la voluntad del fiador y tanto si la fianza se constituyó por un tercero como por el propio imputado.

Si cesa la situación de libertad, porque se reduce a prisión al imputado, la fianza queda sin fundamento y ha de procederse a su cancelación. En efecto, si la libertad era la única causa de la fianza, modificada esta situación, ya no tiene sentido mantenerla. Así pues, si cesa la libertad debe devolverse la fianza, sin necesidad de que el fiador solicite su devolución, y ello supone que se deba proceder a su cancelación de oficio, sin necesidad de que se produzca a instancia de parte.

1170 De igual modo, cuando se revoca la decisión que impuso la caución, deberá ordenarse su devolución por el mismo juez o tribunal que la impuso. En ese sentido, procede la cancelación de la caución para aquellos imputados en situación de detención provisional “cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional; y, cuando su duración exceda los plazos establecidos en el artículo 6 de este Código” (art. 297.2) y 3), CPP).

Si ha recaído sentencia absolutoria firme o auto de sobreseimiento, también firme, cesa el procedimiento seguido contra el imputado y, consiguientemente, al haberse extinguido, ya no hay razón para seguir asegurando su presencia; al contrario, queda liberado de toda obligación de comparecencia ante el órgano judicial.

Se produce idéntica consecuencia si el encausado se presenta a cumplir la condena que se le ha impuesto. Una vez se encuentra a disposición de la autoridad competente, no tiene sentido mantener la fianza, ya que la obligación que se aseguraba con la misma se encuentra perfectamente cumplida y la fianza pierde toda razón de ser.

Por último, si la fianza ha sido constituida por el propio imputado, finalizado el proceso con sentencia condenatoria y extinguida la pena de multa, pierde todo fundamento el aseguramiento preventivo y, por tanto, también en este caso ha de procederse a la devolución de la fianza.

302

INTERNACIÓN PROVISIONAL

Se podrá ordenar la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, cuando medien los siguientes requisitos:

- 1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe;**
- 2) Comprobación, por dictamen de perito, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás; y,**
- 3) Existencia de una presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstaculizará un acto concreto de investigación.**

I. CONCORDANCIAS

- CP, 27.4, 29.1

1171

II. COMENTARIO

Ente las medidas alternativas a la detención provisional, se incluye el internamiento en un establecimiento especial, aplicable a determinadas personas que requieren un tratamiento determinado, por padecer un grave quebranto de sus facultades mentales.

Los requisitos que se exigen para aplicar la medida de internamiento son en parte idénticos a los que se establecen para disponer la prisión provisional: que se haya comprobado la existencia de un hecho punible y que pueda imputarse su realización a una persona determinada. Además, es preciso que el responsable se encuentre incurso en una estado de incapacidad de culpabilidad y que de esta situación se derive un riesgo para otras personas o para el propio inculpado.

En tal sentido, lo relevante para que se pueda disponer la internación provisional del imputado es que existan sospechas sobre su salud mental, que obliguen a someterle a observación y tratamiento psiquiátricos. Pero, aun en este caso, el tribunal sólo puede ordenar el internamiento después de escuchar el dictamen de un perito que debe examinar personalmente al imputado. Además, si éste no se encuentra en condiciones de designar un defensor, entendemos que, antes de disponer la internación, deberá asignársele uno de oficio.

Naturalmente, la aplicación de esta medida también se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad, en un doble sentido: no resultará preciso el internamiento cuando sea suficiente con el tratamiento ambulatorio que, en este caso, podrá asegurarse asignando el control y el cuidado del enfermo a una persona o institución (art. 295.2 CPP); tampoco se dispondrá el internamiento, como regla general, cuando el hecho cometido no revista los caracteres de una infracción delictiva, pues se trate, simplemente, de una falta.

Sin embargo, en este último caso, todavía resulta necesario conjugar el criterio de proporcionalidad con la peligrosidad del imputado. En atención a ello, aunque la regla general será que la medida de internamiento sólo podrá adoptarse cuando se trata de responsabilidades graves, no cabe descartar totalmente su adopción, cuando el hecho tan sólo sea constitutivo de falta. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español, la regularidad del internamiento depende, básicamente, de la existencia de una perturbación mental, comprobada médicamente de forma objetiva, que presente tal magnitud que justifique la privación de libertad del enajenado por no poder vivir libremente en sociedad (STC es. 104/1990).

1172 Por tanto, es el estado de peligrosidad del enfermo, hacia sí mismo y hacia el resto de la comunidad, lo que legitima esta intervención. El criterio determinante debe ser la personalidad del sujeto, su peligrosidad, no la mayor o menor gravedad del hecho delictivo (STC es. 24-1993) Por ello, aunque el criterio general deba ser el de considerar insuficiente la realización de un hecho antijurídico de poca importancia, es preciso reconocer que en ciertas ocasiones la comisión de un delito de escasa gravedad, e incluso de una falta, puede ser sintomático, por sí solo de una relevante peligrosidad en el autor, determinante del internamiento judicial (ATC es 83/94).

El TEDH también se ha ocupado de este supuesto de privación o restricción de la libertad, insistiendo en las condiciones que han de darse para que se pueda considerar legítimo el internamiento y el control judicial que, imprescindiblemente, debe acompañar a la aplicación de esta medida.

Para el TEDH, la enajenación debe establecerse de manera probada (LUBERTI), a través de un dictamen pericial médico objetivo que acredite de manera convincente la existencia de un trastorno mental real (X. c. Reino Unido). Además, en el informe médico deberá constar tanto la situación del estado de demencia como la necesidad del tratamiento en un centro especializado, por ser peligrosas tanto para el que las sufre como para los demás (WINTERWERP).

Por otro lado, el internamiento ha de ser regular y, a tal efecto, el TEDH exige que el internamiento se produzca en el seno de un procedimiento realizado conforme a las leyes vigentes (X. Reino Unido) y acordado o revisado por la autoridad judicial (WINTERWERP y X. Reino Unido). Y, además, el internamiento debe encontrarse sujeto a un control

periódico que garantice que su mantenimiento es necesario para proteger a la sociedad y, al mismo tiempo, al internado (VAN DROOGENBROECK).

Por último, es necesario destacar que, a pesar de que esta medida adopta la naturaleza de una medida cautelar, por los presupuestos y los fines para los que puede ser ordenada, también deben ser considerados, en el momento de su adopción, los fines colectivos de “seguridad pública”. Como ha destacado BARONA VILAR, “no se trata de garantizar el proceso y sus fines, sino que en este supuesto juega la sociedad el papel fundamental para el decreto de la medida. De esta manera se ha puesto de manifiesto claramente en el art. 126 a) de la StPO alemana esta idea, al hacer referencia a la colectividad, en el sentido de considerar que el internamiento provisional en uno de esos establecimientos, se efectuará si ello viniera exigido por la seguridad pública y del mismo modo el art. 63.1 del StGB alemán se refiere al sujeto que se muestre peligroso para la colectividad. De ahí que podamos afirmar que esta medida comporta, además de la función cautelar, un fin y una función propios de una medida de seguridad” (BARONA VILAR, pp.242-243).

303

TRATAMIENTO

1173

El detenido provisional será alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que se utiliza para los condenados a pena de prisión o, al menos, en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos y será tratado en todo momento como inocente, que se encuentra en prisión con el único fin de asegurar su comparecencia al procedimiento o el cumplimiento de la pena.

La detención se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las imprescindibles para evitar la fuga o la obstaculización y en estricta conformidad con las leyes y reglamentos penitenciarios.

El control del trato al detenido será competencia del juez de vigilancia correspondiente; pero todo permiso, salida o traslado lo autorizará el juez ante quien se tramite el procedimiento.

Si el juez de vigilancia correspondiente, constata que la detención ha adquirido las características de una pena anticipada, lo comunicará de inmediato al juez del procedimiento para que resuelva lo que corresponda.

I. CONCORDANCIAS

- LP, 70

II. COMENTARIO

La ejecución de la prisión provisional tiene que inspirarse en el respeto a la presunción de inocencia y en el principio de excepcionalidad. Ambos principios conforman la prisión provisional como un instituto de naturaleza cautelar y, en consecuencia, dotan a esta medida de una finalidad exclusivamente aseguratoria, que excluye cualquier confusión de la misma con la ejecución de la pena.

Por esta razón, el art. 70 Ley Penitenciaria dispone que el interno sometido a detención provisional conservará los derechos y facultades constitucionales y los previstos en dicha ley y, en consecuencia, no se le podrá obligar a realizar otras actividades penitenciarias que aquéllas tendentes a preservar la finalidad de su detención, de conformidad con el CPP.

1174

El Tribunal Constitucional español insiste en la necesidad de que la prisión provisional no tenga carácter retributivo de una infracción que aún no se encuentra jurídicamente establecida (SSTC es. 128/1995 y 67/1997). En esta misma idea insiste la CIDH, rechazando que el encarcelamiento provisional pueda imponerse como un castigo anticipado, sin que el juez se haya pronunciado aún sobre la culpabilidad (Informe 2/97).

A estas directrices responde el precepto comentado que dispone:

El detenido provisionalmente debe ser tratado como inocente, teniendo en cuenta que se encuentra en prisión con la única finalidad de asegurar su comparencia en el proceso y el cumplimiento de la condena.

La detención se cumplirá de tal manera que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las imprescindibles para evitar la fuga o la obstaculización de la investigación y con estricta conformidad a los principios de legalidad y jurisdiccionalidad.

Para llevar a efecto esta directriz se establece que el detenido provisional sea alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizan para los condenados a pena de prisión o, al menos, en lugares separados en tanto sea posible; puede ser alojado con otros presos preventivos en el mismo pabellón, si lo solicita de forma explícita o si lo precisa su estado corporal o anímico; puede procurarse comidas ocupaciones a sus expensas, en tanto que sean compatibles con las finalidades del arresto y no perjudiquen el orden del establecimiento; sólo excepcionalmente puede

ser esposado, si existe peligro de violencia, intenta fugarse o existe riesgo de suicidio o autolesión; en la vista oral nunca deberá permanecer esposado. (art. 119 StPO).

La regla general es, pues, que las restricciones a los derechos fundamentales en la prisión preventiva únicamente son admisibles, en atención al fin de la detención y según las necesidades de organización del establecimiento penitenciario. Esta es la cláusula general establecida en el art. 119 StPO. No obstante, como señala ROXIN, se basa en conceptos jurídicos indeterminados que han precisado una concreción más detallada, realizada por la jurisprudencia atendiendo al ámbito de libertad individual protegido constitucionalmente (ROXIN, pp.269-270).

La correspondencia del detenido puede ser controlada y está sujeta a restricciones con excepción de las cartas que le llegan y de la correspondencia del defensor. En cuanto a las comunicaciones del detenido preventivamente con su cónyuge, el BVerfGE 35 (35; 42, 237) ha decidido que las cartas injuriosas no pueden ser retenidas; para las cartas a los padres (BVerfG NSTZ 81, 315), a otros miembros de la familia o a una persona de especial confianza (BVerfG NSTZ 96, 509) resulta lo mismo.

La correspondencia con el defensor únicamente puede ser revisada en relación a la pregunta sobre si las cartas que llegan, según sus características exteriores, realmente proceden del defensor; pero se lesiona su derecho a comunicarse libremente con su abogado si el establecimiento penitenciario, con el fin de realizar ese examen, abre las cartas del defensor o si, en todos los casos, las envía primero al tribunal para que las examine. Las cartas en idioma extranjero a una concubina que no sabe alemán sólo son admisibles en tanto la traducción necesaria para fines de control no sea excesivamente cara. El número elevado de cartas enviadas, únicamente, puede conducir a una restricción de la correspondencia en casos excepcionales. Las conversaciones telefónicas deben ser autorizadas en caso de que exista un interés legítimo.

1175

El derecho a la información del detenido provisionalmente sólo puede ser restringido por motivos forzosos y después de la realización de un análisis en el caso particular, de tal modo que la prohibición general de escuchar la radio a través de un auricular individual no está cubierta por el art. 119 StPO (BVerfGE 15, 294). Se discute también si el detenido provisionalmente puede conservar un aparato de televisión en su lugar de detención. Aunque a menudo es rechazado, se considera que esta restricción no está comprendida en el art. 119 StPO. También se considera inadmisibles imponer limitaciones de lectura. No obstante, el BVerfGE ha admitido limitar a cuatro títulos la suscripción a publicaciones periódicas. Por otra parte, las obras impresas sólo pueden ser rechazadas cuando existan indicios concretos para establecer la existencia de peligro para los fines de la prisión preventiva o para la alteración del orden en el establecimiento (BVerfGE NSTZ 82,132).

Se discute si puede admitirse el uso de otros aparatos. El uso de “radio-cassettes” es inadmitido en general debido al peligro de abuso, mientras que el “walkman” ha sido autorizado. En cambio, el uso de video-juegos, máquinas de escribir, órganos de mesa electrónicos han sido, en general, considerados inadmisibles. Tampoco se permite el uso de un ordenador personal. No obstante, el BVerfGE (NStZ 94, 604) ha hecho una declaración general, conforme a la cual sólo puede ser prohibido el uso de estos aparatos cuando existan indicios concretos de amenaza real para la seguridad y el orden del establecimiento.

La regulación de las visitas también da lugar a intereses especialmente protegidos por el Derecho constitucional. Así, p. ej., se reconoce el derecho del detenido a recibir a su cónyuge, fuera del horario de visitas, cuando a éste no le es posible cumplirlo o no le es exigible (BVerfGE 42, 95, 101 ss). Al cónyuge y a los hijos se les deben permitir visitas más frecuentes, en tanto esto sea posible sin perjudicar el orden en el establecimiento (BVerfG NStZ 94, 604). El peligro de fuga o de entorpecimiento autoriza el rechazo de las visitas del cónyuge, únicamente, cuando no puedan encontrarse bajo vigilancia suficiente. La madre puede visitar a su hijo, aun cuando ella es la única testigo del hecho. La vigilancia acústica de la visita -sobre todo tratándose de la visita de un miembro de la familia- sólo está permitida cuando de otro modo, en el caso particular, existan indicios concretos de una amenaza para los fines de la prisión preventiva o del orden del establecimiento (BVerfG NStZ 94, 52). Dentro del horario de visitas también son admisibles las visitas de otros detenidos en prisión preventiva.

El derecho a votar del detenido no puede ser limitado en ningún caso, antes bien se le debe dar la posibilidad de votar por correspondencia.

La intervención jurisdiccional en la situación del detenido provisionalmente está sometida a un doble control: el del Juez de Vigilancia y del Juez encargado del procedimiento. Se establece, además, una coordinación entre estas dos autoridades, al preverse que si el Juez de Vigilancia constata que la detención ha adquirido las características de una pena anticipada, lo comunicará de inmediato al juez encargado del procedimiento, para que resuelva lo que corresponda.

304

RECURSO

La resolución que imponga la detención o internación provisional, una medida sustitutiva o la deniegue, será apelable. (9)

La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada. El juez remitirá el escrito de apelación y las copias necesarias dentro de las veinticuatro horas. La cámara resolverá, sin más trámite, dentro de los tres días siguientes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 257, 292, 302, 417, 418, 419, 420

II. COMENTARIO

No todas las medidas cautelares, sino únicamente aquellas que impliquen la privación de libertad, por imponerla directamente o denegar su revisión, pueden ser impugnadas. Lógicamente, se prevé que la interposición del recurso no suspenderá su aplicación, pues de otro modo perderían, en buena medida, el fin preventivo-cautelar que la legislación les asigna. En contrapartida, se establecen plazos breves para la sustanciación y resolución del recurso.

1177

También se prevé el recurso de apelación contra la medida de detención provisional (art. 257 CPP). Aunque nada dice expresamente este precepto, la tramitación y resolución del mismo debería ajustarse a la tramitación sumaria prevista en el precepto comentado (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.836).

La tramitación, preferente y sumaria, que se establece en este precepto es una consecuencia del derecho fundamental afectado por la medida impugnada: el derecho a la libertad personal.

De acuerdo con ello, el juez que haya dictado la medida cautelar remitirá de forma inmediata el escrito de apelación con las copias necesarias en las veinticuatro horas siguientes a la interposición del recurso y, sin otro trámite, la Cámara resolverá en los tres días siguientes.

La tramitación se simplifica en relación con la general prevista en los arts. 417 a 420 CPP. Sin embargo, no puede aceptarse tal simplificación hasta el punto de impedir la contestación al recurso, de tal modo que, como sugieren ANTÓN BLANCO y MARCO COS,

resulta conveniente abrir un trámite de impugnación similar al establecido en el art. 419 CPP (ANTÓN BLANCO y MARCO COS, p.836). A nuestro juicio, ningún inconveniente hay en hacerlo, pero debe primar la urgencia en la resolución, por lo que tal actuación deberá hacerse compatible con la observancia de los plazos establecidos en este precepto.

Recuérdese, por otra parte, la jurisprudencia de la CIDH a propósito de la necesidad de que el ordenamiento interno prevea un recurso efectivo inspirado en las garantías del debido proceso:

1178 “Los principios consagrados en esos artículos (arts. 25.1 y 8.1 de la Convención) -el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales- tienen jerarquía de derechos fundamentales en nuestra Convención, debido a que precautelan la situación de la persona humana en la compleja relación individuo-Estado. En consecuencia, la efectiva vigencia de estos principios no se puede limitar a la mera constatación formal de recaudos procesales. Si bien es cierto que la garantía del debido proceso parece referirse fundamentalmente a la fase de sustanciación en primera instancia del juicio o de comprobación de la incriminación o exculpación del acusado, la cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores, por cuanto es ante ellos donde esos vicios se corrigen. Como celosos custodios de la majestad de la justicia, los tribunales que conocen una apelación o un pedido de revisión deben examinar no sólo el fundamento del recurso sino también constatar si se han observado las normas del debido proceso, incluso respecto de irregularidades no denunciadas” (Informe 74/90).

“El derecho a peticionar que se determine la legalidad de la detención, es fundamental de los derechos constitucionales y humanos de todo detenido, en el caso de que haya sido privado de la libertad por el Estado (Informe 10/95).

305

MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES

Las medidas cautelares de índole civil, serán acordadas por el juez, a petición de parte, para garantizar la multa o la responsabilidad civil; su trámite y resolución se registrará por el Código de Procedimientos Civiles.

I. CONCORDANCIAS

- CPC, 612 y ss.

- CPP, 292 y 293 (detención provisional), 295.7 y 299 (caución económica como medida sustitutiva de la detención provisional), 296 (auto imponiendo la medida sustitutiva), 297 (cesación de la detención provisional), 300 (ejecución de las cauciones), 308 (sobreseimiento definitivo), 312 (recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo), 360 (sentencia absolutoria), y 361 (sentencia condenatoria)
- LCLDA, 25

II. COMENTARIO

Las medidas cautelares reales tienen por finalidad asegurar la responsabilidad civil derivada del delito, esto es, el contenido meramente civil de la sentencia de condena y también ciertos contenidos penales como el pago de la multa y las costas procesales.

El CPP, no se ocupa de la regulación de esta clase de medidas, pues se limita a remitirse a las normas del CPC, en concreto a sus arts. 612 ss., en los que se regula la práctica del embargo cautelar.

Los presupuestos de las medidas cautelares reales son los mismos que los de toda medida cautelar, esto es, el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”, aunque la exigencia de este último, como veremos, se atenúa en las medidas cautelares reales del proceso penal. Pero, además, con carácter previo, es preciso que se manifieste la necesidad de asegurar alguno de los posibles contenidos civiles del fallo condenatorio que, en cada caso, justifique su adopción: condena en costas, pena de multa y responsabilidad civil “*ex delicto*”.

1179

Por ello, se dice que en el proceso penal las medidas cautelares reales son contingentes, en la medida que sólo se concibe su existencia en aquellos casos en que el fallo condenatorio habrá de extenderse al pago de la pena de multa o se produce responsabilidad civil, porque el delito ha causado unos perjuicios que hayan de ser indemnizados.

Sin embargo, existen muchos delitos, que pueden constituir el objeto del proceso penal, para los que no se prevé la pena de multa. Al igual, existen múltiples infracciones que no dan lugar a responsabilidad civil, pues para que ello se produzca es necesario que la infracción haya causado un resultado lesivo. En estos casos, es claro que no tiene fundamento el aseguramiento de las consecuencias, más que para asegurar la ejecución de la condena en costas. Por ello, es por lo que se dice que las medidas cautelares reales en el proceso penal tienen carácter contingente.

El “*fumus boni iuris*” requiere siempre la existencia de una imputación, pero se configura de manera distinta según se trate de la responsabilidad civil del propio imputado o de un tercero, en los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria.

Respecto del imputado, es preciso que los indicios de criminalidad, en que se basa la imputación, lo sean por un delito de los que, por su naturaleza y grado de ejecución, puedan derivarse responsabilidades civiles. Además, cuando la medida cautelar se dirija contra un tercero, cuya responsabilidad civil también haya de ser declarada en la sentencia, la apreciación de los indicios que dan lugar a la imputación debe extenderse a los presupuestos legales de los que surge la obligación de indemnizar solidaria o subsidiariamente.

Así, a la relación laboral entre el imputado y el dueño de empresa o establecimiento, cuando el delito ha sido cometido por un trabajador a su servicio (art. 120 CP); a la relación existente entre el autor y el Estado o sus entes autónomos, cuando el delito se haya cometido por un funcionario (art. 121 CP); y a la relación de dependencia con una persona jurídica, cuando el delito se hubiese cometido por sus administradores, gerentes, dependientes o trabajadores (art. 121 CP).

1180 En cambio, en el caso de los partícipes a título lucrativo en el hecho delictivo (art. 118 CP), el “*fumus boni iuris*” se reduce a la existencia de una imputación, en los mismos términos que para el imputado.

Decíamos que en el proceso penal la exigencia de “*periculum in mora*” se atenúa. A diferencia del proceso civil no se requiere que exista un temor fundado de que el sujeto pasivo del proceso no pueda hacer frente a la condena, sino que se presume que el mero transcurso del tiempo, necesario para llegar a la resolución definitiva, justifica el aseguramiento, sin necesidad de probar la insuficiencia patrimonial del obligado o el fundado temor de que disminuya el patrimonio del responsable.

Por tanto, las medidas cautelares civiles deben ser adoptadas siempre que resulten necesarias para hacer posible la futura efectividad de la resolución judicial, sin que pueda exigirse del solicitante de la medida la prestación de contracautela alguna.

Como el resto de las medidas cautelares, las medidas cautelares reales se rigen por el principio de legalidad, jurisdiccionalidad y, a diferencia de las personales, por el principio de rogación.

El principio de legalidad conlleva que no puedan imponerse otras medidas que las legalmente previstas, en este caso la caución y el embargo, a cuya regulación, contenida en el CPC se remite expresamente este precepto.

Además, sólo pueden ser adoptadas por el juez de la causa, según los casos, el juez de paz, tras la realización de la audiencia inicial (art. 256.10 CPP) o el juez de instrucción en el auto de instrucción (art. 266.1 CPP) o tras la realización de la audiencia preliminar (art. 320.12 CPP); y su adopción exige que se acuerden mediante resolución motivada, como garantía de la vigencia del principio de proporcionalidad.

A diferencia de las medidas cautelares personales, rige el principio dispositivo y, por tanto, sólo pueden ser acordadas a petición de parte, según se desprende del art. 256.10: “Decretará, a petición del fiscal o de la víctima, el embargo o cualquier medida de resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable, cuando hayan elementos de convicción suficientes para estimar que ha existido un hecho punible en el que ha participado el imputado”.

Son dos las clases de medidas que pueden acordarse, la caución y el embargo. La primera consiste en la garantía personal por la que un tercero asume, anticipadamente y a resultas, el pago de las responsabilidades civiles que en su día declare la sentencia. En virtud del principio de proporcionalidad, que también rige en esta materia, el juez deberá declarar la adecuación o suficiencia de la fianza, en atención a la solvencia del fiador.

El embargo, consiste en la traba o afectación directa de los bienes del imputado o del responsable civil subsidiario. Puede extenderse a bienes muebles o inmuebles y, en relación con los primeros, pueden ser objeto de embargo toda clase de fondos, depósitos bancarios, valores, acciones o cualquier título participativo en entidades mercantiles.

1181

A este respecto debe señalarse que el art. 25 Ley contra el Lavado de Dinero y Activos contempla una medida especial, al autorizar al juez a ordenar el congelamiento de las cuentas bancarias y el secuestro preventivo de los bienes de los imputados mientras se desarrolla la investigación.

Por último, en el art. 180 CPP se contempla el secuestro judicial, consistente en el aseguramiento de cosas directamente relacionadas con el delito. Presenta la particularidad de que en su adopción concurre una doble finalidad, que ha hecho dudar de que se trate de auténticas medidas cautelares patrimoniales. Por un lado, constituyen verdaderas diligencias de investigación y asegurativas de las pruebas o elementos de convicción. Por otro, no puede desconocerse que estos actos de aprehensión y depósito de los bienes intervenidos también responden a una finalidad aseguratoria, en cuanto que se dirigen a asegurar la efectividad de la pena accesoria de comiso. Desde este punto de vista, al menos, participan efectivamente de la naturaleza de las medidas cautelares patrimoniales.

CAPÍTULO IX

REVISIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

306

SOLICITUD DE REVISIÓN

El imputado y su defensor podrán solicitar la revisión o la sustitución de una medida cautelar en cualquier estado del procedimiento y todas las veces que lo consideren oportuno, sin perjuicio de la responsabilidad profesional del defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 297, 307

1182 II. COMENTARIO

Una de las características de las medidas cautelares es su provisionalidad y la posibilidad de revisión en cualquier estado del proceso. Ya lo hemos visto, para la detención provisional, a propósito de la aplicación de la cláusula “rebus sic tantibus” (art. 297 CPP). La revisión, además, no sólo es posible a instancia de la parte interesada, sino también de oficio (art. 307 CPP).

De acuerdo con ello, el precepto comentado admite la posibilidad de que, en cualquier estado del procedimiento, el imputado o su defensor soliciten la revisión o sustitución de la medida cautelar.

No se imponen límites a la posibilidad de formular solicitudes de revisión, por lo que podrá interesarse cuantas veces convenga. No obstante, deben evitarse las peticiones reiteradas y abusivas, especialmente, si tienen una finalidad dilatoria o entorpecedora de la investigación.

La solicitud de revisión deberá fundarse en la modificación de los motivos que se tuvieron en cuenta para adoptar la medida cautelar y, en tal sentido, deberá presentarse una justificación, razonada y suficiente, del cambio de circunstancias. De otro modo, no estará justificada la revisión de la medida cautelar.

307

EXAMEN OBLIGATORIO

Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en las que se dispone expresamente, el juez examinará la continuación de la detención o internación provisional o, en su caso, dispondrá la sustitución por otra medida o la libertad del imputado.

El examen se realizará en audiencia oral con citación de todas las partes; pero la audiencia se llevará a cabo con aquellos que concurran. Inmediatamente de finalizada y se llevará a cabo dentro de los cuarenta y ocho horas de solicitado, el juez resolverá.

La audiencia prevista en el Artículo anterior se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, siempre que la petición sea calificada de pertinente por el Juez y no sea dilatoria o repetitiva. (9)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 292, 302, 306

1183

II. COMENTARIO

Este precepto impone al juez la obligación periódica de examinar la procedencia de mantener la situación de detención o internación provisional, o sustituirlas por otra medida, pudiendo incluso disponer la libertad del imputado.

Aunque se trata de un examen de oficio y, por tanto, el juez no está vinculado a la petición de las partes, es preciso oírlas previamente. A tal efecto, se exige la celebración de una audiencia oral, a la que se cita a todas las partes, aunque su inasistencia no impedirá su celebración.

La audiencia se celebra dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que fue solicitada y el juez debe resolver inmediatamente. Sin embargo, no existirá obligación de celebrarla cuando existan motivos razonables para considerar que es reiterativa o la petición se formula con manifiesto abuso de derecho.

A diferencia de lo establecido en el artículo anterior, que es aplicable a todas las medidas cautelares, la revisión obligatoria, que se establece en este precepto, se contrae, únicamente, a las medidas cautelares que conllevan privación de libertad.

Resulta lógico, pues, como han recordado ANTÓN BLANCO y MARCO COS, la detención y la internación provisional son las medidas más graves de cuantas pueden ser adoptadas en el curso del proceso.

La revisión de oficio se funda en que el mantenimiento de tales medidas debe quedar supeditado a la estricta necesidad de su aplicación y a la subsidiariedad, que se traduce tanto en la eficacia de la medida, como en la ineficacia de otras de menor intensidad coactiva y, por tanto, dada su provisionalidad, deben ser revisadas tan pronto cambien las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

CAPÍTULO X

SOBRESEIMIENTO

308

PROCEDENCIA DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

El juez podrá dictar el sobreseimiento definitivo en los casos siguientes:

- 1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito o que el imputado no ha participado en él;
- 2) Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba;
- 3) Cuando el imputado se encuentra exento de responsabilidad penal por estar suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen ésta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad; y,
- 4) Cuando se ha extinguido la responsabilidad penal o por la excepción de cosa juzgada.

1185

I. CONCORDANCIAS

- CP, 27
- CPP, 31, 47, 84, 239, 248, 251, 256, 277.3 y 4, 282, 313, 314, 316, 333

II. COMENTARIO

A) Concepto y notas esenciales

El sobreseimiento es la resolución judicial emanada del órgano competente mediante la cual se pone fin al proceso, provisional o definitivamente, sin actuar el “ius puniendi” estatal (GIMENO SENDRA, p.564). Constituye la alternativa a la apertura del juicio oral, pues como ha destacado la doctrina es un acto que pone fin al proceso, guardando gran semejanza, en cuanto a los efectos que produce, con la sentencia absolutoria. Supone siempre la suspensión del proceso y, por eso, consiste en una resolución judicial por la que se suspende el proceso penal, bien de una manera provisional o definitiva.

Su fundamento descansa en la falta de acusación. Para abrir el juicio oral y someter a enjuiciamiento a una persona, hace falta que alguien ajeno al Tribunal, el Ministerio fiscal o el querellante, ejercite la acción penal (art. 313 CPP). Si el Ministerio fiscal o el querellante desisten de acusar, falta el objeto del proceso que es, precisamente, decidir sobre el contenido de la acusación. Ante ello es obligado concluir el proceso y esto se consigue mediante el sobreseimiento.

No obstante, el sobreseimiento no es la única forma de finalizar anticipadamente el proceso penal, toda vez que en nuestro ordenamiento existen otras resoluciones que también conllevan la finalización anticipada del mismo: la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación de un criterio de oportunidad y la conciliación (art. 32.1 4, 5 y 7 CPP).

Dos son los caracteres que cabe extraer del concepto de sobreseimiento. Por un lado, es un acto procesal que se concreta en una decisión judicial; esta decisión, en cuanto que pone fin al proceso, al impedir el ejercicio de la acción penal, debe ser objeto de una fundamentación minuciosa, es decir, en ella deben quedar expresados los motivos que permiten considerar que se dan los presupuestos que impiden la apertura del juicio oral.

1186 Por otro, el sobreseimiento es una decisión de fondo, que permite equipararlo a la sentencia absolutoria, en cuanto que es capaz de producir los efectos de la cosa juzgada, impidiendo una nueva persecución por el mismo hecho (“ne bis in idem”). El valor de este pronunciamiento es, por tanto, el cierre del proceso de manera definitiva e irrevocable, que permite invocar la excepción de cosa juzgada en los casos de sobreseimiento definitivo.

Es común en la doctrina considerar el sobreseimiento como un acto conclusivo que se dicta en el curso de la llamada fase intermedia. Esta apreciación se corresponde con la consideración de la instrucción como una etapa procesal preparatoria, cuya función no es tanto preparar el juicio oral, haciendo posible el correcto ejercicio de la acción penal, como servir de filtro, evitando la realización de juicios inútiles e innecesarios. Desde esta perspectiva funcional es clara la consideración del sobreseimiento como un acto conclusivo equivalente en sus efectos a la cosa juzgada.

Ahora bien, esto sentado conviene advertir que el sobreseimiento no sólo es posible como acto conclusivo de la instrucción, sino que su interposición también es posible en la audiencia inicial (arts. 248.3 y 256.4 CPP), a lo largo de la instrucción (art. 277. 3 y 4 y 282 CPP) e, incluso en el juicio oral (art. 333.1 CPP), aunque lógicamente la mejor oportunidad para acordarlo es en la fase intermedia, es decir, en el seno de la audiencia preliminar.

El proceso penal, concebido como el conjunto de la fase instructora y del plenario, no tiene, a diferencia del civil, vocación en sí mismo de concluir mediante sentencia. La sentencia es la conclusión normal del juicio oral, pero en cuanto a la fase instructora, por su finalidad de aportación del material necesario para decidir si procede o no iniciar el enjuiciamiento, puede concluir de dos formas, según se haya o no logrado reunir el material necesario para concretar los elementos del enjuiciamiento: mediante la decisión de apertura del juicio oral o, alternatively, mediante el sobreseimiento.

En efecto, conforme al art. 316 CPP las partes están facultadas para proponer al juez que se pronuncie por el sobreseimiento como alternativa del juicio oral. En tal caso, el imputado quedará totalmente desvinculado del proceso o, en su caso, quedará a la posibilidad de su reapertura durante un plazo determinado, transcurrido el cual, si ésta no se produce, tendrá lugar la clausura definitiva del proceso.

B) Sobreseimiento definitivo y provisional

Cabe distinguir, en primer término, entre el sobreseimiento definitivo y el provisional. Sólo el primero provoca la terminación anticipada del proceso e imposibilita que se pueda iniciar otro sobre los mismos hechos y contra el mismo imputado. El sobreseimiento provisional, en cambio, no impide que en un momento ulterior, aunque sujeto a un plazo de caducidad, el proceso se ponga de nuevo en marcha y se llegue a su terminación definitiva, por sentencia recaída en juicio oral, o anticipadamente, por sobreseimiento definitivo.

1187

A causa de ello se dice que el sobreseimiento es definitivo porque desvincula totalmente al imputado de la relación procesal, absolviéndole anticipadamente de los cargos o imputaciones. El sobreseimiento es provisional cuando la cesación del proceso no es definitiva, es decir, cuando existe una desvinculación limitada del imputado en la relación procesal, pues el proceso puede reabrirse de nuevo, aunque sólo durante un cierto tiempo.

Por los distintos efectos que produce el sobreseimiento, según sea provisional o definitivo, resulta lógico que las causas que provocan el primero sean temporales, ya que es su modificación posterior la que puede determinar un cambio en el estado del proceso. En cambio, los motivos que provocan el sobreseimiento libre están basados en la certeza, es decir, en la ausencia, definitiva e irreversible, de los elementos de hecho o de derecho que hacen posible el ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, el enjuiciamiento final de la causa.

C) Sobreseimiento total y parcial

Atendiendo a la diferente amplitud, subjetiva u objetiva, del sobreseimiento, se distingue en la doctrina entre sobreseimiento total o parcial. Se dice que el sobreseimiento

es total cuando favorece a todos los imputados (litisconsorcio pasivo o de imputado) o cuando se dicta respecto de todos los hechos que han sido objeto de investigación en el procedimiento preliminar (acumulación de objetos procesales). Por el contrario, el sobreseimiento es parcial cuando se dicta sólo respecto a alguno o algunos imputados o cuando afecta únicamente, a alguno de los hechos investigados.

D) Motivos de sobreseimiento definitivo

Los motivos por los que procede el sobreseimiento libre se concretan en cuatro apartados:

- a) Inexistencia de hecho, inexistencia de delito o falta de participación del imputado en el delito.
- b) Falta de indicios racionales en que fundar la acusación y de previsibilidad de incorporar nuevos elementos en que basar la acusación.
- c) Exención de la responsabilidad penal.
- d) Extinción de la responsabilidad penal y cosa juzgada.

1188 E) Inexistencia de hecho, de delito o falta de participación del imputado (art. 308.1)

El primer motivo por el que cabe acordar el sobreseimiento definitivo hace referencia a la falta del elemento fáctico, del elemento jurídico o del elemento personal. Así, procede el sobreseimiento cuando se obtiene la certeza negativa sobre la existencia del hecho delictivo que ha dado lugar a la formación del proceso. Afirmar la inexistencia del hecho significa aceptar definitivamente que el sustrato fáctico que sirve de fundamento a la imputación no se ha mostrado de manera alguna en la realidad, es decir, que los hechos que configuran el tipo no han existido.

Obsérvese que la aplicación de este primer motivo de sobreseimiento se subordina a que, como resultado de las diligencias de investigación y de la misma instrucción formal, resulte indudable la inexistencia del hecho delictivo, sin que, por lo tanto, baste la mayor o menor probabilidad de su existencia que sólo podrá servir para fundar el sobreseimiento por la vía del apartado segundo de este mismo precepto.

También procede el sobreseimiento cuando, aun existiendo el hecho, éste no es constitutivo de delito. Este motivo de sobreseimiento significa que iniciado el proceso por un hecho aparentemente ilícito, la práctica de las diligencias de instrucción, sin embargo, han puesto de manifiesto que el hecho no constituye delito, por falta de alguno de los elementos de la configuración típica de la conducta delictiva. Al igual que sucede

en el supuesto anterior, también en éste es preciso que no exista duda sobre el carácter no delictivo de los hechos investigados.

Conviene advertir que este motivo de sobreseimiento exige considerar, únicamente, la falta de tipicidad del hecho, sin atender a otras circunstancias del delito que, no obstante, pueden dar lugar al sobreseimiento por aplicación del motivo previsto en el apartado tercero.

La falta de participación del imputado en el hecho investigado, acarrea la misma consecuencia, siempre que tenga fundamento y resulte demostrable, hasta el punto de poder alcanzar la certeza sobre ello. No obstante, en este último caso, constatada la ausencia de participación del imputado en el hecho delictivo, si existe la posibilidad de que en un futuro inmediato puedan incorporarse otros elementos de convicción que permitan descubrir al verdadero responsable, el sobreseimiento que procede es el provisional, aunque quedando suficientemente plasmado en la resolución que se dicte la total desvinculación del proceso de aquel sujeto contra el que primero se dirigieron las sospechas.

La trascendencia de elegir entre uno u otro motivo de sobreseimiento reside en el efecto de cosa juzgada: si se basa en la inexistencia de hecho o en su consideración como no delito, no puede seguirse una nueva causa por el mismo hecho, aunque se atribuya a persona distinta de la inicialmente imputada; en cambio, si se basa en la falta de participación del imputado, la cosa juzgada sólo afecta a la persona a quien el sobreseimiento beneficia, pero no impide seguir nueva causa por el mismo hecho contra persona distinta de aquélla que se benefició del sobreseimiento.

1189

F) Imposibilidad de fundar la acusación (art. 308.2)

El segundo motivo por el que procede dictar el sobreseimiento definitivo se refiere a la imposibilidad de fundar la acusación o a la imposibilidad de incorporar al proceso nuevos elementos de prueba. Descartada la posibilidad razonable de variar la situación de incertidumbre que arroja la investigación fiscal sobre el hecho y la responsabilidad del imputado por el mismo, la situación de incerteza y, por tanto, de duda, no justifica la apertura del juicio, dado del “status” de inocencia del que, en principio, se parte.

G) Exención de la responsabilidad penal (art. 308.3)

El tercer motivo que determina el sobreseimiento definitivo contempla el supuesto de que el imputado se encuentre exento de responsabilidad penal (art. 27 CP). Se aplica cuando, estando acreditada la existencia del hecho delictivo e identificada la persona que lo ejecutó, resulta que ésta se encuentra exenta de responsabilidad criminal.

Es dudoso que deban incluirse en este apartado los supuestos en que se acredita que el sujeto actuó amparado por una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho). En tales casos, la causa justificante determina la ausencia de antijuridicidad del hecho, es decir, su licitud, lo que indudablemente provoca la inexistencia de delito por faltar uno de los elementos esenciales del mismo. Por ello, la conclusión debe ser que este tipo de supuestos deben tratarse al amparo del apartado primero que contempla, expresamente, que el hecho cometido no constituya delito.

Esta conclusión es la que nos lleva a considerar que el ámbito natural de eficacia de este tercer motivo de sobreseimiento definitivo se contrae las causas de exculpación, es decir, a los supuestos en que el inculcado es inimputable o siéndolo se encuentra amparado por una excusa absolutoria.

Para que el sobreseimiento sea posible se exige que la concurrencia de la causa de exención de la responsabilidad criminal se encuentre “suficientemente probada”, es decir, aparezca constatada de modo indudable, pues, en otro caso, existiendo duda acerca de su concurrencia, será necesario abrir el juicio para decidir sobre la exención.

1190 La minoría de edad, ciertamente, permite el sobreseimiento por este motivo, pues, por su carácter indudablemente objetivo, constituye una causa de exención de la responsabilidad, clara y fácilmente acreditable. Sin embargo, el efecto que produce no es la terminación del proceso, sino la inhibición en favor la jurisdicción de menores.

La situación de inimputabilidad, basada en la falta de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para orientar la propia conducta de acuerdo con esa comprensión (enajenación mental, grave perturbación de la conciencia y desarrollo psíquico retardado o incompleto) en algunos casos puede ser fácilmente constatada durante la instrucción. Sin embargo, cuando sea necesario aplicar una medida de seguridad, el proceso debe seguir hasta su finalización con la sentencia definitiva, pues sólo tras un juicio oral y contradictorio, en el que se discuta la procedencia de la medida, ésta puede ser aplicada, especialmente cuando conlleve la privación de la libertad.

En consecuencia, sólo en aquellos casos en que la apreciación de una causa de exención de la responsabilidad no conlleve el sometimiento de aquél en quien concurra a una medida de seguridad, procederá el sobreseimiento.

También procede cuando el imputado se encuentra amparado por una excusa absolutoria, puesto que en tales casos, aun existiendo delito, no es aplicable la pena. Piénsese, por ejemplo, en el hurto entre parientes o en la tentativa desistida.

Se ha discutido si también procede el sobreseimiento cuando falta un requisito de procedibilidad, como la existencia de denuncia del ofendido en los delitos de acción

privada. Sin embargo, debe entenderse que en tales supuestos el proceso nunca debió haberse iniciado y, por ello, que es nulo “ab initio”. En tal sentido, resulta más apropiada la declaración de nulidad que el sobreseimiento, si bien éste podrá ser un remedio eficaz para los casos en que la falta del requisito de procedibilidad sobrevenga una vez iniciado el proceso.

H) Extinción de la acción penal (art. 308.4)

Aunque el tenor literal del enunciado legal se refiere a la extinción de la responsabilidad penal, desde el punto de vista procesal se trata de supuestos de extinción de la acción penal, los previstos en el art. 31 CPP, que pueden ser opuestos como excepción de previo pronunciamiento conforme al art. 277.3 CPP.

En estos supuestos, aunque el delito está completo, no se excluye la pena, como sucede en el caso de la excusa absolutoria, sino que se impide el ejercicio de toda actividad acusatoria, e incluso jurisdiccional, tendente a comprobar el hecho y a obtener una resolución en cuanto al fondo.

Así pues, procede el sobreseimiento cuando se produce la muerte del reo, porque en tales casos se extingue la acción y el proceso no puede continuar. El perdón del ofendido, la prescripción, el indulto, la conciliación, la aplicación de un criterio de oportunidad, el cumplimiento del plazo a prueba... etc. provocan el mismo efecto y, por ello, pueden alegarse como motivo del sobreseimiento. Ahora bien, todas estas causas extintivas de la responsabilidad penal pueden aparecer después de abierto el juicio oral. En tales casos deberán apreciarse como fundamento de la sentencia absolutoria.

1191

I) La cosa juzgada (art. 308.4)

La regulación legal contempla, expresamente, la cosa juzgada como fundamento del sobreseimiento definitivo. A diferencia de los supuestos anteriores, la cosa juzgada se produce cuando ya recaído en otro proceso una resolución, firme y definitiva, sobre el mismo hecho y contra las mismas personas.

El efecto principal de la cosa juzgada radica en la imposibilidad de reproducir el proceso sobre el mismo objeto y contra las mismas personas. Su fundamento excluyente se encuentra en el principio “ne bis in idem”, sancionado en la Constitución, que impide la reiteración de la persecución penal.

El efecto de cosa juzgada lo producen todas las resoluciones que ponen término al proceso, impidiendo su reproducción ulterior. Por tanto, no sólo las sentencias, sino también los autos de sobreseimiento definitivo, que producen los mismos efectos que la sentencia absolutoria. No obstante, para producir tal efecto, estas resoluciones han de ser firmes y haberse dictado por un órgano judicial competente.

309

SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

El sobreseimiento se entenderá provisional cuando los elementos de convicción obtenidos hasta ese momento sean insuficientes para fundar la acusación, pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros elementos de convicción. La resolución mencionará concretamente los elementos de convicción sobre la participación del imputado que la Fiscalía General de la República ofrece incorporar.

El sobreseimiento provisional ejecutoriado, hará cesar toda medida cautelar.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 84, 239, 248, 250, 256, 313, 314, 316

II. COMENTARIO

1192 A diferencia del sobreseimiento definitivo, el provisional supone un estado de duda que puede despejarse; se han practicado las diligencias de averiguación pertinentes y, no obstante, no se ha conseguido contar con los elementos necesarios para entrar en juicio, ya que el resultado de la investigación se muestra insuficiente para acreditar el hecho delictivo o la participación en él de una determinada persona.

Por tanto, dos son los motivos en los que, a nuestro juicio, permiten puede fundarse sobreseimiento provisional: la falta de prueba suficiente para entender justificada la existencia del hecho delictivo o, existiendo el hecho punible, la falta de prueba en cuanto a la participación en el mismo del imputado.

En efecto, la apertura del juicio oral sólo es posible cuando los acusadores pueden formular una acusación fundada, porque pueden proponer prueba sobre la realización de unos hechos punibles que resultan del procedimiento y sobre la participación en los mismos de determinada o determinadas personas. Por ello, cuando las investigaciones practicadas han desvanecido aquella posibilidad que motivó la iniciación del proceso deberá ponerse fin al mismo, dictando auto de sobreseimiento definitivo; mientras que si, una vez concluido el procedimiento preliminar, la posible comisión de un hecho delictivo no se ha desvirtuado, pero la posibilidad no ha dado paso a una probabilidad que permita la práctica de prueba en el juicio oral, procederá suspender el proceso mediante auto de sobreseimiento provisional (MASCARELL NAVARRO, p.117).

Se trata, consiguientemente, de motivos temporales, pues nada impide que, con posterioridad, se obtengan nuevos datos que permitan completar el resultado de la investigación. En tal caso, el sobreseimiento conlleva la suspensión del proceso, en virtud de la posibilidad razonable de que aparezcan nuevos elementos de prueba que permitan fundar la acusación para proceder a la apertura del juicio. Por ello, el fundamento de esta clase de sobreseimiento es que la acusación adolezca del fundamento necesario porque los elementos de prueba no sean suficientes.

Ello sólo puede deberse a dos motivos: que no exista prueba suficiente para hacer la calificación del hecho o que no exista prueba suficiente respecto a la participación concreta de una persona en el delito. En ambos casos la decisión se apoya en la insuficiencia de la prueba recogida en la instrucción, que impide entrar en juicio ante la situación de duda que provoca. Sin embargo, nada impide reabrir la causa si tal insuficiencia se subsana, de ahí su carácter provisional.

En suma, habrá de sobreseerse cuando de la instrucción practicada los actos de investigación hayan puesto de relieve la falta de material de hecho suficiente para fundamentar la pretensión punitiva, bien en su dimensión objetiva (existencia de hecho), bien en la subjetiva (determinación del presunto autor), pero existan posibilidades razonables de completar la instrucción mediante la incorporación de nuevos elementos de prueba.

1193

Por tanto, hemos de insistir en que para que proceda disponer el sobreseimiento provisional debe existir una posibilidad razonable de completar la instrucción. Como ha señalado BINDER, existe el riesgo de que abuse del sobreseimiento provisional, ante lo cual “es conveniente que el sobreseimiento provisional quede limitado a aquellos casos en los que existe alguna posibilidad real y concreta de que la investigación sea reanudada o aparezca algún elemento de prueba. Caso contrario, se debe resolver de un modo definitivo, ya que existe un derecho, también básico, que indica que las personas sometidas a proceso tienen que tener la certeza sobre su situación y se debe arribar a una solución definitiva en un plazo razonable” (BINDER, p.220). Este es, a nuestro juicio, el sentido de la limitación temporal que se impone en este precepto.

310

EFFECTOS DEL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

Cuando dentro del año contado a partir de la fecha en que se pronuncie la resolución del sobreseimiento provisional surjan nuevos elementos de prueba sobre la participación que tornen viable la reapertura de la institución; el juez, a petición de la Fiscalía General de la República, la decretará y si es necesario la aplicación de nuevas medidas cautelares.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 45, 46, 47, 247

II. COMENTARIO

El sobreseimiento provisional produce, como su nombre indica, un efecto no definitivo, constituyendo una conclusión del proceso que es solamente provisional, con efectos más de suspensión que de conclusión.

Esta apreciación se basa en que los motivos que permiten decretarlo no se apoyan en la certeza inexistencia del hecho delictivo o de la persona responsable del mismo, sino tan solo en la falta de elementos suficientes para determinarlo.

A causa de ello, con el sobreseimiento provisional no precluye el proceso, siendo posible su futura reapertura si aparecen nuevos elementos de prueba. Ahora bien, la revocación del sobreseimiento y la reapertura del proceso sólo procede si aparecen nuevos elementos de prueba durante el término fijado legalmente, un año, transcurrido el cual el sobreseimiento se vuelve definitivo.

1194 El sobreseimiento definitivo, a diferencia del provisional, sí produce efectos de cosa juzgada.

Ambas clases de sobreseimiento provocan otras consecuencias:

El primer efecto que produce el sobreseimiento es el archivo material de las actuaciones, cuyo efecto inmediato consiste en guardar físicamente los autos. No obstante, en el caso del sobreseimiento provisional, el archivo de las actuaciones es meramente provisional, por lo que tan sólo produce la suspensión temporal del procedimiento que podrá reabrirse si aparecen nuevos datos que justifiquen una decisión sobre la apertura del juicio oral o, alternativamente, de sobreseimiento libre.

Ambas clases de sobreseimiento, además, impiden la apertura del juicio oral, bien en su totalidad o, únicamente, respeto de los hechos o imputados a los que se extienda la decisión de sobreseimiento en el caso de ser parcial y no total.

Posiblemente, el más importante, consiste en levantar todas las medidas cautelares, personales y reales, acordadas en el curso del proceso, para asegurar tanto el cumplimiento de la condena como la responsabilidad civil. El imputado a quien favorece la decisión de sobreseimiento debe ser considerado inocente a todos los efectos y, por tanto, carece de justificación el mantenimiento de las medidas cautelares. Tan sólo cuando del sobreseimiento es provisional y se ha formulado recurso de apelación

pueden mantenerse, pero de forma muy limitada, sustituyendo la detención provisional por alguna medida alternativa(art. 295 CPP) y esto sólo por el plazo máximo de un año.

Asimismo, deberán quedar sin efecto las fianzas y embargos acordados en el proceso, devolviendo las piezas de convicción a su dueño si es conocido.

311

FORMA Y CONTENIDO

El sobreseimiento, tanto definitivo como provisional, contendrá:

- 1) Identificación del imputado;**
- 2) Descripción del hecho que se le atribuye;**
- 3) Fundamentación, con un detallado análisis de la prueba;**
- 4) Pronunciamiento sobre la responsabilidad civil; y,**
- 5) La cita de las disposiciones legales aplicables.**

1195

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 256, 320

II. COMENTARIO

El sobreseimiento deberá ser acordado por Auto individualizando la persona del imputado, a cuyo favor se dicta, requisito que resulta indispensable observar por los efectos que el sobreseimiento provoca. Por la misma razón debe ser descrito minuciosamente el hecho y coincidir, sustancialmente, con el que ha dado lugar a la incoación del proceso. De ello depende la aplicación ulterior del principio “ne bis in idem” y la concreción de su alcance.

Como toda resolución judicial, debe contener una fundamentación suficiente, expresando el resultado de la investigación practicada, las conclusiones que de la misma se derivan y el motivo concreto en que se basa la decisión de sobreseimiento, mostrando, cuando se trata del sobreseimiento definitivo, de un modo induditable la certeza de la conclusión alcanzada por el juez. De ello depende, en último término, la efectividad del control que se articula a través del recurso de apelación.

Mención especial merece el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil. No siempre es posible este tipo de pronunciamiento. Dependerá del motivo en que se base. Así, no procederá pronunciarse sobre la responsabilidad civil si el hecho no ha existido, éste no es constitutivo de delito o no ha sido cometido por el imputado. Tampoco cuando media una causa de justificación, pues en tales casos es evidente que siendo el acto lícito no existe posibilidad de reclamar.

Por el contrario, procederá el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil cuando el imputado obró en estado de inimputabilidad o en virtud de una excusa absolutoria o bien cuando habiéndose extinguido la acción penal, la acción civil no ha corrido la misma suerte.

312

RECURSOS

El sobreseimiento definitivo o el provisional durante la instrucción, serán apelables.

1196

Si el delito mereciere por su naturaleza pena de prisión superior a tres años y se interpusiere apelación del auto de sobreseimiento provisional, el juez deberá sustituir la detención provisional u otra medida cautelar, por una o varias de la medidas cautelares sustitutivas establecidas en el Art. 283 de este Código. En todo caso las medidas sustitutivas, no podrán exceder de un año, contado a partir del momento de la fecha en que se pronunció la referida resolución.

Si el delito mereciere pena de prisión cuyo máximo sea de tres años o menos, o pena de multa, se levantará inmediatamente cualquier medida cautelar que se haya impuesto, aun cuando se hubiere apelado del sobreseimiento provisional.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 256 a 258 (sobreseimiento en audiencia inicial), 308 a 311 (casos en que procede el sobreseimiento, clases y efectos), 313, 316 y 320 (sobreseimiento en audiencia preliminar), 360 y 443 (sentencias absolutorias)

II. COMENTARIO

Contra la decisión judicial disponiendo el sobreseimiento, definitivo o provisional, cabe recurso de apelación, que se sustanciará de acuerdo a lo establecido a los arts. 417 a 420 del Código Procesal Penal.

Dicho recurso se prevé tanto para el sobreseimiento dictado por el juez de paz en la audiencia inicial (arts. 256.4 y 257 CPP) como para el que dicte el juez de instrucción inmediatamente después de finalizar la audiencia preliminar (arts. 313, 316 y 320 CPP).

En cuanto a los efectos sobre las medidas cautelares del recurso de apelación contra la decisión de sobreseimiento, hay que distinguir entre el sobreseimiento definitivo y el provisional.

El art. 312 que comentamos no contiene previsión específica alguna sobre las medidas cautelares para el supuesto de apelación del sobreseimiento definitivo. Al respecto, hay que entender que cuando el sobreseimiento es definitivo el recurso de apelación despliega plenamente sus efectos suspensivos. Este parece ser el sentido de la regulación legal, al consagrar un régimen excepcional para el sobreseimiento provisional. Pero siendo excepcional, la regla debe ser la suspensión de efectos de las medidas cautelares en los casos no expresamente contemplados, es decir, cuando el sobreseimiento es definitivo. Además, equivaliendo un auto de sobreseimiento definitivo a una sentencia absolutoria, es de aplicación lo establecido en el art. 360 CPP, a cuyo comentario, efectuado por MARCO COS, nos remitimos, y, por ende, lo dispuesto en el art. 443 CPP, que establece lo siguiente: “Cuando la sentencia sea absolutoria, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquélla sea todavía recurrible”.

1197

Cuando la apelación recae sobre el sobreseimiento provisional, hay que distinguir dos supuestos: a) *en caso de delitos castigados con pena de prisión superior a tres años*, el juez *deberá* sustituir la detención provisional o medida cautelar adoptada con anterioridad por alguna de las medidas sustitutivas establecidas en el art. 295 CPP (es errónea la referencia al art. 283 en el texto original del art. 312 publicado en el Diario Oficial), sin que la nueva medida pueda exceder de un año, contado a partir de la fecha de la resolución de sobreseimiento; y b) *en caso de delitos castigados con pena de prisión de tres o menos de tres años o con pena de multa*, no cabe imponer medida cautelar alguna, debiendo levantarse inmediatamente la que se hubiera establecido con anterioridad.

Como vemos, aunque el imputado a quien favorece la decisión de sobreseimiento provisional debe ser considerado inocente a todos los efectos, se admite excepcionalmente el mantenimiento de las medidas cautelares, pero con importantes limitaciones: el delito perseguido ha de revestir suficiente gravedad, la decisión de sobreseimiento provisional ha de ser impugnada, en ningún caso puede imponerse la detención provisional y, en cuanto a la duración de las medidas sustitutivas, las mismas no podrán imponerse por plazo superior a un año.

Se trata de una limitación al efecto suspensivo de los recursos de apelación, que se corresponde con lo establecido en el art. 304 CPP, para la detención provisional, si bien no tan rígidamente, pues en el caso de la detención preventiva se impone al tribunal de apelación la obligación de resolver el recurso de forma inmediata.

CAPÍTULO XI

AUDIENCIA PRELIMINAR

313

DICTAMEN

El fiscal y el querellante podrán proponer hasta diez días antes de la fecha fijada para la audiencia preliminar:

- 1) La acusación;**
- 2) El sobreseimiento definitivo o provisional;**
- 3) La aplicación de un criterio de oportunidad de la acción pública;**
- 4) La suspensión condicional del procedimiento;**
- 1198 5) La aplicación del procedimiento abreviado, cuando la pena requerida no sea privativa de libertad o sea prisión no superior a tres años; y,**
- 6) La conciliación.**

Si por negligencia o fuerza mayor el fiscal no presenta solicitud alguna, el juez intimará al fiscal superior para que lo haga dentro de las siguientes veinticuatro horas.

En caso de que el fiscal o el querellante solicite un sobreseimiento y se trate de los supuestos señalados en el artículo 45 numero 2 de este Código, o de la aplicación de un procedimiento abreviado, podrá solicitar si fuere procedente, que el Juez de Instrucción se pronuncie en la audiencia preliminar sobre la reparación de los daños y perjuicios.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 22, 32, 45, 308, 309, 314, 315, 379, 380

II. COMENTARIO

Concluida la instrucción, tiene lugar la Audiencia Preliminar, cuya finalidad primordial es decidir acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio oral. El

objeto fundamental de esta audiencia estriba en ser un filtro para evitar acusaciones infundadas, sometiéndolas a un debate en presencia del Juez de Instrucción y de las partes, practicándose las diligencias necesarias para verificar los elementos de la imputación y, en su caso, evitar el juicio oral, cuando no existan elementos incriminatorios suficientes en contra del imputado o si existe la posibilidad de optar por un medio alternativo de finalización del proceso.

La acusación es el medio que permite al fiscal o al querellante solicitar del Juez de Instrucción la apertura del juicio oral, basándose, para hacerlo, en el resultado de las investigaciones realizadas durante la instrucción. En este momento, al Ministerio fiscal y al querellante, se les ofrecen varias posibilidades: formular dictamen de acusación si las investigaciones arrojan un resultado claramente incriminatorio contra persona determinada o, en caso contrario, solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional de la causa. También cualquiera de las posibilidades que permiten la conclusión anticipada del proceso, como la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación del procedimiento abreviado e, incluso, la conciliación. Pero lo más importante es destacar que la Audiencia Preliminar no podrá tener lugar si no media petición del Ministerio fiscal, es decir, si éste no formula del dictamen al que viene obligado.

En realidad, tanto el fiscal como el querellante están obligados a formular su dictamen al concluir la instrucción. A tal efecto, se dispone que habrán de formularlo diez días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia. En ausencia de tal dictamen la Audiencia Preliminar no podrá celebrarse. Por eso, este mismo precepto prevé, para el caso de que ni el fiscal ni el querellante formulen solicitud alguna, que el Juez de Instrucción se dirigirá al fiscal superior, con el fin de que éste se pronuncie al respecto en el plazo de veinticuatro horas. **1199**

Debe señalarse, por último, que si la solicitud es la de sobreseimiento, fundada en la concurrencia de un motivo de inimputabilidad, excusa absolutoria, muerte del procesado, amnistía, prescripción de la acción penal, aplicación de un criterio de oportunidad, revocatoria de instancia particular o tratándose de la aplicación del procedimiento abreviado, es obligado para el fiscal y facultativo para el querellante formular solicitud de reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción penal.

314

REQUISITOS DE LA ACUSACIÓN

La acusación contendrá, bajo pena de nulidad:

- 1) Datos personales del imputado, o si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;**
- 2) Relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho atribuido;**
- 3) Fundamentación de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan;**
- 4) Calificación jurídica, con expresión precisa de los preceptos legales aplicables; y,**
- 5) Ofrecimiento de prueba para incorporar en la vista pública.**

Con la acusación, el fiscal remitirá al juez las actuaciones y las evidencias que tenga en su poder.

1200 El fiscal o el querellante podrán en su acusación, señalar alternativamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

En la acusación el fiscal deberá solicitar, si fuere procedente, el pronunciamiento del tribunal de sentencia sobre el contenido de la reparación civil de los daños.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 45, 88, 260, 270, 317 y 319

II. COMENTARIO

Se establecen los requisitos esenciales que deberá contener el dictamen de acusación, sancionándose con la nulidad su formulación incorrecta, siempre que no se proceda a su subsanación (art. 319.3 CPP).

Los requisitos que, según este precepto, ha de contener el dictamen de acusación son los siguientes:

A) Datos o señas de identificación del imputado

Es preciso que se expresen los datos de identificación del imputado y, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo. Por tanto, se deberán relacionar todos los datos personales del imputado a que se refiere el art. 260 CPP: el nombre y apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, lugar de residencia, condiciones de vida, nombre de los padres, cónyuge, hijos u otras personas con las que convive, depende o se encuentran bajo su tutela.

También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 88 CPP, en cuya virtud la identificación se realiza a través de sus datos personales, impresiones dactilares, señas particulares o por cualquier otro medio que sirva para la identificación. En el caso de que el imputado se niegue a facilitar sus datos personales o los que facilite sean falsos, la identificación se realizará por medio de testigos o por cualquier otro medio que se considere útil para conseguirla.

Recuérdese que la identificación del imputado constituye una de las investigaciones imprescindibles que debe realizar el Ministerio fiscal y, en tal sentido, los arts. 238 y 239 CPP imponen a la Fiscalía General de la República y a la policía de las investigaciones preliminares la obligación de comprobar quiénes fueron los autores y partícipes en el hecho delictivo, a fin de establecer, plenamente, sus circunstancias de identidad.

1201

No obstante, en este momento procesal, en el que la presencia del imputado resulta imprescindible para la realización de la Audiencia Preliminar (art. 319.4 CPP), la intensificación del imputado no deberá entrañar especiales dificultades.

B) Relación circunstanciada del hecho imputado

El fiscal y el querellante han de incluir en su dictamen la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que hubiese sido ejecutado. La exposición de los hechos ha de estar formulada de la forma más detallada posible, de modo que debe contener una descripción concreta, clara y precisa de los hechos que constituyen el objeto de la acusación.

La importancia de concretar el hecho imputado reside, por un lado, en la función que cumple para concretar el objeto del proceso y, por otra, en que, a partir de su examen, el Juez de Instrucción habrá de pronunciarse sobre la apertura del juicio oral. Tampoco debe olvidarse la importancia que tiene para asegurar un eficaz ejercicio del derecho de defensa conocer con detalle el contenido de la acusación

Lógicamente, como se señalaba el examinar el contenido de esta exigencia a propósito del requerimiento fiscal, la relación circunstanciada del hecho debe incluir

todos los elementos, objetivos y subjetivos, de la infracción que es objeto de persecución y debe completarse con la referencia a la participación que se atribuye al imputado y con la calificación jurídica de los hechos en que se basa la imputación, citando a tal efecto las disposiciones legales aplicables al caso.

C) Fundamentación de la imputación

El fiscal y el querellante deben fundamentar en debida forma la acusación relacionando los elementos de convicción, es decir, los indicios, que existen contra el imputado, en cuanto que constituyen el fundamento inexcusable para promover la apertura del juicio oral.

La ausencia de elementos de convicción suficientes en contra del imputado provocará la solicitud de sobreseimiento, definitivo o provisional, según exista o no la probabilidad de incorporar nuevos elementos de prueba en que fundar la acusación.

Así pues, la acusación necesariamente ha de basarse en datos objetivos que permitan atribuir al imputado la realización de unos hechos delictivos. En ello reside el fundamento de la imputación que deberá expresar el dictamen de acusación.

1202 Puede suceder que los datos obtenidos durante la instrucción sean insuficientes para acusar o revelen la concurrencia de una causa de exclusión de la responsabilidad penal o de extinción de la acción penal. En tales casos, el fiscal o el querellante solicitarán del Juez de Instrucción que acuerde el sobreseimiento definitivo (art. 308 CPP), expresando los motivos que conducen a estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal, que el imputado no ha participado en su realización o que concurre una causa legal que impide el ejercicio de la potestad punitiva estatal.

En cambio, cuando se pretenda el sobreseimiento provisional, la conciliación, la aplicación de criterios de oportunidad o la suspensión condicional del procedimiento será preciso concretar el hecho y su calificación legal, pues en todos estos casos nos existe un ilícito penal que debe quedar expresado en el dictamen. Además, deberán quedar expresados los presupuestos legales que dan lugar a la aplicación de cualquiera de estas formas de terminación del proceso.

D) Calificación jurídica

La relación de los hechos imputados debe completarse con la calificación jurídica de los mismos, que justifica su relevancia penal y, consiguientemente, en ella habrá de fundarse la decisión de apertura el juicio oral.

El dictamen de acusación deberá incluir los siguientes aspectos de la calificación del hecho justiciable: el precepto legal infringido a consecuencia de la realización del

hecho imputado; la participación concreta del imputado en la realización hecho punible, como autor, cómplice, inductor... etc.; y la concurrencia de las diversas circunstancias que excluyan, agraven o atenúen la responsabilidad del encausado.

E) Ofrecimiento de prueba

El dictamen de acusación se completa con la relación de los medios de prueba que comprende los siguientes aspectos:

La proposición de prueba para el juicio oral.

Las diligencias de comprobación que habrán de practicarse durante la Audiencia Preliminar.

Las diligencias de investigación que habrán de obtenerse como prueba anticipada, concurriendo los presupuestos establecidos en el art. 270 CPP.

La proposición de prueba debe realizarse por escrito, justificando la utilidad de cada medio de prueba cuya realización se reclama por la parte. Debe destacarse que tal justificación debe realizarse de forma clara y precisa, no siendo suficiente con la indicación del elemento de convicción (testigo, perito, documento) que pretenda utilizarse. Al contrario, es necesario identificar a los testigos, expresando la relación que guardan con los hechos incriminados. Los peritos también deberán ser identificados, indicando el objeto de la pericia. Y, en cuanto a la documental, no sólo será preciso justificar la relación que guardan con los hechos que se pretenden acreditar, sino también establecer el registro o archivo en el que se encuentran, a fin de que puedan ser reclamados.

1203

Las partes también podrán solicitar la realización en la Audiencia Preliminar de aquellas diligencias de prueba que, previsiblemente, no podrán ser obtenidas en el juicio oral. Téngase en cuenta que las pruebas, como regla general, deberán obtenerse en el juicio oral y sólo, excepcionalmente, se autoriza la obtención anticipada de la prueba cuando “se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública” (art. 270 CPP).

Así pues, la prueba anticipada, para que pueda ser admitida, deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Sólo podrá practicarse a instancia de parte, del Ministerio fiscal o del querellante, pero también del defensor del imputado.

- b) Es necesario que la parte que solicita la prueba anticipada justifique su necesidad, es decir, acredite el motivo que hace prever que no será posible su obtención en un momento posterior.
- c) Deberá practicarse ante el órgano judicial, respetando las garantías esenciales del derecho de defensa y de acuerdo con los principios que rigen la obtención de las pruebas en el juicio oral.

F) Acusaciones alternativas

Expresamente se contempla la posibilidad de formular acusaciones alternativas, es decir, circunstancias o elementos que permitan una calificación distinta y subsidiaria a la formulada originariamente.

Las calificaciones alternativas han de versar sobre el mismo hecho, aunque pueden introducirse modificaciones en algún aspecto concreto del mismo. En tal caso, la alteración del hecho afectará a los demás extremos de la calificación.

1204 La función que cumplen las acusaciones alternativas es propiciar que el acusado adquiera un conocimiento preciso del contenido de la acusación, abriendo la posibilidad de discutir en el juicio todos los extremos de la calificación. Sin embargo, hemos de reconocer que sólo en muy raras ocasiones las acusaciones recurren a la formulación de conclusiones alternativas. Más frecuente es que lo hagan los defensores sometiendo a la consideración del tribunal diversas posibilidades de resolución, para el caso de que no sean estimadas las más favorables a su pretensión.

G) Responsabilidad civil

Por último, el dictamen de acusación se completa con la solicitud de reparación civil en todos los casos en que la infracción haya producido un perjuicio que deba ser reparado. A causa de ello se dice que la pretensión civil en el proceso penal se encuentra condicionada a la previa declaración de la existencia de responsabilidad penal.

Afirmándose la existencia de tal responsabilidad, el Ministerio fiscal y el querellante podrán solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito. La cuantificación de los mismos debe hacerse siguiendo criterios objetivos, atendiendo al perjuicio patrimonial efectivamente causado. Para ello será preciso auxiliarse de expertos en la valoración de los daños. También cabe solicitar la reparación de los daños morales, que deben ser cualificados caso por caso y de forma ponderada.

Al respecto, el dictamen de acusación deberá expresar la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida; la persona o personas que resulten obligadas a proceder a la reparación de los daños

o a la restitución de la cosa; el hecho o el título en virtud del cual hayan contraído esa responsabilidad.

La regla general es que el título del que se deriva la condición de responsable sea la misma realización del hecho punible. Sin embargo, también existen supuestos de responsabilidad subsidiaria que deberán quedar suficientemente concretados.

H) Remisión de actuaciones

Por último, debe señalarse que el Ministerio fiscal se encuentra obligado a poner a disposición del Juez de Instrucción todas las actuaciones de la instrucción y las evidencias de que disponga, sin retener ninguna en contra de la defensa del imputado, que tiene derecho a que se le comuniquen inmediatamente (art. 315 CPP), a fin de poder ejercitar eficazmente el derecho de defensa.

315

AUDIENCIA PRELIMINAR

1205

Presentada la acusación o las otras solicitudes previstas en la ley, el juez dentro de las veinticuatro horas intimará a las partes a que concurran a la audiencia preliminar y pondrá a disposición de todos los convocados las actuaciones y las evidencias, para que puedan consultarlas en el plazo común de cinco días.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 y 14

II. COMENTARIO

Una vez presentada la acusación o cualquiera de las solicitudes alternativas que se contemplan en el art. 313 CPP el Juez de Instrucción intimará a las partes para que concurran a la Audiencia, convocándolas a tal efecto en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción del dictamen correspondiente.

En tal caso, deben ponerse a disposición de las partes las actuaciones y evidencias recibidas del Ministerio fiscal, a fin de que puedan consultarlas por un plazo común de cinco días. Este plazo coincide con el que se establece a favor de las partes para contestar al dictamen del Ministerio fiscal o del querellante, del que se dará traslado para que, en su caso, puedan impugnarlo o adherirse al mismo.

El trámite al que se refiere este precepto es expresivo del derecho de defensa. Antes el imputado ha tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa, pero es en la fase del juicio oral donde se instaura plenamente el contradictorio y se reconoce plena vigencia al principio de igualdad de armas. Para hacer efectivos estos principios se asegura a favor del imputado y de su defensor el acceso a todas las piezas de la instrucción.

316

FACULTADES Y DEBERES DE LAS OTRAS PARTES

Dentro de los cinco días previstos en el artículo anterior, el defensor o en su caso el fiscal o el querellante por escrito podrán:

- 1) Señalar los vicios formales o la falta de fundamento de la acusación;
- 2) Objetar la petición de sobreseimiento;
- 1206 3) Plantear excepciones previstas en este Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
- 4) Solicitar sobreseimiento, definitivo o provisional;
- 5) Proponer suspensión condicional del procedimiento;
- 6) Requerir aplicación del procedimiento abreviado;
- 7) Proponer la conciliación;
- 8) Pedir aplicación de algún criterio de oportunidad de la acción pública;
- 9) Solicitar imposición o revocación de una medida cautelar;
- 10) Requerir anticipo de la prueba irreproducible en el juicio;
- 11) Proponer cualquier otro incidente que permita una mejor preparación del juicio o evite su fracaso;
- 12) Ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar; y,
- 13) Ofrecer la prueba que pretendan producir en la vista pública cuando el querellante o el fiscal hayan acusado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 22, 32, 224, 226, 270, 277, 292, 295, 297, 299, 305, 308, 309, 317, 318, 379 y 380

II. COMENTARIO

Recibidas y examinadas las actuaciones las partes podrán formular escrito adhiriéndose o impugnando el dictamen de la acusación. A tal efecto, podrán:

A) Señalar los vicios formales o la falta de fundamento de la acusación

Corresponde, fundamentalmente, al defensor, aunque también al Ministerio fiscal respecto del dictamen presentado por el querellante, y viceversa, denunciar la existencia de defectos formales en el escrito de la acusación que, en su caso, serán determinantes de la nulidad del dictamen, si no se procede a su subsanación.

También referirse a la falta de fundamento de la acusación, promoviendo en tal caso el sobreseimiento de la causa. Sin embargo, éste motivo de oposición que, por regla general será esgrimido por el defensor, es la cuestión de fondo que debe ser debatida en la Audiencia Preliminar y que el Juez de Instrucción debe decidir al pronunciarse sobre la apertura del juicio oral.

1207

B) Objetar la petición de sobreseimiento

Para el caso de que el Ministerio fiscal haya solicitado el sobreseimiento definitivo o provisional de las actuaciones, corresponde al querellante oponerse al mismo, impugnándolo con fundamento en la acusación que se sostiene contra el imputado.

La oposición al sobreseimiento sólo puede ser concebida a instancia de la parte acusadora, pues aunque el defensor también puede oponerse al mismo resulta insólito imaginar que objete tal petición.

C) Plantear excepciones

Todas las partes están facultadas para formular excepciones en la forma establecida en los arts. 277 y ss. CPP No obstante, debe advertirse que si han sido formuladas con anterioridad y han sido rechazadas deberán basarse en hechos nuevos.

D) Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional

Corresponde a todas las partes, aunque especialmente al defensor, solicitar el sobreseimiento de las actuaciones, para evitar la apertura del juicio oral. El

sobreseimiento, según el motivo que se alegue, puede ser definitivo o provisional del proceso (arts. 308 y 309 CPP), siendo también diferentes los efectos que en ambos casos se producen.

E) Proponer la suspensión condicional del procedimiento

Corresponde al Ministerio fiscal, fundamentalmente, aunque también al querellante y al defensor proponer la suspensión condicional del procedimiento, si se dan los requisitos establecidos en el art. 22 CPP. En este caso, cobra especial importancia señalar que, al formular la solicitud, deberán expresarse las reglas de conducta a que deberá quedar sometido el imputado, así como el tiempo de prueba. Además, es preciso que el imputado sea oído y preste su conformidad con la suspensión.

F) Requerir la aplicación del procedimiento abreviado

La aplicación del procedimiento abreviado requiere que el imputado haya admitido los hechos que se le imputan. Requiere la aceptación del fiscal de la causa. La negativa de la víctima, en cambio, no impide su aplicación, aunque habrá de ser valorada por el juez. Por su parte, el imputado debe consentir en acogerse al procedimiento. La solicitud deberá contener el acuerdo de los interesados y justificar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad establecidos en el art. 379 CPP.

1208

G) Proponer la conciliación

Si se ha alcanzado un acuerdo de autocomposición entre la víctima y el imputado para la reparación del daño causado por el delito y éste es alguno de los comprendidos en el art. 32 CPP deberá someterse a la aprobación del Juez de Instrucción el acuerdo de conciliación.

H) Pedir la aplicación de un criterio de oportunidad

En la medida que la aplicación de un criterio de oportunidad constituye un supuesto de renuncia al ejercicio de la acción penal hemos de entender que solicitar su aplicación es una facultad que corresponde, en exclusiva, al Ministerio fiscal. Es más, su aplicación en ningún caso es posible en contra de la opinión del Ministerio fiscal.

I) Solicitar la aplicación o revocación de una medida cautelar

Este también es el momento para solicitar la adopción, el mantenimiento o la revocación de las medidas cautelares, personales o reales. El solicitante debe fundamentar adecuadamente la aplicación de la medida en atención a las circunstancias del delito concreto y tomando en consideración las circunstancias personales del

imputado. Esta justificación es especialmente importante cuando de lo que se trata es de la aplicación de la prisión provisional.

J) Requerir la práctica anticipada de la prueba

Cualquiera de las partes puede solicitar la práctica anticipada de un medio de prueba si se dan los requisitos establecidos en el art. 270 CPP, a cuyo comentario nos remitimos.

K) Proponer cualquier otro incidente que permita una mejor preparación del juicio oral

Se trata de una cláusula abierta que permite introducir cualquier cuestión pertinente dirigida a facilitar la celebración de la vista pública o a evitar su fracaso y que, por tanto, permite promover cualquier cuestión de nulidad absoluta (art. 224 CPP) o relativa (art. 226 CPP).

L) Ofrecer medios de prueba para la audiencia preliminar

En la Audiencia Preliminar pueden producirse medios de prueba, siempre que guarden relación con las cuestiones que han de ser resueltas por el Juez de Instrucción, es decir, las establecidas en el art. 320 CPP. Para facilitar la resolución, las partes pueden ofrecer pruebas e incluso se autoriza al juez a disponer de oficio la prueba necesaria para estos mismos fines (art. 318 CPP). En todo caso, es necesario que las partes justifiquen la procedencia de la petición.

1209

M) Ofrecer prueba para la vista pública

Se trata de la prueba que habrá de practicarse en el juicio oral, como fundamento de la acusación o de la defensa. La proposición de prueba debe realizarse justificando la utilidad de cada medio de prueba cuya que se reclama por la parte. Como decíamos antes, tal justificación es esencial para decidir sobre la admisión del medio de prueba y, por ello, debe realizarse de forma clara y precisa, expresando la relación que guardan con los hechos incriminados.

317

OFRECIMIENTO DE PRUEBA

Para ofrecer prueba testimonial será necesario presentar la lista de testigos, con indicación del nombre, profesión, domicilio, residencia o el lugar donde puede ser localizado.

Se presentarán también los documentos que no han sido ingresados antes, o se señalará el lugar en donde se hallan, para que el juez o tribunal los requiera.

La prueba será ofrecida con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 318 y 319

II. COMENTARIO

1210

El ofrecimiento de prueba, al que se hace referencia en el artículo anterior debe realizarse en la forma establecida en este precepto.

Con carácter general, debe señalarse que toda proposición de prueba debe realizarse en tiempo y forma, justificando su pertinencia y necesidad, es decir, indicando los hechos que se pretenden probar y la conexión lógica entre los elementos de prueba y las circunstancias que hayan de ser probadas. Si las partes omiten este requisito, que debe ser considerado esencial, afrontan la posibilidad de que el medio de prueba propuesto sea finalmente rechazado.

En materia de prueba rigen dos principios fundamentales: el de congruencia y el de libertad de prueba.

El principio de congruencia supone la necesidad de que exista una determinada relación entre la prueba propuesta y lo que debe ser debatido y decidido. Para ello, debe tenerse en cuenta el objeto del proceso, delimitado por las alegaciones de las partes. Sólo la prueba apta para demostrar los hechos que se pretenden probar es admisible y esta idoneidad entre la prueba y su resultado previsible debe justificarse en el escrito de proposición de prueba.

También debe señalarse que toda proposición de prueba debe tener su fundamento en un medio lícito de prueba. Aunque en el proceso penal rige el principio de libertad de

prueba, lo que significa que cualquier medio de prueba es admisible, ésta necesariamente ha de provenir de una fuente lícita, por imperativo del derecho a la inviolabilidad de la defensa en juicio y a la presunción de inocencia, que a este respecto se concreta en la prohibición general de servirse de pruebas obtenidas ilícitamente, establecido en el art. 15 CPP.

Además, en este precepto se contienen previsiones específicas referidas a la forma de la proposición de la prueba testifical y documental.

En cuanto a la testifical, las partes habrán de presentar la lista de testigos que han de ser examinados, indicando el nombre completo, la profesión y el domicilio de los mismos, a fin de que puedan ser debidamente citados. Esta obligación debería extenderse a los peritos que han de ser examinados a propuesta de cada parte.

Cuando se intente hacer valer algún documento que no haya ingresado anteriormente en el proceso y que no se hallen a disposición de las partes, quien proponga su admisibilidad deberá señalar el lugar, es decir, el registro público o privado, en que se encuentren a fin de que puedan ser reclamados por el juez o tribunal.

La razón de ser de la obligación de entregar listas de testigos, peritos y documentos se funda en el derecho de defensa y en la necesidad de asegurar la vigencia del principio de contradicción, cuya eficacia resultaría mermada si las partes no conocieran con la suficiente antelación los medios de prueba que han de practicarse a instancia de la parte contraria. Sólo de esta forma los peritos podrán ser recusados, los testigos podrán ser contrainterrogados adecuadamente y los documentos impugnados.

1211

318

PREPARACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

El juez admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la audiencia preliminar u ordenará de oficio la que considere necesaria.

El secretario dispondrá la organización de la audiencia y la producción de la prueba.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 317 y 319

II. COMENTARIO

La actividad preparatoria de la Audiencia Preliminar requiere, en primer término, un pronunciamiento de admisibilidad de prueba ofrecida por las partes para ser practicada en la misma audiencia. A tal efecto, el Juez de Instrucción deberá examinar las solicitudes formuladas y aceptar, únicamente, aquellos medios de prueba relevantes para comprobar alguno de los aspectos que han de ser resueltos en la audiencia.

El derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas. Al tratarse de un derecho fundamental se impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en su apreciación, de suerte que se debe proveer a la satisfacción de este derecho sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación.

Esto no quiere decir que se reconozca a la parte el derecho a realizar una actividad probatoria ilimitada. Las pruebas que la parte tiene derecho a que se practiquen son las que guardan relación con el objeto del litigio. Además, en el proceso penal hay que armonizar los intereses de las partes; es necesario tener en cuenta la posición del posible implicado, en función de su derecho a la presunción de inocencia y de su derecho de defensa, lo que presupone el no alargamiento innecesario de la instrucción.

1212

El derecho a la prueba, como cualquier otro derecho fundamental, es un derecho limitado. Las restricciones que se establecen al principio de libertad de prueba delimitan el contenido de este derecho. Se distinguen dos grandes grupos de limitaciones:

- a) la que resulta de la posición prevalente de los derechos fundamentales, en la medida que cualquier medio de prueba obtenido con infracción de los derechos fundamentales es inadmisibile.
- b) las que se refieren al juicio de pertinencia que debe realizarse para decidir sobre la admisibilidad de la prueba: tan sólo se reconoce el derecho a utilizar las pruebas pertinentes, es decir, las que guardan relación con el objeto del juicio.

En el proceso penal cualquier medio de prueba lícito es admisible. Si se entiende que el fin del proceso es descubrir la verdad, es lógico que rija el principio de libertad de prueba, entendido como libertad de utilización y de apreciación: no existe limitación en los medios de prueba que pueden utilizarse, y se consagra el principio de libre valoración. Las pruebas que resultan inadmisibles son las obtenidas con infracción de los derechos fundamentales, de ahí que se restrinja la libertad de utilización a que se trate de un medio probatorio obtenido lícitamente. Hay que volver a insistir que en el proceso penal propio de un Estado de Derecho sólo se puede proceder contra el inculpado de forma

respetuosa con su dignidad humana, garantizando sus derechos fundamentales y respetando su personalidad.

En segundo lugar, sólo se garantiza el derecho a valerse de las pruebas que sean pertinentes. El concepto de pertinencia se refiere a la relación que las pruebas guardan con el objeto del juicio, que constituye el “thema decidendi”, y exige la aptitud de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del tribunal. A las partes corresponde determinar el “thema probandi” y al órgano judicial decidir sobre la pertinencia de las pruebas en juicio de legalidad.

El juicio de pertinencia exige considerar los siguientes aspectos: que el objeto de la prueba han de ser hechos y no normas jurídicas o elementos de derecho; ha de tratarse de hechos que hayan sido previamente alegados y que estén, por consiguiente, previamente aportados al proceso, y que no se trate de hechos exonerados de prueba, como pueden estarlo los hechos notorios.

El problema es más complejo en cuanto concierne a la decisión sobre la relación entre el medio de prueba propuesto y el hecho que se pretende demostrar en el debate procesal y la cuestión que debe ser decidida. A este respecto debe reconocerse un amplio poder de valoración de los jueces en la decisión sobre la pertinencia, exigiendo que sea razonable y que se encuentre razonada. Únicamente cabe la censura en los supuestos de falta total de fundamento o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio propuesto, o cuando tal motivación haya sido arbitraria o irrazonable.

1213

Entendida la idea de pertinencia como la relación entre los hechos probados y el “thema decidendi”, es distinta su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las pruebas propuestas. Una solicitud de prueba no puede rechazarse porque el Tribunal tenga formada una opinión contraria a la que pretende demostrar el solicitante. Con ello se trata de evitar una apreciación anticipada de la prueba que puede estar basada en una convicción formada apresuradamente. Por tanto, únicamente cuando se encuentre excluida toda posibilidad de que la recepción de la prueba arroje algo conducente, por ser evidente de antemano la total falta de valor del medio de prueba, podrá rechazarse el medio de prueba por no ser necesario.

Debe recordarse, por último, que las decisiones que el Juez de Instrucción adopte rechazando un medio de prueba propuesto son impugnables, mediante la revocatoria.

También debe destacarse que en este precepto se faculta al juez de instrucción para ordenar, de oficio, la prueba que considere precisa para la realización de la audiencia. El juez debe recurrir moderadamente a esta facultad, evitando asumir todo el protagonismo en la preparación del material probatorio que habrá de introducirse en la audiencia. Su función no es sustituir la actuación de las partes, a quienes en realidad

corresponde la aportación de las pruebas, sino completarlas, acordando las diligencias necesarias complementarias a las ya propuestas por las partes.

La organización de la audiencia está en manos del secretario judicial, que deberá cerciorarse de las personas que debe ser convocadas y tener a disposición del Juez los documentos que hayan de ser examinados en el curso de la audiencia. Asimismo, le corresponde organizar la producción de la prueba que haya sido admitida por el Juez.

319

DESARROLLO

El día señalado se realizará la audiencia, se dispondrá la producción de la prueba y se dará tiempo suficiente para que cada parte fundamente sus pretensiones.

El juez intentará la conciliación de todas las partes, proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado.

1214 A la audiencia preliminar deberán comparecer el fiscal, el imputado, su defensor y el querellante. Las ausencias del fiscal o del defensor serán subsanadas de inmediato, en el último caso; solicitando un defensor público.

Si no es posible realizar la audiencia por incomparecencia del imputado u otro motivo, el juez fijará nuevo día y hora y dispondrá todo lo necesario para evitar su frustración.

En cuanto sean aplicables, regirán las reglas de la vista pública, adaptadas a la sencillez de la audiencia.

La audiencia preliminar podrá suspenderse por las mismas causas previstas, por este Código, para la vista pública.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 324 a 337

II. COMENTARIO

La realización de la Audiencia Preliminar requiere la presencia de todas las partes. Si por alguna razón justificada el fiscal o el defensor no asisten a la audiencia deberán ser sustituidos. El fiscal del caso por quien designe la Fiscalía General de la República

y el abogado defensor solicitando la intervención de un defensor público. La intervención del querellante no resulta imprescindible y, en caso de que no comparezca sin causa justificada, se entenderá abandonada la querella (art. 104.2 CPP).

En cuanto al imputado, a diferencia de lo que sucede en la audiencia inicial, su presencia resulta imprescindible, de tal modo que si no concurre la audiencia no podrá realizarse y el proceso no podrá continuar. En caso de inasistencia del imputado, el juez señalará nuevo día y hora para la realización de la audiencia, volviendo a citar al imputado si su paradero es conocido, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para asegurar su comparecencia. En caso contrario, comprobada la ausencia del imputado, se declarará la rebeldía (art. 92 CPP).

Que se exija la presencia del imputado para la realización de la audiencia se explica por las cuestiones que en la misma se deciden. No sólo la apertura del juicio oral o la adopción de medidas cautelares, sino también la posible producción de la prueba. En estas condiciones resulta lógico que se considere que la defensa técnica no es suficiente y, consiguientemente, que la intervención del abogado defensor no pueda sustituir la defensa material que corresponde realizar al propio imputado.

La audiencia da comienzo con la práctica de las diligencias que han sido propuestas por las partes y han sido declaradas pertinentes por el juez. También es posible que el juez acuerde de oficio la realización de las pruebas que considere necesarias. Todas ellas deberán orientarse a formar la convicción del juez de instrucción sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento o, en su caso, la aplicación de cualquiera de las otras formas de terminación anticipada del proceso si han sido solicitadas.

1215

Las diligencias propuestas han de estar a disposición del juez para su inmediata realización en el mismo acto de la comparecencia, sin que sea posible la suspensión de la misma, más que por las causas establecidas para la suspensión del juicio oral. Por ello, tanto el imputado como los testigos y los peritos que deban ser oídos deberán estar en estrados, a disposición del juez y de las partes. El orden de realización de la prueba es el mismo que el establecido para el juicio oral, aunque podrá ser alterado según lo exija el objeto de la resolución. También se deben observar las normas establecidas para la vista pública en lo que se refiere a la práctica de las diligencias de prueba, según el tipo de diligencia admitido. Por tanto, interrogando primero quien haya propuesto la prueba y posteriormente las demás partes. De todo lo actuado en la audiencia se levantará el acta correspondiente.

Establece este precepto que, practicada la prueba, las partes formularán sus respectivas pretensiones. Sin embargo, hemos de entender que el orden previsto no es el más lógico si el juez debe realizar una labor de mediación, fundamental para obtener la autocomposición y evitar la continuación del proceso. Por eso, la promoción de la

conciliación, cuando sea legalmente posible, deberá ser la primera actividad que se desarrolle en la Audiencia Preliminar y sólo una vez agotadas todas las posibilidades para alcanzarla, sin conseguir el acuerdo de las partes, se procederá al examen del resto de los contenidos de la comparecencia.

Después de obtenida la prueba, las partes deben fundamentar sus respectivas pretensiones. Si el fiscal y el querellante pretenden la apertura del juicio oral, a lo que generalmente se añadirá el pronunciamiento sobre alguna medida cautelar, tales pretensiones deberán fundamentarse en la audiencia, de forma verbal, tratando de convencer al juez de instrucción de que se dan las condiciones exigidas para pronunciar las referidas decisiones. Al defensor, por regla general, le corresponderá argumentar sobre la improcedencia del juicio oral, instando el sobreseimiento.

1216

No obstante, debe considerarse la posibilidad de que a la vista de la prueba practicada durante la audiencia las partes modifiquen sus respectivas pretensiones. A la vista de ello, cabe la posibilidad de que las acusaciones insten el sobreseimiento o cualquiera de las otras posibilidades establecidas en el art. 313 CPP que ponen fin al proceso. Ciertamente, hemos de reconocer que tal posibilidad difícilmente se dará, pues las acusaciones previamente a la audiencia habrán realizado un juicio de probabilidad que difícilmente se verá alterado por el resultado de la comparecencia. A pesar de ello, nada impide que si aparecen nuevos elementos de juicio que desvirtúan la previsión originaria de las acusaciones se produzca tal modificación en su posición procesal.

Aun reconociendo la posibilidad de que en el curso de la audiencia preliminar podrán producirse modificaciones al contenido del dictamen de la acusación, hemos de señalar que no pueden introducirse cambios sustanciales, que provoquen la indefensión del imputado. En tal sentido, no se podrán alegar hechos nuevos que modifiquen sustancialmente el dictamen de las partes acusadoras. Tampoco será posible incluir en la acusación nuevos acusados, es decir, perseguir a otras personas que no hayan sido acusadas y, menos aún, que previamente no hayan sido imputados.

En cambio, si será posible, tras la práctica de la prueba desarrollada en la audiencia preliminar y como consecuencia de su resultado, instar el sobreseimiento, retirar la acusación por algunos hechos, apreciar circunstancias atenuantes que no se hubieran tenido en cuenta o modificar el grado de participación en la ejecución del delito, es decir, introducir modificaciones, a favor del inculpado, en la calificación jurídica de los hechos imputados.

Hemos de señalar, por último, que la realización de la audiencia preliminar se rige por los mismos principios que el juicio oral, en cuanto resulten aplicables. En primer lugar, por el principio de inmediación en cuanto a la prueba que se produzca en la misma; por el de contradicción, permitiendo las alegaciones de las partes y la producción

de prueba a su instancia en igualdad de condiciones; por los principios de continuidad y concentración, resultando excepcional la suspensión de la comparecencia; por el principio de fundamentación probatoria, en cuanto que la decisión que se adopte deberá ser congruente con el resultado de las pruebas propuestas, admitidas y practicadas; y, finalmente, por el principio de publicidad, aunque su vigencia en la audiencia preliminar no ha dejado de suscitar controversias.

En efecto, la publicidad de esta audiencia es una de las cuestiones más controvertidas, hasta el punto de que se ha llegado a sostener que la remisión que se contiene en este precepto a los principios inherentes al juicio debe entenderse hecha con excepción al principio de publicidad de la audiencia. En apoyo de esta tesis, se invoca la necesidad de respetar los derechos constitucionales del imputado y de la víctima, fundamentalmente, a la presunción de inocencia, en relación con el primero, y al honor y la dignidad de la víctima.

Sin embargo, como decíamos al comentar el art. 272 CPP, no es éste el régimen legal que parece haber quedado instaurado con la promulgación del CPP, que claramente se inspira en el principio de publicidad, no sólo del juicio oral, sino también de la fase de instrucción, en especial de las audiencias inicial y preliminar, aunque con la excepción de las diligencias investigación, a las que sólo tienen acceso las partes o quienes estén facultados para intervenir en el proceso. Por tanto, la regla es la publicidad de las audiencias procesales, aunque debe recordarse que, por la remisión que en este precepto se hace al art. 327 CPP, el juez podrá ordenar, mediante resolución motivada, el secreto de la totalidad o parte de la audiencia, cuando lo exija la moral, el interés público o la seguridad nacional e, incluso, podrá imponer a las partes el deber de guardar secreto sobre el contenido de la audiencia.

1217

Por tanto, hemos de reconocer que, al igual que sucede en el juicio oral, el principio debe ser la publicidad de las audiencias procesales, a cuya regulación expresamente se remite el art. 319.3 CPP para la audiencia preliminar y el art. 255 CPP para la audiencia inicial. Dicha publicidad debe entenderse que es total, comprendiendo no sólo la presencia de las partes, sino también la presencia de todos los ciudadanos que deben tener acceso a la sala en la que se desarrollan las audiencias.

Cuestión distinta es la posibilidad que se ofrece al juez de instrucción de acordar la celebración de la audiencia a puerta cerrada, pues también para el juicio oral se establecen amplias excepciones a la regla general de publicidad, plenamente aplicables a la audiencia inicial y a la audiencia preliminar. La decisión de celebrar la audiencia a puerta cerrada la adoptará el juez, de oficio o a instancia de parte, después de oír a todos los presentes en la audiencia. La celebración a puerta a cerrada puede fundarse en cualquiera de los motivos establecidos legalmente, es decir, por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional, debiendo entender incluida la protección de los derechos e intereses legítimos. La decisión se adoptará por auto que deberá estar

especialmente fundado, al tratarse de la restricción de un derecho y, en cuanto a sus efectos, provocará la expulsión del público asistente, permaneciendo únicamente las personas ofendidas por el delito, los acusados y todas las partes.

Aun celebrándose la audiencia a puerta cerrada, debemos entender que nada impide que, al concluir la misma, se informe oficialmente de su resultado, evitando eso sí las declaraciones públicas de las partes, del imputado, la víctima y, en general, de todos cuantos han intervenido en la misma. En todo caso, hemos de entender, conforme al art. 320 CPP, que el resultado de la audiencia se notificará a las partes mediante su lectura y, a tal efecto, deberán ser convocadas a una nueva comparecencia.

320

RESOLUCIÓN

Inmediatamente después de finalizar la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso:

- 1218**
- 1) Admitirá total o parcialmente la acusación del fiscal o del querellante y ordenará la apertura a juicio;**
 - 2) Decretará auto de sobreseimiento;**
 - 3) Ordenará la corrección de los vicios formales de la acusación del fiscal o del querellante;**
 - 4) Suspenderá condicionalmente el procedimiento;**
 - 5) Resolverá sobre la aplicación de un criterio de oportunidad;**
 - 6) Resolverá conforme lo previsto para el procedimiento abreviado;**
 - 7) Autorizará la conciliación;**
 - 8) Aprobará los acuerdos a los que hayan llegado las partes respecto a la reparación civil y ordenará todo lo necesario para hacer efectivo el acuerdo;**
 - 9) Resolverá las excepciones;**
 - 10) Admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública; también podrá ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible;**
 - 11) Ordenará la separación o la acumulación de juicios;**

12) Ratificará, revocará, sustituirá o impondrá medidas cautelares; y,

13) Ordenará el anticipo de prueba irreproducible, según las reglas de este Código.

La resolución será notificada por su lectura.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 20, 22, 23, 24, 29, 32, 64, 65, 270, 277, 279, 292, 293, 295, 308, 309, 313, 314, 316, 321, 379, 380

II. COMENTARIO

En este momento el órgano judicial adopta una serie de decisiones que constituyen un auténtico enjuiciamiento y que, en este sentido, reciben el nombre de juicio de acusación. Fundamentalmente, ha de resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, el sobreseimiento o la aplicación de una forma alternativa de terminación del proceso penal. La función de esta resolución es, por tanto, valorar los resultados obtenidos de la instrucción y decidir sobre la futura suerte que ha de correr el procedimiento.

1219

El juicio de acusación constituye un verdadero juicio, aunque en este caso para decidir sobre el fundamento de la acusación, es decir, para reconocer o denegar, de forma definitiva el derecho a acusar. Se trata de una decisión sobre la admisión de la acusación, que se realiza valorando su fundamento, es decir, los fundamentos fácticos y jurídicos que integran el objeto del proceso. Así pues, salta a la vista la importante función de garantía que cumple para el imputado, pues no sólo se trata de evitar la realización de juicios innecesarios, sino también que no se siga contra él un juicio basado en una acusación manifiestamente infundada.

El contenido de la resolución que pone fin a la audiencia preliminar guarda estrecha correspondencia con las diversas alternativas que las partes pueden someter a consideración del juez, a tenor de lo establecido en los arts. 313 y 316 CPP. Por eso, la resolución puede:

A) Admitir la acusación y ordenar la apertura del juicio oral

Admitida la acusación, por existir sospechas de la comisión de un delito contra persona determinada y no ser posible la aplicación de cualquier solución alternativa al proceso, el juez ha de dictar el auto de apertura con el contenido establecido en el art. 321 CPP. Ahora bien, la acusación puede aceptarse total o parcialmente. Es total cuando se admite para todos los delitos y respecto de todos los imputados. Por el contrario, es

parcial cuando sólo se admite por unos delitos, rechazándose por el resto o sólo contra algunos imputados. En este último caso, los contenidos de la acusación que han sido rechazados por el juez de instrucción serán objeto de sobreseimiento, procediendo la apertura del juicio oral en cuanto al resto.

B) Ordenar el sobreseimiento

El juez de instrucción está facultado para decretar el sobreseimiento, definitivo o provisional, según los motivos en que se funde. Es definitivo, según se establece en el art. 308 CPP, en los siguientes casos: cuando el hecho imputado no ha existido, no constituye delito o no puede afirmarse que el imputado no ha participado en su realización; cuando la acusación carece de suficientes indicios que le sirvan de fundamento y no existe posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba; cuando el imputado se encuentre exento de responsabilidad y no resulte necesaria la realización del juicio para aplicar una medida de seguridad; cuando se haya extinguido la responsabilidad o penal o se aprecie la existencia de cosa juzgada.

1220

El sobreseimiento provisional procede cuando los elementos probatorios existentes contra el imputado no son suficientes para fundar la acusación, pero es previsible que podrán incorporarse nuevos elementos de convicción sobre la participación del imputado en el hecho delictivo. Es más, según dispone el art. 309 CPP, es la Fiscalía General de la República la que ofrece la incorporación de los nuevos elementos de prueba cuando formula su dictamen solicitando el sobreseimiento provisional. Resulta lógico, si se tiene en cuenta que el Ministerio fiscal está obligado a fundamentar en debida forma sus solicitudes y requerimientos, de tal modo que instando el sobreseimiento provisional, en lugar del definitivo, habrá de expresar cuáles son los elementos de convicción que, previsiblemente, podrán incorporarse en el futuro. La mención de tales elementos de convicción, a los que queda condicionada la posibilidad de reapertura, deberá también expresarse en el Auto de sobreseimiento.

Ambas clases de sobreseimiento difieren, sustancialmente, en sus efectos. Si el sobreseimiento es definitivo el proceso finaliza sin posibilidad ulterior de reapertura, produciendo la resolución judicial que dispone el sobreseimiento efectos de cosa juzgada, equivalentes a los de la sentencia absolutoria. En cambio, el sobreseimiento provisional no provoca el cierre definitivo del proceso, sino tan sólo el archivo provisional del mismo, por un plazo determinado en el que es posible la reapertura, a instancia del Ministerio fiscal, si se descubren nuevos elementos de convicción que fundamenten la acusación.

C) Ordenar la subsanación de los vicios formales del dictamen del fiscal o querellante

El contenido del dictamen de acusación debe contener los datos del imputado, la relación circunstanciada del hecho punible, la fundamentación de la imputación, la calificación jurídica y el ofrecimiento de la prueba (art. 314 CPP). La existencia de vicios formales en la formulación del dictamen de acusación puede ser denunciada por cualquiera de las partes (art. 316.1 CPP), en cuyo caso el juez de instrucción, de acuerdo con este precepto, ordenará su subsanación, bajo sanción de nulidad. Hemos de entender que el juez también ordenará la subsanación aunque no exista denuncia de parte, aunque bien entendido que tal posibilidad de corrección se extiende, únicamente, respecto de los aspectos meramente formales del dictamen. En tal caso, el juez deberá indicar de forma precisa los vicios que han de ser subsanados por el fiscal o el querellante.

D) Suspender condicionalmente el procedimiento

Si alguna de las partes ha solicitado la suspensión condicional del procedimiento y concurren los requisitos establecidos en el art. 22 CPP, el juez podrá acordarla atendiendo al fin para el que se ha establecido, favorecer la resocialización y facilitar la reparación del daño causado por el delito.

1221

Para que pueda ser aplicada la suspensión condicional del procedimiento, se requiere que se trate de un delito menos grave y que el imputado haya aceptado los hechos, así como que acepte someterse a determinadas reglas de conducta y comprometerse a dar satisfacción a la víctima.

El juez, antes de decidir sobre la suspensión, someterá al imputado a una evaluación previa, para determinar el tratamiento y el plazo de prueba. Aunque de ordinario la suspensión será instada por acuerdo de la fiscalía y del imputado, el juez de instrucción puede aplicarla, prescindiendo de la aprobación de la fiscalía, siempre que el imputado acepte los hechos y acepte las reglas de conducta.

La decisión debe ser motivada y en la misma se fijará el plazo de prueba, que no será inferior a un año ni superior a cuatro, y se establecerán las reglas de conducta que debe observar el imputado, las cuales en ningún caso pueden ser vejatorias ni atentar contra su libertad personal, afectar a su intimidad, contrariar sus creencias políticas, religiosas, políticas o sus normas de conducta, no relacionadas directamente con el hecho delictivo.

Las reglas de conducta que podrán acordarse son las establecidas en el art. 23 CPP:

- 1ª Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez.
- 2ª Prohibición de frecuentar determinados lugares o personas.
- 3ª Abstenerse del uso de drogas ilícitas.
- 4ª Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir curso de capacitación en la institución que el juez determine.
- 5ª Prestar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales de labor.
- 6ª Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine un oficio, arte, industria o profesión, sin no tiene medios propios de subsistencia.
- 7ª Prohibición de tener o portar armas.
- 1222 8ª Prohibición de conducir vehículos.

La suspensión del procedimiento se notificará personalmente al imputado, con expresa advertencia sobre las reglas de conducta y las consecuencias de su inobservancia. Su ejecución corresponde al juez de vigilancia.

La decisión judicial acordando la suspensión del procedimiento es inapelable, salvo para el imputado, cuando las reglas sean ilegítimas, afecten a su dignidad o resulten desproporcionadas.

La revocatoria de este beneficio se contempla en el art. 24 CPP para el caso de inobservancia de las reglas de conducta o incumplimiento de los acuerdos de reparación. La revocación permite la continuación del proceso, procediendo el juez de instrucción a pronunciarse sobre la apertura del juicio oral. Por el contrario, cumplido el plazo de prueba se produce la extinción de la acción penal.

E) Resolver sobre la aplicación de un criterio de oportunidad

En el sistema establecido por el Código Procesal, el Ministerio fiscal tiene facultades dispositivas de la acción penal. Al fiscal, le corresponde apreciar y proponer la aplicación de un principio de oportunidad, cuando se den los requisitos establecidos en el art. 20. CPP: siempre que no resulte afectado el interés público, cuando el imputado haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de los hechos, cuando el imputado haya

sufrido un daño moral de difícil reparación y cuando la pena imponible carece de importancia en relación con la ya impuesta.

La aprobación de la aplicación de un principio de oportunidad es facultad del órgano judicial, al juez de paz en la audiencia inicial y, en este caso, al juez de instrucción, al decidir tras la realización de la audiencia preliminar. Pero debe quedar claro que el juez nunca puede aplicarlo sin obtener el acuerdo del Ministerio fiscal. El juez puede discrepar de la aplicación de la oportunidad y, en este caso, puede someter la cuestión al fiscal para que decida sobre el ejercicio de la acción (art. 258 y 321 CPP). También puede considerar conveniente la aplicación de alguno de estos criterios, aunque el fiscal no lo haya solicitado. Entonces recabará la opinión del Ministerio fiscal que dictaminará dentro de los tres días siguientes, pero nunca aplicará un criterio de oportunidad sin el acuerdo del fiscal.

En suma, el dictamen de los fiscales vinculante para el juez en cuanto a la aplicación de la oportunidad, que determina, como regla general, la extinción de la acción pública. Sin embargo, hay que recordar la extinción de la acción pública no impide la persecución del hecho por medio de acción privada. A estos efectos se prevé la conversión de la acción pública en acción privada, previa autorización del Ministerio fiscal que no podrá denegarla, salvo que resulte gravemente afectado el interés público (art. 29 CPP).

1223

F) Resolver conforme a lo previsto para el procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado es un procedimiento especial que permite dictar sentencia sin debate oral, siempre que el imputado y el fiscal consientan en ello, porque el primero haya admitido los hechos y la pena pedida por el fiscal, siendo privativa de libertad, no supere los tres años de prisión.

Las condiciones a las que se sujeta la aplicación del procedimiento abreviado se encuentran establecidas en el art. 379 CPP: que el fiscal solicite la imposición de una pena no privativa de libertad o de prisión de hasta tres años; que el imputado admita el hecho punible y consienta en la aplicación de este procedimiento; que el defensor acredite que el imputado ha prestado libremente su consentimiento; y que la víctima o el querellante consientan en su aplicación, aunque en este caso, el juez podrá ordenarlo prescindiendo de tal consentimiento.

Concurriendo estos requisitos, a los que se añade la solicitud y la audiencia de las partes, el juez podrá acceder a la aplicación del procedimiento abreviado. En tal caso, dicta sentencia, absolviendo o condenando, pero sin que la pena impuesta pueda superar, en ningún caso, a la solicitada por el Ministerio fiscal.

La formalización de la sentencia se ajustará a los requisitos legales, aunque dada la existencia de conformidad, se redactará de forma concisa.

No obstante, debe advertirse que el juez no está obligado a admitir la aplicación del procedimiento abreviado, en cuyo caso ordenará la continuación del proceso por el trámite ordinario, procediendo en su caso a dictar auto de apertura del juicio oral.

G) Autorizar la conciliación

Una de las funciones que el juez de instrucción debe desarrollar en la audiencia preliminar es proponer la conciliación entre las partes. De producirse, se extenderá las obligaciones pactadas, que deberán comprender la reparación del daño causado por el delito y, en su caso, el plazo para su cumplimiento.

La aprobación de la conciliación corresponde al juez tras oír al imputado y a la víctima. La aprobación de la conciliación debe entenderse sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos para que surta efecto, en particular que exista acuerdo entre la y que el delito imputado sea susceptible de conciliación. Si el imputado incumple lo convenido el proceso seguirá su curso, procediendo el juez de instrucción a dictar auto de apertura del juicio oral.

H) Aprobar los acuerdos alcanzados por las partes para obtener la reparación civil

1224

Al igual que en la conciliación, en la audiencia preliminar deben examinarse los acuerdos alcanzados por las partes para alcanzar la reparación civil. Debe examinarse el contenido del acuerdo, revisar los compromisos alcanzados por las partes, especialmente las obligaciones asumidas por el imputado para resarcir a la víctima. La determinación de todas estas condiciones deberá hacerse constar de forma clara y quedar sometidas a la aprobación del juez.

I) Resolver sobre las excepciones

Al juez de instrucción le corresponde resolver sobre todas las excepciones planteadas por las partes conforme al art. 277 CPP siempre que no hayan sido objeto de resolución previa.

A este respecto, debe recordarse que el art. 279 CPP autoriza diferir la resolución de las excepciones planteadas por escrito hasta la audiencia preliminar.

La resolución siempre será motivada, dará respuesta todas las excepciones planteadas, decidiendo en primer lugar sobre la falta de competencia si se hubiese alegado.

J) Pronunciarse sobre la prueba propuesta para la vista pública

El juez de instrucción también de ha de pronunciarse sobre la admisión o rechazo de la prueba ofrecida por las partes para la vista pública. Al respecto, hemos de recordar que la prueba, para que pueda ser admitida, ha de haberse propuesto en tiempo y forma; asimismo, ha de considerar si se trata de medios lícitos de prueba, es decir, si se han obtenido respetando los derechos fundamentales consagrados en la Constitución; por último, decidirá si son pertinentes y útiles para el fin propuesto.

En cuanto a este último aspecto, el juicio de pertinencia exige considerar no sólo la relación de la prueba propuesta con el objeto del proceso, sino también su utilidad, es decir, la aptitud del medio de prueba para obtener la convicción del juez sobre los hechos imputados. Cumpliendo estos requisitos, la prueba propuesta debe ser admitida, a no ser que resulte claramente inútil o perjudicial para los fines del proceso, al conducirse con manifiesto abuso de derecho.

Hay que recordar que el rechazo de cualquier medio de prueba debe ser suficientemente motivado por afectar a los derechos de las partes, el de defensa y el de igualdad de armas, y de acuerdo con ello podrá servir de fundamento al recurso de casación (art. 421 CPP). Por último, entendemos en la vista pública, ante el Tribunal de sentencia, puede reiterarse la petición de los medios de prueba que hayan sido denegados e, incluso, cualquier otra que no hubiese sido propuesta con anterioridad, siempre que no fuese imputable a la parte el retraso en su proposición.

1225**K) Ordenar la separación o la acumulación de juicios**

Cuando se sigan varios procesos contra una misma persona o contra varias, pero el hecho sea el mismo procederá la acumulación en un mismo proceso, aplicándose los criterios de conexidad. En estos casos la regla general es la acumulación (art. 64 CPP), pero existen dos casos en los que no procede: cuando se pueda producir un grave retraso en alguno de los procedimientos y cuando se trate de acumular procesos de acción pública y de acción privada (art. 65 CPP).

L) Aplicar medidas cautelares

Al comienzo de la instrucción, corresponde al juez de instrucción ratificar o no las medidas cautelares acordadas por el juez de paz (art. 266.1 CPP). Esta decisión debe ser revisada al concluir la fase de instrucción, atendiendo al resultado de la misma y, en particular, al resultado de la Audiencia Preliminar.

En efecto, si el fiscal o el querellante promueven la acusación solicitarán, entre otras cosas, la imposición o revocación de las medidas cautelares (art. 316 CPP). El juez de instrucción, está obligado a revisar la medida cada tres meses (arts. 306 y 307

CPP) y, tras la celebración de la audiencia, se pronunciará sobre el mantenimiento de las medidas cautelares, según haya sido el resultado de la comparecencia. En idéntico sentido, el art. 322.6 CPP impone este mismo pronunciamiento para el caso de que el juez disponga la apertura del juicio oral.

Hay que tener en cuenta que una de las características de las medidas cautelares es su provisionalidad. Con ello se hace referencia a la variación que pueden experimentar los motivos que se tuvieron en cuenta al adoptarlas, que obligará a reconsiderar el mantenimiento de la medida. Piénsese que los motivos por los que se decreta la detención provisional son el peligro de fuga y la apariencia de buen derecho. Si éstos varían, también habrá de modificarse la medida cautelar.

En estos casos deberá considerarse la posibilidad de sustituir la detención provisional por otras medidas menos atentatorias para la libertad del imputado como el sometimiento a vigilancia (art. 295.2 CPP), la obligación de presentación periódica (art. 295.3 CPP), la prohibición de salir del lugar de residencia o abandonar el país (art. 295.4 CPP) o la prestación de fianza personal (art. 295.7 CPP).

M) Ordenar anticipos de prueba

1226 Corresponde al juez de instrucción pronunciarse sobre la práctica de la prueba anticipada. Para ello, deberá tener en cuenta que sólo podrá practicarse a instancia de parte, del Ministerio fiscal, del querellante o del defensor del imputado; la parte que solicita la prueba anticipada deberá justificar su necesidad, es decir, el motivo que hace prever que no será posible su obtención en un momento posterior; el anticipo de prueba deberá obtenerse ante el órgano judicial, respetando las garantías esenciales del derecho de defensa y de acuerdo con los principios que rigen la obtención de las pruebas en el juicio oral.

La prueba anticipada constituye una excepción a la regla general al principio de producción de la prueba en el juicio oral, en cuya virtud sólo pueden considerarse auténticas pruebas, que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral. El presupuesto básico que autoriza su obtención antes de la vista pública es la irreproducibilidad del medio de prueba, pero, por su carácter excepcional, se impone una interpretación restrictiva del concepto de irreproducibilidad, de tal manera que sólo cuando sea previsible que el medio de prueba que se intenta hacer valer no podrá obtenerse con posterioridad, es posible su obtención como prueba anticipada.

En la obtención de la prueba anticipada deberán observarse los siguientes requisitos:

1º Que el medio de prueba verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos en la vista pública.

2º Que la producción de la prueba sea intervenida por una autoridad independiente, capaz de generar actos de prueba, en este caso el juez de instrucción. Sólo excepcionalmente, por razones de urgencia, cabe atribuir carácter de prueba anticipada o preconstituida al resultado de las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio fiscal o la policía judicial, todas ellas relacionadas con las diligencias de constancia y la custodia de los elementos de convicción, fundamentalmente el cuerpo del delito.

3º La necesidad de que en la producción de la prueba se garantice la contradicción, asegurando la intervención de las partes y el examen contradictorio de los testigos y peritos, en idénticas condiciones que en el juicio oral.

Cumplidos estos requisitos, el medio de prueba podrá incorporarse al juicio oral mediante la lectura del acta y podrá ser considerado por el tribunal de sentencia como elemento de convicción.

321

1227

FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL

Quando el fiscal no acuse, ni lo haya hecho el querellante y el juez considere que procede la apertura a juicio, ordenará se remitan las actuaciones al fiscal superior para que acuse o ratifique el pronunciamiento del fiscal inferior dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones.

Si el fiscal superior ratifica la solicitud del inferior, el juez resolverá en el sentido solicitado.

Si el juicio se abre sólo por la acusación particular, igualmente el fiscal podrá intervenir en la vista pública.

Quando el fiscal superior formule acusación, se convocará a una nueva audiencia preliminar dentro de los diez días siguientes, procediéndose conforme lo previsto en este Capítulo. Si se ha vencido el plazo de la instrucción, se entenderá prorrogada hasta la fecha de la nueva audiencia; y en aquella continuará con su intervención el fiscal inferior. (2)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 1 y 4 (principios); 19, 20, 22 y 26 (ejercicio de la acción); 83 (función de la FGR), 95 y 96 (querella); 247 a 249 (requerimiento fiscal), 258 (disconformidad con requerimiento fiscal), 399 (disconformidad con aplicación de medidas de seguridad)

II. COMENTARIO

En la fase de instrucción del proceso penal, entendida en sentido amplio, se prevé la realización de la audiencia inicial (art. 254 a 257 CPP) y de la audiencia preliminar (arts. 315 a 320 CPP), en las que necesariamente ha de expresarse la posición de la FGR sobre el proceso iniciado. Pues bien, los arts. 258 y 321 establecen para la audiencia inicial y preliminar, respectivamente, un cierto mecanismo de control jurisdiccional de la pretensión procesal del fiscal del caso -como ocurre con el art. 399-, sin que por ello quede afectado “in extremis” el principio acusatorio, base del nuevo proceso penal salvadoreño.

1228

El art. 258, en cuanto a la petición de desestimación, sobreseimiento o aplicación de un criterio de oportunidad que formule el fiscal en su requerimiento para la audiencia inicial, autoriza al juez de paz que esté en desacuerdo con dichas medidas a que remite el procedimiento por resolución fundada al fiscal superior, quien dictaminará sobre el requerimiento fiscal dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución.

La misma facultad posee el juez de instrucción respecto a la audiencia preliminar (art. 321). En efecto, el juicio oral no puede abrirse si no existe acusación. Esta es una consecuencia del carácter acusatorio del proceso penal que se expresa en la máxima “nemo iudex sine actore”. Puede suceder que tanto el fiscal como el querellante no hayan solicitado en la audiencia preliminar la apertura del juicio oral y, sin embargo, el juez de instrucción considere que existen motivos suficientes para acordarla. En tal caso, el juez no puede ordenar de oficio la apertura del juicio oral, pero sí remitir las actuaciones al fiscal superior, para que una vez las revise formule acusación o ampare la decisión del inferior, ratificando su actuación.

En el caso de que el fiscal superior comparta del criterio del fiscal de la causa y ratifique su actuación, el juez habrá de resolver, necesariamente, en el sentido solicitado. Por el contrario, si el fiscal superior se pronuncia a favor de la acusación, el Juez de Instrucción convocará a todas las partes a una nueva Audiencia Preliminar que deberá realizarse en los diez días siguientes a la presentación de la acusación.

Debe señalarse que el plazo que se concede al fiscal para revisar las actuaciones y formular su dictamen es de tres días improrrogables, a contar desde la notificación correspondiente.

Puede suceder, por último, que el fiscal no acuse, pero sí lo haga el querellante constituido como acusador particular. En tal caso, el Juez de Instrucción puede ordenar la apertura del juicio oral y, si lo hace, la Fiscalía General de la República está facultada para intervenir en el juicio oral.

Sobre las facultades del querellante, el art. 95 CPP, comentado por CASADO PÉREZ, otorga legitimación para el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública a la víctima del delito (ver art. 12 CPP); por su parte, como señala dicho autor, “el inciso 3º. del art. 95 viene a ampliar considerablemente el numeral cuarto del art. 12 CPP, ya que otorga la legitimación activa para formular querrela a todo ciudadano o a cualquier asociación de ciudadanos legalmente constituida, cuando se trate de: delitos oficiales; delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, agentes de autoridad y autoridad pública que violen grave y directamente un derecho fundamental; delitos contra el ejercicio del derecho de sufragio; y delitos que afecten intereses colectivos y difusos”.

322

AUTO DE APERTURA

1229

La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación del fiscal o del querellante y abrir el juicio, contendrá:

- 1) Admisión de la acusación, con la descripción precisa del hecho objeto del juicio y de las personas acusadas;**
- 2) Cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez sólo la admite parcialmente, la determinación precisa de los hechos por los que se abre el juicio;**
- 3) Modificaciones en la calificación jurídica, cuando se aparte de la acusación;**
- 4) Orden de remitir las actuaciones al Tribunal de Sentencia, cuya competencia determine;**
- 5) Identificación de las partes admitidas;**
- 6) Imposición, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares, disponiendo en su caso, la libertad del imputado en forma inmediata; y,**
- 7) Intimación a las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurren ante el tribunal de Sentencia, se presenten y señalen lugar para las notificaciones.**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 320 y 323

II. COMENTARIO

El auto de apertura del juicio oral constituye el juicio positivo sobre la acusación, lo que supone el reconocimiento definitivo del derecho a acusar o a ejercitar la acción penal. Sólo abierto el juicio oral, el órgano judicial se encuentra obligado a concluir el proceso en la vista pública y a pronunciarse en la sentencia sobre la imposición de la pena respecto de los hechos deducidos por las acusaciones.

1230

Con ello queda patente el diferente alcance del derecho a la acción en el proceso penal. A diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, en el proceso penal no existe un derecho de las acusaciones a obtener un pronunciamiento de fondo, condicionado a la mera concurrencia de unos requisitos procesales. El cumplimiento de tales requisitos es condición necesaria, pero no suficiente para que llegue a producirse el juicio de fondo sobre la acusación, que sólo es posible si, además, existe un hecho con apariencia delictiva e indicios suficientes para atribuir su comisión a la persona contra la que se dirige el procedimiento. Por ello, en el proceso penal existe un control judicial sobre la pertinencia de la acusación, que realiza el juez de instrucción al pronunciarse sobre la apertura del juicio oral.

En suma, se trata de determinar si de las diligencias practicadas durante la instrucción se deduce la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Así pues, la decisión sobre la apertura del juicio oral tiene como antecedente en el resultado de la instrucción y, como presupuesto inexcusable, la acusación ejercitada por el fiscal o por el querellante. Esto es importante subrayarlo, pues, en virtud del principio acusatorio, resulta inconcebible que el juez promueva de oficio la celebración de la vista pública. Por tanto, sólo si puede afirmarse que existen indicios suficientes para estimar que la acusación no es infundada y para estimar que el acusado es responsable de los hechos que se le imputan en el dictamen de acusación, el juez de instrucción dictará auto de apertura del juicio oral.

Es importante destacar que en este auto se individualizan los hechos que han de ser objeto enjuiciamiento, de tal modo que sólo podrán ser objeto del mismo aquellos hechos que se imputen a los acusados en el auto de apertura del juicio oral. Dichos hechos, además, deben haber sido previamente objeto de acusación, sin que sea admisible, en ningún caso, que sean introducidos de oficio por el juez de instrucción, pues ello también implicaría la vulneración del principio acusatorio.

En cambio, el juez de instrucción en modo alguno está obligado a abrir el juicio oral por todos los hechos que han sido objeto de acusación. Es libre para excluir uno o

más de los hechos incluidos en el dictamen del fiscal o del querellante cuando considere que no existen indicios racionales suficientes para fundar una acusación respecto de los mismos y que de abrirse el juicio oral respecto de ellos sería previsible el pronunciamiento de una sentencia absolutoria.

La valoración que, en este orden de cosas, ha de realizar el juez de instrucción le lleva a considerar los elementos de convicción obrantes en las actuaciones, de tal modo que cuando considere que la carencia de indicios es total debe excluir los hechos del auto de apertura. También debe excluir los hechos del auto de apertura cuando considere que no son punibles. De esta forma el auto de apertura del juicio oral viene a desempeñar la función de filtro judicial que existe un previo enjuiciamiento sobre los hechos y los indicios, evitando que aquellos hechos que carecen de fundamento probatorio suficiente o cuya tipicidad es dudosa abran el juicio oral.

Así pues, el pronunciamiento que realiza el juez de instrucción se contrae a la admisión o al rechazo de la acusación, resultando necesario, a tenor de lo expuesto que el auto de apertura contenga la descripción precisa de los hechos que han de ser objeto de enjuiciamiento. Dada la importancia de esta resolución, los hechos deberán ser descritos con la máxima precisión, debiéndose incluir, en el relato de cada uno de ellos, los datos relativos al lugar y tiempo de ejecución, personas intervinientes, medios utilizados en la ejecución, resultado producido y, en fin, todas las circunstancias que completen el desarrollo de los hechos y que puedan dar lugar a la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

1231

El auto también debe contener a identificación plena de la persona o personas que han de ser sometidas a enjuiciamiento en concepto de acusadas. Lógicamente, en este auto sólo se incluirán las comprendidas en el dictamen de acusación, sin que pueda ser objeto de enjuiciamiento quien previamente no haya sido acusado.

Puede suceder que la acusación se extienda a varios hechos o a varios acusados y, sin embargo, el auto de apertura sólo admita de forma parcial la acusación, es decir, respecto de algunos hechos o respecto de algunos acusados, rechazándola respecto del resto. Es evidente que cuando se trata de la estimación parcial de la acusación, en el auto de apertura deberán precisarse de forma suficientemente clara cuáles son los hechos objeto de acusación que se someten a enjuiciamiento y respecto de cuáles se rechaza la acusación.

En suma, debe exigirse al juez de instrucción un pronunciamiento expreso sobre todos los hechos justiciables y sobre todos los acusados. Resulta necesario desterrar de la práctica forense los sobreseimientos tácitos, que se producen cuando se acuerda la apertura del juicio oral respecto de algunos hechos, pero se omite todo pronunciamiento respecto del resto. Por una parte, el juez de instrucción debe exigir un pronunciamiento claro sobre todos los hechos que han sido objeto de investigación.

Por otra, es preciso que el instructor se pronuncie expresamente sobre todas las pretensiones de las partes, y si no lo hace tal omisión podrá denunciada exigiendo la aclaración del auto y, en su caso, ser atacada por la vía del recurso de revocatoria.

El auto de apertura del juicio oral debe contener, además, la fundamentación precisa sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y, en particular, las modificaciones en la calificación jurídica. Se busca con ello una mayor garantía para las partes y, correlativamente, un mayor control de la actividad del juez de instrucción, la permitir conocer las razones que le han llevado a decidir la apertura del juicio oral y los términos precisos en que lo ha hecho. Por tanto, debe excluirse la posibilidad de recurrir a fórmulas estereotipadas, para decidir la apertura del juicio oral, resultando precisa una fundamentación suficiente que exprese las razones que han llevado al instructor a decidir sobre la apertura del juicio oral, los hechos a los que se extiende esta declaración y las personas que han de ser juzgadas como responsables de los mismos. Si la fundamentación no existe o es insuficiente debe reconocerse la posibilidad de impugnarlo.

1232

Además de pronunciarse sobre la procedencia de la acusación, el auto de apertura incluye otros pronunciamientos, directamente vinculados a la decisión de apertura: la ratificación o modificación de las medidas cautelares acordadas por el instructor; la orden de remitir las actuaciones al tribunal de sentencia, incluyendo la documentación, objetos secuestrados y personas detenidas, tal y como dispone el art. 323 CPP; y la intimación a las partes para que concurran ante el tribunal de sentencia en el plazo de cinco días.

Se ha discutido si este auto es impugnabile. En nuestro sistema procesal parece descartada la posibilidad de formular recurso de apelación contra el mismo. Más dudosa es la posibilidad de interponer recurso de revocatoria, de conformidad con lo establecido en el art. 414 CPP Tal y como hemos señalado, esta resolución puede presentar defectos esenciales que afectan a la validez de la misma y que deberán ser corregidos, siendo la revocatoria un medio de impugnación adecuado para hacer posible que tales rectificaciones puedan producirse.

323

REMISIÓN DE ACTUACIONES

Practicadas las notificaciones correspondientes, el secretario remitirá, dentro de cuarenta y ocho horas, las actuaciones, la documentación y los objetos secuestrados a la sede del tribunal de sentencia, poniendo a su disposición a los detenidos.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 324

II. COMENTARIO

La instrucción puede finalizar de diferentes formas, una de ellas, la más frecuente, ordenando la apertura del juicio oral, al haberse admitido, en su totalidad o en parte, el dictamen de acusación. Cuando esto suceda corresponderá al secretario judicial remitir a la sede del tribunal de sentencia todas las actuaciones, documentos, evidencias y objetos secuestrados, así como poner a disposición del referido tribunal a las personas que se encuentren detenidas.

1233

Esta actuación, de mero impulso procesal, debe realizarse sin demora, en el plazo de cuarenta y ocho horas desde que se haya realizado todas las notificaciones a las partes.

TÍTULO II

JUICIO PLENARIO

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS GENERALES

324

PREPARACIÓN DE LA VISTA PÚBLICA

El Presidente del tribunal de sentencia, dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidas las actuaciones, fijará el día y la hora de la vista pública, la que no se realizará antes de diez días ni después de un mes.

1234 Las excepciones que se funden en hechos nuevos y las recusaciones podrán ser interpuestas dentro de los cinco días de notificada la convocatoria a la vista pública y serán resueltas por uno solo de los jueces del tribunal. No se podrá posponer la vista pública por el trámite o resolución de estos incidentes.

El secretario del tribunal notificará de inmediato a las partes, citará a los testigos y peritos, solicitará los objetos y documentos y dispondrá cualquiera otra medida necesaria para la organización y desarrollo de la vista pública.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 a 82 (recusación de jueces y secretarios), 122 (lugar de constitución del Tribunal), 128 (funciones del secretario judicial), 143 (notificación de las resoluciones judiciales), 152 (forma de la citación), 156 (cómputo de plazos), 160 (término para la resolución de incidentes), 277 a 284 (excepciones), 323 (remisión de las actuaciones al tribunal de sentencia y puesta a disposición de los detenidos)
- LOJ, 78 (obligación de custodia del secretario judicial)
- CC, 46 a 48 (cómputo de plazos)

II. COMENTARIO

La celeridad que debe regir en toda administración de justicia, pues no en vano se dice que una justicia lenta no es justicia, se acentúa como exigencia inexcusable en la jurisdicción penal.

La incertidumbre que pesa sobre el imputado que ha de salir condenado o absuelto, pero también sobre la víctima del delito, que exige la satisfacción del perjuicio que se le ha ocasionado o, por lo menos, la clarificación en la medida de lo posible de los hechos delictivos, tanto por lo que respecta a cómo sucedieron éstos, como a quiénes tomaron parte en su ejecución, conduce a que el juicio se deba celebrar cuanto antes.

De ahí que, según dispone el artículo que se comenta, el Presidente del tribunal de sentencia deberá fijar, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción de las actuaciones, el día y la hora de comienzo de la vista pública, que no podrá celebrarse ni antes de diez días, ni después de un mes.

Puede plantear algún problema de interpretación la cuestión relativa a la forma en que debe efectuarse el cómputo de los términos mínimo y máximo para la celebración del juicio a partir de que se reciben las actuaciones en el Tribunal de sentencia.

1235

Podría sostenerse que la computación de los plazos de diez días antes de transcurridos los cuales no puede iniciarse el juicio y el mes que marca el fin del término antes del cual debe haber comenzado el plenario ha de ajustarse a lo que dispone el artículo 156 CPP, con arreglo al cual “En cualquier etapa del proceso, en los términos por día no se contarán los de asueto, descanso semanal y días inhábiles y si vencen en uno de ellos, se entenderán prorrogados hasta el día hábil siguiente”. Este criterio conduce a la exclusión de los días considerados inhábiles. Sin embargo, teniendo en cuenta que mientras el término menor viene expresado en días (diez días), el mayor se indica en meses (un mes), consideramos que estos plazos deben contarse por días naturales, sin exclusión de los inhábiles. La razón de ello es que, si bien en la fijación del plazo mínimo en días (diez días) no debería plantear dudas la exclusión de los inhábiles, el que el máximo o término final del inicio del juicio se exprese en distinta unidad temporal (un mes), obliga a contar este mes de fecha a fecha, lo que nos conduce al contenido del artículo 46 del Código Civil, que regula la materia y, como consecuencia de ello, al artículo 48 del mismo CC, que dispone que en el cómputo se comprenderán los días feriados. Partiendo de que la computación de fecha a fecha con arreglo a la que debe contarse el mes no permite la exclusión de los días inhábiles, parece que la solución no ha de ser la de contar solo los días hábiles en el cómputo del plazo menor de diez días y, en cambio, no hacerlo al no ser posible en el del máximo de un mes. Y puesto que es más adecuado aplicar la misma regla de cómputo al término inicial y al final, concluiremos que en el de ambos no se excluyen los días inhábiles. Sin perjuicio,

naturalmente, de que si el ultimo día del plazo es inhábil, se entienda que el termino se produce en el siguiente día hábil.

Se obtiene así un doble objeto: de un lado se conoce en brevísimo tiempo desde que se remitieron las actuaciones la fecha de inicio del juicio y, a la vez, se impone que su comienzo sea lo más pronto posible, pero no tanto que una excesiva urgencia dificulte la efectividad de la defensa, que podría quedar mermada si faltara un tiempo razonable de preparación.

La consecuencia del señalamiento es que se activa la maquinaria burocrática judicial de la que depende que la vista pueda tener lugar. En este sentido, se ordena por el párrafo último del artículo 324 que el secretario del tribunal notifique de inmediato a las partes (ver arts. 143 y ss. CPP), cite a los testigos y peritos (ver art. 152 CPP), solicite los objetos y documentos (que, no obstante esta expresa orden, ya han tenido que ser remitidos con anterioridad, en virtud de lo que dispone el artículo 323 CPP) y disponga cualquier otra medida necesaria para la organización y desarrollo de la vista pública.

1236

El inciso último del segundo párrafo del artículo conjura el peligro de que entre la llegada de la causa al tribunal de sentencia y el inicio de la vista pública se planteen excepciones y recusaciones que puedan redundar en el retraso en el comienzo del juicio. Con tal objeto, se establece que no se podrá posponer la vista pública por el trámite o resolución de estos incidentes, para cuya formulación se impone el perentorio plazo de cinco días desde la notificación de la convocatoria a la celebración de la vista. Y a la vez, se agiliza su resolución al establecer que serán resueltos por uno solo de los jueces del tribunal. Además, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad del planteamiento de excepciones queda restringida a las que se funden en hechos nuevos, por lo que no pudieron plantearse haciendo uso del cauce procesal expresamente previsto en los artículos 277 al 284 del CPP.

Debe observarse que, aunque la Ley no lo diga expresamente, el señalamiento del día de comienzo de la vista publica deberá hacerse con antelación suficiente. Desde luego, para que puedan ser citadas las partes y los testigos y preparada debidamente la práctica de la prueba, pues la convocatoria apresurada que no dejara tiempo para la debida preparación de la defensa podría lesionar el derecho fundamental que al imputado reconocen la Constitución y los Convenios Internacionales.

También ha de mediar entre la convocatoria y el comienzo del plenario tiempo suficiente para que puedan ser planteadas las excepciones que se funden en hechos nuevos y las recusaciones. El plazo de interposición es de cinco días desde la notificación del señalamiento, tal como indica el artículo que comentamos y también el art. 78.3 CPP.

Al planteamiento de la excepción sigue la audiencia a las restantes partes por tres días y la resolución sobre la misma, previamente a la cual puede haberse celebrado una vista (arts. 278 y 279 CPP).

El incidente de recusación de uno de los jueces lo resuelven los restantes miembros del tribunal (art. 75 CPP) tras la celebración de una audiencia oral en la que se puede practicar prueba.

La demora a que necesariamente han de dar lugar estos trámites, sumada al plazo de cinco días durante el que pueden plantearse las excepciones y las recusaciones, hace prácticamente imposible que la audiencia pueda comenzar, no ya en los diez primeros días siguientes a la convocatoria, lo que viene expresamente prohibido, sino con dificultades en los diez siguientes, si se han planteado excepciones o recusaciones. Ello nos lleva a que, en la práctica, el eventual planteamiento de tales incidentes hará difícil que el juicio pueda iniciarse incluso dentro del mes que la Ley señala como término final para el comienzo de la audiencia, por lo que el cumplimiento de la ley exigirá que todos los funcionarios del Órgano Judicial implicados en la celebración de cada juicio extremen la diligencia.

Las facultades del secretario del tribunal en relación con la organización y desarrollo de la vista publica a que se refiere el inciso último del artículo comentado ha de ser puesta en relación con el artículo 122 CPP. Es misión del secretario cuidar de que la sala de vistas reúna las condiciones necesarias para la celebración del juicio, teniendo también en cuenta que puede haber procedimientos que, por sus especiales características (trascendencia social de los hechos, expectación que haya levantado la vista, número de imputados o testigos, previsible duración por la complejidad del asunto), exijan que la vista pública tenga lugar bajo especiales medidas de orden, e incluso de seguridad. Se trata de procurar el desarrollo normal y sin incidentes del plenario, garantizando, como dice el citado artículo 122, la seguridad de los intervinientes y la tranquilidad pública.

1237

Si se considera necesario, puede incluso recurrir el secretario a las autoridades para que le presten todo el apoyo necesario para el normal desarrollo de la vista pública.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La actividad fundamental que realizará el presidente del tribunal de sentencia será analizar la acusación y el auto de apertura a juicio, así como determinar si ha existido alguna afectación a una garantía fundamental que pueda deducirse del análisis de éstos. Ello implica que no se hará un estudio pormenorizado del expediente no sólo por la brevedad de tiempo para realizar el señalamiento de la vista pública, sino, lo que es más importante, para evitar prejuiciarse sobre el caso que se conocerá.

El plazo de los diez días tiene como finalidad el preparar la vista pública, haciendo las comunicaciones respectivas de las partes, testigos y peritos que deberán comparecer el día fijado para el juicio. Sin embargo nada obsta para que el juicio pueda desarrollarse antes de este plazo, en caso que todo este listo para el juicio y especialmente que las partes no tengan óbice alguno. En este caso no existirá ninguna afectación, sino que lejos de ello se le imprime mayor celeridad al proceso.

325

INMEDIACIÓN

La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes.

1238

El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehúsa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor; sólo en caso de que la acusación sea ampliada, el presidente del tribunal lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda. Si su presencia es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública.

Si el defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella, se considerará abandonada la defensa y corresponderá su reemplazo.

Si el querellante no concurre a la audiencia, o se aleja de ella, se tendrá por abandonada su querella, sin perjuicio de que pueda ser obligado a comparecer como testigo.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 (audiencia e intermediación), 12 (garantías de la defensa)
- CPP, 10 (derecho a la defensa técnica e irrenunciabilidad), 28 (delitos perseguibles mediante acción privada y consecuencias del abandono de la querella), 91 (rebeldía), 93 (declaración de rebeldía durante el juicio), 104 (abandono de la querella), 105 (efectos del abandono de la querella), 114 (abandono y sustitución de la defensa), 115 (sanciones por abandono de la defensa), 268 (participación del Fiscal en las actuaciones penales), 293 (detención provisional en caso de incomparecencia), 319 (ausencia del fiscal o del defensor a la audiencia preliminar), 326 (movilidad del imputado), 331 (facultades del presidente), 334 (interrupción o suspensión de la audiencia)

por la rebeldía del imputado), 340 (declaración del imputado), 343 (nueva declaración del imputado tras la ampliación de la acusación), 394 (posibilidad de celebrar el juicio de faltas sin la asistencia del imputado), 398.3 (celebración sin la presencia del imputado del juicio para la aplicación de medidas de seguridad)

- LOMP, 81 y 82 (responsabilidad de los funcionarios de la Fiscalía)
- DUDH, 10 (inmediación y audiencia), 11.1 (derecho de defensa)
- PIDCP, 14.2.d y 14.3 (derecho del imputado a estar presente en el juicio y a la defensa técnica)
- CADH, 8.1 (dº de audiencia), 8.2.d) y e) (dº de defensa)
- DADDH, XXVI (dcho. de audiencia y a un juicio público)

II. COMENTARIO

A) Inmediación, oralidad, concentración

Al ordenar este precepto que la vista se celebre con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes, está indicando que la prueba ha de desarrollarse necesariamente ante el tribunal encargado del enjuiciamiento y fallo. Esto implica la proclamación del principio de inmediación, que supone que el tribunal ha de formar su convicción sobre los hechos objeto del juicio, de la que nacerá la sentencia condenatoria o absolutoria, a partir de la valoración de las pruebas practicadas en su presencia, con lo visto y lo oído en la audiencia, por lo que tiene una estrecha relación con el de oralidad.

1239

La convicción judicial no puede obtenerse simplemente a partir de la plasmación o reflejo documental que queda de las pruebas practicadas en el acta que ha de levantar el Secretario del tribunal (art. 363 CPP). Téngase en cuenta que el artículo 363.4 del Código Procesal sólo obliga al secretario a recoger en el acta “un resumen del desarrollo de la audiencia”, lo que supone que a partir de la simple lectura de dicho resumen escrito no podrá tenerse una completa y detallada información de lo acaecido en el juicio. El acta es fría y concisa, por lo que sólo con ella no puede el tribunal captar las vacilaciones, el aplomo o la firmeza con que se prestan las declaraciones de imputados y testigos, o los informes de los peritos.

La correcta valoración de la prueba necesita que se observe la inmediación, que encuentra respaldo constitucional, siquiera indirecto, en el artículo 11 Cn cuando establece la exigencia de que la condena a la privación de derechos vaya precedida de un juicio en el que el imputado sea oído, pues sólo puede ser oído quien declara ante el tribunal. En el mismo sentido puede citarse el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando proclama el derecho de toda persona “a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial”, así como el

artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

El mandato de que la vista pública tenga lugar con la presencia “ininterrumpida” de jueces y partes nos conduce a otro de los principios informadores del juicio plenario, cual es el de concentración, que exige que la totalidad de las pruebas en cuya valoración ha de basarse la decisión judicial se desarrolle ante el tribunal, de forma seguida y sin interrupciones. Se trata de conseguir que las pruebas se practiquen dentro de un tiempo que no desnaturalice la posibilidad de juzgar sobre la prueba producida. Se dificultará la valoración judicial de la prueba cuando tenga lugar en un momento distante de la práctica de la actividad probatoria.

B) La presencia del imputado

1240

El artículo que se comenta establece en su segundo párrafo que el imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Aunque la lectura aislada de este precepto podría dar a entender que en cualquier momento puede el tribunal acceder a que el acusado no esté presente en el juicio, el contenido del segundo inciso del mismo párrafo evidencia que el imputado tiene, cuando menos, que estar presente desde el comienzo de la vista pública hasta que finaliza el trámite de su declaración, al que se refiere el art. 340 CPP. Así resulta del hecho de que a continuación se contemple la posibilidad de que después de su declaración rehúse permanecer, lo que necesariamente implica que antes de que haya terminado de declarar -o de que haya hecho uso de su derecho a guardar silencio- no cabe la posibilidad de que el acusado abandone el recinto en que se desarrolla el juicio. Sólo si después de dicho trámite prefiere no estar presente se le autoriza a pasar a una sala próxima, donde podrá permanecer custodiado, tanto para “evitar la evasión o cualquier acto de violencia que pudiera producirse” (art. 326, primer pf. CPP), como por si fuera necesaria su presencia para la realización de alguna prueba (“para la práctica de algún acto o reconocimiento” dice el artículo 325 CPP). También interesa asegurar su disponibilidad mediante la custodia en una sala próxima por si se produjera la ampliación de la acusación, que es la hipótesis contemplada por el artículo 343 CPP, en cuyo caso “el presidente del tribunal lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda”.

Se asegura así la obligada información al imputado del contenido de la acusación, para a continuación recibirle declaración acerca de los hechos a que se refiere la ampliación, con arreglo a lo que dispone en este sentido el artículo 343 CPP. Aunque el segundo párrafo del art. 325 CPP se limite a disponer la comparecencia del imputado para ser informado de la ampliación de la acusación, debe entenderse que dicha presencia obligada de quien fue autorizado a permanecer en otro lugar durante el resto de la vista no se limita a la recepción de la información sobre la ampliación de la acusación, sino que también habrá de recibírsele declaración sobre “los nuevos hechos

o circunstancias atribuidos en la ampliación”, tal como ordena el artículo 343 CPP, por lo que con esta previsión debe completarse la más escueta del artículo 325 CPP.

La forma terminante en que se ordena que las partes deben estar presentes a lo largo de toda la audiencia y que el imputado no puede alejarse sin permiso del tribunal excluye la posibilidad de la celebración del juicio en rebeldía o en ausencia de aquel, si no comparece a la audiencia a la que ha sido debidamente citado y no es hallado tras acordarse por tal motivo su detención provisional (art. 293.1 CPP).

Aunque son de peso los argumentos contrarios a la posibilidad de celebración de juicios en rebeldía, es la misma admitida por la legislación de algún país que pertenece a un entorno que se tiene por respetuoso con los derechos y garantías del procedimiento, cual es el caso de Italia. Si bien cualitativamente distinto del juicio en rebeldía, la legislación procesal penal española admite que el juicio pueda llevarse a cabo pese a la inasistencia del acusado, siempre que se cumplan dos requisitos básicos: 1º que haya sido citado personalmente, o en el domicilio que indicó, o en la persona que señaló a tales efectos, 2º que la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, siendo de distinta naturaleza, su duración no sea superior a seis años (art. 791.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal Española). La celebración del juicio en ausencia supone que el imputado, que ha tenido conocimiento suficiente de que iba tener lugar la vista, no ha querido comparecer a la misma. El artículo 14.2.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama el derecho del imputado a estar presente en el proceso, por lo que el juicio en ausencia sólo puede admitirse sobre la base de la expresa consciente y renuncia del acusado al ejercicio de tal derecho. Por ello, su admisión en algunas legislaciones procesales se hace cuidando las garantías fundamentales y extremando las cautelas, por lo que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Resolución 75-11, de 21 de mayo de 1975, fijó los criterios a seguir en el procedimiento en ausencia del inculcado.

1241

No admite la legislación salvadoreña la celebración del juicio en rebeldía o en ausencia del imputado. Si desoye la convocatoria a la celebración de la audiencia deberá ser declarado en rebeldía (art. 91 CPP), lo que puede suceder una vez iniciado el juicio si, por ejemplo, no acude a una de las sesiones del mismo, o se aleja del lugar en que se celebra la audiencia, o de la sala próxima a que fue autorizado a retirarse. En cualquier caso, la consecuencia de la rebeldía es el archivo de las actuaciones respecto del imputado ausente, sin perjuicio de que puedan proseguir en relación con los demás, si los hay (art. 93 CPP). Y si esta situación se produce cuando ya ha comenzado el juicio, da lugar a la interrupción de la audiencia, a no ser que sea encontrado dentro de los siguientes diez días, en que sólo se habrá tratado de un caso de suspensión (art. 334 CPP).

En dos casos es posible la celebración del juicio en ausencia de su principal protagonista: 1. El juicio de faltas, pues así se prevé en el párrafo último del artículo 394

CPP. 2. El juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad (arts. 397 a 399 CPP), que puede celebrarse sin la presencia del inimputable (art. 398.3 CPP) y que, obviamente, poco tiene que ver con el caso al que nos estamos refiriendo.

a) Abandono de la sala de vistas

Dice el segundo párrafo del artículo 325 CPP que el imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal y que, si no desea continuar en la misma, se le autorizará a permanecer debidamente custodiado en una sala próxima. No lo dice expresamente el Código Procesal Penal, pero debemos entender que no es el único caso en que el imputado no se encontrará en la sala de vistas durante todo el juicio.

b) Expulsión de la audiencia

1242

Otro cauce por el que puede llegarse a la permanencia del imputado fuera de la audiencia, custodiado para evitar su fuga o alejamiento y posibilitar su pronta comparecencia si se considera necesario para la práctica de alguna prueba, o si se amplía la acusación, es la eventual provocación de incidentes o alteraciones del orden por parte de aquel; piénsese en el imputado que se dedica a dar grandes voces, a interrumpir o a insultar a los presentes. En tal caso, el ejercicio del presidente de las facultades disciplinarias y de dirección que le confieren los artículos 331 CPP dará lugar a que ordene la inmediata expulsión de la sala de audiencia del imputado que así altera su buen desarrollo, que deberá ser vigilado en un lugar inmediato, de forma que se evite su huida y se garantice su comparecencia ante el tribunal si se considera necesario. Y si los actos del imputado son constitutivos de delito, acomodará el presidente su actuación a las prescripciones del artículo 337 CPP.

Puede darse el caso de que, como consecuencia de su actitud provocativa y entorpecedora de la marcha del juicio, si es conveniente la presencia en la sala de vistas del imputado que ha sido previamente expulsado por alterar el orden, se tope el tribunal con la actitud rebelde de éste, que se niega a comparecer. En esta eventualidad, deberá ser conducido ante el tribunal por la fuerza pública a la que se ha encargado su custodia, sin perjuicio de que, tras ser informado de sus derechos, se niegue a declarar o a prestar cualquier colaboración en la práctica de la prueba de que se trate. Otra posibilidad residual, a emplear sólo cuando la actitud obstaculizadora del imputado pueda dar lugar a alteraciones de importancia si se le conduce a la sala de audiencia por la fuerza, puede consistir en que el secretario del tribunal se desplace hasta el lugar donde se encuentra y, tras verificar cuál es su actitud, levante acta dejando constancia de que aquel se niega a acceder a la audiencia y a declarar o prestar ningún género de colaboración.

Tanto en el caso de que el imputado desee alejarse de la audiencia y sea autorizado a permanecer en una sala próxima, debidamente vigilado como, sobre todo, cuando

haya debido ser expulsado por su actitud alborotadora, la compulsión a salir de la sala de audiencia y luego a volver para la práctica de alguna diligencia es incompatible con una situación de libertad personal. Es por ello conveniente que, con carácter previo a la adopción de tales medidas de coerción directa, el presidente del tribunal acuerde, al amparo de las específicas facultades del artículo 326 CPP, o de la genérica de alteración de las medidas cautelares del art. 285 CPP, la modificación de la situación personal del imputado, decretando su detención y legitimando así las medidas de compulsión y vigilancia que se adopten sobre aquel.

C) Abandono del querellante

Se prevé también el caso de que no comparezca el querellante, o se aleje de la audiencia una vez iniciada. Puesto que mediante la querella se ejercita la acción penal por quien tiene un especial interés en ello, que es distinto del interés público que mueve la actuación de la Fiscalía, a su entera responsabilidad y albedrío queda el proseguir la acción que en su día inició.

Cabe, pues, la posibilidad de que en un momento determinado se aparte del procedimiento. En consonancia con esto, dispone el párrafo último del artículo 325 CPP que en los casos de ausencia del querellante se tendrá por abandonada su querella. Si se trata de un delito sólo perseguible mediante acción privada (art. 28 CPP), la presunción de abandono de la querella supondrá, necesariamente, la finalización del proceso, si no hay otras partes querellantes que sí hayan acudido al juicio y permanezcan en la audiencia. No será esta la consecuencia si el enjuiciamiento ha de ser de un delito de carácter público cuya persecución venga instada por la Fiscalía, pues en tal caso el abandono del querellante privado no comportará la finalización del proceso.

1243

La consecuencia de tener por abandonada la querella o, lo que es lo mismo, por efectuada la renuncia al ejercicio de la acción penal, es la única a que puede dar lugar la incomparecencia del querellante, o su posterior salida del juicio. Con independencia de ello, puede interesar oír su declaración acerca de los hechos enjuiciados y como sabido es que quien ilustra al tribunal sobre lo que en determinado momento y circunstancia vio y oyó tiene la condición de testigo, el abandono de su acción por el querellante no le releva de la condición de testigo que también puede tener, ni le dispensa de las obligaciones inherentes a ello, por lo que se dispone expresamente que la señalada consecuencia de tener por abandonada la querella no es óbice a que pueda ser obligado a comparecer como testigo.

La declaración por la que se tiene por abandonada la querella puede hacerse de oficio o a petición de parte (art. 104 CPP). Y su directa consecuencia es que no podrá posteriormente ejercitar la acción penal para el castigo del mismo hecho objeto del proceso y respecto de los mismos imputados.

D) Ausencia del Fiscal

No se contempla expresamente el supuesto de que sea el Fiscal quien no acuda al juicio. Téngase en cuenta que el fiscal designado para el caso actúa en representación de la Fiscalía General de la República, cuya actuación se debe al principio de legalidad y que tiene, entre otras, la misión de promover la acción de la justicia (arts. 193 Cn y art. 83 CPP). No se concibe, en realidad, que la ausencia del fiscal pueda dar lugar a la finalización del proceso, a partir de una presunción, similar a la que juega cuando falta el querellante, de abandono de la acción penal.

La falta del funcionario de la Fiscalía que debe acudir al juicio sólo podrá dar lugar a la suspensión de la vista y, en su caso, a la corrección disciplinaria de quien ha dejado de cumplir su obligación, con arreglo a las previsiones de los artículos 81 y 82 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

E) Incomparecencia del defensor

1244

Existe también la posibilidad de que sea el defensor quien no asista a la audiencia o se aleje de ella. En tal caso, es obvio que la consecuencia no puede ser en ningún caso dejar al acusado desprovisto de la defensa técnica. Si así se hiciera se vulneraría el derecho fundamental de defensa que proclaman tanto el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el segundo párrafo del artículo 12 de la Constitución Salvadoreña. En sede de legalidad ordinaria, el artículo 10 CPP regula el derecho irrenunciable a la defensa técnica.

El carácter de derecho fundamental que tiene la defensa en juicio y la irrenunciabilidad de la misma conlleva el que el incumplimiento por parte del defensor de sus obligaciones no pueda redundar en que el acusado se vea privado de tal derecho. Por ello, el artículo que se comenta prevé aquella posibilidad en su penúltimo párrafo y dispone como única consecuencia que se tenga por abandonada la defensa y se proceda a la sustitución del abogado.

Esta sustitución deberá llevarse a cabo en la forma que disciplina el artículo 114 CPP, que dispone que la sustitución habrá de ser por un defensor público, previa petición al Procurador General de la República, sin que el primero que abandonó la defensa pueda ser nuevamente nombrado en el mismo proceso. El nuevo defensor podrá solicitar la suspensión de la audiencia por un máximo de cinco días, lo que hará cuando lo necesite para la preparación de la defensa. Supone esta posibilidad una causa de suspensión del juicio distinta a las enumeradas en el artículo 333 CPP.

La regulación de este supuesto de abandono de la defensa procura compatibilizar la efectividad del ejercicio del derecho de defensa por el imputado y el correcto

funcionamiento de la Administración de Justicia, evitando que el abandono pueda dar lugar a dilaciones indeseadas en la celebración del juicio y, por tal motivo, pueda ser utilizado con tal fin.

Con la misma finalidad, se dice expresamente por el art. 114 CPP que la vista pública no podrá ser suspendida una segunda vez por el mismo motivo. Y se prevé que en casos complejos o prolongados pueda el tribunal solicitar el nombramiento de un defensor público, que asistirá a todas las sesiones como sustituto y que intervendrá, asumiendo la defensa, en caso de abandono del titular, de suerte que, al haber podido seguir la marcha del proceso el nuevo defensor, no sea necesaria la suspensión.

El abandono de la defensa hace al defensor que lo hace injustificadamente acreedor a las sanciones a que se refiere el artículo 115 CPP y normas relacionadas con el mismo, por lo que nos remitimos a los comentarios a dicho precepto.

326

MOVILIDAD DEL IMPUTADO DURANTE LA AUDIENCIA

1245

El presidente del tribunal garantizará la libre movilidad del imputado durante la audiencia pero deberá, en su caso, disponer las medidas necesarias para evitar la evasión o cualquier acto de violencia que pudiera producirse.

Si el imputado se halla en libertad, aun caucionada, el tribunal podrá ordenar, para asegurar la realización de la audiencia o de un acto particular que lo integre, su conducción por la seguridad pública y hasta su detención, determinando en este caso el lugar en que ella se cumplirá; podrá, incluso variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las otras medidas cautelares previstas en este Código.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 87 y 340 (derechos del imputado), 285 (modificación de oficio de las medidas cautelares), 295 (medidas sustitutivas de la detención provisional), 299 (libertad caucionada), 301 (cancelación de la caución), 331 (facultad disciplinaria del presidente del tribunal), 285 (modificación de oficio de la situación del imputado), 295 (medidas sustitutivas de la detención provisional), 299 (libertad caucionada), 301 (cancelación de la caución)
- CP, 317 (evasión)

II. COMENTARIO

Durante la celebración de la vista pública el imputado se encuentra en una notable situación de sometimiento. Además de que no puede alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal (art. 325, seg. párrafo CPP), su presencia en la misma puede asegurarse por medios coactivos. Pero también debe disponer de movilidad durante el juicio.

1246 Ordena en este sentido el artículo 326 CPP que el presidente del tribunal garantizará la libre movilidad del imputado durante la audiencia, si bien deberá disponer las medidas necesarias para evitar la evasión o cualquier acto de violencia que pudiera producirse. Se pretende de este modo garantizar, en la medida de lo posible, la serenidad de ánimo, la libertad interior del acusado para declarar libre de coacciones. Así se hace realidad la libertad que legalmente se le reconoce para no declarar en los artículos 87.5 y 340 del CPP. Una libre movilidad que sea a la vez compatible con la imposibilidad de fuga del imputado queda, en realidad, prácticamente limitada a la prohibición de que aquel permanezca esposado durante la vista. Se garantiza de este modo la existencia de un reducto personal del imputado libre de restricciones, como es su propio cuerpo, por más que se encuentre privado de libertad si ha sido antes sometido a la medida cautelar de detención provisional o, en el mejor de los casos, no pueda abandonar la sala de vistas sin la autorización del tribunal. Y se respeta en el juicio plenario el derecho que al imputado reconoce el artículo 87.5 CPP “a que no se empleen medios que impidan el movimiento indispensable de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el juez o el fiscal”.

Aunque la finalidad de que durante la audiencia se garantice la que la ley llama “libre movilidad” del imputado, lo que excluye que éste permanezca esposado, sea asegurar, en la medida de lo posible, la libertad de su declaración, o de su silencio si opta por abstenerse de declarar, no puede olvidarse la importancia, tanto de que el juicio se celebre sin alteraciones, como de que el acusado no aproveche su momentánea situación de movilidad para escapar, frustrando así el fin del proceso.

Para conseguir ambos objetivos y con la finalidad de que dicha libre movilidad no suponga un obstáculo para la marcha del juicio, el primer párrafo del citado artículo que se comenta dispone que el presidente del tribunal, debe “disponer las medidas necesarias para evitar la evasión o cualquier acto de violencia que pudiera producirse”. Ello implica que se impartan las adecuadas órdenes a los agentes de la autoridad que se encuentren en la sala para que custodien adecuadamente al imputado a fin de evitar su evasión o cualquier otra alteración que pueda tener lugar.

El comienzo del juicio puede también dar lugar a una modificación de la situación personal del imputado, a un endurecimiento de la misma mediante la agravación de las medidas cautelares que puedan haberse adoptado con anterioridad y, en fin, incluso a

la pérdida de la libertad si se acuerda su detención provisional. El segundo párrafo del artículo que se comenta es muy claro en este sentido, al facultar al tribunal a ordenar, para asegurar la realización de la audiencia o de un acto particular que lo integre, su conducción por la seguridad pública y hasta su detención, determinando en este caso el lugar en que ella se cumplirá. O puede adoptarse cualquier otra medida cautelar que, siendo menos gravosa, tienda a garantizar el mismo objetivo, que es el desarrollo del juicio de forma ordenada y sin retrasos o suspensiones motivados por la ausencia del imputado.

Se trata, en suma, de asegurar la disponibilidad del acusado. Para ello puede el tribunal, según los casos y circunstancias, adoptar las medidas que considere necesarias, que van desde la conducción por la Policía hasta la detención provisional.

Estas facultades del presidente del tribunal, que suponen una evidente compulsión sobre la persona del sometido a juicio, pueden adoptarse tanto para asegurar su presencia en la audiencia, como para la realización de un acto particular que integre el juicio, como el artículo 326 dice literalmente.

Se deberá asegurar la presencia en la audiencia de quien no comparezca a la misma pese a haber sido previamente citado, o de quien se tema fundadamente que no lo hará, aunque para ello deba ser privado de libertad.

1247

La directa compulsión sobre el imputado para la realización de un “acto particular” del juicio presume que aquel se encuentra ya a disposición del tribunal, pues si así no fuera no hubiera podido iniciarse la audiencia, toda vez que el artículo 325 CPP exige la presencia de las partes y que el imputado no pueda alejarse sin permiso y, si lo obtiene, se ordena su custodia en una sala próxima. Partiendo de ello, ese forzamiento sobre la persona de quien, aun estando en la sala próxima al juicio, lo requiere para la realización de alguna prueba, podrá ser necesaria si, por ejemplo, tras haber sido autorizado a permanecer en una sala contigua a la de la vista, se le requiere para ser instruido sobre la ampliación de la acusación, o para la práctica de alguna prueba que exija su presencia. En tal caso, pudiera suceder que el imputado, en rebelde actitud, se niegue a personarse de nuevo ante el tribunal, por lo que deberá ser acordada previamente su detención provisional, si es que no se hubiera antes decidido para que, una vez privado de libertad, pueda ser tratado como preso y ser llevado por la fuerza hasta la sala de vistas, por más que, tras ser presentado ante el tribunal, ejerza su derecho a no declarar, tal como le reconocen los artículos 87.5 y 340 CPP.

No es este el momento de analizar los principios rectores de la adopción de medidas cautelares, ni tampoco sus diversos tipos. Pero, puesto que en este momento procesal pueden ser acordadas por el tribunal para garantizar la celebración del juicio, parece claro que el único criterio rector de su adopción ha de ser el denominado “periculum in mora”, es decir, la evitación de dilaciones en la tarea de juzgar, puesto

que en tan avanzado estadio procesal el “fumus boni iuris” se da por supuesto, ya que de otro modo no se hubiera llegado a la fase de plenario.

Naturalmente, la adopción en este momento procesal de medidas cautelares tendentes a asegurar la presencia del imputado deberá regirse por el análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso y la medida en que su concurrencia puede dar lugar al retraso procedimental que se pretende evitar. Y, al igual que toda resolución en que se adopte alguna medida cautelar, la que en alguno de los sentidos expresados tome el tribunal de sentencia para asegurar la presencia del acusado deberá estar suficientemente motivada.

Téngase también en cuenta que la facultad que se concede al tribunal para acordar la conducción por la fuerza pública, o incluso la detención y, en general, cualquier medida cautelar, es coherente con el principio general que inspira la adopción y modificación de las medidas cautelares, que pueden ser decididas y modificadas de oficio. Se trata de una configuración de la materia que aproxima en esta vertiente el proceso penal a las características del inquisitivo, alejándolo de las que son propias del inspirado en el principio acusatorio.

1248 Tal vez sería conveniente que, a fin de ajustar el procedimiento criminal a los criterios rectores del acusatorio, no pudiera el tribunal adoptar de oficio medidas cautelares que fueran más gravosas para el imputado que las preexistentes sin una previa petición de la parte acusadora y previa audiencia del interesado y su defensor, bien porque directamente lo pidiera la acusación, bien porque, estimando el tribunal la existencia de un peligro cierto de fuga del imputado, lo expusiera a las partes, de suerte que en este ámbito pudiera la acusación pedir el endurecimiento de la situación personal del imputado del que se sospecha que pueda eludir la acción de la Justicia.

327

PUBLICIDAD

La audiencia será pública, pero el tribunal podrá decretar, de oficio o a solicitud de parte, que sea privada parcial o totalmente cuando así lo exigieren razones de moral, de interés público, la seguridad nacional o esté previsto por una norma específica.

En consecuencia el tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto el deber de guardar reserva sobre los hechos que presenciaron o conocieron, dejando constancia en el acta de la audiencia.

La resolución será fundada y constará en el acta de la audiencia.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 (dcho. a un juicio público)
- CPP, 272 (publicidad de los actos procesales), 363.6 (constancia en el acta de la publicidad o de su exclusión), 398.3 (exclusión de la publicidad en el juicio para aplicación de medidas de seguridad)
- DUDH, 10 y 11.1 (publicidad del juicio)
- PIDCP, 14(publicidad del juicio)
- CADH, 8.5 (publicidad)
- DADDH, XXVI (ppio. de publicidad)
- CEDH, 6.1 (publicidad del juicio)

II. COMENTARIO**A) La publicidad como principio general**

La publicidad de los debates del juicio oral es un principio básico del procedimiento penal moderno, al que se incorporó por el pensamiento liberal como medio de control de la actividad jurisdiccional por parte de la comunidad.

BECCARIA reclamaba la publicidad de los juicios en su conocida obra “De los delitos y las penas”, diciendo: “sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las presiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos”.

Sostenía BENTHAM que la intervención de la opinión pública en la Justicia, gracias a la publicidad del juicio, constituye una garantía tan firme y potente que equivale a todas las demás garantías procesales reunidas.

El mismo BENTHAM cita a MIRABEAU, que en un famoso discurso ante la Asamblea Nacional Francesa decía: “Dadme el juez que queráis, parcial corrupto, incluso mi enemigo; poco me importa, con tal que nada pueda hacer sino en presencia del público”.

GOMEZ ORBANEJA dice que “En el proceso penal vigente, en oposición al procedimiento secreto inquisitivo, los principios de publicidad y oralidad son correlativos. La significación de la publicidad no sólo es política, sino técnico-jurídica. Una sentencia basada en elementos que sólo el juzgador conoce podrá ser justa; quienes ignoren lo dicho y hecho ante el juez carecerán de base para apreciarlo y pueden no estimarlo así. El proceso secreto produce desconfianza en la conciencia popular y, a la larga, desinterés por la justicia; viene ésta a perder su función social y educadora. Por otro lado, la satisfacción que otorga al ofendido por el delito, en caso de condena; al error

del inocente erróneamente inculpado, en caso de absolución únicamente es plenamente sentida si opera a la luz del día. Con la publicidad, no sólo el acto jurisdiccional puede a su vez ser juzgado socialmente. Exponiendo su conducta a la crítica, a las partes y sus representantes, les será más difícil actuar en el juicio arbitrariamente”.

En suma, como dice el conocido brocardo sajón “la justicia se debe hacer viendo cómo se hace justicia” («Justice must done and must be seen to be done»).

El art. 12 Cn confiere rango constitucional a este principio al proclamar el derecho del imputado a que se pruebe su culpabilidad en juicio público. Pero aunque la Constitución contemple la publicidad sólo desde la perspectiva del imputado, también corresponde, en primer lugar, a todas las partes del proceso y, además, es una garantía de toda sociedad democrática.

En sede legislativa supranacional, recogen el principio de publicidad del juicio los artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y también el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1250

El principio de publicidad del juicio no sólo se vincula al derecho básico a un juicio público. Tiene otra vertiente, que es diferente a su integración en el derecho de las partes a un juicio justo, cual es la de asegurar la transparencia de la Justicia como institución del Estado, contribuyendo al control de las actuaciones de la misma por parte de la opinión pública; así se destacó en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1993 (caso Axen), 22 de febrero de 1984 (caso Sutter) y 22 de mayo de 1990 (caso Weber), como también en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE) núm. 176-1988, de 4 de octubre, entre otras.

Comienza diciendo el art. 327 CPP que la audiencia será pública.

La doctrina distingue entre la publicidad externa, que viene referida a terceros que no se vean implicados directamente en un proceso penal, lo que está relacionado con el derecho a un proceso público, y la publicidad interna, siendo esta la que se refiere a las partes y está en íntima relación con un proceso justo y una defensa eficaz.

Puede también distinguirse entre publicidad inmediata y mediata. La inmediata consiste en la asistencia personal o física del público a la audiencia, mientras que la mediata es la que se realiza por algún medio de comunicación, como la prensa escrita o gráfica, la radio y la televisión.

La publicidad constituye la normalidad en el juicio, e incluso en todo el proceso penal, como resulta del contenido del artículo 272 CPP. Se trata de evitar una justicia secreta, que pueda escapar al control social, que en un estado democrático es vital. Sería un contrasentido que se ocultase a quienes son titulares de la soberanía el ejercicio de uno de los poderes, el judicial. La publicidad es una garantía importante. La justicia, sobre todo durante el plenario, ha de administrarse de tal manera que los ciudadanos y los medios de comunicación, que son vehículos de unión indispensable y especialmente cualificados entre los centros de poder y la ciudadanía, puedan presenciarnos. Todo acto, por el hecho de ser público, alcanza una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión, de la que están carentes los que se realizan de forma privada y sin publicidad.

Así lo destacó la STCE núm. 96/1987, de 10 de junio, al destacar que “El principio de publicidad (...) tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”. En la misma línea dice la STCE núm. 65/1992, de 29 de abril, que la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una excepción del derecho a un juicio público y que tiene por finalidad proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales.

1251

B) Restricciones

El principio de publicidad del juicio no es absoluto. Tiene excepciones previstas por la misma norma que lo establece. El derecho a un juicio público puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las leyes. Así se puede deducir del art. 29, en relación con el art. 10, ambos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues el primero de ellos avala la posibilidad de limitaciones al ejercicio de los derechos “con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática. El mismo art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que declara el derecho al juicio público prevé la posibilidad de que la prensa y el público puedan ser excluidos de la totalidad o parte del juicio por consideraciones de moral, orden público y seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes. Y en similar sentido puede citarse el art. 6.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que dispone que “El acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada

necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

Siguiendo la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo Español (STSE) núm. 168/1995, de 14 de febrero, podemos decir que:

a) La norma que proclama la publicidad del juicio, tanto en sede normativa interna, como internacional, es una norma jurídica perteneciente al derecho general y por ello las excepciones que se dirán, en cuanto correspondientes al «ius singulare», deben ser objeto de interpretación restrictiva como todas las de tal naturaleza (Paulus, Dig., I, XIII, 14: «quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias»).

b) Pero al tiempo, en cuanto configura un derecho fundamental de prestación y no reaccional, tal derecho no tiene carácter absoluto, sino que es limitable no sólo por ley que respete su contenido esencial, sino por las excepciones previstas para cada caso normativa y supraconstitucionalmente por los Pactos Internacionales, que son así lo que doctrinalmente ha sido estimado como «derecho superior» o, como se ha dicho en el mundo anglosajón, un «higher law».

1252 c) Obviamente, tal aplicación de la normativa singular requiere inexcusablemente tres modulaciones:

- 1.^a) Inclusión en uno de los supuestos previstos por las normas procesales (artículo 327 CPP) o en el artículo 14.1 del PIDCP (razones de moralidad, orden público, intereses de los menores o protección de la vida privada de las partes).
- 2.^a) Motivación del acuerdo, mediante el que se adopta la restricción o limitación del derecho fundamental.
- 3.^a) Atinencia estricta a los términos de la autorización judicial habilitante de la limitación, que con arreglo a los expresados artículos de los Pactos Internacionales puede afectar «a la totalidad o a parte de los juicios».

No se trata de conceder al tribunal la facultad discrecional, con posibilidad de que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, de restringir publicidad cuando le plazca.

En definitiva, si por lo general la publicidad del juicio interesa al buen funcionamiento de la justicia, y por eso ha de ser el principio general, en determinadas ocasiones es ese mismo interés el que puede aconsejar su restricción.

El artículo 327 CPP posibilita que se acuerde que la audiencia sea privada, parcial o totalmente. Pero, pretendiendo el legislador acotar las causas por las que puede restringirse la publicidad, exige para ello que dicha restricción venga aconsejada por razones de moral, de interés público, la seguridad nacional, o esté previsto por una norma específica. No es siempre fácil precisar el significado de tales motivos.

1. En primer lugar se contemplan las razones de moral, que entendemos debe venir referida en principio a la moral pública, cuando lo que se pueda decir en el juicio, dada la naturaleza de los hechos, pueda producir perturbación en los asistentes.

También ha de tenerse en cuenta el interés de los intervinientes en el plenario, en cuanto puede verse afectado su derecho a la intimidad cuando la búsqueda de la verdad, que es el objeto del proceso penal, exija que se les pregunte sobre aspectos de su vida íntima, en cuyo caso encuentra fundamento que se restrinja el acceso de terceros que no son partes en el proceso. Piénsese, a este respecto, en un juicio sobre abusos sexuales, sobre todo si la víctima es menor de edad. El respeto a la intimidad de la víctima es causa legitimadora de la celebración del juicio a puerta cerrada

2. Puede también fundarse la restricción de la publicidad en motivos de interés público. Sucederá cuando resulte afectado negativamente el orden público, porque exista la posibilidad de que lleguen a producirse altercados en la sala de vistas, o en sus inmediaciones. También cabe que la privacidad de los debates resulte aconsejable para la buena marcha del proceso, pues no puede negarse que es de interés público el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y que a su vez éste depende del adecuado desenvolvimiento del juicio.

1253

3. Más contingente puede resultar la aplicación del tercer supuesto, consistente en que sea la seguridad nacional la que exija la restricción de la publicidad, que se dará en muy pocos casos. Se antoja que un supuesto en el que por motivos de seguridad nacional pueda quedar excluida o restringida la publicidad del juicio se dará cuando se trate del enjuiciamiento de algunos delitos relativos a la existencia, seguridad y organización del Estado que tipifica el Código Penal en el Título XVIII del Libro II; especialmente si el delito objeto de la acusación es el de revelación de secretos de Estado, espionaje, sabotaje o infidelidad en negocios de Estado (arts. 355, 356 y 358 CP).

4. En cuanto al último motivo, dependerá exclusivamente de que una norma específica contenga la clara previsión legal restrictiva de la publicidad en el caso a que se refiera. En este sentido, en la regulación del juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, el artículo 398.3 CPP dispone que el juicio se celebrará a puerta cerrada, sin la presencia del inimputable cuando a causa de su estado imposibilite la audiencia.

C) Alcance, momento y forma de la restricción

El acuerdo del tribunal restrictivo de la publicidad de los debates puede tener un alcance total o parcial. Dicha decisión no comporta necesariamente que todo el juicio se celebre a puerta cerrada. Cabe que, en función del motivo concurrente en cada caso y de la naturaleza y contenido de las pruebas que en cada momento deban tener lugar, sólo parte del plenario quede excluido de la contemplación pública. Así, por ejemplo, puede ser que en un juicio sobre abusos sexuales sólo la declaración de la víctima deba prestarse a puerta cerrada.

La iniciativa tendente a que se limite la publicidad del juicio puede partir de cualquiera de las partes, o del tribunal. Téngase en cuenta que del mismo modo que alguna de las partes procesales puede pedir al tribunal que acuerde la restricción a la publicidad, lo que es presumible que suceda cuando sea la propia parte la que considere que la privacidad conviene a su interés como tal, también el tribunal puede detectar la conveniencia de la celebración a puerta cerrada y con la sola presencia de las partes y así acordarlo aun cuando nadie lo haya solicitado.

1254

La restricción de la publicidad que el tribunal puede acordar no se limita a la privación del conocimiento por terceros ajenos a las partes procesales de los avatares, de las interioridades del plenario en el momento en que se realiza la prueba, o la concreta parte de ella respecto de la cual se ha acordado la privacidad. El alcance del acuerdo restrictivo de la publicidad del juicio se extiende también a la difusión posterior de los hechos acaecidos en la parte de la audiencia respecto de la que se acordó la privacidad. En este sentido, se dice en el penúltimo párrafo del artículo 327 CPP que el tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto el deber de guardar reserva sobre los hechos que presenciaron o conocieron.

No precisa el precepto que se comenta el momento procesal en que puede el tribunal adoptar el acuerdo restrictivo de la publicidad del juicio. Podrá, desde luego, hacerlo al comienzo del juicio, antes de la apertura de la audiencia, o una vez informado el imputado de sus derechos y previamente al comienzo de su declaración. Pero nada impide que la decisión acerca de la privacidad del juicio, o de una concreta prueba que vaya a desarrollarse, se tome durante su desarrollo, una vez comenzado, en el momento en que el tribunal advierta, de oficio o a instancia de alguna de las partes, que determinado acto procesal que está a punto de desarrollarse aconseja la privacidad por alguno de los motivos de moral, interés público o seguridad nacional.

No debe olvidarse que el acuerdo de que los debates no sean públicos comporta una importante limitación del normal desarrollo del juicio, en cuanto restringe la observancia de un principio del proceso que tiene rango constitucional en virtud de lo que al respecto dispone el artículo 12 de la Constitución. Se trata de una decisión de gran trascendencia que, por lo tanto, debe ser suficientemente motivada, aunque no

sea necesaria una especial extensión, y recogida en el acta de la audiencia, como ordena el párrafo último del artículo que se comenta. Y en el acta se deberá hacer constar igualmente si se observó la publicidad, o si la misma fue excluida, total o parcialmente (art. 363.6 CPP).

328

PROHIBICIONES DE ACCESO

No podrán ingresar a la sala de vistas menores de doce años, excepto cuando sean acompañados por un mayor de edad que responda por su conducta, o cualquier persona que se presente en forma incompatible con la seriedad de la audiencia.

Tampoco podrán ingresar los miembros de la Fuerza Armada o de Seguridad Pública que se encuentren uniformados, salvo que cumplan funciones de vigilancia y las personas que porten distintivos gremiales o partidarios.

El juez o tribunal podrá limitar la admisión a un determinado número de personas, cuando así lo impongan las condiciones de la sala.

1255

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 327 (publicidad del juicio plenario)
- CF, 216 (audiencia obligada del mayor de doce años previa a la decisión sobre su cuidado), 280 (audiencia obligada del mayor de doce años previa al nombramiento de tutor), 377 (posibilidad excepcional de trabajar a partir de los doce años)
- CPC, 294.2 (incapacidad para ser testigo del menor de doce años cuando sucedió el hecho sobre el que debería declarar)

II. COMENTARIO

La proclamación del principio de publicidad del juicio en el artículo 327 CPP, sin perjuicio de que el tribunal la restrinja cuando lo considera conveniente, viene seguida en el artículo 328 CPP por el establecimiento de diversas prohibiciones de acceso a la sala de vistas.

El precepto que ahora se comenta se limita a indicar, en sus dos primeros párrafos, qué personas no pueden entrar en la sala de vistas, permitiendo en el último que se limite el acceso a un determinado número de asistentes.

Se trata de restricciones al principio de publicidad que no se fundamentan en genéricos motivos de moralidad, interés público o defensa nacional a valorar en cada momento y circunstancia por el tribunal, tal como establece el artículo 327 CPP. Los motivos por los que, con arreglo al artículo 328 CPP, se debe restringir la publicidad del juicio oral vienen determinados en concreto por el legislador, por lo que la decisión del tribunal al respecto viene ya condicionada por el propio contenido del mandato legal.

Con esta disposición se pretende compatibilizar el principio de publicidad con la necesidad de que el juicio se desarrolle de forma armónica, sin alteraciones, ni coacciones al tribunal, que así podrá desempeñar debidamente su cometido.

Podemos distinguir los casos en los que el tribunal no dispone, por así decirlo, de margen de maniobra, en cuanto es la propia norma la que indica, con precisión meridiana, quiénes y en qué circunstancias no pueden entrar en la sala, de aquellos otros en los que se deja a aquel la ponderación acerca de la conveniencia de que en un supuesto concreto se impida el acceso a la sala de vistas de determinadas personas que pueden perturbar el normal desenvolvimiento del juicio.

1256 1. A la primera clase pertenece la disposición mediante la que se prohíbe el acceso a la audiencia de los menores de doce años que no vayan acompañados por un mayor de edad que responda por su conducta. Esta restricción responde a la finalidad de mantener la necesaria seriedad y orden con los que debe desarrollarse el juicio, que puede verse alterado por la presencia de niños que, ajenos a la importancia del acto, pueden comportarse de forma inadecuada al rigor del mismo. Por ello se permite el acceso de estos menores si están acompañados de un adulto que responda por su conducta, esto es, que se preocupe de que el menor que asiste al juicio en su compañía mantenga la debida compostura. No se discute que antes de llegar a determinada edad la persona carece del grado de madurez necesario para actuar responsablemente y afrontar las consecuencias de sus actos, por lo que a los menores de edad no se les aplica la ley penal destinada al castigo de las conductas delictivas de los adultos; de ahí que a los salvadoreños no se les reconozca la condición de ciudadanos hasta los dieciocho años de edad, tal como se establece en el artículo 71 de la Constitución, y que el Código Penal, por así establecerlo su artículo 17, no se aplique a los menores de dicha edad, que tampoco pueden contraer matrimonio, tal como dispone el artículo 14 del Código de Familia.

Sin embargo, no es necesario llegar a la edad de dieciocho años para que la Ley contemple desde determinada óptica a quien, sin haberla cumplido, ha alcanzado otra inferior. En este sentido, el hito de cierta importancia viene marcado por los catorce años, ya que los menores de dicha edad no pueden ser empleados con carácter general en ningún trabajo (art. 377 Código de Familia) y quienes habiendo cumplido dicha edad no hayan alcanzado los dieciocho años pueden trabajar de acuerdo con las normas del Código de Trabajo, siempre que no se menoscaben sus derechos educativos (art. 376

C. Familia). En el mismo sentido, el mayor de catorce años puede administrar los bienes adquiridos con su trabajo o industria. Y puede ser testigo (art. 294.2 del Código de Procedimientos Civiles).

La edad de doce años que el artículo 328 CPP establece como límite por debajo del cual ningún menor puede acceder a la sala de audiencia sin la compañía de un adulto no es una fijación aislada en el ordenamiento salvadoreño. El conjunto de la legislación destila la idea de que el menor que ya ha cumplido los doce años, aunque lejos todavía de la mayoría de edad, para alcanzar la cual le faltan todavía la mitad de los años vividos, ya es capaz de realizar determinados actos regulados por el Derecho, o tiene cuando menos la madurez suficiente para exponer su criterio acerca de ciertas cuestiones. Así, puede ser autorizado para trabajar, aunque todavía no haya cumplido los catorce años, si se considera imprescindible para su subsistencia o la de su familia, según el artículo 377 C. Familia. También puede ser testigo si, habiendo cumplido los catorce al prestar su testimonio en el proceso, ya tenía doce años cuando sucedió el hecho sobre el que debe declarar, como se deduce con claridad, aunque sea “a contrario sensu”, del artículo 294.3 CPC. Y necesariamente debe ser oído antes de que el juez adopte la decisión acerca de la encomienda de su cuidado a uno de sus progenitores (art. 216 C. Familia) y con carácter previo al nombramiento de tutor (art. 280 C. Familia).

En este contexto de consideración del mayor de doce años como dotado de cierto grado de madurez, aunque muy limitado, debe entenderse la disposición del artículo 328 CPP con arreglo a la cual los menores de doce años no pueden acceder a la sala de vistas si no es acompañados de un adulto, lo que conduce a que sí puedan hacerlo sin compañía quienes hayan alcanzado dicha edad, a los que se considera capaces de mantener un comportamiento correcto y acorde con la seriedad del acto al que se asiste.

1257

2. Igualmente preciso es el segundo párrafo del artículo 328 CPP que, para evitar que pueda perturbarse la serenidad de ánimo de quienes intervienen en el juicio, e incluso la independencia del tribunal, prohíbe el acceso a los miembros de la Fuerza Armada o de Seguridad Pública uniformados, a no ser que, en el desempeño de su oficio, cumplan funciones de vigilancia. La presencia de miembros del Ejército o la Policía uniformados, dada la capacidad operativa y de coacción de las Fuerzas a las que pertenecen, puede dar lugar que sobre el tribunal se genere, sea o no en forma voluntaria, una coacción que el legislador pretende evitar a toda costa evitando la presencia de tales uniformados, a excepción de los que desempeñen tareas de vigilancia.

3. Tampoco podrán entrar quienes lleven distintivos gremiales o partidarios, lo que podría entenderse como un intento de condicionar la decisión del tribunal.

En cambio, el mismo artículo contempla otros dos supuestos en que la decisión de prohibir el acceso depende, no sólo del mandato legal, sino también de la ponderación que de la situación y las circunstancias concurrentes efectúe el tribunal.

4. Esto sucede cuando se dice, en el inciso último del primer párrafo, que no podrá entrar en la sala “cualquier persona que se presente en forma incompatible con la seriedad de la audiencia”, lo que parece hacer referencia al aspecto externo - especialmente la vestimenta- de quien se trate, que deberá ser valorado por el tribunal para decidir si el mismo se adecua a la necesaria seriedad del acto y así decidir en consecuencia.

5. Aunque por motivos distintos, más bien de orden operativo o logístico, el último párrafo permite que se limite el acceso a un determinado número de personas, cuando así lo impongan las condiciones de la sala. Se pretende evitar que la presencia de público en número excesivo e inadecuado a la capacidad de la sala de vistas produzca, por la aglomeración, una merma en el grado de seriedad con el que debe desenvolverse el juicio, e incluso pueda generar alteraciones del orden, con el consiguiente perjuicio para la buena marcha del plenario. Como en el anterior supuesto, será también aquí el tribunal el que deberá sopesar las circunstancias y adoptar o no la decisión limitadora del acceso.

1258

En la actualidad, es innegable la repercusión pública de los procedimientos judiciales de carácter penal, sobre todo de algunos de especial trascendencia, ya sea por su objeto o contenido, ya por la condición personal de los implicados. Ello da lugar a que en torno de determinados procesos se despierte la expectación tanto del público, como de los medios de comunicación que en buena medida contribuyen a la formación de la opinión, hasta el punto de que no es siempre fácil saber en qué medida dichos medios recogen y divulgan la opinión existente, o más bien contribuyen a su formación. Es el caso que en determinados supuestos de especial trascendencia la expectación despertada ocasiona que el número de personas que desean estar presentes en las sesiones del juicio de lugar a la insuficiencia de la sala de audiencia ordinaria para acoger a dicho público. En estos casos, es aconsejable la habilitación puntual de un lugar adecuado, suficientemente amplio para acoger sin excesivas restricciones al público interesado en asistir al juicio, de suerte que se cumpla material y no sólo formalmente, el principio de publicidad.

329

ORALIDAD

La audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participan en ella.

Quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en el idioma oficial, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyéndose o traduciéndose las preguntas o las contestaciones.

El imputado sordo o que no pueda entender el idioma oficial, será auxiliado por un intérprete para que se le transmita el contenido de los actos de la audiencia.

Las resoluciones del juez o tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11(derecho a ser oído en juicio)
- CPP, 1 (derecho del acusado al juicio oral), 11 (asistencia de intérprete al imputado), 87.9 (derecho del imputado a intérprete), 125 (inhabilidad del sordo para ser testigo de actuación), 172 (obligación del intérprete de prestar juramento o promesa), 210 (aplicación al intérprete de las normas reguladoras de los peritos), 338 (presencia obligada del intérprete al inicio de la audiencia), 339 (planteamiento de incidentes en la audiencia), 363.4 (reseña en el acta del juicio de los intérpretes que han intervenido)
- CPC, 294.1 (incapacidad del sordomudo para ser testigo)
- DUDH, 10 (principio de oralidad del juicio)
- PIDCP, 14 (derecho a ser oído en juicio), 14.3.f (derecho a la asistencia de intérprete)
- DADDH, XXVI (oralidad del juicio)
- CADH, 8.2.a. (derecho a la asistencia de intérprete)
- CEDH, 6.c (derecho a la asistencia de intérprete)

1259

II. COMENTARIO

La oralidad es una característica esencial, y por ello elevada al rango de principio, del juicio penal. Tiene relación estrecha con el principio acusatorio, pues característica básica del sistema acusatorio, por oposición al inquisitivo, es precisamente que el

proceso se desarrolla en forma abierta, a la vista de todos, no sólo de las partes, sino del conjunto de la sociedad, que tiene ocasión de asistir a su evolución.

La forma básica de posibilitar esta publicidad del proceso es precisamente que se desenvuelva en forma verbal, desterrando en la medida de lo posible la escrita. Si la exposición de las posturas de las partes y el desarrollo y resultado de la prueba se recogen en forma documental, su contenido será difícilmente accesible a los restantes ciudadanos, mientras que la oralidad posibilita el conocimiento del contenido del proceso por el conjunto de la sociedad.

Tan estrecha es la relación entre oralidad y publicidad, que cuando el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que toda persona tiene derecho a ser “oída públicamente” por un Tribunal independiente e imparcial para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal, está sobreentendiendo, sin duda alguna, que el desarrollo del juicio ante el tribunal imparcial, puesto que tiene lugar con publicidad, habrá de ser en forma oral.

1260

El carácter público de un acto, como es el juicio, en el que lo esencial es la prueba que se practica, de bien poco sirve si no se desarrolla de forma que pueda ser su contenido percibido simultáneamente por todos los asistentes, lo que sólo se logra mediante la oralidad de las sesiones. En la misma línea puede citarse el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando vuelve a proclamar el derecho de todo acusado a ser oído públicamente, así como el XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Es claro que la percepción por el oído sólo puede tener lugar si la manifestación a valorar se produce en forma oral.

En la legislación interna, el artículo 11 de la Constitución establece que la privación de derechos sólo puede tener lugar tras un juicio en el que la persona imputada sea “oída” con arreglo a las leyes. Con más claridad, si cabe, el artículo 1 del Código Procesal Penal determina que nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia dictada tras un “juicio oral y público”.

Es el artículo 329 CPP el que aplica en concreto el principio de oralidad al juicio plenario, al ordenar que la audiencia será oral y que de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participan en ella.

Hasta tal punto se garantiza la oralidad, como medio de que todos los presentes, no sólo el tribunal o las partes, tengan acceso al conocimiento de lo que en el juicio ocurre, que el mismo artículo establece en su segundo párrafo un medio para que resulten al fin verbalizadas y en forma inteligible para los presentes las expresiones de quienes no puedan hablar o no lo puedan hacer en el idioma oficial en forma que pueda ser entendida por los asistentes. Se dice que quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en el idioma oficial, formularán sus preguntas o

contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyéndose o traduciéndose las preguntas o las contestaciones. De este modo, si bien la emisión de las manifestaciones de quienes deberían declarar verbalmente, pero no pueden hacerlo de forma que se entienda, tiene lugar por escrito, su recepción por parte del tribunal, las partes y, en general, todos los presentes, se produce oralmente, mediante la lectura o traducción de las contestaciones que aquellos dieron.

Con idéntica finalidad, se dice que el imputado sordo o que no pueda entender el idioma oficial, será auxiliado por un intérprete para que se le transmita el contenido de los actos de la audiencia.

La intervención del interprete que, tal como se deduce del artículo 210 en relación con el art. 197, ambos del CPP, deberá prestar previamente juramento de desempeñar fielmente su cargo, tiene la finalidad de establecer un enlace o puente entre quien carece de habilidades para hacerse entender oralmente por los presentes, sea por desconocer el idioma, sea por su condición de sordo, y los destinatarios de su declaración, que son en primer lugar los miembros del tribunal y las partes; pero también el público presente en la audiencia. No se observaría el principio de publicidad si por carecer el declarante de las habilidades necesarias para ello, los presentes en la sala no pudieran acceder al contenido de su declaración. La necesaria intervención del intérprete cuando existe una barrera lingüística entre el declarante y el tribunal y las partes permite la superación de dicho obstáculo y la realización de un juicio justo.

1261

Pero, sin restar importancia a la contribución de la intervención del intérprete a los principios de oralidad y publicidad, su trascendencia se relaciona directamente con los derechos básicos del imputado, especialmente el esencial que tiene al ejercicio de la defensa. En este sentido, tanto el artículo 14.3.f del Pacto Internac. Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 8.2.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos recogen el derecho que el imputado tiene a la asistencia de intérprete, lo que encuentra cabal reflejo en los artículos 11 y 87.9 del CPP.

Por último, se quiere que no sólo el contenido y desarrollo de la prueba se produzcan de forma oral, accesible por el sentido del oído, sino que hasta los acuerdos que adopte el órgano jurisdiccional durante la audiencia han de dictarse verbalmente de modo que, sin perjuicio de su constancia en el acta, por el hecho de su pronunciamiento, de su dicción en público, tenga lugar la notificación de la resolución dictada.

330

INCORPORACIÓN MEDIANTE LECTURA

Sólo pueden ser incorporados al juicio por su lectura:

- 1) Los testimonios o pericias que se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible;**
- 2) Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme lo previsto por este Código;**
- 3) Las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo; y,**
- 4) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme a la ley.**

1262 **Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación.**

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 138 (petición de informe por el juez o tribunal), 139 (comisión rogatoria a tribunales extranjeros), 163 a 169 (prueba de inspección), 173 a 179 (registro), 185 a 194 (prueba de testigos), 192 (declaración mediante informe escrito de representantes diplomáticos o consulares), 195 a 210 (prueba pericial), 211 a 217 (reconocimiento), 221 y 222 (confesión del imputado), 224.6 (nulidad de la prueba por vulneración de derechos fundamentales), 242 (declaración policial del imputado), 270 (anticipo de prueba), 276 (valor de las actuaciones sumariales), 329 (principio de oralidad del juicio), 335 (prueba mediante comisión), 351 (otros medios de prueba), 356 (valoración de la prueba practicada en la vista)
- LRARD, 73 (declaración de coimputado)

II. COMENTARIO

A) Introducción

El artículo 356 CPP establece como primera norma reguladora de la deliberación del tribunal que debe apreciar las pruebas practicadas durante la vista. Se ajusta esta

disposición a lo anunciado por la Exposición de Motivos de la Ley, que en su apartado VIII.3 configura una vista pública que obliga a la práctica de la prueba en el acto del juicio, a fin de asegurar la inmediación y favorecer la contradicción.

Por lo tanto, las pruebas que debe valorar el tribunal al adoptar su decisión de condena o absolución han de ser las practicadas en el juicio. Es una consecuencia directa del principio de inmediación, recogida en las legislaciones procesales modernas. Así se indica en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, al decir que es “la idea fundamental de que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto”. En el mismo sentido, y más modernamente, es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional (Sentencias de 23 de febrero y 28 de abril de 1988, entre otras) y del Tribunal Supremo de España (Sentencia de 15 de febrero y 4 de marzo de 1991) que los medios de prueba dignos de tal nombre son los practicados en el juicio oral y con estricta observancia de los principios de inmediación judicial, igualdad y contradicción.

Sin embargo, en algunos casos la prueba no se produce en forma verbal durante la audiencia sino que, practicada con anterioridad, la incorporación al juicio tiene lugar mediante la lectura de los documentos en que se recogió aquella y su resultado, en los supuestos que prevé el artículo 330 CPP.

1263

Se trata de supuestos en que, por una u otra razón, la prueba no puede tener lugar en el mismo acto del juicio oral, pese a lo cual se provee a una especial forma de llevarla a la práctica y, por ello, a que pueda ser sometida a la valoración probatoria del tribunal mediante su lectura. No son excepciones anómalas o extravagantes al sistema general, sino comúnmente admitidas en las modernas legislaciones. Con ello se pretende conseguir un doble objetivo: en primer lugar, que la prueba haya sido, de alguna manera, practicada en el plenario, pues se lee en dicho acto; en segundo término, al procederse a su lectura en la audiencia ante el tribunal y en presencia de las partes, se respetan los principios de oralidad, inmediación y también el de contradicción, pues las partes podrán extraer conclusiones de la misma, e incluso refutar su contenido aparente, cuando hagan uso de la palabra en la última fase del juicio oral, en la que el artículo 353 CPP denomina “discusión final”.

Podría sostenerse que la incorporación mediante lectura de viva voz no supone excepción a la oralidad, pues aquella se produce, en puridad, en forma verbal. No es así, ya que la oralidad no comporta solamente la expresión verbal del objeto de la prueba, sino que exige principalmente una declaración que se presta en respuesta a las preguntas que se formulan al declarante por las partes, forma en que luce el principio de contradicción e igualdad. Además, no es casual que, tras la formulación general del principio de oralidad por el artículo 329 CPP, el siguiente se refiera a los casos en que

la prueba consiste en la lectura de determinados documentos. Bien puede decirse, por tal motivo, que son supuestos de excepciones a la oralidad que es la regla general.

B) Excepciones a la oralidad

Dice el artículo 330 CPP que sólo pueden ser incorporados al juicio por su lectura:

- 1) *Los testimonios o pericias que se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible*

La actividad probatoria es la que se desarrolla concentradamente en el acto del juicio oral, ya sea en una sola sesión, ya en las varias sesiones consecutivas que resulten necesarias. La exigencia de que las pruebas se practiquen en dicho acto no sólo responde a la observancia de los principios de inmediación y concentración que imperan en el plenario, sino que se relaciona incluso con el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto se ha puesto reiteradamente de manifiesto que el Tribunal debe fundar su convicción sobre la realidad de los hechos en la prueba practicada en el acto del juicio, única que permite desvirtuar aquella inicial presunción, tal como expresamente dispone el artículo 356 CPP.

1264

Ello no obstante, este principio admite una muy justificada excepción: aquella que se basa en la dificultad extrema o imposibilidad de practicar la prueba en el acto del juicio.

El primero de los supuestos recogidos en la relación de excepciones a la oralidad que contiene el artículo que ahora se comenta parece hacer referencia a la prueba que, practicada con anterioridad al juicio con las debidas garantías, se trae al mismo, no mediante su reproducción, sino por la lectura del documento en que se reflejó en su día el resultado de la diligencia. Se trata de la llamada prueba preconstituida o anticipada.

El artículo 270 del Código Procesal Penal, bajo el epígrafe “anticipo de prueba”, dispone que “Cuando sea necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericia, inspecciones u otros que por su naturaleza y características sean considerados como definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública, cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice”. Esto último puede ocurrir, por ejemplo, en aquellos casos en que un testigo o perito haya de ausentarse del país, o en los que exista motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o síquica, o haya riesgo de perecimiento o destrucción de la cosa que deba ser objeto de análisis, examen o informe pericial.

El Código Procesal Penal recoge, en este punto, dos previsiones distintas. Obsérvese que se refiere tanto a las diligencias que por su naturaleza y características sean consideradas definitivas e irreproducibles, como a los casos en que deba recibirse una declaración respecto de la que pueda temerse con fundamento que no podrá ser prestada durante la vista pública.

Se trata de dos distintas situaciones que, aunque reciben una misma denominación legal, nos permite abordar la distinción entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida

La prueba anticipada no se debe confundir con la denominada prueba preconstituida. Aquélla es la que se practica en la fase de juicio oral, pero antes de abrirse las sesiones, y en presencia del propio Tribunal ante el que se desarrollará posteriormente el juicio.

La prueba preconstituida está integrada por actos practicados en la fase de instrucción a los que, por ser imposible su reproducción en el acto del juicio, se les atribuye eficacia probatoria si se han cumplido en su realización las garantías que aseguren la efectividad del principio de contradicción y se procede a su lectura en el plenario a fin de que puedan ser en él materia de debate contradictorio (art. 330 CPP). Tales son, por ejemplo: el resultado de la diligencia de inspección ocular, el de la diligencia de entrada y registro, el contenido de la declaración prestada en el sumario por el testigo fallecido o ausente, o la pericia que no pueda reproducirse en el plenario.

1265

Advertida cualquiera de las partes de la situación que pueda hacer procedente la práctica de dicha prueba, puede solicitar (“requerir” dice el art. 270 CPP, con cierta connotación de exigencia, más que de petición) del juez que la lleve a cabo.

El artículo 270 CPP contempla expresamente, en primer lugar, los actos y diligencias que, por su naturaleza y características, sean considerados definitivos e irreproducibles, citando varios a título de ejemplo en una enumeración que no debe entenderse como exhaustiva (registros, pericia, inspecciones y otros). Con arreglo a la distinción que acaba de hacerse entre prueba anticipada y preconstituida, se trata de supuestos que más responden al esquema de la prueba preconstituida.

En cambio, la referencia que hace el mismo precepto al caso en que “deba reunirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública” nos sitúa ante la prueba anticipada.

Para que la prueba así llevada a cabo pueda tener virtualidad en su día, cuando se proceda a su lectura al amparo del art. 330.1 CPP, deberá haberse practicado asegurando los derechos de todas las partes, esencialmente el de defensa del imputado. Se observarán, asimismo, todas las reglas comunes propias de cada medio probatorio

y el resultado de la prueba se documentará por el Secretario en la correspondiente acta que extenderá conforme a las previsiones generales.

A este diseño responde también el contenido del artículo 276 CPP, que priva de valor en el ámbito del juicio plenario a las actuaciones sumariales, con la única excepción de los actos irreproducibles realizados conforme las reglas previstas en el Código Procesal, o las actas cuya lectura en la vista pública esté permitida.

El reconocimiento excepcional de eficacia probatoria de las diligencias del sumario, o a las practicadas antes del juicio, requiere unos requisitos intrínsecos a las mismas, consistentes en que se hayan practicado regularmente y con todas las garantías, y otros extrínsecos, cuales son su imposibilidad de reproducción en el juicio oral y que se proceda a su lectura, a fin que de puedan ser sometidas a contradicción. El cumplimiento de dichos requisitos y su reflejo en las actas correspondientes no cambia el carácter de dichas pruebas, ni las convierte en pruebas documentales, sino más bien en pruebas documentadas en las actas de obligada lectura en el acto del juicio para que puedan incorporarse al mismo.

- 2) *Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o, informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto en este Código*

1266

A la recepción de declaraciones o emisión del dictamen pericial por comisión se refiere el artículo 335 CPP. Sin perjuicio de remitirnos al comentario a dicho artículo, cabe decir aquí que este supuesto de incorporación al juicio mediante lectura tiene su origen en que alguna de las personas que debieran comparecer en la vista, no puedan hacerlo por un impedimento justificado. En este caso, se les recibe la declaración en el lugar en que se encuentren, para ser posteriormente leída en la audiencia.

Lo mismo sucede cuando el testigo o el perito resida en el extranjero, en cuyo caso se le recibirá la declaración o el informe pericial mediante comisión, siendo leída en el plenario el acta de la declaración, o el informe pericial.

Huelga decir que en el desarrollo singular de estas pruebas por comisión o informe debe respetarse con rigor el derecho de defensa de las partes. Ello implica que deberán estar representadas las que lo sean en el proceso cuando tenga lugar la declaración o el informe pericial, de suerte que puedan hacer en ese momento las preguntas que consideren convenientes, o solicitar del perito las pertinentes aclaraciones, con la debida recepción ó reflejo de ello en el acta en que se recoja la prueba.

A la práctica de diligencias por comisión en el extranjero se refiere el artículo 139 CPP, que establece que a tal fin se empleará la fórmula de comisión rogatoria y que el juez o tribunal interesado enviará la comisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de la Corte Suprema de Justicia, para que lo tramite por vía diplomática.

Otro caso, aunque infrecuente, que debe ser ubicado en este apartado, es aquel en que deba recibirse declaración en calidad de testigo a un representante diplomático o consular acreditado en el país que, según establece el segundo párrafo del artículo 192 CPP, no está obligado a comparecer y puede declarar por medio de informe escrito, bajo juramento.

3) *Las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, si aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo*

Se trata del caso en que, siendo varios los partícipes en la comisión del delito, el juicio se celebra sólo respecto de alguno, o algunos, de ellos, ya sea porque en su día tuvo lugar respecto del otro u otros y se dictó sentencia, ya porque no pueda todavía llevarse a cabo por encontrarse los demás intervinientes en la comisión del hecho delictivo en situación procesal de rebeldía. En estos casos, se permite la incorporación a la causa de las declaraciones que aquellos prestaron en su día mediante la lectura de las mismas.

Cuando se trate de la lectura de las declaraciones prestadas en un juicio anterior no es fácil que se planteen problemas en relación con el respeto a los principios informadores del juicio oral en relación con las garantías que debieron rodear aquella declaración, pues es de suponer que la misma se prestó ante el tribunal y en presencia de las partes, que pudieron interrogar al declarante, con la correspondiente salvaguarda de los principios de inmediación judicial, oralidad, contradicción e igualdad de partes.

1267

Sin embargo, si la incorporación mediante lectura es de alguna declaración prestada en la fase de investigación, sea ante el Juez de Paz, sea ante el de Instrucción, para que la incorporación mediante lectura pueda surtir efectos y, en consecuencia, ser objeto de valoración probatoria por el tribunal sentenciador, no bastará con que la lectura tenga lugar en presencia del órgano jurisdiccional y de las partes, sino que deberá comprobarse, en primer lugar, que cuando se practicó la diligencia de declaración que se lee en el plenario se observaron las garantías procesales: por supuesto, que el declarante cuya manifestación se trae al posterior juicio oral por su lectura estuvo asistido de letrado y fue debidamente informado de sus derechos (arts. 12 Cn. y 87 CPP). También debería plantearse la necesidad de verificar, con el fin de que el principio de contradicción sea real y no una mera apariencia, que en su día asistió a dicha declaración y tuvo ocasión de intervenir formulando preguntas el letrado del imputado a quien ahora se está juzgando y al que la lectura de la declaración antes prestada por otro podría acarrear consecuencias negativas.

4) *La denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme la ley*

Se trata de diligencias que son irreproducibles en el juicio oral. La denuncia porque tuvo lugar en su día, en la fase preliminar del proceso penal y su contenido puede ser confrontado con la declaración testifical que en el plenario preste el denunciante. Y las actas de reconocimiento, registro o inspección porque en ellas se recoge el contenido de diligencias que, siendo esenciales para la investigación, son propias de la instrucción y, lógicamente, no susceptibles de reproducción en el plenario, como ya se ha dicho.

A los informes se refiere el artículo 138 CPP, al decir que los jueces y tribunales pueden dirigirse directamente a cualquier autoridad o funcionario, que están obligados a prestar su colaboración y expedir sin demora los informes que se les solicite.

1268 Ahora bien, como el propio precepto señala, su virtualidad probatoria está sometida y depende de la previa verificación de que aquellas diligencias tuvieron lugar en la forma legalmente establecida. Ello supone que el reconocimiento ha de haber sido practicado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 211 al 217 CPP, el último de los cuales presta especial atención a la necesidad de que en la diligencia haya podido tener intervención el defensor del imputado, pues en caso contrario no podrá tener lugar la incorporación a la vista pública mediante su lectura. En el mismo sentido, el registro deberá haber cumplido lo dispuesto en los artículos 173 al 179 CPP y la inspección se habrá practicado tal como establecen los artículos 163 al 169 CPP.

La consecuencia de que la incorporación mediante lectura dependa de que en su día la diligencia tuvo lugar con arreglo a las disposiciones legales reguladoras de la misma, es que el tribunal tiene facultades para, antes de autorizar la incorporación en la forma dicha, verificar que en su día se observó la disciplina legal al respecto y, si concluye que se vulneró la misma, no dar lugar a dicha incorporación.

Puede darse el caso de que, habiéndose producido la lectura y, con ello, la unión de la prueba al juicio, la posterior comprobación, en la fase de deliberación, de que se vulneraron los preceptos legales a que debió someterse la práctica de la diligencia, faculte al tribunal para obviar en la sentencia la valoración de dicha prueba, expresando en su resolución las razones de ello. Pero es que, además, en el peor de los casos podrá suceder que la diligencia esté afectada de nulidad absoluta por vulneración de derechos y garantías fundamentales (art. 224.6 CPP); piénsese en un registro domiciliario sin la previa orden judicial (sin que exista situación de flagrancia, peligro de perpetración de un delito o riesgo inminente para las personas), que sería absolutamente nulo por violación del derecho constitucional a la inviolabilidad de la morada que proclama el artículo 20 de la Constitución.

C) La cláusula general abierta

El artículo 330 CPP termina diciendo, en su último párrafo, que cualquier otro elemento de prueba que se pretenda incorporar al juicio mediante su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación.

Es elemental, y podría por ello haberse prescindido de la referencia a la necesidad de que el tribunal lo autorice, que toda prueba que se practique en el juicio -y la lectura de un documento lo es- requiere que el tribunal haya previamente declarado su procedencia.

En cuanto a que el pronunciamiento judicial al respecto venga precedido de la audiencia de las partes en relación con la incorporación mediante lectura que se pretende, no es sino la realización de los principios de igualdad de partes y contradicción en un supuesto en que cabe la admisión de una prueba con carácter excepcional, al no encontrarse en ninguno de los casos que acabamos de ver y que expresamente detalla el artículo 330 CPP.

No obstante, llama la atención que, una vez que al inicio del precepto se dice expresamente que “sólo” pueden ser incorporados al juicio mediante lectura las pruebas que se mencionan, de modo que el adverbio utilizado es claramente restrictivo, dando a entender que las excepciones que recoge son tasadas, al final del mismo se haya introducido una cláusula general que, contraviniendo dicho carácter excepcional y tasado, admite la unión por lectura de “todo otro elemento de prueba”, bastando para ello la audiencia de las partes afectadas y la autorización del tribunal.

1269**III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN.**

Cuando la parte final del N°. 1 de la disposición en comentario dice: “sin perjuicio que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible” no debe llevarnos a pensar que siempre se va a introducir por su lectura los testimonios y pericias apuntadas. Si se tiene al testigo o al perito debe recibírsele la información a éste porque ello garantiza la inmediación y la contradicción, lo que tiene un mayor impacto para el juzgador. Hay que tomar en cuenta que esa prueba no ha sido recibida por el juez que está conociendo del juicio sino por un juez diferente que normalmente es el de instrucción.

Durante la etapa preparatoria del juicio deberán tomarse las providencias necesarias a fin de garantizar la presencia de los testigos o peritos a quienes se les ha practicado una prueba anticipada a efecto que estos declaren durante el juicio y sólo en caso que exista imposibilidad fundada que no se pueda contar con el testigo o perito bastará la incorporación del testimonio o pericia por su lectura.

331

FACULTAD DISCIPLINARIA

El presidente del tribunal ejercerá la facultad disciplinaria en la audiencia.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 182.12 (competencia de la CSJ para sancionar a los abogados por el incumplimiento en el ejercicio de su profesión)
- CPP, 9 (ejercicio del poder disciplinario sobre el imputado cuando interviene en el procedimiento), 17 (interpretación restrictiva de las disposiciones que establezcan sanciones disciplinarias), 337 (delito en la audiencia), 353 (facultades del presidente en el turno final de palabra)
- LOJ, 29.6 (facultad del presidente del tribunal), 51.3 (competencia de la CSJ en la sanción de abogados)
- LOMP, 80 al 82 (sanciones a los fiscales por el incumplimiento de sus obligaciones)
- LOPGR, 27 (Unidad de Defensoría Pública)

1270

II. COMENTARIO

La facultad disciplinaria que confiere al presidente del tribunal el artículo 331 CPP se corresponde con el ejercicio de la llamada “policía de estrados”, en cuyo cometido puede acordar las medidas necesarias para que la audiencia transcurra en el adecuado ambiente de respeto, sosiego y tranquilidad.

Ostenta la facultad, prevista en el artículo 29.6 de la Ley Orgánica Judicial, de “Hacer que en los actos del tribunal se observen el orden y decoro debidos”.

También se contiene una expresa referencia a las facultades de dirección, y aun de corrección, del Presidente del Tribunal, en la regulación del turno final de palabras, informes de las partes o el trámite al que el Código Procesal Penal denomina “discusión final”. El artículo 353 CPP prevé que, una vez practicadas las pruebas, intervengan las partes para la exposición de sus conclusiones finales y dispone expresamente que “El presidente del tribunal impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. En caso de manifiesto abuso de la palabra, llamará la atención al orador, y si éste persiste, puede limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, la prueba recibida y las cuestiones a resolver”.

Las facultades disciplinarias que se conceden al presidente del tribunal persiguen la efectividad en el ejercicio del poder de dirección y ordenación del juicio. Permiten conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al tribunal y a todos los intervinientes en el juicio.

Sujeto pasivo de la facultad disciplinaria son todos los concurrentes al juicio oral, sin excepciones. Esto es, puede ser ejercida respecto de todos los intervinientes en la audiencia, ya sean el fiscal, los abogados de la acusación y la defensa, la víctima, el imputado, los testigos, los peritos y el público asistente.

Su contenido alcanza la posibilidad de expulsar de la sala de audiencia a cualquiera que altere el orden o no mantenga la debida compostura, teniendo en cuenta la seriedad del acto que se está celebrando.

En resumen, el contenido de esta facultad disciplinaria puede ir desde la simple amonestación verbal, en forma privada (en estrados o en el despacho del juez) o en forma pública, la expulsión o desalojo de la sala y hasta la detención en caso de delito de desobediencia (art. 322 Código Penal) o desobediencia por particulares (art. 338 CP).

Las medidas extremas, pueden realizarse a través del personal de seguridad judicial o del auxilio policial. **1271**

En el caso de los abogados, el presidente del tribunal puede además remitir informe a la Corte Suprema de Justicia, que es la autoridad encargada de sancionar a los abogados por infracciones en el ejercicio de la profesión, según el art. 182.12 de la Constitución de la República y el art. 51.3 de la Ley Orgánica Judicial.

Si se trata de un fiscal puede además remitirse informe al Fiscal General de la República (art. 80, 81 y 82 de la Ley Orgánica del Ministerio Público) y si es defensor público el sujeto pasivo del ejercicio de la facultad disciplinaria, el informe ha de enviarse al Procurador General de la República, a través de la Unidad de Defensoría Pública a que se refiere el artículo 27 de la Ley de la Procuraduría General de la República (D.L. núm. 212 de 7/12/2000), para que tomen en su caso las medidas que consideren necesarias.

En determinados supuestos, este precepto puede complementar el contenido en el artículo 328 CPP, cuando veda el acceso a la sala de vistas de quienes se presenten en forma incompatible con la seriedad de la audiencia, o a los miembros de la Policía o el Ejército uniformados, sin tener encomendadas funciones de vigilancia, como también a quienes llevan distintivos gremiales o partidarios. Del mismo modo que se prohíbe el acceso a tales personas, en el caso de que hayan entrado en la sala de audiencia sin tener que hacerlo, en la facultad disciplinaria debe comprenderse la de ordenar su

expulsión, para así dar cumplimiento a lo que dispone dicho artículo 328 CPP. Lo mismo sucederá si, por ejemplo, algún asistente exhibe una vez dentro de la sala los distintivos gremiales o partidarios que no mostró al entrar en ella.

El ejercicio de la facultad disciplinaria por el presidente del tribunal cumple su cometido cuando sea adecuada a la corrección de la actuación irregular cometida, no cuando no es suficiente para ello, por tener el ordenamiento jurídico previstas otras cauces procesales de reprensión. Esto sucede cuando la anomalía sea de tal entidad que constituya un delito o falta previstos en el Código Penal. En tales casos deja de ser aplicable el artículo 331 CPP y debe entrar en juego el artículo 337 CPP, que ordena que se levante el acta correspondiente y se disponga lo necesario para que pueda ser ejercitada la acción penal.

332

DEBERES DE LOS ASISTENTES

1272

Quienes asistan a la audiencia permanecerán respetuosamente y en silencio mientras no estén autorizados para exponer o responder a las preguntas que se les formulen. No podrán llevar armas u otros objetos que puedan ofender o incomodar, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo sus opiniones o sentimientos.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 328 (prohibiciones de acceso a la audiencia), 331 (facultades del presidente)

II. COMENTARIO

Las facultades de disciplina del Presidente del Tribunal durante la celebración de la vista pública se proyectan sobre los asistentes, entendiéndose por tales quienes se encuentran en el recinto en que aquella tiene lugar; esto es, tanto quienes son llamados para declarar en la misma, como el público que asiste a su celebración. A unos y otros va dirigida la admonición que se contiene en el artículo 332 CPP, para cuyo cumplimiento se otorgan al presidente del tribunal la facultad disciplinaria por el artículo 331 CPP.

Obligación de quienes asisten a la audiencia es permanecer respetuosamente y en silencio mientras no se le permita hacer uso de la palabra o responder a las preguntas que se les formulen. Se prohíbe que lleven armas u otros objetos que puedan ofender

o incomodar, perturbando la serenidad de ánimo que ha de presidir la celebración de tan importante acto.

Por la misma razón y para alcanzar el mismo fin y garantizar que la decisión del tribunal sea única y exclusivamente el resultado de la valoración de la prueba desarrollada a lo largo del plenario, se prohíben los comportamientos intimidatorios o provocativos.

Téngase en cuenta que los presentes en la audiencia que formen parte del público asistente al juicio ya habrán superado un primer tamiz o filtro, como consecuencia de las prohibiciones de acceso que se establecen en el artículo 328 CPP, que vela porque no accedan a la sala de vistas personas que pudieran alterar el normal desarrollo del plenario (menores de doce años sin compañía de mayor, personas que se presenten en forma incompatible con la seriedad del acto, miembros del ejército o la policía que no desempeñen funciones de vigilancia y los que lleven distintivos gremiales o partidarios).

Las prohibiciones a que se refiere el artículo 328 CPP comportan la existencia de una selección de los asistentes, por lo que es presumible que quienes hayan accedido a la sala de audiencia observarán un comportamiento adecuado. A ellos va dirigida la admonición contenida en el artículo que se comenta, en el sentido de que no pueden hacer uso de la palabra sino cuando expresamente se les conceda la misma, ni adoptar actitudes que alteren o dificulten su normal desenvolvimiento.

1273

Por último, ha de tenerse en cuenta que la prohibición de llevar armas u otros objetos, así como tener comportamientos que alteren el orden o intimiden, tiene una doble finalidad. No sólo se persigue el mantenimiento del orden y el desarrollo pacífico y sin incidentes del juicio, sino también, y esto es de gran importancia, que no se limite ni coarte, por la actitud de los presentes, la libertad y espontaneidad de quien declara ante el tribunal, el ejercicio de la defensa ni, desde luego, el sentido de la decisión que el tribunal adopte.

En definitiva, dichas prohibiciones no se fundamentan únicamente en una razón formal de mantenimiento del orden y de la solemnidad del juicio, sino también en el respeto a la libertad, exenta de toda presión, con que deben manifestarse ante el tribunal todos los que ante él se dirijan y con la que debe actuar el órgano decisor.

333

CONTINUIDAD Y CASOS DE SUSPENSIÓN

La audiencia se realizará sin interrupción, durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación; pero se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuamente, sólo una vez, en los casos siguientes:

1) Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente, como cuando se deba dictar sobreseimiento en los casos del Art. 45 número 2 de este Código, y a la audiencia no hayan concurrido todas las personas que guarden relación con la responsabilidad civil.

2) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión;

3) Cuando no comparezcan testigos, peritos cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, el fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la seguridad pública;

1274 4) Si algún juez, fiscal o defensor se enferma hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados inmediatamente o el tribunal se haya constituido, desde la iniciación de la audiencia, con un número superior de jueces que el requerido para su integración, de manera que los suplentes integren el tribunal y permitan la continuación de la vista;

5) Cuando se compruebe, con dictamen médico forense, que el imputado se encuentra en la situación prevista en el inciso anterior. En este caso, podrá ordenarse la separación de juicios y continuarse el trámite con los otros imputados;

6) Si alguna revelación o retractación inesperada produce alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria; y,

7) Cuando el fiscal lo requiera para ampliar la acusación, o el imputado o su defensor lo solicite después de ampliada, siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 48 (competencia del tribunal para la resolución de cuestiones incidentales), 90 (enfermedad mental del imputado), 114 (suspensión en caso de abandono de la defensa), 129 (forma de resolución de incidentes), 160 (término para resolver incidentes), 319 (causas de suspensión de la

audiencia preliminar), 334 (reanudación de la audiencia, suspensión por rebeldía o incapacidad del imputado subsanada en diez días), 335 (examen de personas que no pueden concurrir a la audiencia), 336 (prueba por comisión), 339 (cuestiones incidentales), 343 (ampliación de la acusación), 344 (suspensión en caso de modificación de oficio de la calificación), 350 (incomparecencia de testigos y peritos), 354 (suspensión de la deliberación por enfermedad)

II. COMENTARIO

A) Continuidad del juicio

El artículo 333 CPP, al ordenar que la audiencia se lleve a cabo sin interrupción, está proclamando uno de los principios a que ha de ajustarse la celebración del juicio. Se trata del principio de continuidad.

El juicio oral es la pieza clave del proceso penal. Todo debe probarse en él y nada está acreditado fuera del mismo. La actividad desplegada en el juicio ha de responder a una serie de principios cuya vulneración puede acarrear la nulidad de todo el juicio. Uno de tales principios es el de continuidad.

1275

El de continuidad es un principio estrechamente relacionado con el de concentración, de suerte que no se entiende uno sin el otro, por lo que la doctrina científica suele tratarlos conjuntamente. Se trata de que el juicio oral ha de desarrollarse, de no poder finalizar en una sola, en sesiones consecutivas, entre las que no deben mediar interrupciones o lapsos de tiempo significativos. En otro caso, como sucede también si no se observa el principio de concentración, se dificulta la valoración de la prueba por el tribunal, debido al tiempo que media entre la celebración de las diferentes sesiones del juicio y, por ello, entre el momento en que tuvo lugar la prueba y aquel en que el tribunal pasa a deliberar (art. 354 CPP).

El juicio oral debe desarrollarse continuadamente. La observancia de este principio puede hacerse de forma flexible y a la vez rigurosa. Con ello se quiere decir que puede ser compatible con él el que las sesiones de determinado juicio no se prolonguen durante toda la jornada, si ello es necesario para la marcha del tribunal, que así puede atender y despachar otros asuntos de su competencia. Incluso, tratándose de juicios que necesariamente han de prolongarse en el tiempo por la complejidad de los temas a tratar, o por el elevado número de partes, o de testigos o peritos que han sido llamados a declarar, podría ser compatible con el principio de continuidad la no celebración de sesiones algunos días, que se dedicarían a la atención de otros asuntos competencia del tribunal. Pero, en todo caso, dicha flexibilidad ha de ser compatible con el rigor, a fin de que no se llegue a perder la unidad que ha de presidir la celebración del juicio.

En la medida en que la observancia de la continuidad incide directamente en la corrección de la valoración de la prueba por el tribunal, puede afirmarse que integra el sistema de garantías a que el imputado tiene derecho con arreglo al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

B) Causas de suspensión

La suspensión de las sesiones del juicio oral, una vez iniciado, para continuar las mismas tras el transcurso de un lapso de tiempo, constituye una verdadera excepción a la observancia del principio de continuidad, que es uno de los que garantizan los derechos de las partes del proceso, como venimos diciendo.

El segundo párrafo del artículo que se comenta admite la posibilidad de que, por alguno de los motivos que enumera, pueda suspenderse el juicio por un plazo que no podrá exceder de diez días.

Las causas legales de suspensión son las siguientes:

- 1) *Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente, como cuando se deba dictar sobreseimiento en los casos del Art. 45 número 2 de este Código, y a la audiencia no hayan concurrido todas las personas que guarden relación con la responsabilidad civil*

1276

Al planteamiento de cuestiones incidentales a lo largo del transcurso del juicio plenario se refiere el art. 339 CPP, que regula la forma en que las mismas han de resolverse y se comenta en el lugar correspondiente.

Basta ahora señalar que el legislador configura su resolución de forma sumaria, sin que su planteamiento suponga dilaciones en la duración del juicio. A esta idea coadyuva el que deban dictarse verbalmente las resoluciones que se adopten durante la audiencia, tal como establece el artículo 329 CPP. Pese a ello, cabe la posibilidad de que la complejidad jurídica de alguna cuestión incidental que se plantee en el plenario exija, para su correcta resolución, la meditada deliberación del tribunal antes de adoptar su resolución al respecto, en cuyo caso el artículo 333 CP autoriza la suspensión de la vista.

También se contempla como causa de suspensión del juicio la consistente en que, debiéndose dictar el sobreseimiento del art. 45.2 CPP, a la audiencia no hayan concurrido todas las personas que guarden relación con la responsabilidad civil.

- 2) *Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión*

El artículo 335 CPP contempla la posibilidad de que, no pudiendo personarse en el lugar en que se celebra el juicio alguna persona que deba declarar en el mismo, o algún perito que deba informar, la prueba se practique recibiendo la declaración o el informe alguno de los miembros del tribunal, o un juez por comisión. Será frecuente que, en tales casos, no pueda llevarse a cabo la diligencia entre una audiencia y la siguiente, lo que hará necesaria la suspensión.

- 3) *Cuando no comparezcan testigos, peritos cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, el fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la seguridad pública*

La falta de cumplimiento del deber de asistencia por parte de algún perito o testigo cuyo informe o declaración se considere de importancia para la decisión que haya de adoptar el tribunal no tiene por qué dar lugar a que el juicio finalice a falta de una prueba de importancia. Pero para que la incomparecencia de lugar a la suspensión se requiere que su intervención “sea indispensable a juicio del tribunal, el fiscal o las partes”.

1277

No queda al exclusivo arbitrio del tribunal la decisión acerca de la suspensión por la ausencia del perito o el testigo, pues para ello será suficiente que cualquiera de las partes -el fiscal es una de ellas- considere que es indispensable la presencia del perito, en cuyo caso deberá acordarse la suspensión, a no ser que, como también se prevé, pueda el juicio proseguir con la práctica de otras pruebas, hasta que sea posible la presencia del perito, incluso conducido por la seguridad pública, de acuerdo con el artículo 350 CPP.

La redacción del texto legal parece indicar que podrá suspenderse el juicio ante la incomparecencia de algún testigo o perito si el tribunal considera indispensable su declaración, sin que sea requisito necesario para ello que alguna de las partes solicite la suspensión. Pese a la dicción literal del precepto, el estricto respeto al principio acusatorio, en relación con la concepción del tribunal como órgano imparcial, que no debe tomar partido por ninguna de las partes, aconseja que la suspensión por dichas incomparecencias no se acuerde si no media una petición expresa de alguna de ellas, con independencia de cuál sea la particular opinión de los miembros del tribunal acerca de la importancia de la prueba que puede dejar de llevarse a cabo por la ausencia del testigo o del perito que debería tomar parte en la misma.

Podría decirse que la práctica de todas las pruebas es imprescindible, pues si no tuvieran interés las partes no habrían realizado ninguna actividad en tal sentido, por lo que necesariamente habría de suspenderse el juicio por la falta de asistencia de cualquier

testigo o perito, pues si no fuera necesaria su declaración ni siquiera habrían sido citados. Es necesario hacer al respecto alguna precisión que tal vez ayude a comprender que la solución no es tan sencilla.

Ha de partirse de que una cosa es la pertinencia de la prueba que consiste en la relación existente entre el hecho delictivo y el contenido posible de la declaración y otra la necesidad de su práctica en el juicio oral. Mientras en abstracto es claro que son adecuadas todas las pruebas cuyo contenido puede versar sobre los hechos sometidos a juicio, su necesidad, o su carácter imprescindible en un juicio y en un momento procesal concreto y determinado depende de la valoración concreta que se haga al respecto. Así, puede suceder que sea factible prescindir del testimonio de quien faltó a la cita judicial si su declaración hubiese de versar sobre el mismo hecho, o la misma vertiente del objeto del juicio acerca de la que ya han declarado varios testigos que se encontraban al suceder aquel en la misma posición del ausente, por lo que puede presumirse fundadamente que nada aportaría la declaración de este. Y si sus manifestaciones no han de enriquecer el acervo probatorio que ha de ponerse a disposición del tribunal, es claro que son prescindibles y que la incomparecencia del testigo no merece la suspensión del juicio, porque el tribunal ya está suficientemente informado. Por el contrario, si el ausente ha de hacer una aportación única, o de especial o destacada relevancia, habrá suficientes motivos para la suspensión, no sólo de carácter formal, sino también material.

1278

Ahora bien, si se ha previsto con antelación que algún testigo no podrá previsiblemente declarar en el juicio, por estar afectado de una grave enfermedad, o ser de avanzada edad, o porque siendo extranjero posiblemente marchará a su país antes de que se celebre la vista, la solución puede ser la de la práctica de la prueba anticipada, acudiendo para ello al cauce procesal previsto en el artículo 270 CPP cuando regula el anticipo de prueba, de suerte que, practicada la prueba con antelación con las debidas garantías, pueda tener virtualidad en el juicio mediante la lectura de las declaraciones, tal como se prevé en el artículo 330.1 CPP.

La misma valoración puede hacerse cuando es un perito el que no acude al llamamiento. Dependerá del resultado más o menos esclarecedor de las pruebas que ya se hayan practicado y del grado de especialización de los conocimientos con los que puede enriquecer la información del tribunal acerca del objeto del juicio.

A ello cabe añadir que en la consideración de la incomparecencia del perito como causa de suspensión del juicio ha de tenerse en cuenta que a diferencia del testigo, que es por naturaleza insustituible dado que aporta al proceso datos de hecho de los cuales él personalmente ha tenido conocimiento por su particular relación con los hechos, el perito sólo auxilia al tribunal en cuanto aporta unos conocimientos técnicos que puede proporcionar otra persona cualificada igualmente por tener la misma profesión, oficio o dedicación que motivó su designación como tal.

- 4) *Si algún juez, fiscal o defensor se enferma hasta el punto de no poder continuarse su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados inmediatamente o el tribunal se haya constituido, desde la iniciación de la audiencia, con un número superior de jueces que el requerido para su integración, de manera que los suplentes integren el tribunal y permitan la continuación de la vista*

En primer lugar, debemos entender que la referencia genérica al defensor comprende, lógicamente, no sólo al que lo sea del imputado, sino también al abogado del querellante, si lo hay.

No recibe el mismo tratamiento en relación con la suspensión la imposibilidad de continuar el juicio por enfermedad según la misma afecta a alguno de los jueces del tribunal, o al fiscal o defensor de alguna de las partes.

Si la indisposición afecta a uno de los integrantes del tribunal juzgador, sólo será posible la continuación del juicio en el caso de que desde el inicio el órgano enjuiciador se hubiera constituido con más jueces de los legalmente requeridos para su formación, en cuyo caso podrá proseguir el plenario con los que no se han indispuesto, por la obvia razón de que, al haberse formado inicialmente con más jueces de lo necesario, quedará correctamente constituido el tribunal, aunque falte uno de ellos, con los que asistieron a la celebración del juicio desde su inicio.

1279

En cambio, no será posible la prosecución de la audiencia y se impondrá la suspensión por la enfermedad de uno de los miembros del tribunal que no quedó constituido desde el comienzo del plenario con dicho exceso numérico.

La formulación de la causa de suspensión que ahora se analiza tiene estrecha relación con el principio fundamental del proceso criminal que la exposición de motivos del Código Procesal Penal denomina identidad física del juzgador, con arreglo al cual los jueces que reciban y que han evacuado la prueba durante el debate deben ser los mismos que resuelvan, es decir, que valoren aquella y en consecuencia dicten la correspondiente sentencia.

Puesto que la sentencia es el resultado de la valoración de la prueba y esta se practica en presencia de los miembros del tribunal con arreglo al principio de inmediación, es evidente que sólo quienes, constituyendo debidamente el tribunal, presenciaron como tales la práctica de la prueba, pueden dictar la sentencia. La consecuencia de ello es que la indisposición ó enfermedad de uno de los jueces de sentencia da necesariamente lugar a la suspensión del juicio, pues ni estará el tribunal válidamente constituido con un número inferior de jueces de los señalados por la ley ni, una vez comenzado el juicio, puede incorporarse al mismo quien no se integró en aquel desde el inicio del juicio.

- 5) *Cuando se compruebe con dictamen médico forense que el imputado se encuentra en la situación prevista en el inciso anterior. En este caso, podrá ordenarse la separación de juicios y continuarse el trámite con los otros imputados*

No requiere mucha argumentación la conveniencia de suspender el juicio por enfermedad del imputado. La continuación de la vista en ausencia del imputado enfermo vulneraría el mandato del artículo 325 CPP, que ordena que la vista se celebre con la presencia ininterrumpida de las partes y aunque prevé la prosecución del juicio sin la presencia del imputado, configura esta eventualidad como una voluntad del propio interesado, que para ello necesita el permiso del tribunal.

Además, la enfermedad del imputado y su ausencia de la vista impediría la práctica de las pruebas en que haya de tener intervención.

1280 Y, por supuesto, no debe contemplarse la posibilidad de proseguir la celebración de la vista pese a la enfermedad del imputado, forzándole a estar presente pese a su indisposición, pues ello constituiría un grave atentado a su dignidad como persona y dificultaría el ejercicio de derechos tales como el de comunicarse con su defensor o interrogar a los testigos lo que, además de repugnar a cualquier conciencia con sensibilidad ya no jurídica, sino simplemente humana, daría lugar a la nulidad del juicio, con arreglo a lo que dispone en este sentido el artículo 224.6 CPP, que sanciona con la nulidad absoluta los actos procesales en que se vulneren derechos y garantías fundamentales.

El artículo 333.5 CPP que ahora se comenta prevé la posibilidad de, si son varios los imputados, continuar el juicio con los no afectados por la enfermedad. Pero esta no es una solución que deba adoptarse en cada caso, sino sólo cuando las concretas características del objeto de enjuiciamiento lo permitan. Y no serán abundantes tales casos, pues lo aconsejable es que los implicados en un mismo hecho delictivo sean juzgados conjunta y simultáneamente. En primer lugar, porque así se puede contrastar la veracidad de sus declaraciones, sobre todo si son distintas unas de otras; en segundo término, porque en la sentencia que se dicte respecto de algunos de los imputados difícilmente se evitarán expresiones que, más o menos veladamente, se refieran a quienes no fueron enjuiciados, aunque ni siquiera se indique su nombre, por lo que, de alguna forma, pueden en dicha sentencia contenerse prejuicios negativos que afecten a quienes ni siquiera han sido juzgados y que, naturalmente, no favorecerá su situación cuando lo sean.

Debe tenerse por regla general la celebración del juicio con la presencia de todos los acusados, salvo que lo impida la situación de rebeldía de alguno de ellos. Y si se toma la decisión de proceder al enjuiciamiento separado, debe antes comprobarse que existen elementos suficientes para juzgar a unos con independencia de otros porque,

por las circunstancias del caso concreto, no sea necesaria la declaración del coimputado ausente para formar criterio suficientemente fundado en cuanto a la acusación formulada contra el que está presente (así lo ha entendido el Tribunal Supremo Español en su Sentencia 685/1997, de 11 de octubre).

- 6) *Si alguna revelación o retractación inesperada produce alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria*

Para que nuevas revelaciones o retractaciones hagan indispensable una investigación suplementaria que de lugar a la suspensión, es imprescindible que aquellas incidan muy directamente en el juicio que se está celebrando. Y como consecuencia de ello han de producir, en un orden lógico, nuevos elementos de prueba que hagan variar de forma sustancial la situación en que se encuentra el proceso.

La decisión que se adopte en relación con la suspensión ante las revelaciones o retractaciones producidas en el juicio ha de ponderarse con gran cuidado. Por una parte, debe tenerse en cuenta el contenido y trascendencia de dichas revelaciones o retractaciones a fin de evitar cualquier indefensión causada por la denegación de la suspensión; por otra, debe el tribunal evitar que alguna de las partes entorpezca y demore el juicio mediante afirmaciones sin ningún fundamento que pretende hacer pasar por revelaciones o retractaciones merecedoras de la suspensión.

1281

- 7) *Cuando el fiscal lo requiera para ampliar la acusación, o el imputado o su defensor lo solicite después de ampliada siempre que, por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente*

Los artículos 343 y 344 CPP, que son objeto comentario en otro lugar, se refieren a la causa de suspensión del juicio oral por ampliación de la acusación. Esta puede, en efecto, hacer necesaria la suspensión de las sesiones del juicio a fin de que las partes articulen su defensa respecto a las modificaciones que implica la ampliación. Del art. 343 CPP se infiere que la ampliación de la acusación consiste en la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en el escrito de acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil.

La causa de suspensión obedece en este caso a que, puesto que se prevé por la ley la posibilidad de ampliar la acusación, debe dotarse a las partes de los instrumentos que hagan efectiva esta posibilidad, y uno importante puede ser el tiempo necesario para articular adecuadamente la ampliación. Desde la perspectiva de la defensa, la ampliación producida puede hacer necesario disponer de cierto tiempo para orientar la defensa adecuadamente a la vista de la ampliación producida.

A las causas de suspensión enumeradas en este precepto debe añadirse la que se contempla en el inciso primero del artículo 114 CPP, a cuyo tenor: “Si el defensor del imputado abandona la defensa y deja a su cliente sin abogado, se procederá a su inmediata sustitución por el defensor público previa petición al Procurador General de la República, y aquél no será nombrado de nuevo en el procedimiento. Si el abandono ocurre durante la vista pública, el nuevo defensor podrá solicitar la suspensión de la audiencia por un máximo de cinco días. La vista pública no se suspenderá otra vez por la misma causa”.

Dado que el abandono de la defensa implica siempre el incumplimiento injustificado de las obligaciones del defensor, procederá sancionar al mismo en la forma prevista en el art. 115 CPP, a cuyo comentario nos remitimos.

C) Duración de la suspensión

1282

La ley fija el de diez días como plazo máximo de la suspensión. Es lógico que el juicio no pueda suspenderse si no es por causas justificadas, como son las que el artículo 333 CPP enumera. Y, si procede la suspensión, que sea por un plazo realmente breve. Los motivos de ello son claros: si en virtud de los principios de concentración y continuidad se pretende que los actos integrantes del juicio oral se desarrollen seguidamente y en el más breve plazo que razonablemente sea posible y sin interrupciones, y si la causa de ello es mantener en la memoria de los integrantes del tribunal fresco y reciente lo sucedido, especialmente el resultado de las pruebas, para que la deliberación lo sea de verdad y su resultado el justo, cualquier duración excesiva del plazo de suspensión redundará necesariamente en perjuicio de la eficacia de la deliberación y, por lo tanto de la justicia del resultado.

Ha de tenerse en cuenta que los diez días que se permiten como plazo máximo de suspensión son días naturales, lo que se deduce de que se diga en el primer párrafo del artículo 333 que los mismos se computarán “continuadamente”, esto es, también los días inhábiles o festivos que en dicho plazo puedan coincidir.

La consecuencia de que la suspensión se prolongue más allá del plazo de los diez días señalado en la ley habrá de ser la declaración de la ineficacia de los actos realizados y la necesidad de comenzar el juicio desde el principio, puesto que se habrá producido la interrupción, regulada en el artículo 334 CPP.

Como se ha dicho al hablar de las causas de suspensión, el plazo no puede exceder de cinco días cuando se trate de la prevista en el artículo 114 CPP, cuya finalidad es la preparación de la defensa por el defensor nombrado en sustitución del que la ha abandonado.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Nº.3. Para hacer una realidad que la justicia sea pronta y cumplida es fundamental que los juicios no se frustren, por ello deberán agotarse todos los mecanismos legales con que se cuenta. No debe procederse a frustrar las vistas públicas de manera automática por la incomparecencia de algunos testigos o peritos ofrecidos como elenco probatorio. Debe recibirse la prueba con la que se cuente, porque en el transcurso del juicio es probable que acudan aquellos que no se hayan hecho presentes desde el inicio. En caso de que esto no suceda deberán darse los recesos pertinentes para efecto de hacer las comunicaciones que permitan lograr la presencia de testigos o peritos. Finalmente, si no es posible contar con la prueba que las partes consideren fundamental puede proceder la concesión de una suspensión. Lo anterior ya constituye un adelanto en el juicio, el que deberá continuar dentro del plazo que dispone el artículo 334 inciso segundo.

Es importante tener presente que en los juicios orales las partes deben responsabilizarse de los medios probatorios que han ofrecido, porque en gran medida el problema de los juicios frustrados radica en que las partes han perdido contacto con sus testigos y solicitan suspensión de la vista pública conociendo de antemano que el testigo no va a comparecer. Por ello debe el juez ponderar en cada caso si es o no pertinente suspender el juicio o conceder un receso, pues el montaje de un juicio representa un costo para todos. Por ello, este supuesto de suspensión debe aplicarse de manera ponderada.

1283

Nº.4. En cuanto a la integración de los tribunales de sentencia están conformados por tres jueces de primera instancia, que normalmente para el conocimiento de los juicios se integran colegiadamente o unipersonalmente de acuerdo al hecho delictivo objeto de conocimiento. En un juicio que corresponda a un sólo juez los dos restantes jueces de sentencia, serán los suplentes de aquel que está conociendo el juicio. Por supuesto, en el caso que hayan inmediado todos los actos del juicio dichos suplentes. Pero en el caso de estarse conociendo colegiadamente, para lograrse la integración del tribunal con un número superior de jueces deberá llamarse a un juez suplente de sentencia para que esté presente desde el inicio del juicio por cualquier eventualidad. Esto estaría justificado en casos complejos que se deberán desarrollar durante varios días y debe ser del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia para efecto que oficialmente sea llamado el suplente respectivo.

334

EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN

El tribunal decidirá la suspensión, y anunciará el día y hora de la nueva audiencia y ello valdrá como citación para todos los comparecientes. La vista continuará después del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Antes de comenzar la nueva audiencia, el Presidente del tribunal resumirá brevemente los actos cumplidos con anterioridad. Los jueces y los fiscales podrán intervenir en otras audiencias durante el plazo de suspensión, salvo que el tribunal decida lo contrario, por resolución fundada, en razón de la complejidad del caso.

Si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpida y será realizada de nuevo desde su inicio.

La rebeldía o la incapacidad del imputado interrumpirán la audiencia, salvo que el impedimento se subsane dentro del plazo previsto en el inciso anterior o que proceda el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad, según el procedimiento especial aplicable en estos casos.

1284 El presidente del tribunal ordenará los recesos, indicando la hora en que continuará la audiencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 37.7 (suspensión de la prescripción por incapacidad sobrevenida del imputado), 38.1 (interrupción de la prescripción por la declaratoria de rebeldía), 89 (enfermedad mental del imputado), 90 (incapacidad sobrevenida del imputado), 91 (rebeldía), 92 (declaración de rebeldía), 93 (efectos de la rebeldía), 94 (justificación del ausencia del declarado rebelde), 300 (ejecución de la caución en caso de rebeldía del imputado), 333 (causas de suspensión del juicio), 397 a 399 (juicio para aplicación de medidas de seguridad)
- CF, 292 (incapacitación por sentencia), 293 (causas de incapacidad)
- LPF, 185 (procedimiento para la incapacitación judicial)

II. COMENTARIO

A) La octava causa de suspensión

El comentario de este artículo debe comenzarse haciendo notar que a las siete causas de suspensión del juicio enumeradas en el art. 333 CPP se añade aquí una

octava, consistente en la rebeldía o incapacidad del imputado, si cesa aquella, o se remedia ésta dentro de plazo de diez días.

Así resulta del contenido del tercer párrafo del artículo 334 CPP. Al decir que interrumpirán la audiencia la rebeldía o la incapacidad del imputado, a no ser que el impedimento se subsane dentro del plazo a que se refiere el anterior inciso, que establece que, suspendido el juicio, se considerará interrumpido si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, está dando a entender con claridad que si la rebeldía o la incapacidad persisten transcurrido dicho plazo, se producirá la interrupción del juicio. Sin embargo, si en el plazo de diez días desde que se produjo, comparece de nuevo ó recupera la salud el imputado, podrán reanudarse las sesiones del plenario, que se vio suspendido cuando se produjo alguna de las incidencias dichas.

El imputado deberá ser considerado rebelde desde el momento en que se ausente sin autorización del lugar del juicio o, pese a haber sido citado, no comparezca a alguna de las sesiones, tal como se desprende de la regulación de la materia en los artículos 91 y siguientes del CPP.

En cuanto a la incapacidad, la que merece la atención del artículo 334 CPP que ahora se comenta es la que sobreviene como consecuencia de una enfermedad mental, pues así la contempla el artículo 90 del CPP. Para que surta los efectos prevenidos en la ley bastará que así lo acuerde el tribunal, previo dictamen pericial que comprueba la insana mental del imputado. No debe, por lo tanto, confundirse con la incapacitación civil y el sometimiento a tutela (ver arts. 292 y 293 C. Familia y 185 L. Procesal de Familia) pues, con independencia de que a continuación se proceda a la incapacitación del imputado afectado por la alteración mental, la comprobación de su estado previa a la suspensión o a la interrupción del juicio depende exclusivamente del tribunal que lo preside.

1285

B) La interrupción del juicio

La interrupción del juicio tiene lugar a partir de la rebeldía o la incapacidad del imputado, tal como se desprende del tenor literal del precepto que se comenta y de lo que se dice en el apartado anterior.

Sin embargo, sólo podrá ser declarada una vez transcurrido el plazo máximo de suspensión de diez días, pues si durante el mismo reaparece el imputado rebelde o cesa su incapacidad la incidencia producida tan sólo habrá dado lugar a la suspensión del juicio durante los días que hayan pasado en tal situación, por lo que podrá reanudarse la vista.

Si los imputados son varios, la rebeldía de uno de ellos no tiene necesariamente que dar lugar a la interrupción del juicio. Con arreglo al criterio que sustenta el artículo 90 CPP, puede seguir respecto de los presentes. Además, se trata de una posibilidad prevista expresamente en el artículo 330.3 CPP, que se refiere a la lectura de las declaraciones de los coimputados rebeldes.

C) Efectos y régimen de la suspensión

Los efectos de la suspensión se regulan en el artículo 334 CPP de forma eminentemente práctica. No se quiere decir con ello que se trate de una previsión irrelevante o innecesaria. El proceso penal, y por ende el juicio oral en cuanto representa su culminación, se articula como una serie de normas que permiten la progresión de la investigación del delito y, en su caso, el castigo del mismo y, a la vez, como un sistema de garantías. Ello da lugar a que su ordenación positiva tenga incidencia en la observancia de dichas garantías, por lo que debe cuidarse que aquella no recorte o elimine éstas.

1286

Una vez que el tribunal ha decidido la suspensión por concurrir alguna de las causas legales para ello, debe anunciar el día y hora en que habrá de proseguirse el juicio. A la vista de que el día de continuación del juicio ha de anunciarse al tiempo de acordarse la suspensión, así como la relativa brevedad del plazo máximo de diez días establecido legalmente, lo más prudente será que se decida la continuación el último día hábil del plazo o, a lo sumo, el undécimo día, pues en la mayoría de los supuestos legales de suspensión no se conocerá con antelación el tiempo necesario para que se solucione el motivo que ha dado lugar a la misma.

No obstante, puesto que la suspensión no deja de ser una anomalía que perjudica la efectividad del principio de continuidad, si en un caso concreto el tribunal puede saber con antelación cuántos son los días necesarios -por supuesto, inferiores al plazo máximo de diez- para que se remedie la causa que provoca la interrupción, lo procedente es no agotar el plazo máximo señalado para la reanudación de la audiencia.

La fijación del día y hora de continuación del juicio vale como citación para todos los comparecientes, que en dicho momento quedarán notificados de dicho extremo, y la reanudación de la audiencia ha de ser a partir del último acto realizado antes de acordarse la suspensión.

Se dispone también que antes del inicio de la nueva audiencia el Presidente del tribunal debe resumir brevemente los actos realizados con anterioridad. Con ello se pretende que la reanudación del juicio en el mismo punto en el que se suspendió tenga lugar atenuando, en la medida de lo posible, los efectos negativos de la excepción producida al principio de continuidad y, puesto que ha mediado un período de varios días sin sesiones, dicho objetivo se intenta mediante un breve resumen o reseña de lo

realizado hasta el momento de la suspensión, de suerte que sea posible “retomar el hilo”. Aunque el texto legal dice que este breve resumen tiene lugar “antes del inicio de la nueva audiencia”, en puridad no se produce “antes” de que comience la nueva sesión del juicio que fue suspendido, sino precisamente al principio de la misma y antes de continuar con la práctica de la prueba, o con el trámite que corresponda. Si así no fuera, nos encontraríamos con que tal resumen, de producirse antes de la audiencia, tendría lugar “fuera” de la misma, pues todavía no habría comenzado, con lo que no sería fácil encontrar una adecuada ubicación procesal a dicho acto. Se trata, simplemente, de una imprecisión terminológica sin mayor importancia, pero que tal vez debiera enmendarse.

D) Efectos de la interrupción del juicio

La fijación legal de un plazo máximo de suspensión ha de implicar necesariamente que si se supera el mismo sin reanudarse el juicio, habrá de procederse de nuevo a la celebración desde el comienzo, perdiendo validez y quedando desvirtuados, carentes de fuerza procesal, los actos realizados hasta el momento de la suspensión. Si así no fuera, no tendría sentido tan severa regulación legal de la suspensión del juicio. En este sentido, dispone el segundo párrafo del artículo 334 CPP que si la audiencia no se reanuda, a más tardar, el undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpida y será realizada de nuevo desde su inicio.

1287

Antes se ha hecho referencia a la rebeldía o incapacidad del imputado producidas una vez iniciado el juicio, como eventual causa de suspensión. El tercer párrafo del artículo a que se viene haciendo referencia dice que la rebeldía o incapacidad del imputado interrumpirán la audiencia, salvo que el impedimento se subsane dentro del plazo de diez días, o que proceda el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad, según el procedimiento especial aplicable en estos casos (arts. 397 a 399 CPP).

La interrupción del juicio produce la ineficacia de la parte ya celebrada y la necesidad de reanudar la vista desde el comienzo. La consideración como ineficaz de la parte realizada del juicio es más acertada que la calificación como nulos de los actos realizados hasta el momento de la interrupción. Mientras la declaración de nulidad implica un cierto desvalor o calificación negativa en la medida en que se declara nulo lo que se ha realizado incumpliendo algún requisito legal (ver arts. 223 al 228 CPP), la ineficacia tan sólo supone que los actos afectados por la misma no pueden surtir efectos porque así lo dispone la ley, como es el caso que comentamos, con independencia de que cuando se realizaron los mismos se cumplió estrictamente la legalidad y su desarrollo se ajustó a los requisitos establecidos.

Si la celebración del juicio exige la presencia de los jueces y fiscales que actúan en sus sesiones, de ordinario y salvo que la complejidad del caso exija la plena dedicación

incluso durante la suspensión, ésta permite que aquellos intervengan en otras audiencias durante el plazo de suspensión. Se trata de una disposición que no afecta a la celebración del juicio, sino que tiene un carácter eminentemente operativo y se refiere al régimen de trabajo de los implicados en el juicio suspendido.

El último párrafo del precepto que se comenta contempla los supuestos ordinarios de suspensión, para la prosecución de las sesiones el día siguiente, si el juicio se prolonga, o una vez realizado un descanso el mismo día en que ha de continuar el juicio. En estos casos, el descanso, o receso, se acuerda por el Presidente del tribunal, que indica al hacerlo la hora de continuación.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

1288

Interrupción del juicio. Es importante traer a comentario dos supuestos que pueden tener aplicación práctica en lo concerniente a la interrupción de la audiencia: el primero de ellos sería el caso que se juzgan a varios imputados, algunos de los cuales se evaden de las instalaciones de los tribunales durante un receso, luego de haberse concluido el desfile probatorio, quedando pendiente únicamente las conclusiones finales. Y el segundo supuesto en el cual algunos indiciados se escapan de las bartolinas, mientras los jueces deliberan. En el primero de los supuestos formulados el juicio aún no ha concluido, porque falta analizar por las partes los elementos probatorios recibidos, así como la participación tanto de la víctima como del imputado, quien puede ejercer su defensa material brindando información esencial que pueda motivar incluso la recepción de prueba para mejor proveer. En este caso podría argumentarse que no debe declararse la rebeldía de los ausentes y que debe continuarse el juicio tanto contra los presentes como contra los ausentes, porque se trata de una circunstancia en la cual debe hacerse una interpretación similar al supuesto comprendido en el inciso segundo del artículo 325. Es decir, continuar el juicio sin la presencia del imputado porque está rehusando permanecer en el mismo.

Realmente, un evento como el planteado motivará indefectiblemente una suspensión del juicio hasta que se cuente de nuevo con la presencia de los acusados que se han fugado. En caso de no contarse con éstos el juicio deberá continuar únicamente con los presentes. No es posible continuar con el juicio sin la presencia de los imputados, porque la defensa en juicio se vería seriamente afectada, puesto que el imputado tiene el derecho irrenunciable a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y hacer las peticiones que crea atinentes. No obstante que se cuente con el defensor, el derecho a la defensa estará incompleto.

En el caso que el tribunal se encuentre deliberando, ya se encuentran cerrados los debates, y como consecuencia de ello el acto procesal que hace falta es la decisión del tribunal. No se vería afectado el derecho a la defensa en juicio, como todos los principios procesales que se hacen valer durante el juicio. Pese a que, según lo dispone

el artículo 355, existe la posibilidad de la reapertura de la audiencia, esta actividad procesal es excepcionalísima y no recomendable. En consecuencia, en este supuesto no deberá considerarse como una interrupción de la audiencia, al grado tal que puede dictarse la sentencia respectiva.

335

IMPOSIBILIDAD DE ASISTENCIA

Las personas que no puedan concurrir a la audiencia por un impedimento justificado, serán examinadas en el lugar en donde se hallen, por uno de los jueces del tribunal o por medio de comisión a otro juez, según los casos, garantizando la participación de las partes, cuando así lo soliciten. De dicha declaración se levantará un acta para que sea leída en la audiencia.

El tribunal decidirá, cuando el testigo o perito resida en el extranjero, que las declaraciones testimoniales o los dictámenes periciales se reciban en donde resida el testigo o el perito por el juez comisionado, registrándose la diligencia mediante acta o informe escrito que se leerá en la audiencia, salvo cuando quien ofreció la prueba anticipe todos los gastos necesarios para la comparecencia de la persona propuesta o la presente al tribunal. Las partes podrán designar quien lo represente ante el juez Comisionado o consignar por escrito las preguntas que deseen formular.

1289

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 185 (obligación de testificar), 192 (incomparecencia justificada de Presidentes de Órganos del Estado), 193 (interrogatorio de los físicamente impedidos), 272 (declaración anticipada de testigos), 330.2 (incorporación al juicio de pruebas por comisión), 346 (prueba pericial), 347 (prueba testifical), 348 (práctica del interrogatorio de testigos y peritos)
- CP, 313 (desobediencia a mandato judicial)

II. COMENTARIO

A) Imposibilidad de acudir a la audiencia

Debe partirse de la regla general de que toda persona que sea convocada para declarar ante el tribunal tiene la obligación de acudir al llamamiento. Buena prueba de ello es que la incomparecencia injustificada puede ser constitutiva del delito de desobediencia a mandato judicial que recoge el artículo 313 del Código Penal.

Puede, no obstante, suceder que el llamado no pueda comparecer, bien por estar enfermo, por encontrarse en el extranjero o, simplemente, por razones urgentes de su importante función, tal como puede entenderse también para el juicio oral a partir de la dicción del artículo 192 CPP.

En estos casos de incomparecencia justificada el Código Procesal Penal articula un mecanismo para que la ausencia en la sala de vistas de quienes no puede estar presentes en ella no suponga que el juicio se vea privado de la prueba en que habría de consistir su declaración. Así se prevé en el artículo 335 CPP.

El artículo 335 CPP recoge un supuesto que, en la práctica, supone una verdadera excepción a la inmediación que debe regir el plenario.

1290 Si se admite que las personas que no puedan concurrir a la audiencia por un impedimento justificado sean examinadas en el lugar en que se hallen por uno de los jueces del tribunal, garantizando la participación de las partes, se está limitando, aunque no excluyendo, la inmediación, pues la prueba no tendrá lugar ante todos los miembros del tribunal, sino sólo ante uno de ellos. Ciertamente que todos ellos asistirán a la lectura de la declaración que tendrá lugar en la audiencia con arreglo al artículo 330.2 CPP, pero no todos habrán presenciado la declaración prestada, ni podrán captar los matices de la misma que permitan valorar su veracidad, sino a través de la valoración propia que les transmita el juez que la presidió.

También se produce una exclusión de la inmediación cuando es un juez comisionado, ya no uno de los integrantes del tribunal quien, al amparo del mismo artículo, recibe la declaración del imposibilitado o del residente en el extranjero. En este caso la percepción del tribunal tendrá lugar únicamente a través de la lectura pública del documento en que se plasmó la declaración.

No obstante lo dicho, la solución de la ley procesal es acertada, por cuanto se sacrifica el principio de referencia en aras de la práctica de una prueba que de otro modo no podría llevarse a cabo.

B) Residencia en el extranjero

El segundo párrafo del artículo 335 CPP contempla el caso de que el perito ó el testigo resida en el extranjero. En este supuesto, admite la posibilidad, a concretar por el tribunal, de que el dictamen pericial ó el testimonio se reciban en el lugar de residencia del perito ó el testigo por el juez comisionado, registrándose la diligencia mediante acta o informe escrito que se leerá en la audiencia, salvo cuando quien ofreció la prueba anticipe todos los gastos necesarios para que la persona propuesta se presente ante el tribunal.

Se trata de un supuesto en el que se procura que la residencia del testigo ó del perito fuera del país no impida la práctica de la prueba, una vez valorado lo valioso que puede ser la aportación al juicio de los especializados conocimientos técnicos de aquél que, obviamente, será de elevada cualificación en la materia sobre la que deba versar su pericia, pues si así no fuera a buen seguro se propondría otro la obtención de cuyo dictamen no planteara dificultades.

Menor justificación requiere la declaración por comisión cuando se traga del testigo. Mientras en el caso del perito puede ser posible su sustitución por otro dotado de igual o similar cualificación, el testigo es llamado a declarar por su singular relación con los hechos objeto del juicio, por lo que vio u oyó, por lo que sólo él puede declarar sobre los mismos, no cualquier otra persona.

En la medida de lo posible, se garantiza que la prueba se practique con respecto al principio de inmediación judicial, puesto que la pericia ó la declaración se emitirán ante el juez que a tal efecto se comisione, aunque es innegable que sufre dicho principio desde el momento en que el informe no tiene lugar ante el tribunal que habrá de valorar la prueba para dictar en su día la sentencia.

También se procura observar el principio de contradicción, ya que se prevé que las partes pueden designar un representante ante el juez comisionado, o consignar por escrito las preguntas que deseen formular. Se logra con ello la intervención de las partes en la práctica de la prueba.

1291

De este modo, ajustada la práctica de la prueba a las circunstancias que impiden la presencia del perito ante el tribunal, se procura la observancia de los principios básicos del proceso penal, lo que se complementa con la previsión del artículo 330.2 CPP, con arreglo al cual el dictamen emitido por comisión será incorporado mediante su lectura al juicio.

Con los avances en el campo de las comunicaciones, es de esperar que en un tiempo no excesivamente largo están disposiciones resulten innecesarias, debido a la posibilidad de recibir la declaración o la pericia por el sistema de teleconferencia con lo que, a pesar de la distancia espacial, se practicará la prueba con simultaneidad temporal entre la manifestación del sujeto de la prueba y las preguntas de la partes y del tribunal, que presenciarán visualmente su práctica, por lo que se cumplirá con la inmediación.

336

DIRECCIÓN DE LA AUDIENCIA

El presidente del tribunal dirigirá la audiencia, ordenará las lecturas necesarias, hará advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la amplitud de la defensa.

El tribunal en pleno resolverá cuando una decisión del Presidente sea impugnada.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 329 (resoluciones dictadas en la audiencia), 331 (facultades disciplinarias del presidente), 337 (delito en la audiencia), 348 (facultad de moderación del interrogatorio), 353 (facultades en la discusión final), 409 (recurso de revocatoria), 415 (revocatoria en la audiencia)

1292 II. COMENTARIO

A) Facultad de dirección de las sesiones

El artículo que ahora se comenta se refiere a la dirección de las sesiones. Se trata de conceder la palabra a los diversos intervinientes, cuando ello sea procedente, recibir los juramentos y dirigir el desarrollo de la actividad probatoria, atendiendo en todo momento al fin perseguido por el proceso, lo que debe a su vez exigir que se impidan alegatos o intervenciones que no tengan dicho objeto y que sean por ello impertinentes.

En este sentido, se dice por el artículo 336 CPP que el Presidente del tribunal dirigirá la audiencia, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la amplitud de la defensa.

El órgano jurisdiccional decisor es de naturaleza colegiada y ello comporta que las decisiones fundamentales, esencialmente la que se contiene en la sentencia, se adopte por sus varios integrantes.

Sin embargo, no puede obviarse la realidad de que no siempre sería fácil conciliar el orden de las sesiones con arreglo a criterios unívocos y decisiones adoptadas con inmediatez en el tiempo con la previsible pluralidad de criterios de los diversos jueces

de sentencia y la demora necesaria para la deliberación sobre la decisión a adoptar en cada caso. Por ello, el Código Procesal Penal centraliza el ejercicio de las de dirección de las sesiones a que se refiere el artículo 336 CPP y la disciplinaria que contempla el art. 331, en el presidente del tribunal.

B) Concreción de las facultades del Tribunal y de su Presidente

En principio, debe partirse de que, siendo así que el juicio oral tiene lugar ante el tribunal, cuyos miembros deberán adoptar, una vez finalizado el mismo, la decisión fundamental que habrá de poner fin a la fase de plenario, que es la sentencia, la dirección de las sesiones ha de ser colegiada, pues colegiado es el tribunal que las preside.

Como antes se ha dicho, el desenvolvimiento ágil de las sesiones, el desarrollo del juicio, exige que quien preside el tribunal asuma a su vez la dirección de la audiencia. En unas ocasiones dicha dirección lo será a título de portavoz de todo el tribunal, mientras que en otras será aquel quien tome la decisión y la comunique.

En términos generales, puede establecerse una distinción entre las facultades de ordenación del juicio, que son propias del presidente del tribunal y que pertenecen más bien al ámbito de las facultades de disciplina del mismo, de aquellas otras decisiones más propiamente jurisdiccionales, que deben ser adoptadas por el tribunal en su conjunto, por más que sea el presidente quien se encargue de hacerlas públicas y las de a conocer a las partes y al público.

1293

Atendiendo al contenido del CPP, podemos intentar una aproximación a la distinción entre unas y otras facultades para precisar las mismas:

a) Facultades del Presidente

Las que la ley le otorga con carácter general son las que se contienen en el enunciado del artículo 336 CPP que se comenta: dirección de la audiencia, orden de que se proceda a las lecturas necesarias, advertencias legales, recepción de los juramentos y declaraciones y moderación de la discusión sin limitar el derecho de defensa.

Otras se desgranarán, de forma más precisa y pormenorizada, a lo largo de los preceptos que disciplinan el juicio oral, como a continuación veremos.

1. Fija el día de hora de comienzo de la vista (art. 324 CPP).
2. Garantiza la libre movilidad del imputado (art. 326 CPP).
3. Ejerce la facultad disciplinaria (art. 331 CPP).

4. Ordena los recesos y señala la hora de continuación (art. 334 in fine CPP).
5. Designa el miembro del tribunal que examinará a quien no puede concurrir a la audiencia (art. 335 CPP).
6. Verifica la presencia de los convocados y declara abierta la vista (art. 338 CPP).
7. Explica al imputado la importancia y significado de lo que va a suceder (art. 338 CPP).
8. Ordena la lectura del auto de apertura del juicio (art. 338 CPP).
9. Permite que fiscal y querellante expliquen la acusación (art. 338 CPP).
10. Establece el tiempo durante el que cada parte puede intervenir en la discusión de las cuestiones incidentales (art. 339 CPP).
11. Dispone que el defensor explique la orientación de su defensa (art. 340 CPP).
12. Si son varios los imputados, ordena la salida de la sala de los que no declaren y luego informa de lo ocurrido en su ausencia (art. 341 CPP).
13. Advierte a las partes sobre la posible modificación jurídica (art. 344 CPP).
14. Ordena la recepción de la prueba y puede alterar su orden (art. 345 CPP).
15. Dispone la lectura de las conclusiones de los dictámenes (art. 346 CPP).
16. Llama a los testigos y puede alterar el orden (art. 347 CPP).
17. Interroga a testigos y peritos sobre sus circunstancias y modera su interrogatorio (art. 348 CPP).
18. Conduce el interrogatorio de los menores (art. 349 CPP).
19. Ordena la conducción del perito que no comparece injustificadamente (art. 350 CPP).

20. Concede la palabra para la exposición de las conclusiones finales e impide divagaciones en la exposición (art. 353 CPP).
21. Concede al imputado la última palabra (353 CPP).

b) Facultades del Tribunal:

1. Otorga el permiso para que el imputado pueda alejarse de la audiencia (art. 325 CPP).
2. Puede acordar la modificación de la situación personal del imputado que se halla en libertad (art. 326 CPP).
3. Puede restringir la publicidad de la audiencia (art. 327 CPP).
4. Limita el acceso a la sala de audiencia a un determinado número de personas (art. 328 in fine CPP).
5. Acuerda, si procede, la suspensión de la audiencia (art. 333 CPP).
6. Decide la recepción por comisión de las declaraciones de peritos o testigos residentes en el extranjero (art. 335 CPP). **1295**
7. Resuelve cuando es impugnada una decisión del Presidente (art. 336 CPP).
8. Levanta acta y ordena la detención si durante la audiencia se comete un delito de acción pública (art. 337 CPP).
9. Sus miembros pueden interrogar al imputado (art. 340 CPP), a los peritos (art. 346 CPP) y a los testigos (art. 348 CPP).
10. Acuerda, por unanimidad la lectura, exhibición parcial o reproducción de documentos, objetos y otros elementos de convicción (art. 351 CPP).
11. Ordena la práctica de pruebas para mejor proveer (art. 352 CPP).
12. Dispone la reapertura de la audiencia (art. 355 CPP).

c) Impugnación de las decisiones del Presidente

El acentuado carácter unipersonal de la dirección se atenúa notablemente cuando debe resolverse acerca de la impugnación formulada contra alguna decisión del

Presidente, en cuyo caso ha de tomar el acuerdo que sea procedente el “tribunal en pleno”, tal como dice el segundo párrafo del mismo artículo 336 CPP.

Una vez que el Presidente ha adoptado alguna decisión, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y se interpone un recurso contra la misma, es el tribunal colegiado, no individualmente quien la dictó, el órgano que debe someter a contraste aquella y ante el recurso interpuesto contra la misma decidir si la mantiene en sus propios términos, o la corrige.

El recurso procedente en estos casos es el recurso de revocatoria, que se interpone verbalmente, en cuanto se ha pronunciado la decisión recurrida y que debe ser resuelto de inmediato, sin dar lugar a la suspensión, tal como se deduce de lo que al respecto disponen los artículos 409 y 415 CPP, a cuyos comentarios en esta misma obra nos remitimos.

La premura con que debe ser interpuesto y resuelto el recurso de revocatoria debe hacerse compatible con el respeto a los principios de igualdad de partes, audiencia y contradicción, por lo que antes de proceder a su resolución deberá el tribunal conceder la palabra acerca de la pertinencia del mismo a las restantes partes, para resolver tras escuchar su parecer.

1296

Un efecto añadido de la interposición del recurso de revocatoria, al que alude el párrafo último del artículo 409 CPP, es que su mera formulación significa protesta a los fines de recurrir en casación si el vicio denunciado no es subsanado y ello provoca un agravio al recurrente.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La dirección de la audiencia que le corresponde al presidente del tribunal no impide que los vocales puedan contribuir en la conducción de la misma, desarrollando advertencias legales, juramentos de testigos y peritos. Ello contribuye a que durante las audiencias no se recarguen las actividades del presidente, sin que esto implique una despreocupación por parte del presidente, de estas atribuciones que la ley le encomienda.

337

DELITO EN LA AUDIENCIA

Si durante la audiencia se comete un delito de acción pública o una falta, el tribunal levantará un acta y ordenará la detención del imputado cuando corresponda, quien será puesto a la orden del Juez de Paz y se remitirán a la Fiscalía General de la República las copias y los antecedentes necesarios para el ejercicio de la acción penal.

Si un testigo, perito o intérprete incurre en falsedad, se procederá conforme a las reglas que prevé el inciso anterior.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 84 y 238 (actos iniciales de investigación por el Fiscal), 253 y ss (actuación instructora del Juez de Paz), 331 (facultad disciplinaria del Presidente del tribunal), 336 (facultades generales del Presidente del Tribunal)
- CP, 305 (falso testimonio), 395 (perturbación del orden en audiencia de tribunales)

1297

II. COMENTARIO

Mientras en el artículo 336 CPP se regulan con carácter general las facultades de dirección del Presidente del tribunal y en el artículo 331 CPP se le atribuye la facultad disciplinaria en la audiencia, el art. 337 CPP contiene una específica proyección de las facultades del tribunal durante la celebración de las sesiones del plenario, concretamente en los casos en que durante alguna de tales sesiones se comete un delito de acción pública o una falta, cuya peculiaridad no consistirá en la naturaleza de la infracción penal cometida en cada caso, que puede ser de muy diversa índole.

En tales ocasiones, se ordena que el tribunal levante un acta de lo ocurrido a su presencia y, cuando corresponda, disponga la adopción de una medida cautelar tan elemental e importante como es la detención del imputado.

Se trata del ejercicio de una facultad que responde a la natural exigencia de inmediatez de la respuesta judicial ante la comisión de una infracción penal a presencia del tribunal, ya que también se dispone que el imputado sea puesto a la orden del Juez de Paz y que se remitan a la Fiscalía General de la República las copias y los antecedentes necesarios para el ejercicio de la acción penal.

Así se da cumplimiento, adecuado a la peculiaridad del caso, al contenido del artículo 253 CPP, puesto que, a la vez que el Juez de Paz es el órgano jurisdiccional competente en la primera fase del proceso, antes de la audiencia inicial debe presentarse el requerimiento fiscal, sin el que tampoco puede ordenarse la instrucción.

El segundo y último párrafo del artículo 337 se refiere al caso de que se cometa a lo largo de juicio alguno de los delitos que, por su naturaleza, sólo pueden tener lugar durante la celebración de las sesiones, en cuanto que sus autores son personas que intervienen en la audiencia. Se trata de la comisión del delito al que el artículo 305 CP da el nombre de falso testimonio y que puede ser cometido por testigos, peritos, intérpretes, traductores y asesores que en su actuación falten a la verdad o, conociéndola, la callen. Aunque no es el momento de detenernos en ello, dada la naturaleza estrictamente procesal de estos Comentarios, debe advertirse sobre la excusa absoluta que se contiene en el último párrafo del mismo artículo 305 CP, cuando dispone que no habrá lugar a sanción penal cuando el hecho fuere ejecutado en proceso penal en favor de un procesado por ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano, cónyuge o conviviente o persona en análoga relación de afectividad con aquél.

1298 Otra infracción penal, aunque de menor entidad, que por su enunciado y naturaleza, puede caracterizarse por su específica comisión en la audiencia del tribunal, es la que tipifica el artículo 395 CP, que dispone que “El que perturbare gravemente el orden en el salón de sesiones del cuerpo legislativo, en las audiencias de los tribunales o donde quiera que un funcionario público estuviere ejerciendo sus funciones, será sancionado con diez a veinte días multa”.

Como colofón, puede señalarse que, puesto en relación el precepto que ahora se comenta con el artículo 331 CPP, la forma en que en el artículo 337 CPP se establece cuál ha de ser la reacción del tribunal en el caso de que se cometa un delito de acción pública o una falta supone que estos supuestos quedan excluidos de la facultad disciplinaria que con carácter general dicho artículo 331 atribuye al Presidente del tribunal. Es decir, ante la comisión de una acción penal de tal naturaleza, ya no se espera la reacción del presidente mediante el ejercicio de sus facultades disciplinarias, sino la más contundente, que también ha de ser inmediata, del tribunal en pleno, ordenando, si procede, la inmediata detención del infractor y disponiendo lo necesario para que pueda incoarse el correspondiente procedimiento penal para la completa investigación del hecho y castigo del autor de la infracción penal.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

En cuanto a la falsedad que se le pueda atribuir a un testigo o perito luego de haber rendido su declaración, el procedimiento que prescribe la norma constituye un resabio del sistema inquisitorial en donde el sistema de valoración de la prueba era de

tipo tasado. En éste no existe la oportunidad de valorar la prueba de manera crítica, lo cual puede permitir la conclusión que las discordancias en las versiones de los testigos no necesariamente llevan a afirmar que el testigo ha incurrido en falsedad.

La disposición le da la facultad al juez para que éste oficiosamente levante acta, ordene detención, ponga al detenido a la orden del juez y remita a la Fiscalía los antecedentes del caso. Es una actividad que en puridad le corresponde al fiscal, pues es este a quien le compete la promoción de la acción y no al juez, quien en este caso le corresponde la función de juzgar, más propiamente, valorar el testimonio.

CAPÍTULO II

DESARROLLO DE LA VISTA PÚBLICA

338

APERTURA

El día y hora fijados, el tribunal se constituirá en la Sala de Audiencia. El presidente del tribunal, después de verificar la presencia de las partes, los testigos, peritos o intérpretes, declarará abierta la vista pública, explicando al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder, indicándole que esté atento a lo que va a oír. Inmediatamente ordenará la lectura del auto de apertura a juicio y permitirá que el fiscal y el querellante en su caso expliquen la acusación.

I. CONCORDANCIAS

1300

- CPP, 11 (derecho a intérprete), 87 (derechos del imputado), 197 (obligatoriedad del cargo de perito), 293.1 (detención del imputado en caso de incomparecencia), 322 (auto de apertura del juicio), 325 (presencia de las partes en la audiencia, consecuencia de la falta del querellante o del defensor), 329 (intervención de intérprete en la audiencia), 333.3 (consecuencias de la ausencia de testigos o peritos), 336 (facultades de dirección de la audiencia), 340 (alegato de la defensa y advertencia al imputado de sus derechos en la audiencia).

II. COMENTARIO

A) Apertura de la audiencia

La que el epígrafe del artículo 338 CPP denomina “apertura” marca el inicio de las sesiones del juicio oral.

El tribunal se constituye en la sala en que ha de celebrarse la vista y, a continuación, el Presidente comprueba la presencia de las partes, cuya ausencia puede dar lugar a consecuencias diversas.

Si falta el querellante se tiene por abandonada su acción y por abandonada la defensa si es el defensor el ausente, lo que da lugar a su sustitución (arts 114 y 325 CPP), mientras que la incomparecencia de algún testigo o perito cuya declaración o

informe se considere de importancia será causa de la suspensión del juicio (art. 333.3 CPP). Y si quien no comparece es el propio imputado que se encuentre en libertad, su incumplimiento será previsiblemente motivo de una importante modificación de su situación personal, pues podrá ordenarse su detención provisional (art. 293.1 CPP).

En suma, la ausencia de las partes tiene distintos efectos, según cuál sea la que desoiga el llamamiento del tribunal.

Efectuada la comprobación de los presentes, el Presidente del Tribunal declara abierta la vista pública y explica al imputado la importancia y el significado de lo que va a suceder, indicándole que esté atento a lo que va a oír. Se trata de que el principal protagonista del acto, el primer destinatario de la sentencia que ha de dictarse tras la celebración del juicio y la deliberación del tribunal, conozca el sentido de la vista pública, en la que va a ser interrogado y a lo largo de la cual va a oír cómo quienes en ella intervienen se refieren a él en más de una ocasión.

Partiendo del protagonismo inevitable del imputado en la audiencia y teniendo también en cuenta que muy posiblemente no esté familiarizado con los ritos y con el formalista ceremonial del juicio, el presidente del tribunal puede aprovechar esta ocasión para ilustrarle acerca de la forma en que se va a desarrollar el juicio; es decir, ofrecerle una explicación, aunque somera, acerca de cómo se va a desarrollar el plenario: alegato de las partes, práctica de las pruebas e informes finales.

1301

La primera explicación del presidente del tribunal, dirigida directamente al imputado y a nadie más, es de capital importancia. No se limita a constituir una simple ilustración sobre el objeto del juicio, su previsible desarrollo y el papel en el mismo del acusado. Puede afirmarse que pasa a formar parte del más amplio contenido de la explicación de derechos a que se refieren tanto el artículo 87 CPP, como el artículo 340 CPP, éste ya referido directamente a la información en la audiencia. Presupuesto de que el imputado puede ejercer sus derechos materialmente y no sólo formalmente o en apariencia, sustancialmente el que tiene a no declarar y al que se refiere expresamente el artículo 340 CPP, es que esté suficiente y ampliamente informado de la trascendencia e importancia del juicio, del modo y orden en que se va a desarrollar previsiblemente el mismo. Sólo si está pertrechado de esta información podrá ejercer con eficacia los derechos que le incumben.

No es necesario insistir en que el presidente debe esforzarse en que sus explicaciones al imputado, pese a versar sobre una materia técnica de la que es profesional, estén revestidas de la mayor sencillez posible. Ello, teniendo en cuenta que quien ofrece la explicación, como jurista que es, se desenvuelve con soltura en los vericuetos procesales y emplea la terminología especializada que es propia de la misma, exige un importante esfuerzo de adecuación y de simplicidad, sin pérdida real de

contenido ilustrativo, pues sólo así se habrán respetado en su integridad los derechos del destinatario de la explicación.

Comienza a continuación la que podemos llamar parte formal del juicio, mediante la lectura del auto de apertura del juicio oral (art. 322 CPP), en el que se describe el hecho justiciable y se designan las personas acusadas, lo que constituye, en definitiva, la acotación objetiva y subjetiva del objeto de enjuiciamiento. El contenido del auto de apertura del juicio oral es fundamental a estos efectos de conocimiento del ámbito sobre el que va a versar el juicio, que no podrá tener un objeto más amplio que el del escrito de acusación pero que, en cambio, podrá reducir el señalado por dicha pretensión acusatoria. El Juez de Instrucción, al dictar el auto de apertura, puede decidir la exclusión de algún hecho, o de alguna persona contra la que se ha dirigido la acusación, si piensa que la imputación carece de suficiente fundamento.

El auto de apertura del juicio oral viene a funcionar así como un filtro judicial que evite enjuiciamientos sobre hechos carentes de base probatoria o cuya tipicidad es inexistente o más que dudosa, o que se juzgue a personas contra las que no existen indicios de haber participado en los hechos.

1302 En suma, se habrán incluido en el auto de apertura del juicio oral los hechos que hayan sido objeto de acusación y respecto de los cuales el Juez de Instrucción estime procedente el enjuiciamiento. Y, puesto que sólo podrá versar el juicio sobre los hechos -y respecto de las personas- referidos en dicha resolución, es su lectura y no la del escrito de acusación la que proporciona información cabal y suficiente sobre el ámbito objetivo y subjetivo de la vista pública.

B) El primer alegato de las partes

A la lectura del auto de apertura del juicio oral sigue un turno de palabras en el que, primero la acusación ha de explicar el contenido de su pretensión punitiva y luego el defensor debe exponer la orientación de su defensa, si bien precisa el artículo 340 CPP en su inicio que si se ha debido sustanciar alguna cuestión incidental la intervención de la defensa tiene lugar tras la resolución de ésta.

El objeto de estas alegaciones estriba en ilustrar a los presentes, de manera clara y sencilla, de cuáles son las pretensiones sostenidas por cada una de las partes.

En realidad, si el juicio es de los que tienen lugar ante el Tribunal de Sentencia, constituido por técnicos en Derecho, más parece que destinatario de dichos alegatos sea el propio imputado, o incluso el público presente en la Sala de audiencia, pero no los componentes del tribunal, que por su condición de juristas no necesitan de tales explicaciones. En cambio, cuando se trata del juicio por jurados regulado en los artículos

366 y ss. del Código Procesal Penal, este trámite es de gran utilidad, dado su evidente valor pedagógico para los jurados legos en derecho.

Cómo al alegato expositivo de la orientación de la defensa se refiere el artículo 340 CPP, en cuyo comentario se explica dicho trámite, debemos centrarnos ahora en la explicación de la acusación que deben hacer el fiscal y el querellante, en su caso.

Su objeto únicamente deberá versar sobre el contenido de la acusación, expuesto en primer lugar por el fiscal y a continuación, si es parte en el juicio, por el abogado del querellante, lo que implica que también se hable acerca de la finalidad de la prueba propuesta. Sin embargo, debe reconocerse que en la práctica será muy difícil evitar que este trámite de alegaciones previas se utilice, no sólo para explicar el contenido de la propia postura y la finalidad de la prueba que se va a practicar a continuación, sino también para combatir la pretensión de la contraparte, pese a que las alegaciones previas son para explicar la propia, no para criticar la opuesta.

Interviene en primer lugar el fiscal y a continuación el querellante, si lo hay. Aunque ambos se integran en la parte acusadora, no necesariamente sus intervenciones han de ser repetitivas. Piénsese que ni las penas solicitadas coincidirán en muchas ocasiones, ni tal vez sea la misma la estrategia procesal y probatoria. En tal caso, será diferente el contenido de una y otra exposición. Y si, como también acaecerá con frecuencia, se da una notable sintonía entre las pretensiones de las partes acusadoras y los medios procesales con los que aspiran a lograr sus objetivos, entre las funciones del presidente del tribunal se cuenta la de evitar reiteraciones inútiles. Si quien interviene en segundo lugar es de igual parecer que quien acaba de hablar, será suficiente que diga que se adhiere a lo dicho por el fiscal, pues si pretende repetir lo que ya se ha dicho, podrá el presidente impedirlo, en ejercicio de las facultades de dirección de la audiencia que le confiere el artículo 336 CPP.

1303

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La optimización del tiempo por los tribunales de sentencia ha dado lugar que en la práctica únicamente se le dé lectura a los hechos contenidos en el auto apertura ajuicio, puesto que con las indicaciones que da el presidente del tribunal y las intervenciones de las partes queda suficientemente acotado el objeto del juicio. Se vuelve sumamente tedioso e innecesario dar lectura integral al auto que contiene valoraciones que ya son del conocimiento de las partes y que en nada afecta su omisión. Lejos de ello en los casos que conoce el jurado éste se ve afectado, porque muchos jueces de instrucción valoran incluso hasta la culpabilidad.

En cuanto a las explicaciones del fiscal, y en su caso el querellante, deberán ser concretas a lo que será objeto del debate y cómo van a probar los hechos acusados. Dado que en este momento aun no se ha recibido prueba, no se trata de relatar lo van

a decir los testigos y peritos de forma pormenorizada, sino hacer un esbozo general de cómo se va acreditar la existencia del delito y la participación en el mismo.

339

TRÁMITES DE LOS INCIDENTES

Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un sólo acto, sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del juicio.

En la discusión de las cuestiones incidentales, se les concederá la palabra a las partes tan sólo una vez, por el tiempo que establezca el presidente del tribunal.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 48 (competencia del tribunal para la resolución de cuestiones incidentales), 129 (forma de resolución de incidentes), 160 (plazo para la resolución de incidentes), 224 (causas de nulidad absoluta), 226 (oportunidad de las nulidades relativas), 329 (resoluciones durante la audiencia), 333.1 (suspensión para resolución de cuestiones incidentales), 356.1 (resolución de incidentes en sentencia), 363.4 (reflejo en el acta de los incidentes), 414 (recurso de revocatoria contra resolución de incidentes), 415 (interposición del recurso en forma oral durante las audiencias)

II. COMENTARIO

A) Planteamiento y debate de las cuestiones incidentales

Una vez que se ha iniciado el juicio, lo esencial del mismo es la práctica de la prueba, así como que la misma se lleve a cabo sin dilaciones, evitando por ello incidentes procesales que pueden no sólo alargar indebidamente la duración de la vista pública, sino también distraer la atención del tribunal y de las partes sobre el objeto esencial del proceso, que no es otro que determinar la condena o absolución del imputado.

Por ello, dispone el artículo 339 CPP que las cuestiones incidentales que puedan suscitarse sean tratadas en un solo acto, una tras otra, o bien dejando para un momento posterior la resolución de alguna, según convenga a la buena marcha del juicio.

La cuestión planteada no debe ser resuelta sin haber antes escuchado la opinión de las partes acerca de la misma. En primer lugar, la de quien la suscita, que no se

limitará al planteamiento escueto, sino que lo ilustrará con la argumentación en base a la cual entienda que ha de ser acogida su postura.

A continuación, podrán hacer uso de la palabra las restantes partes, tal como establece el precepto que se comenta, que precisa que será por una sola vez y durante el tiempo que fije el presidente del tribunal, lo que sin duda alguna redundará en la celeridad de sus sutanciación.

Huelga decir que el contenido de las intervenciones de las partes en defensa de su respectiva postura en relación con la cuestión incidental planteada deberá ser moderado por el presidente del tribunal, en ejercicio de sus facultades, a fin de procurar que las partes se ciñan al objeto de la cuestión planteada.

B) Objeto de las cuestiones incidentales

Puede ser muy variado el objeto de las cuestiones incidentales que cabe plantear en el juicio, tanto al inicio como a lo largo de su desarrollo. Así, puede alguna de las partes solicitar la suspensión de su celebración alegando que falta algún documento u objeto que, debiendo estar a disposición del tribunal, no lo está, por lo que la insuficiencia del contenido de las actuaciones puede dar lugar a demorar la celebración de la vista, por cuanto el enjuiciamiento debe producirse a la vista del contenido completo del proceso.

1305

La recusación de alguno de los componentes del tribunal puede ser igualmente objeto del incidente planteado, siempre que la causa de la misma se haya producido o haya sido conocida por la parte recusante una vez transcurridos los cinco días siguientes a la notificación del señalamiento para el inicio del juicio y se plantee dentro de las veinticuatro horas de su producción o conocimiento, tal como se prevé en el párrafo último del artículo 78 CPP. Naturalmente, la recusación que se plantee durante la vista deberá referirse a una causa producida o conocida en las veinticuatro horas anteriores y será inevitable que dé lugar a la suspensión del juicio mientras se sustancia con arreglo al trámite del artículo 79 CPP.

Puede igualmente venir provocado el incidente porque alguna de las partes alegue la nulidad de uno o varios actos del proceso. En tal caso, debe distinguirse según se trate de nulidad absoluta o relativa:

- a) Si se plantea la nulidad absoluta por alguna de las seis causas del artículo 224 CPP, el momento de su alegación podrá ser cualquiera, precisamente por la importancia y lo irremediable del defecto, a lo que debe añadirse su trascendencia, ya que puede dar lugar a la invalidez de todo el proceso, o de una parte del mismo. Aunque en teoría puede invocarse en el juicio oral cualquiera de los motivos de nulidad del artículo 224 CPP, a excepción del

5º, que presupone que se haya dictado sentencia, debemos reconocer que la causa más frecuente de invocación de la nulidad en una fase tan avanzada del proceso como es el juicio oral podrá ser la protesta de haberse realizado algún acto con vulneración de las garantías fundamentales (art. 224.6 CPP), con la pretensión de conseguir la expulsión del proceso del acto viciado, que normalmente consistirá en una diligencia probatoria, y de todos los que sean consecuencia del mismo, en aplicación de la teoría de la fruta de árbol envenenado.

- b) Si se trata de una nulidad relativa, no podrá ser alegada en el momento que convenga a la parte, sino que deberá plantearse el incidente ajustándose a las oportunidades que establece el artículo 226 CPP, por lo que las producidas durante la audiencia preliminar deberán ser protestadas al inicio de la vista pública y las que tengan lugar durante la audiencia en cuanto se produzcan (art. 226. 3 y 4 CPP).

Lo que acaba de decirse es tan sólo a título de ejemplo, ya que son incontables e imprevisibles las ocasiones que pueden dar lugar a la producción de incidentes a lo largo del juicio.

1306 C) Resolución de las cuestiones incidentales

Las cuestiones incidentales que surjan durante la celebración del juicio pueden ser resueltas en tres momentos distintos:

- 1) En la misma sesión en la que se ha planteado, tras escuchar cuáles son las posturas de las partes al respecto, dictando el tribunal en forma verbal la resolución que adopte, que se hará constar en el acta y servirá de notificación formal a las partes, tal como prevé el art. 329 CPP).
- 2) Si la cuestión reviste cierta complejidad que dificulta su inmediata resolución, puede suspenderse el juicio durante un plazo que no puede ser superior a diez días (arts. 333.1 y 334 CPP), a fin de que el tribunal disponga de cierto tiempo para meditar su decisión;
- 3) También puede procederse a la resolución del incidente en la sentencia que debe dictarse tras la finalización del juicio, en cuyo caso la deliberación deberá ocuparse en primer lugar de dicha cuestión (art. 356.1 CPP). Por ejemplo, si la cuestión planteada tiene por objeto la declaración de nulidad de alguna prueba, por haber sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, es posible que el tribunal decida primero verificar, a partir de la prueba

practicada en el juicio, cómo se practicó la diligencia que se predica nula, en cuyo caso la decisión al respecto se adoptará en sentencia, previa la oportuna deliberación, que deberá comenzar por el debate sobre la cuestión incidental (art. 356.1 CPP).

La decisión sobre el momento de resolución de la cuestión será, obviamente, del tribunal, que la adoptará en función de cuál sea la naturaleza y complejidad del incidente.

Naturalmente, no es de aplicación a las cuestiones incidentales planteadas en la vista y resueltas en el acto lo que dispone el artículo 160 CPP acerca de que han de ser resueltas en cinco días. Ni siquiera se aplicará esta disposición cuando el tribunal haya acordado la suspensión del juicio para la resolución meditada del incidente (art. 333.1 CPP), pues en este caso entendemos que es de aplicación preferente el artículo 333 CPP que permite la suspensión del juicio por el plazo máximo de diez días.

Tampoco el mandato del artículo 129 CPP, con arreglo al cual deben ser resueltas por auto, pues ello sólo será posible cuando se haya suspendido el juicio con dicho fin, no cuando la respuesta judicial sea inmediata, pues en tal caso la resolución será verbal y se dejará constancia de su contenido en el acta (art. 329 y 363.4 CPP).

También la impugnación de la solución que dé el tribunal a las cuestiones incidentales tiene alguna singularidad cuando las mismas se plantean durante el juicio. En estos casos, el recurso de revocatoria ya no se interpone por escrito y en el plazo de tres días, sino verbalmente y a continuación de la notificación de la resolución recurrida (art. 415, segundo párrafo, CPP). La exigencia de celeridad -sin merma de derechos- en la celebración del juicio y el cumplimiento de los principios que lo inspiran exigen que la revocatoria se interponga en forma verbal no sólo cuando el incidente se resuelve al momento por el tribunal, sino también cuando se haya suspendido el juicio y la resolución se tome y notifique al reanudarse la vista pública, pues en tal caso deberá formularse la revocatoria también en el mismo acto de la vista y resolverse a continuación, previa la audiencia de las partes no recurrentes, para que puedan dar su opinión acerca del recurso interpuesto.

1307

340

DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

Después de la apertura de la audiencia o de resueltos los incidentes, el presidente del tribunal dispondrá que el defensor explique la orientación de su defensa. Inmediatamente recibirá declaración al imputado, explicándole con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar y que la vista pública continuará aunque él no declare.

El imputado podrá manifestar cuanto tenga por conveniente, y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal en ese orden.

Si el imputado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, o incurre en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, el presidente podrá ordenar la lectura de aquéllas, siempre que se haya observado en ellas las reglas pertinentes.

En caso de contradicciones, y luego de escuchar las explicaciones del imputado, el juez o tribunal valorará, según las reglas de la sana crítica, la preferencia de las declaraciones.

Durante el transcurso de la vista, las partes y el tribunal podrán formular preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 y 13 (garantías)
- CADH, 8 (garantías)
- PIDCP, 14 (garantías)
- 1308** • CPP, 4 y 5 (presunción de inocencia), 8 (calidad de imputado), 9, 10, 107 a 114 (defensa material y técnica), 11 (intérprete), 14 (igualdad), 88, 246, 260, 211 a 215, 314.1 y 362.1 (identificación), 89 y 90 (enfermedad mental), 91 a 94 (rebeldía), 222 (confesión extrajudicial), 224.4 y 6 (nulidad de la declaración), 259 a 264 y 269 (declaración indagatoria), 338 y 340 a 342 (declaración del imputado en el plenario), 353, último inciso (derecho a la última palabra)
- LMI, 2 (ámbito de aplicación), 5 (derechos y garantías fundamentales), 26 (comprobación de la edad)

II. COMENTARIO

A) Actos iniciales de la vista pública

La vista pública se inicia con los siguientes actos procedimentales, según el orden de su desarrollo: 1º.) El presidente del tribunal, tras verificar la presencia de las partes, testigos, peritos e intérpretes, en su caso, declarará abierta la vista pública; 2º.) Procederá, a continuación, a explicar al imputado la importancia y significación de la misma, y a indicarle que debe estar atento a su desarrollo; 3º.) Lectura por el secretario del acto de apertura a juicio; 4º.) Turno de palabra al fiscal y, en su caso, al querellante para que expliquen el sentido de la acusación; 5º.) Trámite de proposición, discusión y decisión sobre las cuestiones incidentales que formulen las partes; 6º.) Turno de palabra

al abogado defensor para que explique la orientación de la defensa; 7º.) Declaración del imputado; 8º.) Recepción de los medios de prueba.

Dado que en comentarios precedentes se han analizado los anteriores actos procesales, con la excepción de los dos últimos, que se mencionan en el art. 340, procedemos al examen de los mismos.

B) Explicación sobre la orientación de la defensa

Con este trámite de alegaciones previas, tanto de la acusación como de la defensa, se pretende que las partes expliquen, de manera comprensible y breve, cual es la pretensión de cada una de ellas y de qué tipo de pruebas disponen. En realidad, se trata de dar a conocer verbalmente el contenido de los escritos de acusación (art. 314 CPP) y de defensa, si lo hubiere (art. 316 CPP), con las modificaciones que hubiera podido introducir el juez de instrucción en el auto de apertura a juicio (art. 322) y el fiscal o el querellante en sus alegatos iniciales (art. 343 CPP).

Los destinatarios principales del alegato de la defensa son el imputado e incluso el público presente en la sala, y, sobretodo, si se trata de un juicio por jurados, los miembros del correspondiente tribunal, que serán por lo general personas legas en Derecho.

1309

La intervención inicial de la defensa, se reitera, debería limitarse a los hechos objeto de la acusación y a las pruebas con las que se pretende rebatirlos; sin embargo, como señala MARCO COS, “en la práctica será muy difícil evitar que este trámite de alegaciones previas se utilice, no sólo para explicar el contenido de la propia postura y la finalidad de la prueba que se va a practicar a continuación, sino también para combatir la pretensión de la contraparte, pese a que las alegaciones previas son para explicar la propia, no para criticar la contraria”. No debe olvidarse que, antes de las alegaciones iniciales de las partes, se ha leído el auto de apertura a juicio y, por consiguiente, los intervinientes en la audiencia conocen “la descripción precisa del hecho objeto del juicio y las personas acusadas”, así como la calificación jurídica de los hechos con las modificaciones que en su caso haya acordado el juez de instrucción (art. 322 CPP).

C) La declaración del imputado

a) Naturaleza jurídica

La declaración del imputado (art. 340 a 342 y 372 CPP) se configura fundamentalmente como un *medio de defensa*, como lo acredita el hecho de que el Código, tras el trámite que estamos examinando, regule la recepción de la prueba: “Después de la declaración del imputado -dispone textualmente el art. 345 CPP- el presidente del tribunal recibirá la prueba...”. Cumple, por tanto, la función esencial de

hacer efectivo *el derecho del imputado a ser oído públicamente y con las debidas garantías* por un tribunal competente, independiente e imparcial -la garantía de audiencia y del debido proceso se establece en los arts. 11 y 12 de la Constitución de la República, 14.1 del PIDCP y 8.1 CADH-.

Se enmarca, por otra parte, en las consecuencias derivadas del *derecho a no declararse culpable, a abstenerse de declarar y a no ser obligado a declarar contra sí mismo*, garantizado en el art. 12 de la Constitución de la República, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos más importantes suscritos por El Salvador: arts. 14.1.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicho derecho fundamental radica precisamente “la diferencia más decisiva entre el proceso moderno y el inquisitivo, que empleaba una serie de coacciones directas e indirectas (desde la tortura hasta las penas de falsedad) para arrancar al reo la declaración y la confesión del hecho...” (GÓMEZ ORBANEJA).

El imputado puede hacer, no obstante, un uso discrecional del derecho a no declarar, es decir, puede abstenerse de responder a cualquier pregunta (arts. 12 Inc. 2º. Cn. y 87 No. 5 CPP) o contestar a unas sí y a otras no, pudiendo diferir su declaración a cualquier momento del desarrollo de la audiencia.

1310

De todo lo anterior, deriva la idea de que la declaración del acusado en el juicio oral “no es propiamente un verdadero interrogatorio, sino, como dijo acertadamente hace muchos años GÓMEZ ORBANEJA, un medio de defensa, que permite a los acusados tomar posición frente a la acusación y a las pruebas de que ésta se valga” (V. CORTÉS DOMÍNGUEZ). En efecto, GÓMEZ ORBANEJA, en su *Derecho Procesal Penal* (pág. 188, 10ª. Edición, Madrid, 1987), comentando los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española relativos a las declaraciones en la instrucción del imputado, señalaba que “lo que pretende la ley... es que las personas a quienes se imputa un hecho punible o contra las que existen meras sospechas de culpabilidad comparezcan a prestar declaración, con el fin de oír las explicaciones que dieren sobre los cargos o motivos de sospecha expresados, los que pueden resultar confirmados o desvirtuados”; añadiendo que “el interrogatorio del imputado, sin dejar de ser un medio de investigación sumarial, tiene el carácter de medio de defensa para aquél, ya que su declaración le brinda la oportunidad de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre el mismo pesa”; afirmación que es plenamente aplicable a la declaración del imputado durante la vista pública.

Sin embargo, es inevitable dar a la misma también el valor de un *medio de prueba*, con capacidad, junto a otras evidencias, para enervar el derecho del imputado a la presunción de inocencia. Sobre el particular, LÓPEZ ORTEGA explica que aunque “actualmente, la función que se asigna a la declaración del imputado es la de contribuir a su propia defensa, es preciso reconocer que en la legislación procesal todavía

predomina su consideración como medio de investigación, lo que se viene a demostrar por las facilidades que se conceden para hacer valer como pruebas las declaraciones realizadas por el imputado durante la investigación, otorgándoles ilimitadamente la consideración de prueba preconstituida. En este sentido, se establece que si el imputado se abstuviese de declarar en el juicio oral, o incurriese en contradicciones respecto a las declaraciones anteriores, podrá ordenarse su lectura y, luego de escuchar las explicaciones del imputado, el tribunal valorará la preferencia de las declaraciones (art. 340 CPP)...”. A lo que hay que añadir, en relación con el valor de prueba preconstituida de la declaración del imputado, que tanto la confesión judicial como la extrajudicial pueden ser apreciadas por el tribunal sentenciador como prueba de cargo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los arts. 221 y 222 CPP, a cuyos comentarios nos remitimos.

En cuanto al régimen jurídico de la declaración, hay que tener en cuenta que serán de aplicación no solo las normas que estamos examinando (arts. 338 a 344 CPP) sino las normas reguladoras de la declaración indagatoria (arts. 259 a 263 CPP), por disponerlo así el art. 264 CPP.

b) Información de derechos

Dice el precepto que comentamos que el presidente del tribunal, después del alegato inicial del defensor, explicará al imputado con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar y que la vista pública continuará aunque él no declare. **1311**

Se está haciendo referencia, pues, al trámite imprescindible de información de los derechos del imputado, a cuyo efecto, el presidente del tribunal, puesto de pie el imputado e identificándolo por su nombre, procederá a hacerle las advertencias y explicaciones sobre los derechos que le asisten durante el desarrollo de la audiencia y sobre el sentido de la misma, pidiéndole que preste atención a su desarrollo. Se debe cerciorar que las entiende y no debe olvidar, en ningún caso, dar a conocer al imputado en forma sencilla y comprensible la siguiente información:

- 1) Que la razón de su presencia en el juicio oral obedece a que se le acusa de un determinado delito, debiendo informarse al imputado sobre la pretensión penal y civil que se dirige contra él: hecho que se le atribuye en el auto de apertura a juicio; circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo las que sean importantes para la calificación jurídica; penas que se solicitan y pretensión de la defensa; resumen de los elementos de prueba, y normas penales que puedan ser de aplicación.

1312

- 2) Que el juicio se celebrará sobre la base de que se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en el juicio oral y público que se va a celebrar.
- 3) Que la presunción de inocencia trae consigo el que la carga de la prueba corresponda a la parte que lo acusa, sin que, por consiguiente, esté obligado a probar su inocencia (art. 4 CPP).
- 4) Que tiene derecho a no declarar y a no declararse culpable, por lo que su silencio, total o en relación a alguna pregunta concreta, no podrá utilizarse en su contra, sin que pueda tomársele juramento o promesa de decir verdad. Y que si decide declarar, puede dictar su declaración.
- 5) Que tiene el derecho a requerir la práctica de nuevos elementos de prueba, si las circunstancias lo requieren, bien solicitándolo al tribunal (prueba para mejor proveer), sea como consecuencia de una ampliación de la acusación o de un cambio, incluso, en la calificación jurídica (arts. 343 y 344 CPP) que pretenda efectuar el tribunal.
- 6) Que puede gozar de una cierta movilidad durante la audiencia, lo que no será óbice para que el presidente tome las providencias necesarias de vigilancia (art. 87 CPP).
- 7) Que tiene derecho a ser asistido en forma permanente por su defensor y a consultarlo en cualquier momento, aún durante su declaración, para cuyo efecto se le ubicará a su lado (art. 259 inc. 2º., 319 inc. 5º. y 342 CPP).
- 8) Que tiene derecho durante el desarrollo de la audiencia a hacer las declaraciones e intervenciones que considere oportunas, incluyendo la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, siempre y cuando esas actividades estén referidas a su defensa y lo haga previa autorización del presidente del tribunal, sin interrupciones indebidas (art. 342 CPP).
- 9) Que tendrá derecho al uso de la palabra al final del juicio para manifestar lo que crea conveniente en su defensa.

Al finalizar el trámite de información de derechos, se debe preguntar al imputado si entendió lo que se le ha explicado y si con base a dicho entendimiento desea o no declarar sobre el hecho que se le atribuye. En el caso de que el imputado decida declarar, el presidente ordenará que sean retirados de la sala de audiencia los otros imputados, si los hubiere, y que se tomen las providencias necesarias a fin de conducirlos a un lugar en que puedan permanecer sin menoscabo a su dignidad; posteriormente, se les

informará, en forma resumida, de lo sucedido durante su ausencia (arts. 319 inciso 5º y 341 CPP).

El imputado que no comprenda correctamente el idioma castellano tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete de su confianza para que lo asista como auxiliar en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho, se designará de oficio un traductor o intérprete dentro del mismo plazo establecido en el artículo anterior (art. 11 CPP).

c) Interrogatorio de identificación

Aunque no lo menciona el art. 340, quizás por entender el legislador que el interrogatorio de identificación se encuentra incluido entre los trámites del art. 338, es lo cierto que, antes de la declaración del imputado, debe procederse al interrogatorio para su identificación (ver art. 264 CPP), que puede hacerse antes de la lectura del auto de apertura a juicio o después del trámite de información de derechos.

A tal efecto, el presidente del tribunal indagará la identidad del acusado preguntándole su nombre, apellido u otro dato que permita identificarlo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su tutela. Si fuera necesario o simplemente conveniente, se tomarán las huellas dactilares del imputado a efectos identificativos.

1313

Con el referido interrogatorio se trata de confirmar las diligencias de la instrucción para la identificación del imputado, que se hará mediante la toma de sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio (art. 88 CPP).

La información obtenida del interrogatorio de identificación puede, en ocasiones, servir para construir una prueba de indicios, tanto de cargo como de descargo, así como para la obtención de datos que permitan hacer efectivas determinadas particularidades procesales, como son las referidas a las declaraciones testificales de parientes (art. 186), de personas que tienen el deber del secreto profesional (art. 187) o de imputados con algún tipo de privilegio procesal (antejuicio, diplomáticos).

El imputado está obligado a contestar al interrogatorio de identificación, ya que las respuestas a las preguntas sobre su personalidad no afectan a su derecho a no declarar contra sí mismo.

d) Declaración e interrogatorio sobre los hechos

Concluido el interrogatorio de identificación y realizada la información de derechos, el juez dará la palabra al imputado para que manifieste o declare lo que tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye, concediendo acto seguido la palabra al fiscal, al querellante y al defensor, para que lo interroguen.

El precepto que comentamos no prevé la forma del interrogatorio cruzado, con réplicas y contrarréplicas, que para los testigos establece el art. 348, por lo que en principio no se debe permitir, salvo que el imputado y su abogado lo consientan.

El interrogatorio de éstos ha de efectuarse con preguntas claras, precisas y directas, estando prohibidas las preguntas capciosas o sugestivas y las impertinentes e inútiles, así como las perentorias. La pregunta capciosa es la que contiene engaño, fraude, trampa, falacia, sofisma. Sería capciosa la siguiente pregunta: ¿Desde cuando ha dejado de pegar a su mujer? La pregunta sugestiva es aquella que sugiere o hace entrar en el ánimo del imputado una idea, insinuándosela, inspirándosela o haciéndole al interrogado caer en ella. En ambos tipos de preguntas, que se parecen mucho entre sí, hay un engaño disimulado para lograr que el interpelado responda como conviene al que pregunta. Como dijimos al comentar el art. 263 (declaración indagatoria), no deben permitirse las preguntas complejas, como las del siguiente tenor: ¿Dónde ocultó las pruebas?, ¿Qué hizo con el dinero que robó? Se debe, pues, exigir al interrogador que divida ese tipo de preguntas hasta hacer de ellas preguntas sencillas.

Las preguntas, por último, deben ser pertinentes, es decir, han de estar referidas directa o indirectamente al objeto de la averiguación; han de ser útiles para el descubrimiento de la verdad, y no pueden tener carácter perentorio, porque plantear un interrogatorio con respuestas precipitadas y rápidas puede inducir al imputado a decir lo que no quiso decir, siendo además expresión de una modalidad de coacción sutil.

Los miembros del tribunal, con la venia del presidente, una vez haya sido interrogado el imputado por las partes, podrán formular las preguntas que consideren oportunas, pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone.

El propio imputado, incluso, tiene el derecho de interrogar personalmente a los testigos de cargo, como explicamos en el comentario al art. 342 CPP.

Por último, debe recordarse que, tras la recepción de la prueba, se escucharán los alegatos finales de las partes y la posible declaración de la víctima del delito, finalizando la audiencia concediendo al imputado, antes del cierre del debate, el uso de la palabra para que manifieste, como expresión de su *derecho a la última palabra*, lo que estime conveniente en su defensa, cuestión que corresponde al comentario del art. 353 CPP.

D) Síntesis del procedimiento para la declaración del imputado

Con el fin de facilitar una visión de conjunto del procedimiento que hemos analizado, se expresa a continuación el siguiente esquema de su desarrollo:

1. Régimen Jurídico
 - 1.1. Las normas reguladoras de la declaración indagatoria (arts. 259 a 263), según dispone el art. 264
 - 1.2. Las normas reguladoras sobre el tema del juicio plenario (arts. 338 a 344)
2. Actos introductorios (art. 338, 339 y 340, inciso 1º.)
 - 2.1. Explicación del Presidente al imputado sobre la significación del acto y la conveniencia de que esté atento durante su desarrollo
 - 2.2. Interrogatorio de identificación (art. 260)
 - 2.3. Lectura por el Secretario del auto de apertura a juicio
 - 2.4. Explicación de la acusación por el fiscal y el querellante
 - 2.5. Planteamiento, discusión y resolución, en su caso, de cuestiones incidentales (art. 339)
 - 2.6. Explicación por el defensor de la orientación de la defensa
3. Información de derechos (art.340)
 - 3.1. Información al imputado por el presidente del tribunal, de forma clara y sencilla, del hecho que se le imputa
 - 3.2. Información al imputado por el presidente del tribunal del contenido esencial del derecho de defensa: derecho a no declarar, con la advertencia de que esa decisión no interrumpirá la vista pública; derecho irrenunciable a la defensa técnica; derecho a comunicarse en todo momento con su abogado defensor, para lo cual se ubicará a su lado (art. 342)
4. Declaración sobre los hechos
 - 4.1. Declaración o relato inicial del imputado sin interrupción alguna, declarándose culpable o inocente

- 4.2. Interrogatorio del imputado por el fiscal, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal, en ese orden
- 4.3. Lectura de las declaraciones anteriores del imputado (que sean formalmente validas) en caso de que se niegue a declarar o de que existan contradicciones entre aquellas y la efectuada en el juicio oral
- 4.4. Solicitud de que el imputado explique las contradicciones entre sus declaraciones
- 4.5. Preguntas aclaratorias (durante el transcurso de la vista) de las partes y el tribunal sobre las anteriores manifestaciones del imputado
- 5. Declaraciones de varios imputados (art. 341)
 - 5.1. Salida y custodia de la sala de audiencias de quienes no declaren
 - 5.2. Recibidas todas las declaraciones, se informará a los coimputados de lo ocurrido en su ausencia
- 1316** 6. Ampliación de la acusación (art. 343) o posible cambio en la calificación jurídica (arts. 343, 344 y 359)
 - 6.1. Recepción de una nueva declaración al imputado sobre los nuevos hechos o circunstancias objeto de ampliación
 - 6.2. Advertencia a las partes de que tienen derecho de solicitar la suspensión del juicio para aportar nuevas pruebas o preparar la defensa
 - 6.3. Advertencia a las partes sobre la posible modificación jurídica y de su derecho a solicitar la suspensión de la audiencia
- 7. Derecho a la última palabra
 - 7.1. Momento de su ejercicio (art. 353, último inciso)

E) Las declaraciones contradictorias del imputado

Dispone el art. 340 CPP que "si el imputado se abstuviere de declarar, total o parcialmente, o incurre en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, el presidente podrá ordenar la lectura de aquellas, siempre que se haya observado en ellas las reglas pertinentes. En caso de contradicciones, y luego de escuchar las explicaciones del imputado, el juez o tribunal valorará, según las reglas de la sana

crítica, la preferencia de las declaraciones. Durante el transcurso de la vista, las partes y el tribunal podrán formular preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones”. El fundamento en este caso de la lectura es permitir al Tribunal ponderar la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas.

La lectura de declaraciones contradictorias para que las aclare el imputado no es una excepción al principio de inmediación, sino que presupone una confrontación oral directamente percibida por el tribunal de todo lo declarado en uno u otro momento por el imputado, quien es presencia del tribunal sentenciador vuelve a reproducir todas sus anteriores manifestaciones. El contenido de cualquiera de ellas, en función de la veracidad percibida por el juzgador, puede ser tenido en cuenta de modo total o parcial para conformar el relato de hechos probados. Es decir, la lectura permite al tribunal ponderar la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas sobre los hechos que ofrece el imputado, por lo que no estamos en presencia de un acto materialmente irreproducible sino “irreproducible en cuanto a su contenido de veracidad” (ASENCIO MELLADO), dado el tiempo transcurrido, las eventuales presiones externas sobre el declarante y la misma tensión que provoca el juicio oral y público.

Por otra parte, es indispensable que las contradicciones hayan tenido lugar en actos en que se hayan observado las reglas pertinentes para su validez procesal. Así, han de haberse producido respecto a las declaraciones anteriores del imputado realizadas, en presencia de abogado, ante el juez de paz o de instrucción, o ante la policía o el fiscal, siempre que se hayan ratificado posteriormente ante el juez, con la excepción de la llamada confesión extrajudicial, de la que tratamos en el comentario al art. 222.

1317

Por último, existe el criterio equivocado de que si el imputado se abstiene de declarar en el plenario, en uso de su derecho al silencio, no cabe introducir sus declaraciones anteriores. Evidentemente, ese no es el criterio que se infiere del inciso 3º. del art. 340 CPP, donde textualmente se permite la lectura de las declaraciones indagatorias aún en caso de abstención total de declaración en el juicio oral. Por otra parte, sostener lo contrario es dejar sin validez la confesión judicial y extrajudicial del imputado como pruebas de cargo valorables según las reglas de la sana crítica, que se regulan en los arts. 222 y 221 CPP.

Sobre esta cuestión, Fernando Cruz Castro (La nulidad por la nulidad. La justicia pronta y cumplida y la vigencia del formalismo procesal, pág. 23) sostiene con sumo acierto que “el derecho al silencio no implica un derecho a disponer plenamente y en cualquier momento sobre lo que, renunciando a aquel derecho, se dijo en una oportunidad anterior. El privilegio de abstención no exige al mismo tiempo su irrenunciabilidad absoluta. La voluntariedad no puede tener efecto retroactivo. No existe conexión entre la protección a la autodeterminación del acusado a rendir su indagatoria y la posibilidad de que el propio imputado pueda excluirla posteriormente”.

F) Valoración de la declaración

La valoración de la prueba pasa por un juicio previo sobre su licitud o validez, procediéndose a continuación, si la prueba se considera lícita, a la apreciación de la misma, conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 15, 162 y 224 CPP).

En el caso de las declaraciones del imputado, el juicio de validez puede llevar, por ejemplo, a declarar nulas de pleno derecho las declaraciones en que concurren, entre otras, las siguientes circunstancias: 1) Retardación maliciosa del conferimiento de la calidad de imputado causante de una real y efectiva indefensión; 2) Declaración como testigo de quien debió declarar como imputado (art.191 CPP), sin advertirle que era sospechoso del hecho; 3) Declaración del imputado a quien se le ha tomado juramento o promesa de decir verdad, no se le ha instruido de su derecho a no declarar y declara sin que esté presente su abogado defensor; 4) Utilización durante las diligencias iniciales de investigación o en la instrucción de métodos prohibidos para la declaración (art. 12 Cn y art. 262), o de medios de prueba que restrinjan otros derechos fundamentales del imputado (allanamiento, intervenciones corporales, etc.) sin el cumplimiento de los presupuestos legales para su validez (autorización judicial motivada, proporcionalidad, etc.).

1318 La información obtenida de una declaración en que se utilizaren los métodos que se mencionan en el art. 262 CPP no podría ser tomada en consideración, así como tampoco las pruebas derivadas de la misma, a cuyo efecto habrá de comprobarse que existe entre ambas una clara relación de causalidad, de tal manera que pueda afirmarse que sin una no se hubiere obtenido la otra (ver STC 81/1998 de 2 de abril). No obstante, la constatación de irregularidades procesales solo tendrá trascendencia si hubiesen producido efectiva indefensión.

No puede darse valor incriminatorio alguno al silencio del imputado o a determinadas actitudes del mismo para sustraerse a la acción de la justicia (fuga, no comparecencia, etc.). Ahora bien, los llamados contra-indicios, entre los que figura la formulación de una coartada falsa articulada en su defensa, pueden tener un cierto valor indiciario, según explicamos al tratar de la prueba de indicios.

Por último, se ha de tener en cuenta el comentario al art. 356, donde se analizan todas las cuestiones referidas a la valoración de la prueba producida durante la vista pública.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Incisos 3º. y 4º. La abstención del imputado a declarar durante el juicio ha sido considerada por los tribunales de sentencia como uno de los derechos esenciales de éste. No tiene sentido que se le explique que puede abstenerse a declarar, cuando no

obstante ello se le está dando lectura a declaraciones anteriores que han sido brindadas al inicio del proceso, cuando la investigación era embrionaria. Sumado a lo anterior, dicha disposición no es imperativa, sino potestativa, bastando observar la redacción de la disposición en comento que al efecto prescribe: "el presidente podrá ordenar la lectura", no dice que el presidente deberá hacerlo.

El inciso cuarto nos trae un resabio del sistema inquisitivo, en el cual existía un catalogo de pruebas, en las que se determinaba un orden y preferencia entre ellas. El precepto en comento señala que el juez valorará la preferencia de las declaraciones, esta norma no debe verse aisladamente de los principios básicos contenidos en el título primero, porque de lo contrario se pierde la perspectiva de un juicio acusatorio.

341

DECLARACIÓN DE VARIOS IMPUTADOS

Si los imputados son varios, el presidente del tribunal alejará de la sala de audiencia a los que no declaren en ese momento, pero después de recibidas todas las declaraciones, informará en forma resumida de lo ocurrido durante su ausencia.

1319

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 (defensa material), 340 a 342 (declaración del imputado durante la vista pública)

II. COMENTARIO

Cuando se vaya a proceder a la declaración de un imputado, los demás imputados, si los hubiera, deberán permanecer fuera de la sala de audiencia, debiendo ser custodiados, mientras tanto, para que no puedan ausentarse ni interferir de alguna manera en el normal desarrollo de la audiencia.

La razón de la ausencia de los coimputados durante la declaración de los demás obedece al intento de lograr condiciones adecuadas para la espontaneidad de la declaración, evitando que la presencia de los otros acusados intimide al que está declarando, así como a la regla de la incomunicación de quienes a la postre, a pesar de ser imputados, pueden actuar como testigos (testimonio impropio), para quienes está previsto que declaren separadamente (art. 347 CPP).

Dispone el precepto que después de recibidas todas las declaraciones, el presidente del tribunal informará a los coimputados en forma resumida de lo ocurrido durante su ausencia. Con ello se pretende satisfacer el derecho de defensa, que otorga al imputado la facultad de intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba (art. 9 CPP).

En el supuesto de que existan declaraciones incriminatorias de unos coimputados contra otros, se plantea el problema de su credibilidad. No cabe duda que la valoración de dichas declaraciones es factible, porque en caso contrario no tendría sentido permitirlos (art. 341 CPP) ni la previsión del art. 330.3 CPP sobre la incorporación mediante lectura de las declaraciones de los coimputados rebeldes o ya sentenciados (véase también el art. 73 de la Ley de Drogas); sin embargo, es lo cierto, que el testimonio incriminatorio de un coimputado, cuya situación jurídica al respecto no es equivalente a la de un testigo, debe verse con la cautela necesaria para evitar la falta de veracidad de quien puede estar guiado en su incriminación por la enemistad, la venganza, el odio personal, el soborno, la obediencia a un tercero o, simplemente, por el deseo de desplazar hacia otros su propia responsabilidad en los hechos.

1320

342

FACULTAD DEL IMPUTADO

En el curso de la audiencia, el imputado podrá hacer las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa.

El imputado podrá en todo momento hablar con su defensor, sin que por eso la audiencia se suspenda; a tal efecto se ubicará a su lado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 9 (derecho material de defensa), 340 a 341 (declaración del imputado en la vista pública)
- CADH, 8.2. d)
- PIDCP, 14.3. e)

II. COMENTARIO

El contenido mínimo indisponible del derecho de defensa, señala LÓPEZ ORTEGA, “reposa en la posibilidad, que se reconoce al imputado, de intervenir en todos los actos del procedimiento y expresarse, libremente, sobre cada uno de los elementos de la

imputación...”. Si constituye un principio fundamental e inderogable que el imputado no sea obligado a inculparse a sí mismo, es claro, continúa afirmando LÓPEZ ORTEGA, “que ha de ser libre para manifestarse o no sobre el contenido de la imputación, sin que pueda admitirse que del ejercicio del derecho a no declarar se derive consecuencia negativa para su titular, de cualquier clase que sea. Por otro lado, si la protección del inculcado frente a la inculpación no se concibe sin la libertad del imputado para prestar declaración, esto necesariamente conlleva que la declaración del imputado haya de ser considerada, principalmente, como un medio de defensa y sólo, secundariamente, como un medio de investigación o prueba”.

Conforme con ello, el art. 9 CPP reconoce al imputado el derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del poder disciplinario del presidente del tribunal cuando con la actitud del imputado se está perjudicando el curso normal del procedimiento. Por su parte, el inciso 2º. del artículo que comentamos especifica que el imputado podrá hacer las declaraciones que considere oportunas, *siempre que se refieran a su defensa*, en el curso de la audiencia, es decir, en cualquier momento y en relación con los medios de prueba que se vayan practicando y con las alegaciones que se vayan formulando.

La vista pública es el punto álgido del proceso y el único momento procesal en que deben introducirse auténticos actos de prueba, por lo que cabe inferir que, en base a dicho precepto, el imputado puede incluso interrogar personalmente a los testigos y peritos.

1321

El Código Procesal Penal no reconoce expresamente ese derecho, pero su existencia se infiere del contenido del citado art. 9 CPP y del precepto que estamos comentando (art. 342), cuyo primer inciso parece implicar un tímido reconocimiento de tal derecho, y el inciso segundo (ubicación del imputado junto a su abogado) tiene el sentido de facilitarlo. De forma aún más inequívoca, la posibilidad del interrogatorio personal del imputado se establece en los arts. 14.3. e) PIDCP, que reconoce el derecho del acusado “a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo”, y en el art. 8.2. d) CADH o Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce el derecho del imputado de defenderse personalmente durante el proceso y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

Para facilitar las facultades de intervención del imputado o derecho a la autodefensa, el inciso 2º. del artículo comentado permite a aquel hablar en todo momento con su defensor, a cuyo efecto ordena que se siente a su lado, sin que la comunicación entre abogado y defendido suspenda la audiencia.

En otros ordenamientos, como el español, la ley procesal no hace referencia alguna a la ubicación del acusado durante las sesiones del juicio oral, siendo práctica forense

que defensor y defendido se ubiquen en lugares distantes entre sí, con lo que se produce el doble y negativo efecto de que el abogado defensor carezca de la posibilidad de enriquecer su intervención con los comentarios que le pueda hacer el acusado, y de que éste se sienta en cierta forma ajeno a su propia defensa. La STC 29/95, de 6 de febrero (RTC Aranzadi 1995,29) contiene interesantes consideraciones del alcance del derecho del imputado de defenderse por sí mismo.

343

AMPLIACIÓN DE LA ACUSACIÓN

Durante la vista, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil.

1322 La corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia, sin que sea considerada una ampliación.

En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión de la vista para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 (garantías de la defensa)
- CPP, 42 (acción civil en el proceso penal), 313 (acusación), 314 (requisitos de la acusación), 322 (auto de apertura del juicio), 325 (comparecencia del imputado en caso de ampliación de la acusación), 333.7 (suspensión por ampliación de la acusación), 340 (declaración del imputado), 341 (declaración de varios imputados), 344 (advertencia de oficio de la ampliación), 359 (congruencia entre sentencia y acusación o ampliación), 429 (rectificación de errores materiales)
- CP, 42 (delito continuado)

II. COMENTARIO

A) Concepto de ampliación

Según vaya progresando el curso del juicio oral, con la práctica de las diferentes pruebas instadas por cada una de las partes, éstas advertirán en función de sus diversos y tal vez encontrados intereses (oposición que es evidente entre la acusación y la defensa) en qué medida la actividad probatoria sirve a sus fines, o se aleja de los mismos. Esto es, si la práctica de la prueba respalda las tesis de la acusación, o de la defensa, según los casos, o por el contrario debilita las mismas.

A la vista del resultado de la prueba y de los hechos nuevos que a partir de la misma salen a la luz, puede también ocurrir que la parte que sustenta la imputación (fiscal o querellante) advierta que es posible alterar la acusación formulada en su día, incluyendo un cambio en la misma que agrave las peticiones que se formulan respecto del imputado. Y todo ello en base a hechos ó circunstancias que no aparecen ni en el escrito de acusación correspondiente, ni tampoco en el auto de apertura del juicio oral.

Pues bien, el artículo 343 CPP contempla dicha posibilidad para permitir que tales hechos nuevos, ó circunstancias, se incluyan en la petición acusadora, pese a no aparecer con anterioridad en el proceso, puesto que se ha conocido a partir de la prueba practicada en el juicio.

1323

Es la ampliación de la acusación, respecto de la que el precepto que ahora se comenta disciplina tanto el ámbito objetivo, como los trámites que han de seguir para evitar la indefensión de la parte perjudicada, que será el imputado respecto del cual se agrave la petición punitiva.

B) Ámbito y límites

Al analizar la posibilidad de ampliar la acusación, no debe prescindirse de varios aspectos de suma importancia.

En primer lugar y con carácter general, el derecho de defensa exige el conocimiento previo de la acusación, de suerte que se prohíbe toda acusación sorpresiva en un momento avanzado del procedimiento que impida o dificulte la utilización de los adecuados medios de defensa.

En segundo término, ha de tenerse en cuenta el principio de unidad del objeto del proceso penal, con arreglo al cual no es posible la introducción en el proceso de hechos que, aun apareciendo como consecuencia de la actividad probatoria practicada a lo largo del juicio oral, no tienen conexión con los que son objeto del enjuiciamiento.

Por otra parte, es claro que las conclusiones finales que las partes formulan al terminar la prueba (art. 353 CPP) no tienen por qué ser idénticas a las sostenidas al inicio de la vista oral, pues en tal caso no sería necesario dicho trámite. Por lo tanto, son perfectamente admisibles alteraciones que no afecten al objeto material del proceso ni a la calificación jurídica, por lo que su introducción no tiene por qué dar lugar a actividad procesal al respecto. En suma, no es éste el supuesto contemplado por el artículo 343 CPP al regular la ampliación de la acusación, por lo que su segundo párrafo excluye de dicha consideración la corrección de simples errores materiales, o la inclusión de alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación.

La ampliación de la acusación que, mereciendo dicho nombre, es permitida por la Ley, ha de tener una configuración determinada, a definir tanto negativa como positivamente:

1º. El primer criterio es el de que no es posible la ampliación subjetiva, es decir, aquella como consecuencia de la cual se dirige la acusación contra alguien que no tuvo antes la condición de imputado en el proceso de que se trata.

2º. Ya se ha dicho que las simples variaciones que no comporten una modificación sustancial son perfectamente admisibles por el segundo párrafo del artículo 343 CPP.

1324

3º. Se admite la ampliación objetiva, mediante la introducción de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio.

Es importante no confundir la verdadera ampliación de la acusación, que sólo puede consistir en la adición de hechos o circunstancias que no aparezcan ni en el escrito de acusación, ni en el auto de apertura de juicio, con lo que no pasa de ser una calificación alternativa. El núcleo de la llamada ampliación de la acusación no lo constituye la calificación jurídica como tal, sino la introducción de nuevos hechos o circunstancias, que surgen como consecuencia de la actividad probatoria desarrollada en el juicio. El artículo 314 CPP, al regular los requisitos de la acusación, permite que el fiscal o el querellante puedan señalar alternativamente las circunstancias del hecho que permiten calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

La ampliación de la acusación que regula el artículo 343 CPP no consiste simplemente en la modificación de la calificación jurídica, sino en la introducción de hechos nuevos, siendo la previsible modificación de la calificación simple consecuencia de la alteración de los hechos, o las circunstancias, en torno a los que se ha venido desenvolviendo y desarrollando el juicio.

Es también importante tener en cuenta que ha de tratarse de hechos o circunstancias que no hayan sido mencionados en la acusación ó en el auto de apertura del juicio, tal como se precisa por el segundo párrafo del artículo que se comenta. Ello ha de ser así porque el ámbito objetivo y subjetivo del enjuiciamiento plenario se construye a partir de varias fases: la primera de ellas la constituye el escrito de acusación (art. 314 CPP), siendo la segunda el auto de apertura del juicio oral (art. 322 CPP). Y es éste auto de apertura el que, como consecuencia de la depuración jurídica que el Juez de Instrucción lleva a cabo del escrito de acusación, el que precisa cuál deberá ser el objeto de la audiencia y quiénes los imputados en la misma.

Por lo tanto, no es una verdadera ampliación de la acusación la pretensión de introducir un hecho, o una circunstancia, que se contemplaron en el escrito de acusación, pero no fueron tomados por el Juez de Instrucción para la elaboración de auto de apertura del juicio, porque no lo consideró procedente. La reiteración en el juicio oral de tal hecho o circunstancia supondría el intento de introducir en esta fase procesal un elemento que ya fue antes expulsado del proceso.

La novedad que permite que se pueda hablar de verdadera ampliación de la acusación, en el sentido legal del artículo 343 CPP, consiste en que el nuevo hecho lo sea de veras y para ello es necesario que no fuera contemplado ni en el escrito de acusación, ni tampoco en el auto de apertura del juicio.

1325

4º. La consecuencia jurídica de dicha ampliación puede ser, a su vez, de cuatro tipos:

- a) modificando la calificación legal,
- b) modificando la pena solicitada por el mismo hecho objeto de acusación,
- c) dando lugar a un delito continuado, con la consiguiente agravación penológica (arts. 42 y 72 CP),
- d) modificando los términos de la responsabilidad civil.

Aunque es obvia la consecuencia inmediata de la ampliación de la acusación legalmente admisible, expresamente se refiere a ella el párrafo final del precepto que se comenta, al decir que “Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación quedarán comprendidos en la acusación”.

C) Garantías

Producida la ampliación de la acusación en los términos contemplados en la Ley, el derecho de defensa exige que se pueda practicar nueva prueba sobre el objeto de la

ampliación, para privar a ésta en el seno del proceso del carácter sorpresivo que pudiera tener. Sólo hay posibilidades efectivas de defensa si desde un principio se conoce la extensión de la acusación y es fácilmente comprensible que el acusado haya preparado su defensa centrándola en la imputación contenida en el auto de apertura del juicio y proponiendo en consecuencia la prueba tendente a desvirtuar su contenido. Pero, por razones obvias, no se ha defendido de lo que no figuraba en aquel.

Para salvaguardar el derecho de defensa del afectado negativamente por la ampliación de la acusación, se dispone que en primer lugar habrá de recibirse nueva declaración al imputado. Evidentemente, el interrogatorio deberá versar sobre los hechos nuevos incluidos en la ampliación, por lo que el presidente deberá evitar que se pretenda repetir la prueba ya realizada, preguntando nuevamente sobre el inicial objeto del proceso.

Si son varios los imputados, a todos ellos se interrogará, siempre que a todos se refiera la ampliación, pues en otro caso sólo habrán de ser preguntados de nuevo aquellos a los que la ampliación afecte. El nuevo interrogatorio deberá desarrollarse con arreglo a lo establecido en los artículos 340 y 341 CPP, por lo que habrá de ser nuevamente informado de la importancia de su declaración y del derecho que tiene a no declarar. Y, siendo varios, serán alejados de la sala los que no declaren, mientras lo haga otro de ellos, aunque luego habrán de ser informados brevemente de lo ocurrido durante su ausencia.

A continuación, en garantía del mismo derecho, ya no sólo referido al imputado, sino a las partes en general, se debe informar por el tribunal a éstas que tienen derecho a pedir la suspensión de la vista para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. Por lo tanto, a diferencia de otros ordenamientos procesales que en supuestos similares conceden este derecho sólo a la defensa (p. ej. art. 793.7 Ley de Enjuiciamiento Criminal española), para que pueda hacer frente a la alteración de la acusación, el Código Procesal Salvadoreño otorga esta facultad a todas las partes, puesto que así debe entenderse la referencia “a las partes”, sin otra precisión.

Tal vez esta generalización de la facultad de pedir la suspensión, en cuanto puede solicitarla tanto la acusación como la defensa, no se adecue a la necesidad que plantea la ampliación de la acusación legalmente admitida. Si la parte acusadora ha decidido ampliar los términos de su pretensión con base en la prueba practicada en el juicio, que a estos fines es prueba de la acusación, en puridad sería suficiente conceder a la defensa la oportunidad de articular su reacción frente a dicha ampliación. Por el contrario, si se admite que también la parte autora de la ampliación ofrezca nuevas pruebas al respecto -posibilidad respaldada por la dicción legal- se corre el riesgo de que se altere indebidamente el ámbito objetivo del proceso o, abusando de la posibilidad que la ley ofrece, que la parte acusadora efectúe la ampliación sin base alguna en la prueba practicada hasta ese momento, para intentar acreditar el hecho introducido “ex novo”

mediante la prueba ofrecida una vez llevada a cabo la ampliación, lo que podría constituir un abuso procesal que el tribunal no debe tolerar.

La posibilidad de suspensión de la vista ante la ampliación de la acusación tiene una relación muy estrecha con el derecho de defensa del imputado al que afecta aquella. Su finalidad no es otra que evitar la indefensión, como en sentido negativo aclara el propio artículo 343 CPP, cuando en su segundo párrafo excluye de la consideración legal de ampliación de la acusación la corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia sin especial relevancia, que no modifica esencialmente la imputación “ni provoca indefensión”.

La suspensión del juicio para la debida preparación de la defensa ante la modificación de la imputación que merece la consideración de ampliación de la acusación es una garantía necesaria de la defensa y consecuencia del principio acusatorio y del principio de igualdad de partes. En virtud de este principio, a la parte acusadora corresponde aportar las pruebas de su imputación con conocimiento del acusado, de forma que éste pueda defenderse. Una modificación de la acusación una vez iniciada la vista contradice el principio acusatorio y desequilibra la igualdad de las partes, en contra del imputado que estaba preparado para defenderse de una imputación y de pronto se ve sorprendido por una modificación sustancial de la misma.

1327

Precisamente para reponer el desequilibrio, para restituir la rota igualdad y permitir el ejercicio eficaz y material del derecho de defensa se permite la suspensión del juicio y la preparación de las pruebas que puedan oponerse a la sorpresiva ampliación de la acusación.

La suspensión está sometida, en cuanto a su duración, a la disciplina general de los artículos 333 y 334 CPP. Contemplada expresamente en el artículo 333.7 (aunque en términos algo distintos al art. 343, pues en el 333.7 parece que pueda la acusación pedir la suspensión, no tras la ampliación, sino precisamente para proceder a dicha ampliación), no podrá ser superior a diez días, pues si se supera este plazo deberá iniciarse de nuevo el juicio.

344

ADVERTENCIA DE OFICIO Y SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA

El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la posible modificación esencial de la calificación jurídica; en este caso se podrá solicitar la suspensión de la audiencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 334 (duración de la suspensión), 343 (ampliación de la acusación), 359 (correlación entre acusación, o su ampliación, y sentencia)

II. COMENTARIO

A) Modificación de oficio de la calificación

1328

La fijación de los términos del debate no queda definitivamente cristalizada con la calificación inicial de las partes, pues el artículo 343 CPP da cabida a la ampliación de la acusación. Pero no es ésta la única posibilidad procesal de modificación de la calificación.

El propio tribunal puede tomar la iniciativa, ofreciendo a las partes la posibilidad de alterar su primitiva calificación jurídica. Dispone el artículo 344 CPP que “El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la posible modificación esencial de la calificación jurídica”. Puede ser que el tribunal observe, a medida que se va desarrollando la prueba en el juicio, que los hechos que son objeto del mismo pudieran, o más bien debieran, ser calificados de modo distinto al que hasta entonces lo han sido por las partes.

En esta tesitura, si el criterio judicial es el de que podría ser más adecuada una calificación jurídica que, ya sea por comportar la apreciación de un delito menos grave, una participación delictiva de menor entidad o, en fin, alguna circunstancia modificativa que tenga la virtualidad de aminorar el castigo, o incluso eliminarlo, no se plantean excesivos problemas. El órgano responsable del enjuiciamiento y fallo siempre podrá, ante una determinada acusación, dictar una sentencia absolutoria, o que imponga una pena menor de la solicitada, sin por ello vulnerar el principio de congruencia.

Puede suceder que el tribunal entienda que podría ser más atinada una calificación jurídica de la parte acusadora cuya asunción habría de dar lugar a la imposición de una pena más grave, o al castigo por la comisión de un delito distinto al que es objeto de la acusación. Hacerlo así en la sentencia, sin dar antes a las partes posibilidad de exteriorizar su opinión, supondría una violación del principio acusatorio si recae la

condena por un delito que no fue en su día objeto de la imputación, así como del de congruencia, al decidirse en la sentencia sobre algo que, al no ser objeto de las calificaciones de las partes, no debió ser examinado por el tribunal; en suma, se daría una discrepancia entre lo solicitado y lo concedido.

Tampoco el principio de contradicción saldría bien parado, puesto que se impondría una condena sin que el imputado, la defensa, pudiera enfrentarse a la tesis jurídica que la sustenta.

Se lesionaría también el fundamental derecho del imputado a ser informado de la acusación, pues se decidiría por el tribunal sobre una hipótesis punitiva que, al no estar contemplada en las calificaciones de las partes, no habría llegado a conocimiento del acusado.

Pese a todo, no puede pasarse por alto que es obligación del tribunal dictar su sentencia tras valorar la prueba practicada sobre los hechos objeto de enjuiciamiento, y desempeñar dicha labor enjuiciadora con la mayor corrección jurídica posible. La armonización entre este objetivo, cuando la calificación de las partes no coincide con el criterio judicial, y los principios mencionados de congruencia, contradicción, acusatorio e información de la acusación pretende lograrse mediante la previsión legal del artículo que se comenta: si entiende el tribunal que sería más correcta desde el punto de vista técnico jurídico una calificación jurídica distinta a la planteada hasta el momento, su presidente debe advertir a las partes sobre dicha posibilidad.

1329

Entiendo que dicha advertencia debe tener un contenido determinado. No es suficiente que se haga saber que podría ser adecuada una calificación diferente y por lo tanto conveniente la modificación de la misma. Debe el presidente informar acerca del alcance de dicha modificación, exponiendo la que en opinión del tribunal sería la correcta, para que las partes puedan valorar la conveniencia de hacer suya la sugerencia.

Dice el artículo 344 que la advertencia es “a las partes”, sin limitarla a la acusación, por lo que también la defensa puede ser su destinataria. No obstante, la advertencia o planteamiento del tribunal tiene mayor importancia cuando se refiere a la acusación y es en sentido agravatorio de la calificación y, por ende, puede dar lugar a la imposición de una mayor pena que la inicialmente solicitada o, quizás, a la condena por un delito que no ha sido objeto de la acusación. No existen obstáculos insalvables para que en la sentencia se imponga un menor castigo del pedido, pero son importantes los que se alzan cuando se plantea la hipótesis contraria. Por tal motivo, ha de ser la acusación la principal destinataria de la sugerencia del tribunal, en la medida en que puede asumirla.

Téngase en cuenta, por último, que la advertencia expresa se hace necesaria cuando la modificación posible de la calificación jurídica sea de naturaleza esencial. Deberá por ello entenderse, en la línea de lo que expresamente se dice en el artículo

343 CPP acerca de la ampliación de la acusación, que la corrección de simples errores materiales, o la inclusión de circunstancias que no supongan una modificación de importancia de la calificación, no se consideran tal modificación ni, por lo tanto, hacen necesaria la advertencia del presidente del tribunal, ni tampoco permite la suspensión que el artículo 344 CPP prevé.

B) Garantías

Una vez hecha la advertencia, pueden las partes solicitar la suspensión del juicio, a fin de reflexionar sobre la conveniencia de asumir la tesis del tribunal. El tiempo de suspensión no podrá exceder de diez días, por aplicación de la regla general del artículo 334 CPP.

La posibilidad de suspensión es una previsión respetuosa con el derecho de defensa, pues la misma permite a las partes documentarse y preparar adecuadamente la discusión de la nueva perspectiva propuesta por el tribunal.

Si la parte destinataria de la advertencia hace suya la sugerencia judicial no se plantea ningún problema, puesto que será la nueva calificación la que habrá de tenerse en cuenta.

1330

La cuestión puede aparecer como más problemática cuando por las partes, fundamentalmente la acusación si se trata de una agravación o de la posibilidad de condenar por delito distinto, no se acepta la tesis que ha planteado el presidente del tribunal.

Pueden como posibles dos soluciones:

1ª. Considerar que el principio acusatorio y de congruencia queda colmado con el ofrecimiento de la modificación por el tribunal que, sea o no aceptada la sugerencia, puede dictar sentencia con arreglo a su tesis.

2ª. Entender que sólo la aceptación por la parte acusadora faculta al tribunal para dictar sentencia con arreglo a dicha tesis, mientras que los citados principios acusatorio y de congruencia, en relación con el de imparcialidad del órgano juzgador impiden una sentencia que, al cabo, no será coherente con los términos de las calificaciones de las partes.

Es forzoso reconocer que en el Derecho procesal penal moderno, en la medida en que el proceso se considera el medio a través del cual se articulan y hacen efectivas las garantías de las partes, a la vez que se controla la corrección del comportamiento en este ámbito del tribunal, gana fuerza la segunda de las posiciones expuestas.

La perspectiva que se viene proyectando sobre la posibilidad legalmente prevista de que el tribunal se aparte de las calificaciones de las partes ha experimentado algunas modificaciones, como consecuencia de la armonización de dicha posibilidad legal con los principios acusatorio y de proscripción de la indefensión, en relación con la concepción del tribunal como juzgador totalmente imparcial, que por el equilibrio de su posición no puede favorecer la posición de ninguna de las partes que se enfrentan en el seno del proceso penal.

En este sentido, se dice que no es suficiente el tribunal advierta a las partes sobre la posible modificación de la calificación jurídica, ni siquiera el sometimiento a debate contradictorio de dicha posibilidad sino que, en caso de ser perjudicial para el imputado, el planteamiento del tribunal tiene que ser admitido por alguna de las partes acusadoras, ya que de lo contrario se convertiría al tribunal en parte acusadora y, por lo tanto, perdería su necesaria imparcialidad (así lo viene sosteniendo el Tribunal Supremo de España en sentencias de 7 de marzo y 1 de abril de 1991 y 25 de enero de 1993, entre otras). Como la imparcialidad del tribunal supone que quien acusa no puede juzgar, “si el fiscal u otra parte acusadora no es receptiva a la invitación del tribunal juzgador de construir una calificación más agravada respecto de la que por propia iniciativa mantiene, sería el juzgador quien sostendría la acusación más grave, lo que no es constitucionalmente correcto” (STSE de 23 de mayo de 1990).

1331

El derecho positivo salvadoreño opta por la primera de las soluciones apuntadas. El segundo párrafo del artículo 359 CPP dice que “En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas. El imputado no podrá ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, su ampliación o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprenderá también a los preceptos que se refieren sólo a la pena, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada”.

En definitiva, el único requisito para que el tribunal exprese en la sentencia su criterio jurídico y punitivo, aunque no coincida con el de la acusación ni, por supuesto, con el de la defensa, si es más grave que el de aquella parte, es que haya realizado de oficio la advertencia a que se refiere el artículo 344 CPP. Si lo ha hecho, no será necesario que el contenido de dicha advertencia sea asumido por la acusación. Se habrá cumplido con la exigencia de haber advertido al imputado sobre la posible modificación y, a partir de dicho momento, cumplimentado este requisito, podrá el tribunal dictar la sentencia con arreglo a su propio criterio, aunque conduzca a consecuencias punitivas más graves que las seguidas de los términos en que se formuló la acusación.

De todos modos, es previsible que la tan necesaria como previsible evolución jurídica del sistema procesal penal salvadoreño en el sentido de incrementar las garantías

del imputado conduzca a que, por vía legislativa o jurisprudencial, se llegue a la conclusión de que el tribunal que juzga puede plantear a las partes su iniciativa orientada a la modificación de la calificación. Pero que, en el caso de que la alteración que sugiere tiende al empeoramiento de la situación del imputado, sólo puede llevar la misma a la sentencia en el caso de que la parte acusadora -o alguna de ellas, si son varias- haga suya la tesis del tribunal.

Mientras llegue ese momento, es necesario insistir en que la facultad contenida en el artículo 344 CPP tiene naturaleza excepcional y por lo tanto debe hacerse uso de la misma con moderación y sólo en casos especiales, en los que el tribunal considere que el mantenimiento inalterable de las calificaciones podría originar una injusticia, o dar lugar a una grave equivocación jurídica.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

1332 Es usual que los hechos acusados no estén correctamente calificados, eso motiva a que el tribunal advierta la posible modificación de la calificación jurídica, lo que permite que las partes en sus exposiciones orienten sus intervenciones a la calificación advertida, que siempre deberá estar fundada en los hechos objeto de juicio, ya que estos constituyen el contenido esencial e inalterable del debate. No es posible al tribunal advertir una modificación esencial de la calificación jurídica sobre la base que lo que se le ha probado es discordante con los hechos acusados. La enorme repercusión jurídica que tienen los hechos, sean estos fenómenos naturales o actos del hombre, se plasman en un pronunciamiento de origen romano que dice “*minima mutatio facti, mutac tutum jus*”, una mínima mutación del hecho puede cambiar totalmente el derecho (*Amparo, 08-10-01*).

345

RECEPCIÓN DE PRUEBA

Después de la declaración del imputado, el presidente del tribunal recibirá la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 336 (dirección de la audiencia), 346 (prueba pericial), 347 y 348 (prueba testifical), 349 (interrogatorio de menores), 351 (otros medios de prueba) y 352 (prueba para mejor prever)

II. COMENTARIO

La dirección de la audiencia la ejerce el presidente del tribunal, por lo que a él corresponde ordenar las lecturas necesarias, hacer las advertencias legales, recibir los juramentos y declaraciones y moderar la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la amplitud de la defensa (art. 336 CPP). Si una de las partes impugna la decisión del presidente, resolverá, tras una breve deliberación, el tribunal en pleno.

Una de las manifestaciones de esa facultad de dirigir el desarrollo de a vista pública es la de alterar el orden de producción de la prueba, decisión que debe adoptarse, de oficio o a instancia de parte, cuando haya razones para ello, debiendo fundamentarse verbalmente las mismas, con expresión somera del incidente en el acta del juicio. Si no se da este supuesto extraordinario de la alteración en el orden de práctica de la prueba, se procederá a recibirla, después de haber tomado declaración al imputado, por el orden establecido en los artículos 346 y ss. del Código.

La recepción o práctica de la prueba durante la vista pública se regula, en concreto, en los arts. 346 a 352 CPP, así como en otros preceptos referidos específicamente a la prueba testifical y pericial (arts. 185 a 194 y 195 a 210), reconstrucción (art. 170), reconocimientos (art. 215) y careos (art. 218), resultando conveniente hacer una breve síntesis del desarrollo de la recepción de la prueba en el juicio oral.

1333

Se empezará con la *prueba pericial*, identificando al perito y tomándole el oportuno juramento o promesa de decir verdad. A continuación el presidente ordenará la lectura de las conclusiones de su dictamen. Acto seguido podrá ser interrogado por las partes y los miembros del tribunal, en ese orden, comenzando por quienes ofrecieron la prueba. El tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos de la audiencia. También podrán ser citados nuevamente cuando sus dictámenes resulten poco claros o insuficientes y, si es posible, el tribunal ordenará que se realicen las operaciones periciales en la audiencia (art. 346 CPP). Por lo demás, resulta básicamente de aplicación al interrogatorio de los peritos lo establecido para el interrogatorio de los testigos, según se infiere de la denominación o título que precede al art. 348 del Código y de la mayor parte de su contenido.

Luego se practicará la *prueba testifical*, previa identificación y juramentos o promesa de los testigos, que serán llamados separadamente, comenzando por los que haya ofrecido la Fiscalía General de la República, continuando por los propuestos por el querellante y concluyendo con los de la defensa, aunque el orden puede alterarse, como se dijo, si resulta conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos (art. 345 CPP). Si el testigo es un menor de edad, el interrogatorio lo hará personalmente el

presidente en base a las preguntas que presenten las partes. Si no conoce bien el español o es sordomudo, se le nombrará un intérprete.

La *prueba documental*, con la lectura y exhibición de los documentos e indicación de su origen, vendrá a continuación, siendo rechazable la posible práctica de no leer los documentos, al menos en su parte esencial, dándolos por reproducidos.

La prueba de *reconocimiento de objetos y de piezas de convicción* (art. 215) se practicará con posterioridad a la documental, debiendo encontrarse aquellos materialmente presentes en la sala de vistas para que sean reconocidos y examinados por las partes, así como por los peritos y testigos, en su caso, y ser interrogados al respecto.

1334 Las *pruebas audiovisuales*, mencionadas pero no reguladas por el Código, así como la *prueba informática*, que ni tan siquiera se menciona, son legalmente posibles, por el principio de libertad de prueba que establece el art. 162, inc. 2º. del Código. Se regirán, en lo que sea de aplicación, por las normas relativas a la prueba documental, dado que un concepto lógico de documento debe incluir aquellos en soportes distintos al papel y con contenidos diferentes a la escritura convencional, siempre que, previa su descodificación, sean comprensibles los datos que contienen. Las cintas audiovisuales e informáticas deberán ser reproducidas en la audiencia, total o parcialmente, según petición de alguna de las partes, y pueden someterse a una prueba pericial sobre su autenticidad.

Las pruebas de *reconstrucción y de careo*, por último, pueden realizarse, aunque no sea excesivamente apropiado, durante la vista oral, según dispone el art. 361, último inciso, del Código Procesal Penal, remitiéndonos para un mejor desarrollo de la cuestión a los comentarios de los artículos del Código dedicados al análisis de esos específicos medios de prueba (arts. 170 y 218).

Por último, para el análisis detallado de los actos de prueba anteriormente mencionados, remitimos al lector a los correspondientes comentarios de todos y cada uno de los artículos citados.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

La recepción de la prueba constituye durante el juicio el mecanismo que permite al Estado redefinir el conflicto objeto del debate, constituyéndose en la actividad que lleva la mayor atención de todos los intervinientes. De ahí que debe organizarse adecuadamente para evitar un desgaste innecesario a todos ellos. Es aconsejable que previo al inicio del juicio se conozca cual será el orden en que se recibirá la prueba; qué testigos o peritos se consideran esenciales, tanto para sustentar la acusación como la defensa; en cuáles dictámenes será necesaria la presencia de los peritos y en cuáles

se puede prescindir de la comparecencia del perito. Esto último es de gran importancia, porque en repetidas oportunidades se hace comparecer a los médicos forenses o cualquier otro profesional por días enteros para al final del juicio determinar que no era necesaria su comparecencia, cuando las partes han considerado que en sus dictámenes no hay controversia, mientras esto se pudo prever desde el inicio del proceso.

La prueba documental es la que en múltiples oportunidades ocupa mucho tiempo del tribunal, a pesar que cuando se le da lectura el nivel de atención de todos los intervinientes del juicio es mínimo. Esto es así porque las partes ya conocen su contenido, mientras que el tribunal al momento de su deliberación procederá a verificar la información contenida en los documentos. Por ello es aconsejable que las partes determinen qué contenidos específicos de los referidos documentos son de su interés y con ello el juicio será mucho más ágil. Esto no significa que se está proponiendo obviar el análisis de los documentos, sino que se propone el darle mayor practicidad al juicio, pues resulta que durante la instrucción en múltiples oportunidades se admiten como prueba documental expedientes completos de casos relacionados, cuando a lo mejor el interés de las partes procesales sea sobre un aspecto puntual de éste.

346

1335

DICTAMEN PERICIAL

El Presidente ordenará la lectura de las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos, quienes responderán a las preguntas que les formulen las partes y los miembros del tribunal, en ese orden y comenzando por quienes ofrecieron la prueba. El tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos de la audiencia.

También podrán ser citados nuevamente los peritos cuando sus dictámenes resulten poco claros o insuficientes y, si es posible, el tribunal ordenará que se realicen las operaciones periciales en la audiencia. (5)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 a 81 (impedimentos, excusa y recusación); 162, inciso 2º., y 171 (habilitación general); 168 y 169 (inspección del cadáver y autopsia); 195 a 210 (peritos); 238, 239, 241.3, 247, 270, 271 y 330 (prueba pericial anticipada); 314, 316 y 320.10 (ofrecimiento, admisión o inadmisión); 330, 345, 346 y 348 (la pericia en el plenario), 330.3 y 350 (incomparecencia del perito) y 352 (prueba para mejor proveer)

II. COMENTARIO

La prueba pericial suele tener materialización bifásica: fase de observación o inspección del hecho objeto de la pericia y de elaboración del dictamen durante la instrucción, y fase de ratificación del perito en su informe durante la vista pública con sometimiento a las reglas del contradictorio mediante el interrogatorio de las partes y del propio juez o tribunal.

El desarrollo del interrogatorio de los peritos durante el juicio oral se contempla en el art. 348 CPP, precepto que debemos adaptar a la declaración del perito, y que se sintetizamos para describir mejor la recepción de la prueba pericial en el plenario: a) El presidente del tribunal preguntará al perito cuáles son sus generales; b) Después concederá la palabra a la parte que lo presentó, para que formule su primer interrogatorio; si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar, le concederá la palabra al efecto. La parte que lo sometió al *primer interrogatorio*, podrá interrogarlo nuevamente, después del *contrainterrogatorio*; así como también, la parte contraria podrá someterlo a *nuevo contrainterrogatorio*, a continuación del precedente, si bien los contrainterrogatorios deberán limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediatamente anterior, y c) Por último, el presidente y los otros miembros del tribunal podrán interrogar al perito para que les aclare cuestiones dudosas u oscuras, pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone.

1336

El presidente del tribunal moderará el examen del perito y evitará que conteste a preguntas capciosas o impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. Las respuestas de los peritos deberán ser directas y concretas a las preguntas que se les formulen, pudiendo ser autorizando el perito para que consulte documentos, notas escritas o publicaciones, sin que por este solo hecho tales documentos puedan incorporarse como prueba a la vista pública. Las partes podrán interponer revocatoria de las decisiones del presidente del tribunal que limiten sus interrogatorios y objetar las preguntas que se formulen en los mismos, facultades cuyo ejercicio podría ser muy importante en caso de interposición de un recurso de casación contra la sentencia.

Los criterios para la valoración de la prueba pericial son idénticos a los que rigen para el resto de los medios de prueba en el proceso penal, por lo que el dictamen pericial se apreciará por el juez de manera integral con las demás pruebas y conforme a las reglas de la sana crítica y de la presunción de inocencia, cuya exacta significación hemos referido reiteradamente en otros lugares de la presente obra.

La sentencia 10.2.1994 (Sala 1ª.) del Tribunal Supremo español manifiesta que la misión del perito “es únicamente asesorar al Juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún caso se le pueda negar al juez las facultades

de valoración del informe que recibe, (...); de modo que el juez puede prescindir totalmente del dictamen pericial, puede, si dictaminan varios, aceptar el resultado de alguno y desechar el de los demás peritos (...); y puede, por último, el juez sustituir al perito cuando se considere suficientemente informado por sí, según su preparación para conocer y apreciar el objeto de la cuestión litigiosa ...”.

En la práctica, si no existen motivos de duda sobre la capacidad profesional e imparcialidad del perito, su dictamen suele tener carácter condicionante para el juez. Resulta, en este sentido, evidente que la fiabilidad científica de peritaciones como las referidas a las huellas dactilares o análisis de ADN se imponen con tal fuerza lógica al proceso de convicción del juez o tribunal que, salvo elemento probatorios de relevancia en contrario, condicionan la decisión judicial.

Por eso es tan importante que, para la correcta apreciación de la prueba pericial, se indague acerca de tres cuestiones fundamentales: la *primera*, sobre la idoneidad o cualificación del perito para hacer el dictamen que se le requiere, a cuyo efecto puede ser necesario interrogar al mismo, aunque sea brevemente, sobre los estudios realizados, títulos obtenidos y experiencia profesional habida; la *segunda*, sobre su imparcialidad, que estará en función de que se den o no los motivos de impedimento establecidos para los jueces en el art. 73 CPP; y la *tercera*, sobre el cumplimiento, cuando proceda, de las garantías tendentes a asegurar la denominada cadena de custodia, es decir, que lo que se encontró en la escena del crimen coincide con lo que fue objeto de la prueba pericial.

1337

Dice el precepto que el tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos de la audiencia. Dicha presencia, con anterioridad a la declaración del perito, puede ser importante para matizar su criterio. Después de evacuada la misma, la obligada permanencia en la sala tiende a evitar que se comunique con otros peritos o testigos.

Si el dictamen pericial resulta poco claro o convincente, puede el tribunal obligar a una nueva comparecencia del perito para que aclare determinadas dudas. Se ofrece con ello al perito la posibilidad de hacer incluso un dictamen complementario del que hizo en la instrucción.

Por último, cuando sea posible, puede ordenar el tribunal que se realicen operaciones periciales durante la audiencia.

347

TESTIGOS

Seguidamente, el presidente del tribunal llamará a los testigos, separadamente, comenzando por los que haya ofrecido la Fiscalía General de la República, continuando por los propuestos por el querellante y concluyendo con los del imputado. El presidente del tribunal, podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 (juicio previo), 12 (presunción de inocencia y derecho de defensa), 15 (legalidad del proceso), 172 (órgano jurisdiccional), 191 No. 3 (dirección de la investigación del delito) y 4 (monopolio de la acción penal)
- CPP, 15 (legalidad de la prueba), 162 (legalidad, extensión, pertinencia y valoración de la prueba), 185 a 194 (testigos), 314 No. 5 (ofrecimiento de prueba en la acusación fiscal), 316 No. 13, (ofrecimiento de prueba después de intimación), 317 (ofrecimiento de prueba testifical), 320 No. 10 (admisión de prueba), 325 (inmediación), 327 (publicidad de la vista y reserva), 347 (testigos), 348 (interrogatorio de testigos y peritos), 349 (interrogatorio de menores)
- PIDCP, 14.3 letra e (derecho a obtener la comparecencia de testigos de descargo y a que sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo)
- CADH, 8.2 letra f (derecho a obtener la comparecencia de testigos y peritos)

II. COMENTARIO

La prueba testifical se regula, además de en los arts. 347 a 350 CPP, en los arts. 189 a 194 CPP, a cuyos comentarios nos remitimos. En particular es importante tener en cuenta la descripción del procedimiento de recepción del testimonio que efectúa JOSÉ MARÍA CASADO en el comentario al art. 191 CPP, así como el comentario al art. 348.

Ciertamente, la vista pública lleva un orden de desarrollo, dentro del que destaca la producción de prueba. El Código Procesal Penal establece un orden de producción de esa prueba, así como de los actos del desarrollo de la vista en general. Respecto a los testigos, la ley prescribe que han de recibirse luego de la prueba pericial, pero ese orden puede alterarse, ya por necesidades motivadas por razones ajenas al tribunal (incomparecencia o atraso de peritos), sea por razones estratégicas de las partes, especialmente de la parte acusadora, que puede preferir que intervengan los testigos

para acreditar los hechos y luego aportar la prueba pericial con los dictámenes científicos y técnicos de los hechos que fueron acreditados anteriormente. Es decir, el orden de producción de prueba que prescribe el Código es flexible, por lo que el presidente o el juez que preside la audiencia, pueden alterarlo por las razones expuestas, entre otras.

En cuando al desarrollo de la producción de prueba testimonial, es necesario que primero se acredite la prueba de cargo, es decir, la prueba testifical propuesta por la parte acusadora, tanto por el fiscal como por el querellante. Es preferible que ésta se produzca en el orden que solicita la parte acusadora (fiscal o querellante), a efecto de que las partes puedan acreditar los hechos conforme a las estrategias planeadas, entre las que destacan el método cronológico y el de primacía, impacto y novedad (BERGMAN, PAUL, La defensa en juicio, p.67 y ss.).

Posteriormente a la prueba de cargo, se ha de continuar con la prueba de descargo, pues no tendría sentido que se iniciara la de descargo primero, si los hechos con los que se fundamenta la acusación aún no se han acreditado y no hay en ese momento nada que desacreditar o descargar.

De igual forma, sostenemos la idea que las partes pueden disponer libremente de la prueba que ellos quieran aportar y hacer producir; así, el fiscal y el querellante pueden prescindir de la prueba de cargo que ellos propusieron en su momento, ya sea por impertinencia, irrelevancia o superabundancia. Lo mismo puede hacer la defensa con la prueba de descargo.

1339

Por último, señala el precepto que los testigos serán llamados *separadamente*, para lo que han de ser ubicados en sitios separados y lejos de la sala de audiencia donde se efectúa la vista pública, con el fin de que no tengan contacto con los elementos de prueba que los otros testigos o peritos están aportando, y ello no influya en su futura declaración.

348

INTERROGATORIO DE TESTIGOS Y PERITOS

El presidente del tribunal, después de preguntar al testigo cuáles son sus generales, le concederá la palabra a la parte que lo presentó, para que formule su primer interrogatorio; si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá la palabra al efecto. La parte que lo sometió al primer interrogatorio, podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio; así como también, la parte contraria podrá someterlo a un nuevo contrainterrogatorio, a continuación del precedente. Estas dos últimas intervenciones, deberán limitarse a

preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediatamente anterior.

El presidente del tribunal, moderará el examen del testigo y evitará que conteste a preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas; sin embargo, el presidente del tribunal podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo, cuando el testigo sea hostil, cuando se interroge a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor, esté renuente a deponer libremente.

Las respuestas de los testigos deberán ser directas y concretas a las preguntas que se les formulen.

El presidente del tribunal podrá autorizar al perito o testigo que consulte documentos, notas escritas o publicaciones, cuando por la naturaleza de la pregunta tal consulta fuere necesaria, sin que por este solo hecho, tales documentos puedan incorporarse como prueba a la vista pública.

1340 Las partes podrán interponer revocatoria de las decisiones del presidente del tribunal que limiten sus interrogatorios y objetar las preguntas que se formulen en los mismos.

El presidente y los otros miembros del tribunal, podrán interrogar al perito o testigo, pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone. (2)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 152 y 324, inciso 3º. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2º. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 190, 270, 271 y 330 (prueba testifical anticipada); 336 (dirección de la audiencia e impugnaciones), 342 (facultad del imputado), 347 a 350 y 352 (prueba testifical en el plenario); 421, inciso 2º (requisito de admisión de recurso de casación)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno)
- CADH, 8.2.f)
- PIDCP, 14.2.e)

II. COMENTARIO

Dentro de la fase de recepción de la prueba, destaca sobremanera la relativa a las declaraciones testificales y periciales. La prueba de testigos, en concreto, tiene una importancia capital en el proceso penal salvadoreño. Lo ideal sería una preeminencia de la prueba científica; sin embargo, por razones que no son del caso, es lo cierto que la prueba testifical sigue siendo la más relevante del proceso para acreditar los hechos, con todos los problemas de valoración que ello implica.

De la forma de su recepción en el plenario trata el art. 348, cuyo comentario requiere hacer referencia a las siguientes cuestiones: A) Advertencias legales, juramento o promesa e interrogatorio de identificación. B) Interrogatorio sobre los hechos, que incluye el análisis de diversos interrogatorios en función de los sujetos procesales que los realizan: primer interrogatorio, primer contrainterrogatorio, segundo interrogatorio, segundo contrainterrogatorio, interrogatorio por los miembros del tribunal de sentencia, por los jurados y por el propio imputado. C) Forma del interrogatorio -tipos de preguntas y respuestas, poder moderador y contralor del presidente del tribunal-. D) Formulación de objeciones y recursos. E) Referencia al interrogatorio de peritos y F) Valoración y apreciación de la prueba testifical.

A) Advertencias legales, juramento o promesa e interrogatorio de identificación 1341

Antes de comenzar la declaración, establece el art. 171, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto se les leerá los artículos pertinentes del Código Penal y prestarán juramento o promesa, bajo pena de nulidad, excepto los menores de doce años de edad (arts. 121 y 191 CPP).

Luego se procederá a interrogar separadamente a cada testigo conforme a lo establecido en este Código, lo que implica que permanezcan fuera de la sala de audiencia los testigos y peritos que aún no han realizado su declaración. Una vez hayan declarado, deben permanecer en la sala mientras lo hacen los otros, salvo que las partes y el tribunal permitan unánimemente que abandonen la audiencia.

El interrogatorio comenzará, tras las oportunas advertencias legales, requiriendo del testigo o perito su nombre, apellidos, edad, estado familiar, documento de identidad, nombre del cónyuge, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio y vínculos de parentesco o de interés con las partes.

El interrogatorio de identificación consiste precisamente en la formulación de las anteriores preguntas, que, según establece el art. 348, las realizará el *presidente del tribunal*.

Se han suprimido, con la reforma al art. 348 CPP, la posibilidad de que el presidente del tribunal interrogue al testigo sobre circunstancias generales para valorar su testimonio, así como la facultad del testigo de efectuar inicialmente un relato sobre los hechos objeto de la prueba. Al respecto, el art. 348, en su versión original, se iniciaba con la siguiente manifestación: “El presidente del tribunal, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las *circunstancias generales para valorar su testimonio, le concederá la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba*”. Tras la reforma del citado precepto, operada por DL 418/1998, de 24 de septiembre, se ha suprimido precisamente la parte señalada en cursiva, estableciéndose al comienzo del art. 348 que “el presidente del tribunal, después de preguntar al testigo cuáles son sus generales, le concederá la palabra a la parte que lo presentó, para que formule su primer interrogatorio...”.

1342

La supresión de la facultad del presidente de hacer preguntas para determinar la veracidad del testimonio obedece a la salvaguarda del deber de imparcialidad, evitando así el despojamiento, a las partes, de sus facultades de proponer y practicar la prueba en el juicio oral. En efecto, de permitirse un amplio interrogatorio judicial para determinar la credibilidad del testigo, se vería lesionada la imparcialidad del juzgador, que, como se ha dicho, no es titular de pretensión procesal alguna, sino un mero árbitro del proceso, en el que la actividad de producir pruebas y de contradecir las producidas le compete casi en exclusividad a las partes. De ahí que fuera necesario delimitar la actividad del juez en el interrogatorio del testigo o perito, habiendo quedado reducida la misma simplemente a verificar los datos generales sobre la identidad de aquellos.

Por otra parte, el relato espontáneo del testigo tenía el defecto de ser, por un lado, *incompleto*, y por otro, *irregular*, porque el declarante por lo general carece de orden y de coherencia en su explicación; además, suele ofrecer *demasiado material impertinente*, irrelevante e inútil. Sólo un pequeño porcentaje de testimonios espontáneos expresan todo lo que interesa y nada más que lo que interesa.

La *creencia en el valor del diálogo*, propio del *principio democrático* consagrado en la Constitución, se proyecta sobre el juicio penal, y en especial sobre la actividad probatoria, que tiene una naturaleza controversial, lo que implica un combate de posiciones, una confrontación de teorías sobre la realidad, ya que el proceso es *inter partes*, contradictorio, dialéctico; por lo que es preferible, para efectos de la estrategia del caso planteado por las partes, que la información que fluye del testigo o perito no sea espontánea, desordenada, impertinente, sino que es preferible que esa información surja en forma ordenada, y conforme a los hechos y circunstancias que la parte quiere establecer conforme a su estrategia. Tales estrategias se ven enormemente afectadas, si se permite el relato espontáneo del testigo o perito.

B) Interrogatorio sobre los hechos**a) *Tipos de interrogatorio según el sujeto procesal que lo realiza***

El art. 348 establece el llamado sistema adversativo en el interrogatorio del testigo y del perito, permitiendo, con carácter residual, una cierta intervención al respecto del juez o tribunal.

Ya se ha aclarado que se ha suprimido la técnica del relato libre de hechos por el testigo o perito, optándose porque la información que aporten sea producto del interrogatorio realizado tanto por la parte que lo ofreció, como por la contraparte.

El interrogatorio realizado por las partes comprende un *primer interrogatorio*, que lleva a cabo la parte que ofreció o presentó la prueba; un *primer contrainterrogatorio*, que le corresponde realizar a la parte contraria a quien ofreció la prueba; un *segundo interrogatorio*, que realiza la parte que hizo el primer interrogatorio a fin de rehabilitar la credibilidad del declarante, como persona o respecto a sus manifestaciones, que pudiesen verse afectadas por el contrainterrogatorio, y un *segundo contrainterrogatorio*, que puede realizar nuevamente la contraparte, luego del segundo interrogatorio, con el fin de contradecir en lo que no se le sea favorable las manifestaciones del declarante durante el segundo interrogatorio. En estas dos últimas intervenciones, deben limitarse las partes a preguntar sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediatamente anterior; es decir, no pueden interrogar sobre nuevo material fáctico, pretendiendo introducir aspectos que omitieron en el primer interrogatorio o contrainterrogatorio.

1343**b) *El primer interrogatorio***

Consiste en una serie de preguntas con el propósito de obtener respuestas del testigo o perito y acreditar determinados hechos que el examinador pretende establecer. Es la principal oportunidad para introducir los elementos de prueba que se pretenden aportar a través de este medio de prueba testifical.

Este tipo de interrogatorio es conocido en la doctrina como interrogatorio directo, y tiene como *propósitos*: (1) Probar las alegaciones que se han hecho en los escritos de acusación y defensa y en los alegatos verbales e iniciales de los acusadores y del defensor; en este sentido, las respuestas del testigo o perito podrán sustentar dichas alegaciones; y (2) Convencer al juzgador sobre la veracidad de las alegaciones, facilitando que el juzgador perciba la historia como real, viva, persuasiva y, en definitiva, creíble.

Dentro de la estrategia de presentación de la prueba y de los elementos de prueba que suministre el testigo, existen al menos dos formas: (1) La forma *cronológica*, que

pretende recrear los hechos conforme al orden de cómo sucedieron en el tiempo; y (2) La forma que resalta la *primacía* y *novedad* de los hechos presenciados por el testigo, que parte del criterio de experiencia de que la gente recuerda mejor lo primero y lo último que perciben sus sentidos, por lo que el interrogador seleccionará los datos que más impresionen e impacten al juzgador y que quiere que recuerden más al momento de decidir el caso (Bergman, Paul, La defensa en juicio, p.67 y ss.).

c) *El primer contrainterrogatorio*

El primer contrainterrogatorio es el interrogatorio de un testigo por la parte que no hizo el interrogatorio directo, es decir, por la contraparte que no propuso al testigo y cuya declaración es previsible que le perjudique. Se ha dicho, que el contrainterrogatorio es el mecanismo legal más grandioso para el descubrimiento de la verdad, presentándose como una '*lucha entre el abogado y el testigo*', en una suerte de '*juego de presión*'. Hay que recordar que el art. 348 CPP señala que el presidente del tribunal debe procurar que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. A *contrario sensu*, hay ciertas presiones al testigo que se consideran *permitidas* durante el contrainterrogatorio.

1344 La técnica del interrogatorio en sus diversas fases es conocida como el "*cross interrogation*" o interrogatorio cruzado, porque la parte que no propuso al testigo o perito tiene la posibilidad de contrainterrogarlo con una técnica que en los buenos abogados y fiscales adquiere caracteres de verdadero arte. Se dice, así, que en el contrainterrogatorio, quien declara es el abogado, pues es quien conduce el interrogatorio hacia los hechos que él quiere destacar para desvirtuar la declaración previa del testigo o perito.

Los parámetros del contrainterrogatorio son: 1º) Debe limitarse al *objeto* tratado durante el primer interrogatorio, y 2º) Centrarse en cuestiones que afecten la *credibilidad* del testigo o perito.

La aplicación del contrainterrogatorio va a depender de la naturaleza de la prueba, la duración del proceso, etc.; y debe *planificarse*, es decir, determinar si se realiza o no el contrainterrogatorio, y para ello se aconseja que no se contrainterroga por el simple hecho de hacerlo; por el contrario, ha de evaluarse la necesidad de contrainterrogar al testigo o perito, y prepararse cuidadosamente el contenido de las preguntas. Una planificación cuidadosa y metodológica ayuda a minimizar los riesgos, pues no los puede evitar en su totalidad, y basándose en ello, el litigante debe decidir si contrainterroga o no.

Con el contrainterrogatorio pueden perseguirse objetivos *defensivos* u *ofensivos*, según la táctica que en el momento de su realización plantea la parte que lo realiza.

Serían *propósitos defensivos* los que buscan desacreditar el testimonio del testigo adverso, desacreditar al testigo atacando su parcialidad, por parentesco o afinidad con alguno de los involucrados en el hecho, o por interés en la decisión del caso en una u otra forma. Dentro de ellas puede ser el hecho que el declarante se le haya aplicado algún criterio de oportunidad para declarar en contra del imputado, punto que puede ser explotado por la contraparte para cuestionar su credibilidad. De igual forma, el carácter del testigo puede ser cuestionado o la convicción y recuerdo minucioso de detalles, e incluso las exageraciones, pueden ser empleadas para destruir su credibilidad.

Serían *propósitos ofensivos* los que van dirigidos a lograr que la declaración del testigo contribuya favorablemente al caso del examinador; sentar las bases para la admisibilidad de hechos que se pretende acreditar con otra prueba, o apoyar con las respuestas del mismo testigo de la contraparte, la argumentación final.

La declaración de un testigo perjudicial para la parte contraria se puede cuestionar de la siguiente forma: a) *Buscando las contradicciones del testigo* entre lo que declara en ese momento y declaró en ocasiones anteriores, dentro o fuera del juicio. Como es lógico, primero debe ponerse de manifiesto la declaración del testigo vertida con anterioridad, y luego contrastarla con la que acaba de formular en ese momento; b) *Poniendo de manifiesto rasgos del carácter o conducta del testigo*, con la intención de achacar falta de rigor e incluso mendacidad al mismo; y c) *Buscando datos o circunstancias personales del declarante* que sugieran su parcialidad o interés en el caso concreto de que se trate, convirtiéndole en suma en un testigo sospechoso.

1345

Por último, la doctrina procesal, al referirse a la técnica del contrainterrogatorio, distingue entre *preguntas de máxima seguridad*, *preguntas de mediana seguridad* y de *mínima seguridad*, debiendo, como hemos dicho, el interrogador evaluar cuidadosamente la necesidad o no de formular una pregunta en concreto, pues el hacerlo, a veces, puede ser contraproducente y generar en el tribunal, respecto a la credibilidad del testigo, mayor convicción de la que tenía hasta ese momento.

Las *preguntas de máxima seguridad* son aquellas con las que se puede refutar una respuesta desfavorable con una declaración precedente del testigo o con una evidencia fuerte, conociendo el interrogador de antemano qué respuesta obtendrá del testigo, sin ninguna duda (Bergman, Paul, La defensa en juicio, pp.148-157). Las *preguntas de mediana seguridad* son las que pueden provocar respuestas más o menos seguras, existiendo la posibilidad de que se genere en el juzgador un cambio de criterio respecto a su convicción sobre un determinado dato (Bergman, Paul, ídem, p.158). Finalmente, las *preguntas de mínima seguridad* son las que el interrogador no tiene ninguna certeza respecto de la respuesta del testigo, aconsejándose en estos casos prestar atención a los temas que el testigo no quiere tocar, buscar temas en los que el testigo no muestra seguridad, evitando los ataques frontales a la persona del testigo o a su testimonio (Bergman, Paul, ídem, pp.167-168).

En las llamadas *preguntas de mínima seguridad*, se aconsejan como técnicas: 1) *La exploración de detalles*: Si estamos ante un testigo sincero y sagaz, debe tratarse de explorar los detalles que ofrezca en su declaración con la esperanza que la historia resulte o parezca inverosímil, bien sea porque el testigo no puede suministrar detalles suficientes o sea porque el testigo pretende suministrar tantos detalles que la historia llega a ser irreal, al *exagerar* aquellos; 2) *Saltar, brincar y correr*. Con esta frase metafórica nos referimos a los movimientos de ida y vuelta en el interrogatorio sobre los hechos, a efecto de explorarlos intencionadamente, en forma no secuencial o cronológica, para confundir al testigo. Tal confusión puede provocar incoherencias en la declaración del testigo, así como debilitar la fuerza de convicción en la mente del juzgador, aunque éste puede considerar que los rápidos cambios temáticos obedecen a una táctica premeditada y perversa del interrogador; y 3) Con la expresión de que “*si lo que usted dice es cierto...*”, el interrogador también puede obtener algún resultado positivo comparando el relato del testigo con la experiencia común. Con ello, se pueden identificar una serie de hechos que, sobre la base de la experiencia cotidiana, la coherencia lógica o el sentido común, concordarían o no con los hechos descritos por el testigo. Si en las repreguntas un testigo no puede declarar en vista de estos hechos adicionales, el juzgador puede inferir que tal vez los hechos no sucedieron tal como los describió el testigo.

1346 Existe una serie de técnicas que examina detenidamente Bergman en relación con el trato que hay que dar a los testigos hostiles, así como la forma de protección de los testigos afines (testigos propios) a los ataques del contrainterrogatorio de la parte contraria.

d) *El segundo interrogatorio*

Mediante el segundo interrogatorio, la parte que sometió al testigo al primer interrogatorio, lo interroga de nuevo, después del contrainterrogatorio, con el fin de rehabilitar la veracidad de su testimonio afectada por el contrainterrogatorio.

El objeto del segundo interrogatorio, conocido en la doctrina como interrogatorio redirecto, pretende, pues, contrarrestar la impugnación del testimonio lograda a través del contrainterrogatorio, *rehabilitar* el dicho del testigo y su credibilidad personal, buscando prueba orientada a restarle eficacia a aquellos aspectos impugnatorios que surgieron en el examen del contrainterrogatorio.

Las respuestas del testigo en este segundo interrogatorio pueden tomar la forma de explicación o calificación de los hechos, o de aclaración de aspectos sustantivos surgidos en el contrainterrogatorio.

Se recuerda que este segundo interrogatorio, como señala la parte final de art. 348 CPP, debe limitarse a preguntar sobre materias nuevas procedentes del contrainterrogatorio inmediatamente anterior.

Como medios de rehabilitación tanto del testimonio como del testigo, tenemos:

- 1) *Corroborar el testimonio impugnado en el contrainterrogatorio mediante otros medios de prueba*, como por ejemplo la relativa a otro testimonio recibido con anterioridad;
- 2) *Refrescar la memoria del testigo mediante una nota o escrito*; así, el inciso cuarto del citado art. 348 CPP, señala “*El presidente del tribunal podrá autorizar al perito o testigo que consulte documentos, notas escritas o publicaciones, cuando por la naturaleza de la pregunta tal consulta fuere necesaria, sin que por este solo hecho, tales documentos puedan incorporarse como prueba a la vista pública.*”; Obviamente, tal consulta operará por ofrecimiento de tal documento al testigo o perito, y como se señala, debe ser autorizada por el tribunal.
- 3) *Atacar la prueba de impugnación del contrainterrogador*, poniendo de manifiesto, con las mismas técnicas, que los hechos y circunstancias establecidos en el contrainterrogatorio son también cuestionados, con lo que se recupera la credibilidad en el testigo o perito.
- 4) *Ofrecer evidencia sobre el carácter veraz del testigo impugnado*, cuando se haya impugnado la veracidad del testigo, entendida tal impugnación de veracidad, por inconsistencia del testimonio o por omisión de algún hecho o circunstancia no interrogado.

1347

Con tales medios, la parte que ofreció el testimonio puede recuperar la credibilidad en el mismo y la veracidad del testigo o perito, que fueron cuestionadas durante el primer contrainterrogatorio.

e) *El segundo contrainterrogatorio*

Finalmente, el *segundo contrainterrogatorio* permitirá a la parte que no propuso el testigo contrarrestar el resultado del segundo interrogatorio, ratificando el resultado del primer contrainterrogatorio.

Se ha de limitar únicamente a preguntar y examinar materias nuevas procedentes del segundo interrogatorio, con el objeto de sustentar una vez más la tesis que defiende el contrainterrogador.

f) *El interrogatorio por los miembros del tribunal*

El presidente del tribunal ha de controlar la actividad de las partes, especialmente en cuanto a la forma y contenido de las preguntas y respuestas, de acuerdo a lo establecido en el art. 336 CPP, a cuyo tenor “el presidente del tribunal dirigirá la audiencia, ordenará las lecturas necesarias, hará advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones y moderará la discusión, impidiendo intervenciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la amplitud de la defensa”.

El tribunal, en definitiva, en su calidad de árbitro del debate, debe limitarse a ser un observador minucioso de los medios de prueba que se están produciendo frente a él, para decidir el litigio.

Dada la imparcialidad del juzgador, su calidad de sujeto *supra partes* y sobre todo el carácter eminentemente contencioso del proceso, la búsqueda de la verdad sobre los hechos ha de fluir de la confrontación entre las partes, que son las encargadas de interrogar y contrainterrogar al testigo o perito, salvo supuestos excepcionales en los que el tribunal puede interrogar personalmente.

1348 La potestad de interrogar sobre los hechos al testigo y perito por parte de los miembros del tribunal es criticada por MAIER (Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editores del Puerto S.R.L., 2ª edición, Buenos Aires, 1996, 9.664, nota 345), porque no sólo desvirtúa la labor que cumplen las partes procesales *“sino en general, el sistema del debate entre intereses contrapuestos como camino de búsqueda de la verdad procesal”*. Además, señala que ello *“ha contribuido a borrar ciertas características de la tarea del tribunal judicial, imprescindibles para sostener la imparcialidad (falta de interés en la decisión del caso) y su arribo a la decisión con la menor cantidad de prejuicios; (...) (y) se vincula con el desprecio absoluto por el valor material de la voluntad de los protagonistas del caso”*.

El tribunal sentenciador o de jurados debe, en definitiva, asumir un rol pasivo, especialmente en el momento del interrogatorio de testigos y peritos, porque lo contrario no solo compromete su imparcialidad sino que puede afectar enormemente los logros de una de las partes durante su interrogatorio, haciendo innecesaria la actuación e intervención del otro. Por todo ello, la facultad de interrogar al testigo y perito por parte de los miembros del tribunal debe ejercitarse con suma moderación, con el fin de que, como señala textualmente el último inciso del art. 348, no queda afectada la imparcialidad del tribunal. Se aconseja, en definitiva, que las preguntas que formulen los miembros del tribunal sean únicamente para aclarar puntos confusos u oscuros, procurando que las preguntas se refieran a puntos periféricos y no medulares.

A juicio del que escribe no es aconsejable que el Juez interrogue, pues es labor de las partes convencerle sobre los hechos a partir de la información que proporcione el testigo; y porque con las preguntas, por muy imparciales que sean, puede destruir lo que una de las partes ha logrado con su interrogatorio, en detrimento de la otra, sin que ello sea su labor o su rol. Suministrar esos datos fácticos le compete a las partes con su interrogatorio. Al juez le corresponde percibirlos y valorarlos, no hacerlos producir. Si el juez tiene duda respecto de los hechos afirmados por el testigo o perito, ha de *considerar lo más favorable al imputado* (art. 5 CPP).

g) *El interrogatorio por el tribunal de jurado*

En los casos sometidos al tribunal del jurado (art. 52 CPP), se admite la posibilidad de que los jurados interroguen directamente a los testigos, peritos e imputado, o incluso solicitar aclaraciones a las partes (art. 372 inc. 2° CPP).

En lo pertinente, nos interesa únicamente la posibilidad de interrogatorio por parte de los jurados al testigo y perito, a cuyo efecto se aplican *mutatis mutandi* lo dicho para el interrogatorio por los miembros del tribunal de sentencia, porque son de aplicación al juicio por jurados las normas establecidas para el juicio común (art. 372 CPP).

En definitiva, dado que el jurado está instituido en nuestro sistema procesal como un tribunal que decide sobre los hechos, deben garantizarse en los jurados las mismas exigencias de independencia e imparcialidad que se requieren de los jueces profesionales. El jurado no es titular de pretensión alguna, tiene el deber de ser independiente en su decisión e imparcial respecto del litigio.

1349

En esta posibilidad de interrogar al testigo o perito por los jurados, considero que se ve seriamente comprometida no sólo su imagen de imparcialidad sino su propio estatuto que como juez de los hechos ostenta. Si los miembros del jurado tienen una labor activa interrogando, sus preguntas irán orientadas no únicamente a despejar las dudas respecto a los puntos que quedaron poco claros o confusos, sino que pueden tender a suplir el material probatorio que las partes omitieron producir con su interrogatorio, y por lo tanto estarían haciendo producir prueba, lo que es una actividad que le corresponde como carga a las partes y no al juez, en este caso, al jurado.

Pero aparte de eso, si alguna de las partes está siendo afectada por el interrogatorio que lleva el jurado, no tiene forma de hacer que se controle esa actividad, pues no sólo estaría objetando al juez, sino que además la parte que objeta podría perder la empatía que quiere mantener respecto del jurado, a efectos de obtener un fallo favorable a su caso por parte de él.

h) El interrogatorio por el propio imputado

El interrogatorio del testigo por el imputado es un derecho que se fundamenta en los arts. 8.2.f CADH, 14.2.e PIDCP, así como en el art. 9 CPP. Todas las mencionadas disposiciones reconocen el derecho del imputado a interrogar directamente a los testigos de cargo, aún cuando no fuere persona letrada o autorizada para ejercer la defensa.

El imputado tiene derecho a interrogar a los testigos de cargo, aunque nada diga al respecto el art. 348 CPP. No obstante, dicha facultad queda sujeta a las limitaciones que para cada clase de interrogatorio existen: No sugestividad en el primer interrogatorio (interrogatorio directo) cuando se trate de testigos ofrecidos por la defensa; no formular preguntas capciosas, no hacer preguntas impertinentes, no hacer preguntas repetitivas ni argumentativas, no hacer presiones indebidas sobre el declarante, no ofender su dignidad, etc.

1350 Si el imputado interroga, ello puede traerle consecuencias inesperadas a través de la objeción a sus preguntas y la correspondiente resolución del juez a dicha disputa probatoria. Por ello considero que aunque jurídicamente sea posible y permisible que el imputado pueda contrainterrogar a los testigos de cargo en su contra así como a los testigos ofrecidos por la defensa o de descargo, técnicamente no es recomendable, pues el dominio de las técnicas de interrogatorio requiere de un conocimiento especializado que el imputado puede no tener. Es preferible que el imputado “haga interrogar” al testigo, por medio de su abogado defensor, sobre los puntos que él quiere cuestionar en su defensa.

Por otra parte, la intervención personal del imputado puede generar discusión y temor en torno a la seguridad del testigo, pues es un derecho que no admite excepciones a nivel jurídico internacional, y si lo es a nivel del ordenamiento jurídico interno, prevalece siempre el tratado.

Constituye una excepción a lo anterior, el interrogatorio por parte del imputado a los menores de edad, por las consecuencias traumáticas que ello podría tener. Por ello, a nivel de jurisprudencia comparada, se han hecho excepciones especiales a favor del interés superior del menor, a efectos de que el interrogatorio de los menores sea conducido por el presidente del tribunal, cuando lo estime necesario, con base en las preguntas presentadas por las partes (art. 349 CPP). Asimismo, se establece la posibilidad de medidas de protección en el art. 210-D letra b) CPP, al que nos remitimos.

C) La forma del interrogatorio

a) *El papel moderador y contralor del presidente del tribunal*

El inciso segundo del art. 348 CPP prescribe: “El presidente del tribunal moderará el examen del testigo y evitará que conteste a preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas; sin embargo, el presidente del tribunal podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo, cuando el testigo sea hostil, cuando se interroge a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor, esté renuente a deponer libremente”.

De lo anterior se advierte que hay un rol dinámico por parte del juez quien preside la vista y dirige el debate, en el sentido que es un contralor del interrogatorio. Ese control no sólo es a instancia de parte a través del trámite de la objeción, sino además de oficio, pues la disposición hace expresamente énfasis en la actividad de ‘moderar’ el examen del testigo por parte de los interrogadores y en ‘evitar’ que el testigo conteste preguntas que contraríen el precepto legal.

1351

Por esa razón, el presidente del tribunal tiene un papel activo, pero no encaminado a hacer producir prueba, sino a controlar la regularidad procesal en la recepción de la prueba ofrecida y practicada por las partes.

b) *Cómo han de ser las preguntas*

En cuanto al *contenido y forma* de las preguntas durante los interrogatorios de quien propuso la prueba, se aconseja la *sencillez y brevedad en su formulación*; el uso de *preguntas abiertas*, para que el testigo narre o explique con sus propias palabras, con lo que se eleva la credibilidad del testimonio, cuyo alcance en cierto modo está limitado; el uso de *preguntas cerradas*, para probar aspectos específicos o un hecho particular, no sugiriendo la respuesta al testigo, pero sí dejando un escaso espacio para describir un hecho con sus propias palabras; las *preguntas de transición*, con las que el examinador conecta un tema o un asunto con el próximo, manteniendo o atrayendo la atención del juzgador; las *preguntas narrativas*, que invita al testigo o perito narre o describa los hechos con sus propias palabras; las *preguntas de seguimiento*, dirigidas a darle fluidez a la respuesta del testigo en su narración; y se aconseja sobre todo, mantener un *ritmo adecuado*, a fin de mantener la atención del juez y que el interrogatorio no suene monótono.

En los contrainterrogatorios se aconsejan las mismas consideraciones *metodológicas* que para los interrogatorios (brevedad, claridad, sencillez, preguntar un

solo hecho, etc.), aunque el uso de preguntas sugestivas sea, como dijimos, connatural al contrainterrogador. Se aconseja solicitar el auxilio del tribunal para que prevenga al testigo que conteste con verdad sobre los puntos que es interrogado -una forma más de presión permitida-, la naturalidad en el interrogatorio, y además, alterar el orden del examen directo -orden lógico o cronológico-, explorar los detalles como se ha expuesto anteriormente y procurar llevar al testigo o perito a exagerar sus respuestas para luego destruir su credibilidad por falta de verosimilitud.

c) *Prohibición de las preguntas impertinentes, capciosas y sugestivas*

En cualquier interrogatorio están prohibidas las *preguntas capciosas*, que son las que tratan de confundir al testigo o inducirle a una respuesta errónea, mendaz o ambigua; las *preguntas impertinentes o inútiles*, que son las que no se relacionan con el objeto de prueba; las *preguntas repetitivas*, que comprenden preguntas sobre hechos que ya se acreditaron; las *preguntas argumentativas*, en las que el examinador no hace una pregunta sino que argumenta o formula una tesis o razonamiento determinado; las *preguntas compuestas*, que contienen dos o más materias a ser contestadas por el testigo; las *preguntas especulativas*, con las que pretenden que el testigo imagine o suponga hechos que no le constan.

1352 También se prohíben por lo general las *preguntas sugestivas*, pero existen excepciones a dicha prohibición que luego examinaremos. Se entiende por preguntas sugestivas, aquellas que sugieren la respuesta. El verbo *sugerir* tiene dos acepciones principales: (1) “*hacer entrar en el ánimo una idea o cuestión*”; y (2) “*dominar la voluntad de una persona llevándola a decir o hacer lo que no quiere*”. En consecuencia, debemos entender por preguntas sugestivas aquellas que inspiran o insinúan la respuesta del declarante, las que sugieren *la respuesta deseada* mediante la formulación por el interrogador de simples afirmaciones en forma de preguntas interrogativas que llevan implícitas la respuesta del testigo. Bastará para ello, las más de las veces, formular “*una frase agregada al principio o al final de la pregunta*” (BERGMAN, PAUL, La defensa en juicio, p.194). En otros términos, se entiende por preguntas sugestivas “*aquellas que no sólo buscan una respuesta única, sino que incluyen la respuesta en la propia pregunta*” (RAMOS GONZÁLEZ, CARLOS, y VÉLEZ RODRÍGUEZ, ENRIQUE, Teoría y práctica de la litigación en Puerto Rico, Ed. Michie of Puerto Rico, San Juan, 1996, p.29); “*aquellas en que el hecho o circunstancia que se pretende conocer o esclarecer con la respuesta del testigo, se le indica mediante la pregunta, sugiriendo de este modo la respuesta que debe dar. De esta forma la misma pregunta restringe al testigo la posibilidad de respuesta*” (JAUCHEN, EDUARDO M., La prueba en materia penal, RUBINZAL-CULZONI Editores, Santa Fe, Argentina, 1996, p.128).

En el primer y segundo interrogatorio, por regla general, las preguntas sugestivas *no se permiten*, tanto por la *prohibición* legal como por los *inconvenientes técnicos* que pueden producir. Se aconseja, por tanto, respecto a la forma de elaboración de las

preguntas, para evitar sugestionar al declarante, que se inicien con pronombres o adverbios interrogativos: ¿Qué?, ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde? y ¿Por qué? No debe utilizarse un verbo que en su formulación encierre la respuesta esperada. Por ejemplo, será sugestiva la pregunta: ¿Vio usted tal cosa? Por el contrario, el interrogatorio directo debe formularse en este sentido: ¿Qué vio?, pues con ello, el interrogador no sugiere la respuesta al testigo, sino que es el interrogado quién aporta el dato objetivo o elemento de prueba al responder la pregunta, suministrando él los datos, y no el interrogador.

La inconveniencia técnica que señala BERGMAN a las preguntas sugestivas en el primer interrogatorio es que un interrogatorio hecho en el que el testigo se limita a responder que “sí” a todo, puede ser fuertemente atacado en el alegato final por el abogado de la contraparte, al recordarle al juez o jurado que lo único que el testigo aportó con sus respuestas fue “sí”, y por lo tanto, los datos objetivos susceptibles de ser valorados en el juicio (elementos de prueba) no fueron aportados por el testigo, sino por el propio abogado, por lo que no pueden ser apreciados como prueba, pues ésta exige objetividad, es decir, ajenidad a las partes y al juez.

A partir del concepto de pregunta sugestiva, que hemos visto con anterioridad, la prohibición a las mismas tiene por objeto impedir que la información de donde surgirán los elementos de convicción sea inspirada al declarante por las partes, lo que vuelve difícil llegar a la reconstrucción conceptual del hecho, pues sólo se obtendría información parcializada, coherente con la pretensión de la parte que interroga en el proceso, afectándose el principio de ‘verdad material o real’ cuando estamos en presencia de un interrogatorio destinado a obtener información primaria o novedosa, que todavía no ha sido extraída ni incorporada en el juicio.

1353

d) Excepciones a la prohibición de hacer preguntas sugestivas

El inciso segundo del artículo 348 CPP establece que el presidente del tribunal puede autorizar preguntas sugestivas en el interrogatorio directo, excepcionalmente, en los siguientes casos: (1) *testigo hostil*; (2) *testigo identificado con la parte contraria*; (3) *testigo con dificultad de expresión* por razón de la edad, limitada educación o causa semejante, (4) *testigo que por razones de pudor* esté renuente a deponer libremente. En tales casos, excepcionalmente, pueden formularse preguntas sugestivas en el interrogatorio directo.

Por lo general las personas se muestran renuentes a hacer manifestaciones contundentes y prefieren que se les pregunte con amplias aclaraciones sobre los hechos objeto de la prueba, lo que explica que se haya modificado la ley en el sentido de establecer, cuando sea necesario que el presidente del tribunal permita las preguntas sugestivas. El testigo permite por lo general que le pregunten, por ejemplo, si vio a un bus atropellar a una señora que estaba atravesando una calle, a que se le pregunten

escuetamente *qué vio en tal ocasión*, pues la pregunta sugestiva es menos comprometedora que una pregunta cuya información fluye del testigo.

La prohibición de realizar preguntas sugestivas se refiere únicamente a la *información novedosa*, que es la que se obtiene del primer y segundo interrogatorio, por lo que, incluso antes de permitirse excepcionalmente el uso de preguntas sugestivas en el interrogatorio directo, carecía de sentido que se siguiese manteniendo respecto del contrainterrogatorio. En realidad, la formulación de preguntas sugestivas es necesaria en el contrainterrogatorio por dos razones: (1) Porque el abogado de la parte contraria a la que ofreció al testigo o perito, por lo general, no gozará de su empatía o afinidad, al contrario que la parte que los propuso; y (2) Porque el interrogatorio sugestivo en el contrainterrogatorio permite que el resultado de la prueba testifical ya incorporada al proceso sea sometida a parámetros que garanticen su confiabilidad, contribuyendo así a la convicción de que esa verdad que se ha alcanzado se fortalezca o se disipe.

1354 Por otra parte, habrá que analizar la relevancia de la pregunta sugestiva para determinar su prohibición en el primer y segundo interrogatorio. Así, si el interrogador efectúa una pregunta al testigo que introduce material novedoso pero no relevante, la contraparte puede abstenerse de objetar la pregunta y el presidente del tribunal, si se objeta, puede denegar la objeción y permitir la pregunta. Por ejemplo, si el interrogador pregunta al testigo o perito: ‘¿Y usted es médico?’, y no ‘¿Cuál es su profesión?’, obviamente en este caso estaremos en presencia de una pregunta cien por ciento sugestiva, pero esa información puede no ser relevante para el caso en concreto sobre la información que interesa al proceso. Todo dependerá del caso y del contenido de la pregunta, para determinar la relevancia o no de la sugestividad.

Además, si se trata de preguntas sugestivas sobre la base del material que ya fue aportado por el testigo o perito, no sería relevante dicha sugestividad, pues el objeto de la prohibición es impedir que ingrese la información novedosa y no respecto de la información que ya fue suministrada por el testigo o perito. Así, si el interrogador pregunta: “Usted dice que vio a tres personas, ¿no es cierto?”, obviamente está sugiriendo la respuesta, pero sobre la base de una información que ya suministró el testigo; por lo tanto, no tendría lugar la prohibición que regula la ley. Es más, es hasta aconsejable este tipo de preguntas pues no sólo da mayor énfasis al material probatorio que ha aportado el testigo, sino que le da mayor fluidez y naturalidad al interrogatorio, haciéndolo incluso ameno.

e) Las respuestas del testigo y consulta de documentos

Las respuestas de los testigos, según dispone el art. 348 inciso 3° CPP, deberán ser directas y concretas a las preguntas que se les formulen. En caso contrario, el presidente del tribunal, a instancia de parte o de oficio, ha de prevenirle al testigo que

debe responder en la forma indicada, ya que de lo contrario puede incurrir en responsabilidad penal, pudiéndose iniciar contra él causa penal (art. 189 y 337 CPP). Obviamente esta obligatoriedad no sería aplicable en el caso de que esa posible respuesta afecte al testigo, vinculándolo como partícipe del hecho delictivo o de otro delito relacionado con aquél, en cuyo caso se verá amparado bajo la facultad de abstención que como imputado podría tener.

Como ya se ha manifestado con anterioridad, las partes pueden solicitar que el testigo o perito consulte documentos, notas escritas o publicaciones. Dicha consulta tiene por objeto 'refrescar la memoria' del testigo o perito; y su procedencia dependerá de la naturaleza de la pregunta, su pertinencia, relevancia, utilidad, para determinar si tal consulta es necesaria.

El hecho que el testigo o perito consulte tales documentos, no pueden considerarse que por ello queden incorporados como prueba documental al proceso. En todo caso, dicha consulta debe hacerse previa autorización de quién preside la vista.

D) Objeciones y recursos

a) Concepto, régimen jurídico y función procesal

1355

La objeción es un medio de defensa por el que la parte que considera que existe una irregularidad en la forma de hacer el interrogatorio intenta que el presidente del tribunal impida el defecto o vicio procesal de que se trate, admitiendo la objeción y provocando la correspondiente rectificación.

La formulación de objeciones y recurso de revocatoria respecto de las decisiones del presidente del tribunal está regulada en el penúltimo inciso del precepto que comentamos, a cuyo tenor *"las partes podrán interponer revocatoria de las decisiones del presidente del tribunal que limiten sus interrogatorios u objetar las preguntas que se formulen en los mismos"*. Dicho precepto ha de complementarse con lo dispuesto en el inciso 2º del art. 336, que atribuye al tribunal en pleno la facultad de resolver la impugnación contra una decisión del presidente. Por consiguiente, contra la decisión del presidente respecto de la objeción, cabe recurso de revocatoria, que será resuelto por el tribunal en pleno.

La objeción tiene por objeto: (1) Prevenir que se admita una información inadmisibile; y (2) Hacer constar la objeción, ya sea en grabación o en el acta, para fines de impugnar la decisión, equivaliendo a la protesta de recurrir en casación, cuando sea necesaria para la admisibilidad del recurso; ello implica, que se haya solicitado el saneamiento del vicio invocado oportunamente, dejándose constancia de tal protesta.

b) Requisitos formales

La estimación de una objeción exige el cumplimiento de los tres siguientes requisitos:

1) *Oportunidad*: El art. 409 CPP establece que “durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocatoria, el que será resuelto de inmediato, sin suspenderlas. La interposición del recurso significará también protesta de recurrir en casación si el vicio señalado en él no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente”.

Debe objetarse una pregunta tan pronto se haya formulado por el examinador y antes de que el testigo responda, ya que en caso contrario carecería de sentido por haberse dado respuesta a la pregunta. Pero puede plantearse la objeción después de la respuesta del testigo, cuando éste se niegue a responder, evada la respuesta o no responda lo que se le pregunta, en cuyo caso la contraparte puede solicitar que el testigo se limite a suministrar la información que se le está solicitando por el interrogador en ese momento.

2) *Pertinencia*: La objeción se debe relacionar directamente con la pregunta que se formula o con el elemento de prueba que se pretende introducir con la respuesta del testigo.

1356

3) *Fundamentación*: La objeción debe motivarse correctamente, señalándose con precisión el vicio o causa de la inadmisibilidad de la pregunta.

c) Requisitos materiales

Las objeciones y recurso de revocatoria contra la resolución de aquellas por el presidente del tribunal pueden fundamentarse en razones de forma y fondo (art. 407 CPP)

Son objeciones por *razones de forma* las que afectan al siguiente tipo de preguntas:

1) *Preguntas sugestivas* en el interrogatorio directo, que como se indicó antes, son las que incluyen la respuesta en la propia pregunta o sugieren la respuesta dentro de la misma pregunta;

2) *Preguntas argumentativas*, que son las que el examinador no hace una pregunta sino que argumenta o formula una tesis determinada;

3) *Preguntas compuestas*, que contienen dos o más materias a ser contestadas por el testigo;

4) *Preguntas repetitivas*, que comprenden preguntas sobre hechos que ya se acreditaron;

5) *Preguntas que asumen hechos no probados*, que implican una especie de capciosidad, pues parten de hechos que aún no se han probado, a fin de que el testigo, con su respuesta, dé por sentada la existencia de ese hecho que aún no se ha acreditado;

6) *Pregunta especulativa*, que invitan al testigo a que presuma, imagine, especule, suponga o emita su creencia acerca de hechos que no le constan y sobre los cuáles no puede declarar con certeza;

7) *Preguntas capciosas*, que son de doble sentido, tratan de confundir al testigo o inducirle a una respuesta errónea o que no interesa a los fines del proceso;

8) *Respuestas no pedidas*, que son aquellas que da el testigo o perito interrogado (fuente de prueba), sin haber sido solicitadas, o cuando relata el hecho fuera del interrogatorio a que está siendo sometido o que es permitido por la ley. De igual forma, cuando el testigo no responde, ya sea que se niegue a responder o evada la pregunta con otra respuesta. En tal caso, la parte puede pedir al juez que le prevenga al testigo de la obligación que tiene de decir la verdad sobre lo que le fuere preguntado.

1357

Son objeciones por *razones de fondo* las que obedecen a las siguientes causas:

1) *Falta de pertinencia* de la pregunta con relación al objeto del debate. Existirá impertinencia de la pregunta cuando se pide al testigo que declare sobre hechos que aparentemente no tienen que ver con el asunto, debido a que el interrogador no ha sentado las bases que permiten dar sentido a las respuestas;

2) *Testimonio de referencia*, es decir, cuando el testigo suministra una información que no le consta sino que la supo por referencia de otro u otros. En este caso, para la admisión del testimonio, deberán darse determinadas circunstancias que se explicitan en el art. 356 CPP;

3) *Prohibición probatoria*, cuando se solicita que declare sobre aspectos que comprenden un secreto profesional o estatal (art. 187 CPP);

4) *Falta de capacidad testifical*, cuando se le pregunta al testigo que declare sobre hechos que no le pudieron haber constado o que no es competente para ello;

5) *Falta de capacidad personal*, cuando se solicita al testigo que declare sobre hechos que no son propios de su profesión, oficio o condición, y que no está capacitado para suministrar dicha información;

6) *Perito no cualificado*, cuando al perito se le solicita que aporte datos técnicos o científicos sobre una materia que no es propia de su profesión u oficio;

7) *Falta de escrito original o de autenticación*, cuando se pretende refrescar la memoria del testigo mediante documentos o textos cuyo origen se desconoce o no se ha establecido la existencia del documento original o la copia no es auténtica.

d) *Consejos prácticos sobre la formulación de objeciones*

Como consejos técnicos a tener en cuenta por las partes en el ejercicio de su derecho a formular objeciones, debemos reseñar lo siguiente:

1) *Planificación*: Se debe prever la objeción con anticipación, tanto a partir de la información que se espera del testigo como de la forma de interrogatorio del examinador; no se debe esperar que surja el incidente para preparar la estrategia;

2) *Asegurarse que el presidente emita una resolución específica*: En vista de que en algunas ocasiones el presidente no resuelve en forma clara y específica una objeción, se debe hacer una firme pero respetuosa solicitud al respecto. En ese sentido, el presidente del tribunal debe resolver expresamente la objeción, utilizando la fórmula de “ha lugar” o “no ha lugar” a la misma;

1358

3) *Impugnar la decisión del presidente*: Cuando la decisión del presidente sobre la objeción sea impugnada, deberá formularse revocatoria, según establece el inciso 5º del art. 348 CPP. Esto plantea la cuestión de si dicho recurso de revocatoria ha de ser resuelto por el presidente del tribunal o por el tribunal en pleno. Esta última solución es evidentemente la más correcta si tenemos en cuenta lo establecido en el art. 336, inciso último CPP, a cuyo tenor *el tribunal en pleno resolverá cuando una decisión del Presidente sea impugnada*. La otra opción sería considerar que contra la decisión de la revocatoria por el presidente se podrá acudir al tribunal en pleno, cuya decisión también podrá ser impugnada en revocatoria;

4) *Realizar ciertas objeciones fuera del alcance del jurado*: En los casos de competencia del tribunal de jurado, es preferible plantear la objeción únicamente al juez que presida el tribunal, solicitándole autorización para acercarse al estrado junto a la contraparte o solicitando la exclusión del jurado, para plantear, discutir y resolver la objeción sin que el jurado se entere del mismo, debiendo explicarse al mismo sucintamente lo ocurrido por el presidente del tribunal. Ello dependerá de razones estratégicas o porque las argumentaciones son extensas o prolongadas o se trata de argumentaciones de carácter técnico-jurídico, así como por razones éticas o de carácter legal o constitucional, que podrían perjudicar o afectar la imparcialidad del jurado;

5) *Decisión de objetar*: No es aconsejable objetar en toda ocasión posible, sino que se aconseja que se objete únicamente cuando exista una buena razón para ello, dadas circunstancias de índole práctico o procesal;

6) *Propósitos extrajudiciales*: No toda objeción persigue propósitos legítimos; en ocasiones se plantearán objeciones por razones tácticas o estratégicas, con el fin de interrumpir la línea del interrogatorio de la contraparte o instruir de algún aspecto al jurado.

E) El interrogatorio de peritos

Al interrogatorio de los peritos se le aplican las mismas reglas que el interrogatorio de testigos, según hemos de manifiesto en varias ocasiones con anterioridad, remitiéndonos al comentario del art. 346 CPP.

Habremos de referirnos igualmente a los comentarios realizados a los artículos 195 a 210 CPP, que tratan de los peritos y a lo dispuesto en el artículo 270 CPP, que trata de los anticipos de prueba, en especial de los peritajes practicados como actos definitivos e irreproducibles, así -como aquellos peritajes que por su duración rompen con la concentración del debate. En ambos casos, el perito habrá que ratificar su dictamen durante el juicio, sometándose a las normas, en lo que sean de aplicación, del art. 348 CPP que comentamos. Cabe la posibilidad que la ratificación del dictamen sea anterior al juicio oral, en cuyo caso se procederá en el plenario a la lectura del mismo, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del perito, cuando sea posible.

1359

F) Valoración de la prueba testifical y pericial

El art. 356 CPP establece las normas para la valoración de la prueba y votación del fallo de la sentencia. Por tanto, se ha considerado oportuno tratar en el comentario de dicho artículo todas las cuestiones relativas a la apreciación y valoración de la prueba, aunque en los comentarios a otros preceptos también se efectúan consideraciones sobre el particular, como es el caso, de los arts. 162 (letras F a J), 191 (de la declaración testifical) y 346 (dictamen pericial).

349

INTERROGATORIO DE MENORES

El interrogatorio de un menor será conducido por el presidente del tribunal, cuando lo estime necesario, con base en las preguntas presentadas por las partes. El Presidente, podrá valerse del auxilio de los padres y en su defecto del representante legal del menor o de un experto en sicología u otra ciencia de la conducta.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 2 (integridad moral) y 35 (protección de los menores)
- CPP, 1, 272 y 338 (publicidad de las audiencias), 191 (no juramento de menores), 210-A a 210-G (régimen de protección para testigos y víctimas del delito)

II. COMENTARIO

1360

Las relaciones entre el menor-víctima y la justicia penal se establecen de un modo complejo, casi paradójico, puesto que si los intereses del menor requieren la protección del sistema penal, al mismo tiempo, es necesario protegerle frente a la intervención penal. Sobre todo en los casos de maltrato infantil y abusos sexuales, se afirma que los niños suelen sufrir más daños por el proceso penal que por el hecho mismo. Sin duda alguna, esto es debido a que el proceso penal formal está orientado, exclusivamente, según los derechos y las necesidades de los adultos. Además, la consideración de la víctima en la política criminal, hasta tiempos muy recientes, ha constituido sólo una preocupación secundaria.

Si ya para los adultos la investigación penal representa una gran presión emocional, no es extraño que los niños vivan la intervención judicial como una experiencia estresante, sobre todo cuando deben actuar como testigos, por haber sido víctimas del hecho delictivo. Se impone, pues, el establecimiento de un modelo que permita atender, sin merma de los derechos del acusado, a las necesidades de los niños, víctimas o testigos de los hechos delictivos. En mi opinión, *una protección eficaz de la personalidad del menor obliga a introducir algunas modificaciones, por un lado, en la forma de obtener los testimonios*, simplificando la formalidad de las audiencias penales, y, por otro, *restringiendo la publicidad de las audiencias penales*, que como es bien sabido constituye la regla general en la actuación de los Tribunales.

A) Reducción de formalismos

Es innegable que en la mayor parte de los casos de abusos sexuales o violencias ejercidas sobre un menor el testimonio del niño constituye la prueba fundamental, si no única, de que disponen los órganos encargados de la persecución penal para establecer la realidad del hecho delictivo. La experiencia criminológica demuestra que la mayor parte de estos delitos se cometen en un entorno cerrado -la familia, la escuela- con una fuerte interacción afectiva entre el autor y la víctima. Por ello, en muy pocas ocasiones el juez dispone de otras evidencias que no sean el testimonio de la propia víctima. Las dificultades que esta circunstancia representa para el investigador se acrecientan, dado que, por lo general, la acusación del niño se enfrenta a la negativa del sospechoso.

Teniendo en cuenta todos estos datos hemos de preguntarnos por el valor que el sistema jurídico otorga al testimonio infantil y por las circunstancias que hacen más o menos fiable la declaración del niño. Estos interrogantes se refieren a la capacidad de los menores, a su competencia para testificar en el proceso judicial. En el orden procesal penal, la regla general es la capacidad del niño para ser testigo. La audición de los menores es jurídicamente posible: el art. 191 CPP se refiere a ello, implícitamente, al establecer que no se recibirá juramento al testigo menor de doce años. Por tanto, el Código procesal penal impone al menor, sin excepción, la obligación de comparecer y someterse al interrogatorio en la forma legalmente establecida (art. 349 CPP).

1361

A pesar de ello, en los delitos contra la libertad sexual (arts. 158 a 173 CP) y, más en particular, en los casos de incesto existe una tendencia a desconfiar del testimonio infantil. Por una parte, la especial vulnerabilidad de los menores a las preguntas sugestivas y, por otra, las dificultades que tienen los niños de corta edad para representarse la trascendencia de sus declaraciones, provoca una generalizada desconfianza en sus testimonios. Para ser más preciso, sucede como si el menor “a priori” no tuviera posibilidad de ser creído.

La experiencia demuestra que la manera en que se obtienen las primeras declaraciones influye en la credibilidad que se concede al testimonio del menor. De ahí, la importancia de formar adecuadamente a la policía, creando auténticos especialistas capaces de realizar una investigación adaptada a este tipo de casos. Así, por ejemplo, realizar las primeras investigaciones, recibiendo declaración al menor en un entorno más ecológico, en lugar de hacerlo, como es habitual, en las dependencias de la comisaría de policía, rodeado de agentes vestidos de uniforme, contribuye a aumentar la confianza en el testimonio infantil. En algunos países, se han realizado experiencias recurriendo a la figura del “interrogador juvenil”, por lo general asistentes sociales con una formación especializada, que se encargan de recibir declaración, en su entorno de costumbre, a las víctimas juveniles de los delitos sexuales y de acompañarles cuando comparecen ante los tribunales.

Entre los instrumentos utilizados comúnmente para verificar la credibilidad de los testimonios se suelen mencionar la contradicción y el dictamen del psicólogo forense. En el modelo procesal vigente, los debates públicos y contradictorios constituyen un medio efectivo de aproximarse a la verdad judicial. Precisamente, uno de los elementos característicos del proceso penal del Estado de Derecho es la importancia que se asigna al principio de contradicción en la administración de las pruebas. A favor del acusado se reconoce, como un principio general, el derecho a combatir todos los elementos de prueba presentados en su contra. En este sentido, el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por El Salvador, reconoce el derecho del imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo. La misma facultad cabe deducir del art. 8.2 d) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que reconoce el derecho del imputado a defenderse personalmente; y del art. 9 CPP, que admite la intervención del imputado “en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba”. Con ello se pretende establecer la más absoluta igualdad de armas entre la acusación y la defensa en la administración de la prueba y preservar el principio de contradicción, que constituye un elemento esencial del proceso debido.

1362

No obstante, es muy dudoso que la presencia del niño ante los Tribunales, meses o incluso años después de sucedido el hecho, constituya una contribución efectiva al descubrimiento de la verdad. Por otro lado, no se puede ignorar que el enfrentamiento con el imputado puede llegar a representar una carga emocional insoportable para el menor. Por ello, se buscan formas alternativas de presentar el testimonio de los niños, evitándoles el trauma del enfrentamiento con la defensa y la acusación. Se ha sugerido la posibilidad de sustituir la comparecencia personal del menor ante el tribunal por la lectura de sus declaraciones anteriores. Se olvida que la regla general es que todos los medios de prueba se obtengan ante el imputado, en audiencia pública y en el transcurso de un debate contradictorio. Sólo de forma excepcional, concurriendo razones serias que lo justifiquen -evitar un riesgo cierto de intimidación a un testigo menor de edad puede ser una de ellas-, se admite la posibilidad de que el testigo sea oído en el acto del juicio, aunque fuera de la presencia del acusado (Comisión Europea de Derechos Humanos Decisión 8395/78, X. c. Dinamarca, 16 diciembre 1981, D. R. 27 pp.59-60; Decisión 11219/ 84, JOHN IB NIELSEN KURUP c. Dinamarca, 10 julio 1985, D.R. 42 pp. 297-298).

Por otro lado, tampoco puede desconocerse que sustituir la presencia personal del niño ante el tribunal por la lectura de sus declaraciones anteriores supone privarle de la posibilidad de demostrar su competencia y hacer creíble su declaración. A mi modo de ver, una forma de preservar los intereses del testigo infantil, sin provocar la indefensión del acusado, podría consistir en mantener la comparecencia del menor ante el Tribunal, aunque limitando su contenido al relato que pueda proporcionar, excluyendo el examen contradictorio de la acusación y de la defensa, y la confrontación

con el imputado, que ciertamente puede llegar a representar, para el testigo, una carga excesiva.

A esta solución llega el Código Procesal Penal de El Salvador cuando establece en el precepto que comentamos (art. 349 CPP) que “el interrogatorio de un menor será conducido por el presidente del tribunal, cuando lo estime necesario, con base en las preguntas presentadas por las partes. El Presidente, podrá valerse del auxilio de los padres y en su defecto del representante legal del menor o de un experto en sicología u otra ciencia de la conducta”.

La anterior previsión legal del Código salvadoreño se inscribe, pues, entre las tendencias más modernas del Derecho comparado. Por poner sólo un ejemplo, en el Derecho italiano, el nuevo Código de Procedimiento Penal contempla la posibilidad de limitar el examen del contradictorio en el interrogatorio de los testigos menores. En concreto, se establece que el interrogatorio será dirigido por el presidente del Tribunal y sólo si éste considera que el interrogatorio directo no perjudicará la serenidad del testigo autorizará a las partes a que le formulen preguntas directamente. Por otro lado, se contempla expresamente la posibilidad de que el presidente se sirva del auxilio de un familiar del menor o de un experto en psicología infantil. Con ello se trata de hacer más llevadera la comparecencia del menor ante los Tribunales de justicia sin perjudicar los derechos del acusado.

1363

Hoy la sicología dispone de procedimientos fiables que permiten evaluar en qué medida el relato de un niño es real o ficticio. Los dictámenes sobre la credibilidad del testimonio, realizados por expertos cualificados, aplicando métodos científicamente fiables, constituyen un instrumento válido, al que el juez puede recurrir para evaluar la credibilidad del testimonio infantil. Aunque la respuesta que el psicólogo forense está en condiciones de proporcionar no sea definitiva, puesto que, por lo general, limitará sus conclusiones a la mayor o menor probabilidad de que la declaración proporcionada por el niño sea creíble, lo cierto es que su intervención en el proceso representa, para el juez, una ayuda inestimable en la evaluación del material probatorio.

Junto a ello, el psicólogo forense cumple una importante función de protección del testigo infantil, pues, según se señalaba al comienzo, el niño vive el proceso como una experiencia estresante. Entre los factores que contribuyen a generar angustia en el niño, sobre todo, en los casos en que ha sido objeto de abusos sexuales o violencias físicas, se encuentran aquellos que tienen que ver con la forma de desarrollarse el procedimiento judicial: la necesidad de enfrentarse a los interrogatorios de diversos adultos, antes de poder testificar en el acto del juicio, el tiempo de demora hasta que se produce su declaración definitiva, el desconocimiento de los procedimientos legales, la posibilidad de verse enfrentado al acusado, la misma formalidad de la audiencia (la posición elevada del juez y de los representantes de las partes, sus ropas, la jerga legal) provocan alteraciones en el testigo infantil. Por tanto, uno de los criterios rectores

en la actuación del sistema judicial debería dirigirse a reducir la formalidad de la audiencia, favoreciendo el enjuiciamiento en ciertas condiciones de intimidad, que eviten las perturbaciones emocionales que puede provocar el aparato judicial.

Con razón, se ha señalado que no son necesarias grandes reformas legales para que un juez considerado con el testigo pueda hacer que su intervención en el proceso le resulte más llevadera. Basta con proporcionar al niño una información adecuada sobre cuál va a ser su papel en el juicio, con permitirle testificar cómodamente, sin necesidad de forzar la voz, acompañado de algún familiar y, si es posible, sin público; asimismo es importante cuidar el lenguaje y el vestuario, para no infundir más temor en el niño y, finalmente, conviene limitar el contacto visual con el acusado. Un profesor refiere la impresión que le produjo, durante un viaje de estudios por Alemania, la asistencia a un juicio en el que la magistrada que presidía el tribunal, al ver entrar en la sala de justicia a un niño, que acababa de ser llamado como testigo, se despojó de la toga y se sentó junto a él en uno de los escalones del estrado, conduciendo su declaración como si se tratase de una conversación informal sobre cualquier asunto intrascendente.

B) Restricción de la publicidad

1364 Ante la amenaza que para los menores representa una publicidad abusiva, especialmente la que se desarrolla a través de los grandes medios de comunicación, restringir esta forma de publicidad indirecta, constituye, a mi modo de ver, un buen medio de proteger al menor y a su familia de los efectos negativos de esta publicidad adversa. No obstante, tratándose de la publicidad procesal es ineludible recordar que el juicio público es un valor aceptado universalmente, tan profundamente arraigado en nuestra civilización y en nuestra cultura jurídica, que es difícil concebir un proceso equitativo sin publicidad.

La regla general es, por tanto, la publicidad de las audiencias y de los debates procesales, que en nuestro ordenamiento se encuentra consagrada en los arts. 1 y 338 CPP. El art. 1 sienta el principio del juicio oral y público, estableciendo que nadie podrá ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público. Conforme a lo anterior, el art. 338 dispone que, al inicio del juicio plenario, constituido el tribunal en la sala de audiencia, el presidente, después de verificar la presencia de las partes, los testigos, peritos o intérpretes, *declarará abierta la vista pública*. No obstante, el principio general de publicidad puede ser objeto de restricciones, entre otras razones, para salvaguardar los derechos de la víctima del delito, máxime cuanto se trate de un menor de edad. Por ello, hay que considerar aplicable a todas las audiencias lo establecido en el art. 272, inciso 1º. CPP, a cuyo tenor se podrá ordenar por resolución fundada la reserva parcial o total de un acto procesal cuando lo exijan “la moral, el interés público... o esté previsto en una norma específica”. Cabría entender, con base a

este precepto y por las razones anteriormente expuestas, que existen particulares exigencias del interés público implícito en la persecución penal que obligan a adoptar la reserva en supuestos de implicación de menores de edad, como lo acreditan las medidas de protección del testimonio de menores que para el juicio oral establece el artículo que comentamos (art. 349 CPP).

Es cierto que en la actualidad existe en el público un interés creciente en conocer lo que sucede en el interior de los juzgados y tribunales, que se traduce en un incremento de la demanda social de información. Este fenómeno explica, por sí mismo, que la exigencia constitucional de publicidad no pueda entenderse satisfecha con la mera presencia del público ante el tribunal. Se ha ampliado, extraordinariamente, el círculo de los participantes indirectos en el proceso, que reciben noticia del desarrollo de los actos procesales, por vía indirecta, a través de los grandes medios de comunicación, como la prensa, la radio, la televisión o el cine. Por ello, en la sociedad de nuestros días, se admite que esta forma de publicidad, indirecta o mediata, está llamada a ocupar un puesto preeminente y a desplazar a la publicidad procesal entendida en su sentido originario, que afectaba únicamente a las personas presentes en el lugar de las sesiones, bien como litigantes o como espectadores.

La asistencia personal y directa a los juicios ha perdido importancia y, en contrapartida, se ha ampliado el círculo de los participantes indirectos, a los que la prensa, la radio y la televisión transmiten las noticias judiciales. Es a través de los grandes medios de comunicación de masas como se articula, en el momento actual, la conexión entre la justicia y la opinión pública. Por ello, constituye una restricción inaceptable de la libertad de información y del principio de publicidad de la justicia limitar a unas pocas personas el derecho a presenciar el desarrollo de las audiencias procesales. Y, por esto mismo, se reconoce a los medios de comunicación un derecho preferente a asistir a las sesiones de los juicios públicos, que se deriva de la función que cumplen de intermediario natural entre la noticia y quienes no pueden obtenerla directamente. Este derecho no es más que una concreción de la libertad de información, que comprende la búsqueda y la obtención de información, esto es, el acceso a las fuentes de la noticia.

1365

No obstante, la publicidad de la justicia, amplificada por los grandes medios de comunicación, representa una seria amenaza para los derechos de la personalidad de los participantes en el proceso. Ante todo, para los participantes ocasionales, como la víctima o los testigos, que muchas veces se verán obligados a manifestarse sobre hechos relacionados con su vida personal. También para el inculpado, que ha de soportar que parte de su vida, el reproche por el delito e incluso su condena queden expuestos a la vista de todos. Por ello, creo que puede aceptarse pacíficamente la necesidad de restringir esta forma de publicidad indirecta, respecto de aquellos procesos en los que se encuentran interesados los menores, consagrandole legalmente una prohibición general de consignar en las informaciones datos que permitan identificar a los menores. Y, por

la misma razón, en mi opinión, debe consagrarse la prohibición de obtener o difundir sus imágenes, no sólo cuando se trata de los menores delincuentes, sino en general para todo tipo de proceso en el que esté interesado un menor. Consagrar esta regla es de singular importancia en un sistema, como el salvadoreño, tan abierto a la presencia de los medios audiovisuales en las audiencias penales. La Ley del Menor Infractor (LMI) se sitúa plenamente en la tendencia más avanzada del Derecho minoril, estableciendo su art. 5º. b), al relacionar derechos y garantías del menor infractor, el derecho a que su intimidad personal sea respetada y a que, consecuentemente, no pueda ser objeto de publicación ningún dato que directa o indirectamente posibilite su identidad.

1366 Cuando los menores de edad sean víctimas y/o testigos de un hecho delictivo, cabría adoptar las medidas de protección establecidas en los arts. 210-A a 210-G del CPP, aunque de *lege data* la adopción de las mismas, que incluyen la preservación de la identidad personal (arts. 210-C y 210-E), tanto en sede administrativa (Policía, Fiscalía) como judicial (art. 210-A), requieren que exista un peligro grave para la persona del menor o de su entorno familiar (art. 210-B). Por tal razón, en situaciones en las que no exista razonable presunción de riesgo para los bienes jurídicos del menor (aunque podría afirmarse que siempre la hay para su integridad moral. art. 2 Cn), cabría adoptar medidas específicas para la protección emocional del mismo que incluyan la reserva de su declaración, amparándose el tribunal en el art. 35 Cn, que impone al Estado la protección de los menores, y en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), ratificada por El Salvador por D.L. 487-1990, de 27 de abril (D.O. 9/5/90). Para los efectos de la indicada Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad.

350

INCOMPARECENCIA

Cuando el perito o testigo oportunamente citado no haya comparecido, el presidente del tribunal ordenará que sea conducido por medio de la seguridad pública, y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

Si de acuerdo con informes fidedignos de las autoridades competentes, resulta imposible localizar al testigo o al perito, el juez, mediante resolución fundada, prescindirá de dicha prueba y continuará con la audiencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 a 81 (impedimentos, excusa y recusación); 152 y 324, inciso 3º. (citación de testigos); 325, 333.3 y 350, inciso 2º. (incomparecencia); 121, 172 y 191 (juramento o promesa); 186 (facultad de abstención); 186, 187, 196, 198 y 199 (incapacidades legales y naturales); 187 (deber de abstención); 188 (no residentes); 189 y 194 (negativa a declarar y falso testimonio); 192 (testigos con privilegios) y 193 (testigos físicamente impedidos); 333.3 y 350 (incomparecencia del perito)
- CP, 305 (falso testimonio), 313 (desobediencia a mandato judicial), 307 (soborno), 313 y 338 (delitos de desobediencia)

II. COMENTARIO

Como dijimos en otro lugar de esta obra, la *disponibilidad del testimonio* hace referencia al mecanismo que la Ley prevé para que las partes puedan hacer uso de este medio de investigación y prueba, que no es otro que la imposición al testigo de una obligación o deber general de testimoniar, exigible incluso de manera coactiva. En efecto, para la efectividad del deber general de testimoniar, la ley impone al testigo, que sea citado judicialmente en debida forma, los deberes específicos de comparecer, prestar juramento o promesa y declarar la verdad de lo que sepa, previendo sanciones penales en caso de incumplimiento, con independencia del ejercicio de la *vis compulsiva* (coacción física) para la comparecencia, que es a la que se refiere el inciso 1º. del art. 350 CPP.

1367

El deber de comparecencia y de decir verdad, que son manifestaciones del deber general de colaboración con la administración de justicia, se imponen en el art. 185 CPP, que expresa la obligación de toda persona que resida en territorio salvadoreño, sea nacional o extranjero, salvo las excepciones que prevé la ley, de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan o se enjuician, salvo las excepciones establecidas por la Ley. El precepto implícitamente condiciona el mandato que contiene a que el testigo reciba una citación judicial (llamamiento) en la forma establecida por el artículo 152 del Código. En caso de no comparecencia, el testigo podrá ser llevado a la fuerza y ser acusado del delito de desobediencia, en el que incurrirá también si habiendo comparecido se negare a declarar (art. 313 CP y 189 CPP). Las excepciones establecidas en la ley al deber de comparecer y de declarar se examinan en los correspondientes preceptos del Código (arts. 186 y 187; 191, final del inciso 1º.; 192 y 193).

Comentando el requisito de la previa citación del testigo, DURÁN RAMÍREZ señala acertadamente que “el juez debe verificar previamente a través del secretario o del citador si el testigo fue efectivamente citado y con la debida antelación; pues en caso

contrario, no debería hacerse la cita compulsiva o bajo prevención de apremio, ya que la misma solo sería razonable si se evidenciara *voluntad de incomparecencia*. Pero si no ha sido citado, o si ha sido citado pero no con la suficiente antelación al acto del juicio, debido a un error o atraso del personal de citaciones, no sería justo que se utilizara la fuerza pública para garantizar la comparecencia del testigo. Se impone, en definitiva, un deber judicial de verificación de esa circunstancia, previa a la solicitud de auxilio policial. La orden para que el testigo que no ha comparecido sea conducido por medio de la seguridad pública ha de girarse por escrito y de una forma directa, como establecen las disposiciones relativas a los actos de comunicación entre autoridades (art. 137 y 138 CPP)."

De la misma forma que en el caso de la prueba testifical, ha de asegurarse también jurídicamente la *disponibilidad del peritaje* para el juez y las partes. La finalidad perseguida por el proceso (satisfacción de una pretensión) podría frustrarse si no hubiese obligación de aceptar el cargo de perito, es decir, si de la libre voluntad del mismo dependiese la práctica de la pericia. El deber del perito de colaborar con la administración de justicia incluye la obligación de comparecer ante el juez o tribunal cuando sea citado para ello, previendo el art. 350, inc. 1º., para el plenario -aplicable a todas las audiencias- que cuando el perito oportunamente citado no haya comparecido, el presidente del tribunal ordenará que sea conducido por medio de la seguridad pública, y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia.

1368

El art. 313 CP no incluye inexplicablemente a los peritos, aunque sí a los traductores e intérpretes, como sujetos activos del delito de desobediencia a mandato judicial, por lo que habrá que aplicar el tipo básico del delito de desobediencia del art. 338 del Código Penal.

El interés público que está en la esencia del proceso penal explica o justifica ese poder coactivo de los poderes públicos, cuya expresión genérica para el proceso penal salvadoreño se encuentra en el artículo 126 CPP, al disponer que "en el ejercicio de sus funciones, el juez o tribunal podrán requerir la intervención de la seguridad pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordenen", y en el art. 333.3) CPP, que autoriza a que los testigos o peritos cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, el fiscal o las partes, sean conducidos por la seguridad pública cuando no comparezcan voluntariamente al juicio oral o a otras audiencias (arts. 255 y 319, inciso 5º. CPP).

Si no comparece un testigo o un perito, y resulta imposible que lo hagan de acuerdo a informes fidedignos de la policía, se acordará prescindir de la prueba, mediante resolución fundada, en forma de auto, que podrá ser objeto de recurso de revocatoria.

La adopción de tal decisión puede plantear, en algún caso concreto, una situación de indefensión para la acusación o para la defensa, cuando el testimonio o la pericia

propuestas sean de capital importancia para la absolución o condena. Por ello, deben agotarse, suspendiéndose la audiencia, todas las posibilidades de localizar al declarante y, si no fuese posible su localización, acudir a la lectura de las actas de la declaración en la instrucción, si la hubo, con aplicación del artículo 270 del Código sobre la prueba anticipada, o reproducir (en el caso de la pericial), cuando sea posible, la prueba fallida, designándose a otro perito. Por último, la resolución fundada que exige el precepto (art. 350, inciso segundo) debe dictarse antes de la convocatoria de la vista pública, cuando haya sido imposible citar al testigo o perito, o en el momento de la vista pública, reuniéndose en el acta.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La principal causa de frustración de vistas públicas es la incomparecencia de testigos, lo que ocurre normalmente porque las partes que los han propuesto han perdido todo contacto con éstos, debido a que no preparan con la debida anticipación el caso. Esta práctica es motivada por la cantidad de procesos que se les asigna tanto a fiscales como a defensores públicos, olvidándose las respectivas instituciones que el juicio oral requiere preparación para efecto de garantizar óptimos resultados. Asimismo, que no es posible llevar todo a juicio, sino solamente a aquellos casos de mayor gravedad.

A efecto de lograr la comparecencia del testigo deben realizarse con la anticipación necesaria las citas de estos para que previamente se tenga conocimiento cierto de si efectivamente ha sido citado el testigo. Si no, deberán tomarse las providencias necesarias a efecto de citarle, porque sólo así estaría justificado ordenar su comparecencia mediante la seguridad pública.

1369

351

OTROS MEDIOS DE PRUEBA

Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen. Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos, en la forma habitual. Las partes y el juez o tribunal podrán acordar, por unanimidad la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios de prueba.

Se podrán efectuar careos o reconstrucciones.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 170 (reconstrucción del hecho), 180 a 184 (secuestro de objetos), 207 (cotejo de documentos), 216 y 217 (reconocimiento de objetos), 218 a 220 (careos), 330.4 (lectura de los documentos)

II. COMENTARIO

Además de la prueba testifical y pericial, de la que tratan los anteriores preceptos del Código, el artículo que comentamos hace referencia a los siguientes medios de prueba: la *prueba documental*, la *prueba de reconocimiento de objetos*, la *prueba audiovisual —grabaciones, filmaciones y soportes informáticos—*, la *prueba de reconstrucción del hecho* delictivo y la *prueba de careos* entre testigos y coimputados, o dentro de cada una de estas categorías.

1370 El Código, por otra parte, regula específicamente las cuestiones relativas al secuestro (arts. 180 a 184), reconocimiento de objetos (arts. 216 y 217), careos (arts. 218 a 220) y reconstrucción del hecho (art. 170), por lo que la referencia a tales medios de prueba será sumamente escueta, con el fin de no repetir lo dicho en los comentarios de los preceptos mencionados, que en lo sustancial son plenamente aplicables al juicio oral. Sin embargo, no se hace prácticamente ninguna mención a la prueba documental ni a las pruebas audiovisuales —grabaciones y filmaciones y soportes informáticos—, razón por la cual debemos ser más prolijos al respecto.

A) La prueba documental

a) Concepto y naturaleza

Los documentos o *instrumentos*, públicos y privados, constituyen el objeto de la prueba documental, la cual, en su acepción tradicional, viene referida a *instrumentos escritos de procedencia extraprocesal* que se incorporan tras su emisión al procedimiento judicial.

No cabe confundir el documento objeto de la prueba documental con las diligencias procesales documentadas en la causa, a las que se refiere el art. 276 CPP, al señalar que “las diligencias practicadas durante la instrucción constarán en actas, conforme lo previsto en éste Código, con las que se formará un expediente o causa judicial”. La *documentación procesal*, al contrario que la *prueba documental*, se origina en el interior del proceso y tiene por finalidad dejar constancia escrita de los actos de investigación y de prueba de carácter no documental practicados durante las diversas fases procesales.

b) Importancia en el proceso penal

La prueba documental, además de la pericial, que se basará en aquella, es muy importante para la investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos, tales como las defraudaciones —estafas, apropiación indebida y administración fraudulenta—, los delitos relativos al orden socioeconómico —insolvencias punibles, fraude fiscal, etc.—, los delitos relativos a la Administración Pública —peculado, concusión, cohecho, malversación...—, los delitos de lavado de dinero y activos, y los delitos relativos a las falsedades documentales, que suelen ser el medio o instrumento para la comisión de todos los anteriores.

c) Régimen jurídico

Dicho esto, ha de ponerse de manifiesto que el Código Procesal Penal carece de una completa y particularizada regulación de la prueba documental entendida como medio de prueba procesal de carácter autónomo y naturaleza real. Se refieren a la misma, de forma dispersa, los arts. 183 (documentos excluidos del secuestro), 207 (cotejo de documentos), 317 (ofrecimiento de prueba documental), 330.4 y 351 (lectura de documentos en el juicio oral) y 431 (falsedad documental como causa de revisión) CPP. Mas allá de dichas referencias, no existe un capítulo del Código dedicado específicamente a la regulación de la prueba documental, por lo que habrá que acudir en la práctica, en cuanto resulten de aplicación, a las normas del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles reguladoras de la prueba de instrumentos (arts. 1569 y ss. CC y 254 a 291 CPC), así como a las específicas referencias normativas que sobre el documento se contienen en la regulación administrativa, mercantil, notarial, etc.

1371*d) Clasificación de los documentos*

En virtud de todo ese conjunto normativo, los documentos se clasifican en documentos públicos y auténticos, por una parte, y documentos privados, por otra. Los dos primeros se diferencian de los documentos privados por “la calidad pública del autor de que proceden, el objeto sobre que recaen y la forma con que se realizan” (GUASP).

Los *documentos públicos o auténticos* son aquellos autorizados con las solemnidades legales por el competente funcionario. *Otorgados ante Notario* e incorporados en un protocolo o registro público *se llaman escrituras públicas* (art. 1570 CC). Este precepto hace equivalentes, pues, los documentos públicos y los documentos auténticos, calificación que reciben, según lo dispuesto en el art. 260 CPC, los siguientes documentos: 1º.) Los expedidos por funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones; 2º) Las copias de los documentos, libros de actas, catastros y registros que se hallen en los archivos públicos,

expedidos por los funcionarios respectivos en la forma legal; 3º) Las certificaciones sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, dadas con arreglo a los libros por los que los tengan a su cargo; 4º) Las certificaciones de las actuaciones judiciales de toda especie, las ejecutorias y los despachos librados conforme a la Ley. Por su parte, el Código Penal, al tratar de la falsificación de documentos (arts. 283 a 287), los clasifica en documentos públicos, auténticos y privados, pero en realidad los dos primeros (documentos públicos y auténticos) poseen la misma naturaleza, pudiendo, por tanto, utilizarse una u otra expresión indistintamente.

Los *documentos privados*, contrariamente a los públicos o auténticos, no pertenecen a la esfera del ordenamiento público, sino al ámbito jurídico-privado, “pudiendo ser caracterizados, por exclusión, como todos aquellos que no entran en alguna de las categorías de documentos públicos” (GUASP) o auténticos antes señalados; es decir, en palabras textuales del art. 262 CPC, *“los hechos por personas particulares o por funcionarios públicos en actos que no son de su oficio”*. Se comprende, pues, que exista una enorme variedad de documentos privados: “asientos, registros y papeles domésticos” (art.1575 CC), “notas escritas o firmadas por el acreedor en una escritura pública que siempre ha estado en su poder” (art.1576) “escrituras privadas” (art.1578), “libros de los comerciantes, que regula el Código de Comercio y que hacen fe con arreglo al mismo (art.267 CPC); facturas, vales o pagarés, recibos, “quedan”, testamentos ológrafos no protocolizados, etc. etc.

1372

e) *La obtención de los documentos*

Para la obtención de los documentos probatorios durante la instrucción de la causa, ha de tenerse en cuenta que, según establece el art. 24 Cn, *“la correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra...”*.

Por correspondencia debe entenderse no solo la comunicación por escrito, postal o telegráfica, sino la que se transmite por otros medios, como son el fax o el correo electrónico (internet). El envío de paquetes postales también es correspondencia, ya que con ellos puede y suelen incluirse mensajes personales de carácter confidencial.

El precepto constitucional utiliza el verbo interceptar, que designa el acto de apoderarse de algo o detenerlo antes de que llegue a su destino, razón por la cual debemos excluir de la prohibición, ya que no sería interceptación: 1) El secuestro de correspondencia (papeles, documentos) en ejecución de una orden judicial de allanamiento o de registro de un establecimiento público (art. 173); 2) Los documentos obtenidos en ejecución de una requisa personal o de un registro de vehículos, muebles o compartimentos cerrados (arts.173 y 178 CPP).

El art. 183 del Código excluye del secuestro los documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo, por lo que, a *sensu contrario*, está permitida la ocupación de los demás documentos, entre los que puede existir cartas, telegramas o cualquier otro elemento similar de comunicación privada.

Estaría, no obstante, incluida en la prohibición constitucional cualquier información obtenida del servicio público de correos o de mensajería privada sobre los destinatarios y remitentes de la correspondencia.

f) El ofrecimiento de la prueba documental

La incorporación del documento al proceso con fines probatorio se hará ordinariamente a instancia de parte, mediante el trámite, durante la instrucción, del ofrecimiento de prueba, conforme a lo establecido en los arts. 314.5; 316.13; 317, inciso segundo; 318 y 320.10 CPP, referidos todos ellos a la audiencia preliminar.

El ofrecimiento de prueba, en lo que respecta a la prueba documental, deberán contener una relación de los documentos de que piensan valerse las partes, presentando o adjuntando aquellos que no obren en la causa con anterioridad. Si la parte proponente no los tuviese en su poder, “señalará el lugar en donde se hallan, para que el juez o tribunal los requiera” (art. 317 CPP).

1373

No existe inconveniente para que en el trámite de incidentes durante la celebración del juicio oral (art. 339) se ofrezca nueva prueba documental, pero será indispensable, para evitar indefensión, que la parte a la que afecte la nueva prueba tenga posibilidad de solicitar la suspensión de la audiencia por el tiempo necesario para examinar el documento apartado y contrarrestarlo con otras eventuales pruebas. El tribunal debe acceder a la misma si, por las características del documento, es razonable dar un tiempo a la parte a la que afecte su presentación para que lo estudie y formule, en su caso, pruebas que lo contrarresten. El art. 330, inciso último, del CPP dispone al respecto que “todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal, oyendo a las partes a quienes afecte la incorporación”. Del mismo modo, es posible que el tribunal acuerde la incorporación de un documento por el trámite de los arts. 352 y 355 (prueba para mejor proveer) CPP.

g) La lectura de los documentos

El art. 351 CPP dispone que “los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen”, y que “*las partes y el juez o tribunal podrán acordar por unanimidad la lectura, exhibición o reproducción parcial*” de los mismos. Al respecto, lo correcto es la lectura de los folios de las actuaciones que se consideren

esenciales para la fijación de los hechos objetos de la acusación, siendo rechazable la práctica forense de dar por reproducida la prueba documental.

h) La valoración

Queda por considerar el importante tema de la valoración de la prueba documental. Sobre el particular, debemos recordar que en el proceso penal rige con toda su fuerza el principio de la libre valoración de la prueba (art. 162, inc. último, CPP), por lo que las normas civiles, mercantiles, administrativas o notariales sobre la eficacia de la prueba documental o de instrumentos no vinculan al juez penal, aunque, por su carácter supletorio para el proceso penal y por los criterios lógicos y de experiencia que encierran, sean dignas de consideración por el mismo.

El documento privado, por ejemplo, para poder ser valorado judicialmente, debe reunir las indispensables garantías materiales de legibilidad, identificación de su autor, posibilidad de comprobar las firmas, datación de fecha y contenido comprensible. La determinación de su legitimidad ha de hacerse mediante el reconocimiento del mismo por su autor, sin que pueda admitirse en el proceso penal reconocimientos tácitos de documentos privados. Además de la exhibición para su reconocimiento por los autores del documento, el art. 207 CPP regula la forma de practicar la prueba pericial grafotécnica, basada en el cotejo de documentos por técnicos en documentoscopia.

1374

El documento público gozará, en principio, de la presunción *iuris tantum* de veracidad, de aquí que también reciban la impropia denominación de auténticos, pero su legitimidad podrá desvirtuarse en el proceso penal a través de los pertinentes medios de prueba. Pueden ser objeto de reconocimiento por el notario o funcionario que los redactó y suscribió, en caso de que el propio juez o alguna de las partes lo soliciten. También pueden reconocer documentos, los testigos que estuvieron presentes en su confección y vieron suscribir la firma de su autor en ellos.

La fotocopia de un documento auténtico se presta fácilmente a la manipulación, por lo que, salvo que sea reconocida por la parte contraria, carece de valor probatorio por no ofrecer garantía de autenticidad ni poderse demostrar la misma. Debe, pues, negarse virtualidad probatoria a un documento fotocopiado, y admitirse la validez de la fotocopia reconocida por aquel a quien eventualmente puede perjudicar su contenido, así como de la fotocopia autenticada de un documento original que reúna, a su vez, la condición de autenticidad. Tendrán validez, sin embargo, las fotocopias de documentos auténticos cuando vengan adveradas por el funcionario o notario correspondientes.

B) Reconocimiento de objetos

Existen algunos hechos cuya prueba se realiza por medio de objetos de carácter material e inanimado, entre los que deben incluirse, obviamente, como hemos visto,

los documentos, porque son objetos perceptibles por los sentidos. Evidentemente, un documento, en sentido tradicional (escritura sobre papel) o moderno (soporte informático, cintas de video o de grabación de la voz...), es un objeto susceptible de reconocimiento por su autor o terceros (testigos o peritos).

Además de los documentos, existen otros muchos objetos susceptibles de ser reconocidos en el plenario por el propio imputado, testigos y peritos. Entre dichos objetos destacan aquellos que hayan sido utilizados por el imputado para cometer o facilitar el delito, es decir, los llamados instrumentos de delito, que se incluyen dentro de la categoría más amplia de las piezas de convicción: documentos, papeles, armas, huellas, rastros, vestigios de todo tipo, etc.

El reconocimiento de objetos ha de efectuarse con ocasión de la práctica de la declaración del imputado y de las declaraciones de los testigos y peritos, si fuera necesario. Al caso de los testigos, se refiere el art. 348 CPP, que regula la forma de llevar a cabo su interrogatorio durante la vista pública, afirmándose al final del precepto que “los testigos podrán reconocer personas u objetos durante la audiencia”.

La práctica de la prueba de reconocimiento de objetos durante el plenario exigirá lógicamente la exhibición o presencia de dichos objetos: “los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento”(art. 351 CPP). El *acto de reconocimiento* consistirá en una descripción *previa del objeto por el declarante*; luego, *se le mostrará físicamente el objeto a reconocer, preguntándole si lo reconoce o no lo reconoce*. Se dará cuenta de la respuesta y demás incidentes del reconocimiento en el acta del juicio oral.

1375

C) Las grabaciones de conversaciones privadas

a) Concepto y naturaleza

Las escuchas telefónicas generan, en palabras de GIMENO SENDRA, un acto peculiar de prueba instructora anticipada que, al contrario de las demás pruebas anticipadas reguladas en el art. 270 CPP, no es suficiente con que durante la vista oral sea leída el acta que contenga las transcripciones de las cintas, sino que las mismas, una vez superada la eventual cuestión de su autenticidad, deben ser sometidas íntegramente, si lo quieren las partes, a la total audición por el tribunal, requiriéndose la unanimidad para la reproducción parcial (art. 351 CPP).

b) La prohibición constitucional

En El Salvador, existe en la práctica escaso margen para la adopción en el proceso penal de medidas restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones, porque el

art. 24 Cn dispone taxativamente que *se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas*.

c) *La autorización del poseedor del teléfono y la bitácora telefónica*

No obstante, recientemente, se han dictado dos normas que parecen legitimar un cierto uso procesal de las intervenciones telefónicas.

En efecto, en art. 302 CPP (DL 280/2001 de 8 de febrero), se ha introducido un inciso del siguiente tenor: *“En el marco de una investigación judicial o de la Fiscalía General de la República, no se considerará como interferencia o intervención telefónica, ni violación al derecho a la intimidad, cuando se estuvieren recibiendo amenazas, exigiendo rescate de una persona que estuviere privada de libertad o secuestrada o se pidiera el cumplimiento de determinados hechos a cambio de la liberación de dicha persona, o a cambio de no intentar ninguna acción penal o se trate de delitos de crimen organizado, y la víctima, el ofendido o su representante, en su caso, solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República, la escucha y grabación de las conversaciones o acciones en que se reciban tales amenazas o exigencias. La escucha y grabación así obtenida podrá ser utilizada con fines probatorias en juicio y, en este caso, deberá ser valorada por el juez”*.

1376

Por su parte, la *Ley de Telecomunicaciones* ha sido objeto, en idéntica ocasión (DL 282/2001, de 8 de febrero), de la adición de un nuevo Título V-Bis, capítulo único, que lleva por título *“Cooperación con las Instituciones del Sistema de Justicia”*, el cual, en su art. 42-B, establece que los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones *brindarán información relativa al origen, dirección, destino o terminación de la marcación o recepción de llamadas telefónicas de los números de sus usuarios que se encuentren bajo investigación*, que se hayan generado o recibido por medio de equipo, facilidades o servicios de telecomunicación del operador de telefonía.

La reforma del art. 302 CP parte de la consideración de que el art. 24 Cn prohíbe solo la *interferencia e intervención* de las comunicaciones telefónicas, es decir, la subrepticia presencia de un tercero en la conversión de otros, ignorantes de que están siendo escuchados y/o grabados. Por lo que sería legal la grabación por un interlocutor de la conversación verbal o telefónica que mantenga con otro o la grabación que haga un tercero (la policía, por ejemplo), con autorización de uno de los interlocutores, de una conversión de este con terceros.

Es más discutible la reforma a la *Ley de Telecomunicaciones*, que pretende legitimar lo que en el argot policial se denomina “bitácora” telefónica. La razón de ello es que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 24) es autónomo respecto del derecho a la intimidad (art. 2 Cn), y tiene carácter rigurosamente formal (MORENO CATENA), por lo

que carece de relevancia, a los efectos que estamos considerando, el contenido de la conversación, ya que lo que es objeto de protección constitucional es la conversación misma. Por tal razón, se mantiene en otros ordenamientos jurídicos que no puede aceptarse como prueba el llamado recuento (*metering*), que es la información dada por un aparato-contador sobre los números marcados, el tiempo de duración de la llamada y el día y la hora exacta en que se produjo.

En cualquier caso, al margen de las anteriores disquisiciones, es lo cierto que un cierto margen de actuación existen en El Salvador para el uso de las grabaciones de las escuchas telefónicas con fines de investigación y prueba de los delitos de amenazas, secuestro y delitos del crimen organizado, siempre que la víctima, el ofendido o su representante (art. 12 CPP) solicitaren o permitieren por escrito a la Fiscalía General de la República la interceptación de su teléfono y la grabación de determinadas conversaciones. En el caso de que no hubiese solicitud por escrito a la Fiscalía, y la conversación fuere grabada por la víctima del delito o por su representante, las correspondientes cintas podrían ser apreciadas, como prueba, con independencia del tema de su autenticidad.

No se exige, pues, por la ley la previa autorización judicial autóricamente de la intervención, lo que es coherente con el hecho de que sea el propio titular del teléfono, directo o indirecto, quien renuncie, con ciertos límites, a su derecho al secreto de las comunicaciones. Por tanto, no cabe plantearse el supuesto, típico en el Derecho Comparado y que será una realidad en El Salvador cuando se modifique el art. 24 Cn, de que la interceptación telefónica se produzca por decisión judicial y en relación con la persona sospechosa de la comisión de un hecho delictivo.

1377

d) Los requisitos de la intervención telefónica (de lege ferenda)

Cuando dicha reforma constitucional tenga lugar, las exigencias o requisitos materiales y formales de la intervención telefónica (STS 3 de junio 1995) serán las siguientes:

- 1) La *proporcionalidad* de la medida, en cuanto sólo los delitos graves pueden dar lugar a una intervención telefónica, durante el tiempo indispensable (STC 17/1/1994).
- 2) La *necesidad de la escucha telefónica*, como una de las manifestaciones de la proporcionalidad, en el sentido de que solo serán legítimas las escuchas telefónicas si son realmente imprescindible, tanto desde la perspectiva de su probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención (STC 31/1/1985).

- 3) La *especialidad de la materia a investigar*, porque no cabe decretar la intervención telefónica para proporcionar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco; antes al contrario, se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando, que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación del dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales.
- 4) La *previa existencia de indicios delictivos*, no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas, en tanto que es la probabilidad de la presunta infracción la que marcará la pauta a seguir, que en eso precisamente consiste la proporcionalidad (...).
- 5) La existencia de una *previa resolución judicial* que autorice la medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Dicha resolución, que revestirá la forma de auto, deberá estar suficientemente *fundamentada o motivada*, con el fin de poner de manifiesto los presupuestos constitucionales y legales de la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

1378

e) *La práctica de la prueba*

La audición de las grabaciones debe llevarse a cabo durante la instrucción de la causa, por el trámite de la prueba anticipada (art. 270 y 271 CPP), en presencia judicial y con citación de las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias (art. 270). El imputado será preguntado sobre la autenticidad de las cintas, en todo o en parte, y, si niega la misma, deberá acordarse la realización de una prueba pericial fonográfica.

Para la verificación de la autenticidad de una cinta de audio, la prueba pericial más adecuada puede ser el cotejo de voces, cuyo procedimiento es parecido al previsto para el cotejo de documentos en el art. 207 del Código. Al juez o tribunal no les vincula el dictamen pericial, máxime en una materia de directa observación por quien ha de decidir, a la postre, la culpabilidad o la inocencia.

Durante la vista pública, que es el supuesto a que se refiere el art. 351 que comentamos, las partes procesales (fiscal, querellante, abogado defensor) y el propio tribunal podrán exigir la audición total de la grabación (art. 351 CPP), siendo necesaria la unanimidad para la audición parcial. La previsión legal de imponer la completa audición, salvo unanimidad en lo contrario, carece de sentido, ya que, a veces, esa operación requeriría mucho tiempo. En cualquier caso, los pasajes mas determinantes de las

grabaciones deben ser oídos por el tribunal, con el fin de que pueda valorar su contenido según las reglas de la sana crítica.

D) La prueba videográfica

Entre las pruebas audiovisuales a que se refiere el art. 351 CPP, debemos incluir la que suele denominarse prueba videográfica, que, al igual que las grabaciones telefónicas, constituye un acto de prueba instructora anticipada, al que es de aplicación, con las debidas adaptaciones, lo dicho al analizar las escuchas telefónicas, aunque en el caso de las videofilaciones lo que puede estar en juego no es el derecho al secreto de las comunicaciones sino los derechos a la intimidad, a la propia imagen y, en su caso, a la inviolabilidad del domicilio.

La importancia de la prueba videográfica radica en que puede tener una considerable fuerza de convicción, ya que, en ocasiones, acreditada su autenticidad — mediante la inspección judicial, el reconocimiento de objetos, el examen pericial o la declaración testifical, entre otras posibilidades—, se aproxima a la prueba directa de percepción judicial de los hechos enjuiciados, como realmente ocurrieron, sin intermediario alguno, a la manera en que puede suceder con la inspección ocular en un pleito civil.

1379

La recepción de la prueba videográfica tiene lugar exhibiendo y reproduciendo las cintas (art. 331 CPP), y haciendo interrogar sobre su contenido al imputado, testigos y peritos. Para la reproducción parcial de las cintas se requiere el acuerdo unánime de todos (las partes y el juez o tribunal), por lo que la reproducción de aquellas ha de ser, en principio, completa.

Tras el plenario llegará el momento de la valoración de la prueba videográfica, debiendo seguirse las reglas de la sana crítica, norma hermenéutica establecida en el art. 162, último inciso, del Código Procesal Penal, que es un sumatorio de las reglas de la lógica y de la experiencia.

La confirmación de la autenticidad de las cintas, mediante eventuales pruebas pericial, testifical y de confesión judicial, en su caso, y a través del visionado por el tribunal, es una condición *sine qua nom* para la posterior valoración del contenido.

Podrá darse validez a una prueba videográfica no visionada cuando estemos en presencia de una verdadera prueba anticipada (art. 270 CPP), situación en la que simple y llanamente será imposible la reproducción, por pérdida o destrucción *ex-post* del material videográfico.

En todo caso, en relación con aquellas videofilaciones que, por el lugar de su realización, afecten claramente al derecho a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio

o de lugares asimilados al mismo, debe comprobarse que se han cumplido los requisitos legalmente previstos para la limitación de los derechos fundamentales (previa autorización judicial, expresa y motivada; proporcionalidad de la medida...) y declarar la invalidez de las filmaciones si éstas hubiesen sido en el supuesto contrario de la ilícitamente obtenida, conforme a lo dispuesto en los artículos 15, 162 y 225 del Código Procesal Penal.

Con el fin de ampliar el análisis de la cuestión básica de la valoración judicial de la prueba videográfica, remitimos al lector al capítulo XXII, págs. 585 a 591, de nuestro libro “La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño. En el mismo se analizan brevemente los siguientes supuestos de filmaciones videográficas: Las filmaciones del interior de una morada; las filmaciones del interior de un establecimiento público; la videofilmación automática en los bancos; instalaciones públicas y privadas y entorno de edificios; las filmaciones o fotografías de un hecho delictivo efectuadas por particulares en las vías o espacios públicos; las filmaciones o fotografías efectuadas por los medios de comunicación social; las videofilmaciones de la policía para la investigación de un delito ya cometido, y las videofilmaciones indiscriminadas por la policía de lugares públicos.

E) La prueba informática

1380 La información contenida en las computadoras tiene como soportes físicos una amplia gama de dispositivos a los que llamaremos *unidades informáticas de almacenamiento de datos*, cuya función es el almacenamiento, protección y recuperación de los mismos: unidades de disco duro, unidades de cinta y de cassettes, discos ópticos, etc.

Dichas unidades informáticas, que forman parte del *hardware* de las computadoras, tienen la naturaleza jurídica de documentos, por asimilación funcional y cuasimaterial a los documentos tradicionales sobre papel. Por tal razón, el medio legal de prueba que debe utilizarse para la aportación de las mismas al proceso es el previsto para la prueba documental, con las adaptaciones que exigen las particularidades del documento electrónico, que son las siguientes: a) Su constancia en aparatos de alta sofisticación tecnológica; b) La necesidad de disponer de una clave, más o menos compleja, de apertura, ya que la computadora es por naturaleza un “compartimento cerrado” (art. 178, último inciso, CPP); y c) La facilidad de manipulación de la información computarizada, aunque un buen experto informático lo puede detectar.

La prueba informática preconstituida puede resultar indispensable por razones operativas, en casos de especial complejidad, o al menos conveniente, dado el material de que se trata, aunque si fuese un supuesto sencillo podría obviarse y visionarse en el juicio oral el contenido de las unidades informáticas secuestradas.

En cualquier caso, si la prueba anticipada es reproducible en el juicio oral, habrá que reproducirla; si no lo fuere, porque no sea posible o porque lo consientan las partes y el tribunal, habrá que proceder a la lectura del acta relativa a la prueba anticipada y someter al perito o peritos informáticos al interrogatorio de las partes sobre su idoneidad y el contenido de su dictamen.

Además de la prueba pericial, pueden las partes proponer otras pruebas complementarias para la verificación de la autenticidad de la información obtenida, como serían la prueba de inspección judicial (art. 163, por analogía y el CPC), que sólo afectaría a las exterioridades del hardware de la computadora(s), incluyendo las unidades de almacenamiento de datos y el lugar físico donde se hallaban; la prueba testifical, si el manejo de la computadora en cuestión fue presenciado por otras personas que pueden testimoniar al respecto; en fin, la propia declaración del imputado puede ser otro medio de prueba adecuado y complementario para la verificación de la autenticidad de la prueba informática.

F) Los careos

Se menciona en el último inciso del art. 351 que se podrán efectuar careos, entendiendo por careo “el acto procesal consistente en la confrontación de las declaraciones de dos o más imputados o testigos, ya interrogados con anterioridad, encaminado a obtener el convencimiento del titular del órgano jurisdiccional sobre la verdad de algún hecho en el que sus declaraciones como imputados o testigos estuvieren discordes” (FENECH).

1381

En realidad, “el careo no es propiamente un medio de prueba autónomo e independiente, sino una diligencia encaminada a contrastar las manifestaciones o interrogatorios de los procesados y las declaraciones de los testigos al objeto de depurar su contenido y tratar de salvar o aclarar las contradicciones o discordias que en ellos se aprecien” (STS 31-01-89), contribuyendo a formar la convicción judicial a partir, más que del contenido de las declaraciones en sí, de la sensación de firmeza y coherencia y, por tanto, de credibilidad que ofrezcan al juez los careados.

Normalmente, el careo tendrá el carácter de prueba anticipada, que tiene acceso al juicio oral por la vía del art. 330 CPP (incorporación mediante lectura). Como prueba anticipada, será de aplicación lo dispuesto en el art. 270 CPP. No obstante, tal y como señala el precepto que comentamos (art. 351), durante el *juicio oral* también se podrán efectuar careos, lo que no es óbice para afirmar que por lo general el momento más oportuno para su práctica es el de la fase de instrucción. Sin embargo, en ocasiones resultará de una extraordinaria utilidad, ya que con el careo se puede romper la estrategia de quién no dice verdad, pudiendo percibirse por el juzgador elementos emotivos esenciales para la mayor o menor credibilidad de los declarantes, dada la tensión emocional y el factor sorpresa que suele caracterizar al acto.

En cuanto a su forma de realización, se seguirá el siguiente procedimiento, conforme a lo establecido en el art. 220 CPP: a) Se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias, o que se resaltará el punto de contradicción; b) Se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias, invitándoles a que libremente traten de ponerse de acuerdo, y c) Posteriormente, se podrán solicitar de los careados, por las partes y el juez o tribunal, explicaciones complementarias para desvanecer conceptos oscuros o contradictorios, e interrogarlos sobre el punto de contradicción. Comenzará el citado interrogatorio la parte que propuso la diligencia de careo y a continuación las otras partes, en el orden que considere conveniente el juez o presidente del tribunal. En dicho interrogatorio las preguntas deberán concretarse a los puntos de contradicción, y se aplicarán las reglas establecidas para el interrogatorio de testigos en el art. 348 CPP.

G) La reconstrucción del hecho delictivo

La prueba de reconstrucción durante el juicio oral se menciona expresamente en el último inciso del art. 351 CPP, en el que, tras hacer alusión a otros medios de prueba distintos a los clásicos (pericial, testifical, declaración del imputado...), dispone que se podrán efectuar careos o reconstrucciones.

1382 Sin embargo, el juicio oral no es momento más adecuado para la reconstrucción del hecho, por la ruptura de la continuidad del debate y por la dificultosa operatividad que la práctica de dicha prueba exige. Por tal razón, la reconstrucción en el plenario debe tener carácter excepcional, entre otras razones porque su realización exige la suspensión del acto solemne del juicio oral para trasladarse a otro lugar, lo que choca con los principios de concentración y publicidad informadores del proceso penal en la fase de plenario. Pueden hacerse, no obstante, en la propia sala de audiencia simulacros sencillos de los hechos que configuran parte de la acusación o que desea contrarrestar la defensa.

En cualquier caso, la prueba de reconstrucción del hecho requiere para su realización que el tribunal sentenciador la considere pertinente y necesaria para la resolución del caso, características que hacen alusión, respectivamente, a la relación de la prueba con el objeto del debate (*thema decidendi*) y a la utilidad de la misma para la averiguación de la verdad (art. 162 CPP).

En el supuesto de que se acuerde su realización, debe tenerse en cuenta lo dicho en el comentario al art. 170 CPP, a cuyo tenor no se obligará al imputado a intervenir en la reconstrucción del hecho, aunque sí deberá estar presente, con independencia de que decida o no colaborar en la misma.

352

PRUEBA PARA MEJOR PROVEER

El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen nuevos hechos que requieran su esclarecimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 205 (peritos nuevos), 333.6 (suspensión por revelación inesperada), 343 (ampliación de la acusación), 344 (modificación esencial de la calificación jurídica), 355 (reapertura de la audiencia para recibir otras pruebas), 362.3 (afectación del principio de legalidad de la prueba como vicio de la sentencia), 373, último inciso (reapertura de la audiencia para recibir nuevas pruebas), 359 y 362.8 (falta de congruencia en la sentencia)

II. COMENTARIO

a) *Aportación de hechos en el plenario que requieran nueva prueba*

1383

Durante la celebración del juicio oral, existen las siguientes posibilidades de *introducir en el debate nuevos hechos* o circunstancias que por su trascendencia procesal pueden requerir la práctica de nuevas pruebas:

1. El fiscal y el querellante pueden *ampliar la acusación mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia no mencionados en el auto de apertura a juicio* que dé lugar a modificaciones en la pretensión penal y civil por ellos deducida, es decir, que produzca una modificación esencial de la imputación. *Se trataría del supuesto previsto en los arts. 333.7 y 343 CPP*, que tiene como consecuencia la *inclusión de tales hechos* o circunstancias nuevos en la acusación, con la consiguiente posibilidad de proceder a la suspensión de la audiencia, a instancia de parte, para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.
2. Puede suceder que, *sin que se produzca un cambio esencial en la imputación* o, lo que es lo mismo, en la acusación, *aparezcan nuevos hechos, relacionados con los hechos comprendidos en aquella*, que requieran su esclarecimiento. De este supuesto tratan de una manera poco sistemática y reiterativa los arts. 333.6, 352 y 355 CPP, que regulan los tres supuestos siguientes de recepción de nuevas pruebas:

- 2.1. *Como consecuencia de alguna revelación o retractación inesperada en el plenario.* El art. 333.6 describe el tipo de hechos a que nos referimos como producto de “*alguna revelación o retractación inesperada (que) produce alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria*”. Dicha situación ha de dar lugar a la suspensión de la audiencia, a petición de parte, conforme a lo establecido en el art. 334 CPP, siendo incluso posible que la causa vuelva al juez de instrucción para que se complemente la misma.
- 2.2. *Como diligencia para mejor proveer durante la audiencia.* El art. 352, objeto del presente comentario, se refiere, por su parte, a la aparición durante la audiencia de “*nuevos hechos que requieran su esclarecimiento*”, debiendo considerarse como tales los hechos o circunstancias que, sin ser producto de una revelación o retractación inesperada (art. 333.6), aconsejen la práctica de nueva prueba por razones de justicia material.
- 2.3. *Como diligencia para mejor proveer durante la deliberación.* El art. 355, por último, aunque referido al momento de la deliberación, tiene idéntico sentido, previendo la reapertura de la audiencia si “*el tribunal estima absolutamente necesario recibir otras pruebas respecto de hechos nuevos*”. Se trata de un supuesto de hecho prácticamente idéntico al contemplado en el art. 352, pero que tiene lugar durante la deliberación previa a la sentencia.

b) *La diligencia de prueba para mejor proveer durante la audiencia*

Limitando nuestro análisis al art. 352 CPP, este precepto prevé un supuesto de práctica de nuevas pruebas, a instancia de parte o de oficio, cuando surjan durante la audiencia “nuevos hechos que requieran su esclarecimiento”.

Cabe pensar en la sorpresiva declaración del propio imputado o en la incriminación inesperada de uno de los coimputados contra otro; en la afirmación de un testigo que, por su trascendencia, aconseja su confirmación probatoria; en la aportación, en fin, al comienzo de la vista pública, de un documento de considerable trascendencia para el enjuiciamiento, que exija, por ejemplo, una prueba complementaria para determinar su autenticidad.

Otro supuesto de práctica de prueba a iniciativa del tribunal lo encontramos en el art. 205 CPP, a cuyo tenor si los informes de los peritos discrepan en puntos fundamentales, el juez o tribunal podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que evalúen las conclusiones y, si es necesario, realicen otra vez el peritaje. El precepto será de más corriente aplicación en la instrucción, pero

no cabe excluir su uso extraordinario durante el plenario, dado que la facultad que contiene la refiere también al tribunal sentenciador.

Asimismo, puede considerarse como un supuesto de prueba para mejor proveer el interrogatorio por el presidente y los otros miembros del tribunal de los peritos y testigos, del que señala la ley que se llevará a cabo con “las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone (art. 348, último inciso). También permite la ley un cierto protagonismo del tribunal en la toma de la declaración del imputado durante el plenario y en la aclaración de las contradicciones, respecto a anteriores declaraciones, en que pudiese incurrir (art. 340 CPP).

Se trata, en realidad, refiriéndonos a la práctica de nuevas pruebas a iniciativa del tribunal, de una facultad cuyo uso indebido afectaría al principio acusatorio, que se caracteriza porque la carga de la prueba corresponde a los acusadores (art. 4 CPP), por lo que, en puridad, los hechos no probados deberían resolverse conforme a la regla del *in dubio pro reo* (art. 5 CPP).

Sin embargo, el legislador salvadoreño ha optado por admitir una cierta autonomía jurisdiccional en la práctica de la prueba en el plenario, cuya iniciativa puede tenerla el tribunal en casos excepcionales. Dicha posibilidad, que es la que establece el art. 352 CPP, no parece ser contraria al modelo del debido proceso que configura la Constitución de la República, pero ha de ejercitarse con exquisito cuidado, con el fin de que el tribunal no traspase en exceso las exigencias del sistema acusatorio y el deber de imparcialidad que la ley le impone.

1385

Lo más usual en la práctica es que la prueba para mejor proveer la soliciten las partes: fiscal, querellante, defensor, el propio imputado en el ejercicio de su derecho a la autodefensa o defensa material. Ahora bien, por lo general, dicha petición será extemporánea-salvo cuando realmente hayan surgido hechos nuevos como consecuencia de la prueba practicada que hagan conveniente practicar nueva prueba-, porque el ofrecimiento de prueba por las partes para su recepción en el plenario ha de tener lugar antes de la audiencia preliminar; en concreto, por la vía de los arts. 314 (escrito de acusación) y 316 (escrito de defensa y del querellante) CPP. En cuanto al propio imputado, su facultad de proponer medios de prueba ha de ejercerla con ocasión de la declaración indagatoria (art. 259, último inciso) e incluso durante la celebración de la audiencia preliminar (art. 320 CPP), salvo, vuelve a repetirse, que surjan hechos nuevos durante el plenario que hagan absolutamente necesario realizar nuevas pruebas.

c) *Requisitos de la práctica de la prueba para mejor proveer*

Para que el tribunal pueda acordar la práctica de nuevas pruebas para mejor proveer, será necesario que hayan surgido en el plenario *hechos nuevos relacionados con los hechos comprendidos en la acusación*, es decir, con los hechos objeto del

juicio, sin que de ninguna manera pueda el tribunal introducir hecho alguno en el debate procesal, coadyuvando de esa manera en la tarea que exclusivamente incumbe a la acusación.

Ha de tratarse, por otra parte, de *hechos que por su trascendencia o importancia exijan su esclarecimiento*. De la misma forma que lo establecido en el art. 355 para la reapertura de la audiencia, hará falta que sea *absolutamente necesario* recibir otras pruebas.

Tanto el art. 352 como los arts. 355 y 333.6 están describiendo una *facultad excepcional, de uso restringido y para supuestos extraordinarios*, cuyo ejercicio no afecta al principio acusatorio, porque no se trata de introducir nuevos hechos por el tribunal -los hechos han de surgir de la práctica de la prueba propuesta por las partes-, y porque la prueba en sí, en cuanto a su resultado, tiene carácter neutro, ya que puede tanto favorecer como perjudicar a alguna de las partes en conflicto. En cualquier caso, la decisión jurisdiccional de practicar nuevas pruebas ha de adoptarse con *imparcialidad*, dato que es verificable *ex-post*, en caso de recurso de la sentencia, mediante el cuidadoso estudio de la causa.

1386 La diligencia ordenando prueba para mejor proveer se podrá acordar durante el desarrollo de la vista pública y antes de la discusión final y cierre del debate, pues a partir de ese momento el tribunal solo podrá acordar la práctica de las pruebas que sean absolutamente necesarias por la vía de la reapertura de la audiencia, al amparo del art. 355 CPP.

La facultad que estamos examinando la tiene no solo el tribunal de sentencia integrado por tres jueces, sino el tribunal de sentencia integrado por un solo juez (art. 53) y el tribunal del jurado (art. 373, último inciso), puesto que a la vista pública del juicio por jurados le son de aplicación las normas establecidas para el juicio común (art. 372).

Finalmente, el art. 352 no establece plazo alguno para la recepción de las pruebas para mejor proveer, ni hace mención a la suspensión de la audiencia, si fuera necesario. Por consiguiente, dado que existen pruebas que requieren inevitablemente la suspensión y teniendo en cuenta que podrá acordarse la recepción de cualquier prueba, la referida laguna legal debe integrarse con lo dispuesto en los arts. 355, inciso 2º., y 333, inciso 1º. CPP; en consecuencia:

- 1) Si es posible, se ordenará que la nueva prueba se practique al instante, sin suspensión de la vista pública, pudiendo practicarse mientras tanto las otras pruebas propuestas por las partes.

- 2) En caso contrario, y a pesar de que se haya suspendido el juicio por aplicación del art. 333, no habrá más remedio que acordar de nuevo la suspensión, ordenándose acto seguido la citación urgente de quienes deban declarar o la realización de los actos correspondientes.
- 3) La suspensión que se acuerde en cualquier caso no debería ser superior a diez días, computados continuamente, sin que deba agotarse dicho plazo cuando sea factible acelerar la realización de la nueva prueba (principio de concentración), por ser éste el máximo establecido para la suspensión en el art. 333 CP y la razón de identidad de ambos casos. No obstante, hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho contemplado en el art. 352 es distinto al del art. 333, por lo que podría mantenerse que las prescripciones de este último artículo sobre la suspensión no son de aplicación al caso contemplado en el art. 352.
- d) *Consecuencias del abuso de la facultad de acordar pruebas para mejor proveer*

Como remedio procesal contra el mal uso de la facultad jurisdiccional de practicar nuevas pruebas, ha de tenerse en cuenta que el art. 362.3 CPP considera, entre los defectos o vicios de la sentencia que habilitan la casación, el que aquella se base “en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio”.

1387

Por otra parte, en el caso de que, por el mal uso de lo dispuesto en el art. 352 y 355, el tribunal incluya en la sentencia hechos o circunstancias no establecidos por la acusación, existirá igualmente otro defecto de la sentencia habilitante de la casación, consistente en la inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio (art. 362.8 CPP). No será considerada una ampliación, dice el art. 343, inciso 2º. CPP, la corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión.

353

DISCUSIÓN FINAL Y CIERRE DEL DEBATE

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá, sucesivamente, la palabra al fiscal, al querellante, al defensor y al responsable civil subsidiario, para que en ese orden expresen sus conclusiones finales. No se leerán memoriales, sin perjuicio de la lectura parcial de notas.

Si intervienen dos o más fiscales, defensores o abogados directores, todos podrán hablar, distribuyéndose sus tareas, para evitar repeticiones o dilaciones.

Todas las partes podrán replicar, pero corresponderá al defensor la última intervención.

La réplica se limitará a la refutación de los argumentos adversos que antes no hayan sido discutidos.

El presidente del tribunal impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. En caso de manifiesto abuso de la palabra, llamará la atención al orador, y si éste persiste, puede limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, la prueba recibida y las cuestiones a resolver. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto.

Por último, si está presente la víctima y desea declarar, se le concederá la palabra. Finalmente, el Presidente del tribunal preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 (derecho de audiencia), 12 (garantías de la defensa)
- CPP, 13.4 (derecho de la víctima a participar en la vista pública), 331 (facultad disciplinaria del presidente del tribunal), 336 (dirección de la audiencia por el presidente del tribunal), 338 (explicación de la acusación), 339 (limitación de tiempo en la discusión de los incidentes), 340 (explicación de la orientación de la defensa), 342 (facultad del imputado de intervenir en el curso de la audiencia)
- PIDCP, 14.3.d (derecho de defensa personal)
- CADH, 8.2.a (defensa personal)
- CEDH, 6.3 c (derecho de defensa)

II. COMENTARIO

A) Conclusiones

El juicio oral se configura como una lucha dialéctica entre posturas enfrentadas, acusación y defensa. Cada una de ellas puede a su vez estar integradas por una o varias partes, según sea singular o plural el sostenedor de la acusación, o sean uno o varios los imputados y sus respectivos defensores.

Regido el juicio por el principio de contradicción, cada parte, tras el planteamiento inicial al que se refieren los artículos 338 y 340 CPP, ha tenido ocasión de enfocar su respectiva pretensión al logro de que, a medida que progresa el juicio con la práctica de la prueba, el tribunal comparta sus criterios.

Pues bien, una vez finalizada la prueba, el artículo 353 CPP concede a los intervinientes la ocasión de exponer sus conclusiones. Estas conclusiones son el resultado de la ponderación por cada parte de la prueba practicada, cuyo resultado puede aconsejar mantener intacta la pretensión sostenida al comienzo del juicio, o bien la modificación de la misma. Si se opta por la introducción de alguna modificación sobre la pretensión inicial, es claro que estará inevitablemente condicionada por la postura que en el proceso mantenga la parte respectiva, de suerte que si se trata de la acusación, la modificación no alterará su planteamiento general, ni su básica postura inicial, ni por ello supondrá dejar de ostentar la pretensión punitiva. Lo mismo puede decirse acerca de la defensa, si bien en sentido contrario.

Pese a lo que acaba de decirse, existe la posibilidad, aunque infrecuente, de que la parte acusadora retire su acusación en el momento de exponer sus conclusiones. Si así sucede, será debido a que sea notoria y evidente la carencia probatoria desarrollada durante la vista y obvia su insuficiencia para reforzar la pretensión acusatoria de condena. En tal caso, si retira la imputación la única parte acusadora, o todas ellas si son varias, la vista debería finalizar, pues el principio acusatorio conlleva que la falta de acusación la prive de sentido. Si, por el contrario, siendo varias las partes que sustentan la acusación, no todas retiran la imputación, deberá proseguir la vista por los trámites del artículo 353 CPP.

1389

Las conclusiones finales no han de ser necesariamente idénticas a las pretensiones formuladas inicialmente, que en otros ordenamientos, como el español, reciben el nombre de conclusiones provisionales. Según cual haya sido el resultado probatorio, puede ser más aconsejable la alteración de aquellas que el rígido mantenimiento a ultranza de una postura que la prueba practicada hace a todas luces inviable y que, por ello, en bien poco aprovechará a la parte que se resiste a valorar con realismo el resultado de la prueba.

El contenido de las conclusiones está condicionado por la postura procesal, de modo que el responsable civil subsidiario limitará el contenido de las suyas a los aspectos relativos a la responsabilidad civil que se le achaca, sin entrar en las cuestiones atinentes a la responsabilidad penal.

El Código Procesal Penal no distingue expresamente dos momentos determinados para la exposición de las conclusiones finales y para la argumentación de las mismas. No se prevé un turno para la exposición breve y concisa de las conclusiones de cada una de las partes y otro para la exposición dialéctica del alegato o informe en base al cual se defiende el contenido de dichas conclusiones y la procedencia de que sean asumidas por el tribunal.

Si mediante las conclusiones aparece definitivamente clara la postura y las concretas pretensiones de cada una de las partes, es fundamental la importancia del

alegato o informe final, mediante el cual se explica la razón de que las conclusiones sean precisamente las expuestas y no cualesquiera otras, se establece la relación lógica entre la prueba practicada, su resultado y el contenido de dichas conclusiones y, en fin, se aspira a que el tribunal llegue a compartir la opinión de la parte y plasme la misma en su sentencia.

Es, por lo tanto, básica la importancia del informe final, que a continuación se analiza, sin que deba olvidarse que dicho informe se entrelaza, en su exposición, con las conclusiones pues, como acaba de decirse, no hay dos momentos procesales distintos para la exposición que debe hacer cada parte de sus conclusiones y del informe que ha de argumentar las mismas.

B) Informe final

a) Función del informe

Pretende con su informe el orador explicar, persuadir y convencer al Tribunal de la justicia de sus peticiones.

1390 De ahí, que el informe oral responda siempre a un debate dialéctico y contradictorio, con razonamientos que tienen por objeto criticar las tesis o conclusiones de los adversarios y defender y justificar las propias, con la ayuda de argumentos más o menos sólidos. Se trata de una verdadera discusión —más o menos extensa, más o menos detenida— sobre la materia u objeto del juicio que pronto finalizará.

En definitiva, con el informe cada parte intenta influir, dirigir y moldear el juicio del órgano decisor (mover su conciencia), con miras a obtener una resolución favorable a sus pretensiones. Además, es lógico y consustancial al derecho de defensa.

b) Orden de intervención de las partes

En cuanto al orden en que deben emitirse las conclusiones finales y el informe oral en el que las mismas se argumentan, el artículo 353 CPP es claro al decir que el presidente del tribunal concede primero la palabra al fiscal, luego al querellante, al defensor y al responsable civil subsidiario.

Pudiera ocurrir que intervengan dos o más fiscales, defensores o abogados directores. Este supuesto es expresamente contemplado por el citado artículo 353, que dispone en su segundo párrafo que en tal caso todos podrán hablar, si bien distribuyéndose sus tareas, para evitar repeticiones o dilaciones.

Por lo que respecta al orden en que han de informar los abogados de la acusación, cuando haya varios, o los de la defensa, cuanto también sean más de uno de los de

esta clase, se trata de una cuestión que no deja de tener importancia, puesto que cabe la posibilidad de que sea susceptible de influir en mayor grado en el tribunal el alegato de quien intervenga en último lugar, no sólo por su mayor proximidad temporal al momento de la deliberación, sino también porque al hablar después de los demás, tiene la ocasión de rebatir sus tesis. Ciertamente es que esta eventualidad se ve disminuida por la existencia de un turno de réplica, previsto en el tercer párrafo del artículo 353 CPP, pero también que seguirá teniendo la citada ventaja quien replique en último lugar.

Tanto en la primera intervención, como en la réplica, se ordena por la Ley que el defensor intervenga en último lugar, pero el problema se suscita cuando son varios los acusadores particulares o querellantes, o plurales los defensores, cuyos intereses pueden ser comunes, pero también divergentes. En este caso, considero que, por lo que respecta a las acusaciones, tras el fiscal deberán intervenir los acusadores particulares, si los hay, por el orden que corresponda a la gravedad de su pretensión punitiva, de suerte que en primer lugar lo haga quien formula una acusación más grave y a continuación los demás, sucesivamente. Y si la pluralidad concurre en las defensas, en primer lugar debería intervenir el defensor del imputado respecto del que se solicita la imposición de una pena de menor gravedad, para hacerlo luego los demás, siguiendo el mismo criterio y, finalmente, el abogado del imputado sobre el que se cierne la posibilidad de una pena más elevada.

1391

c) Estructura del informe

El informe ha de ser preparado a conciencia, lo que sólo puede hacerse a partir del profundo conocimiento del proceso en el que se emite y, por lo tanto, del reflejo que los hechos objeto del mismo han tenido en el juicio oral que está a punto de finalizar.

Una vez realizado el estudio general del asunto, hay que trazar mentalmente, primero, y a continuación sobre el papel, la línea general o básica de ataque o de defensa, según se trate de la acusación o de la parte contraria a ésta. A continuación, pueden plantearse algunas hipótesis alternativas, porque la lógica del Derecho es la lógica de las posibilidades. Dicho de otro modo, ha de plantearse el informante, en primer lugar, qué es lo máximo que puede proponer al tribunal y, en su defecto, qué otras posibilidades tiene, siempre partiendo de las que pueden tener su base de planteamiento en la prueba que acaba de practicarse.

Parece elemental que el informe haya de seguir, en su estructura, el mismo orden de las conclusiones, a las que ha de acomodarse. Sin perjuicio de ello, puede ser conveniente que una primera parte de la exposición, forzosamente breve, se destine a recordar cuál es la pretensión global de la parte de que se trate, según se pretenda una sentencia condenatoria o absolutoria.

A continuación, intercalando los argumentos puramente jurídicos con las observaciones concretas sobre el contenido y el resultado de la prueba practicada, deberá razonarse acerca de la medida en que el resultado probatorio se ajusta a las conclusiones que formula la parte que interviene. Fundamental es, por lo tanto, exponer la prueba que apoya la conclusión fáctica que sostiene el informante, procurando, al hilo de la propia exposición, desvirtuar los apartados correlativos de las conclusiones de las demás partes cuya pretensión es contraria a la de quien está hablando, que lo ha de hacer en forma razonada y razonable, intentando transmitir a los miembros del tribunal su firme convencimiento en lo acertado de lo que está diciendo, con la finalidad de que lleguen a hacer suyas las convicciones jurídicas del informante acerca del juicio sobre el que versa su alegato.

d) Principios del informe

Podemos decir, siguiendo a SERRANO BUTRAGUEÑO, que en un sentido lato, los principios que inspiran los informes del juicio oral no son otros que los valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia e igualdad (arts. 1 y 3 Cn).

1392 Igualdad, porque como se dice en la exposición de motivos del Código Procesal Penal y queda plasmado en su artículo 14, debe quedar garantizada la igualdad de las partes en el proceso penal, sin permitir discriminación de ninguna clase.

Libertad, porque de acuerdo con el sistema acusatorio que rige el procedimiento penal, las partes pueden preparar con perfecto conocimiento de causa los respectivos elementos de cargo y de descargo y hacer sus acusaciones o defensas con libertad completa. Deben gozar de la más amplia libertad para el desempeño de su respectiva misión, lo mismo los acusadores que los defensores.

Justicia, porque en eso consisten precisamente los informes: en pedir al Tribunal que haga justicia, esa constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde.

En un sentido más estricto y mucho más pragmático, el mismo SERRANO BUTRAGUEÑO sintetiza las principales características o principios del informe oral. Señala que el orden ha de presidir los informes orales de las partes o, lo que es lo mismo, los informes tienen que ser ordenados. Además, deben ser sencillos, claros, lógicos, ingeniosos, realistas, prácticos, éticos y breves.

1. *Ordenado.*- Una de las máximas virtudes que debe reunir un informe es el orden en la exposición. No hay nada más desastroso que un discurso desordenado. Hablar por hablar, sin someterse a una disciplina de exposición previamente estudiada, es absurdo. El informe forense, oral y contradictorio, exige el empleo de dos armas

igualmente poderosas: la ciencia del Derecho con la Lógica, que constituye la base de los raciocinios, y la Oratoria, que les presta su forma persuasiva, sus formas de expresión.

De modo que, al margen del fondo del asunto, la diferencia entre un buen orador y un mero charlatán estriba en el orden de sus discursos. Si el discurso fluye ordenadamente, quien lo pronuncie será un orador; si el discurso se profiere sin orden ni concierto, quien lo recite será un charlatán.

En este sentido, es clásica la distribución del informe en los siguientes apartados: exordio (que significa introducción o preámbulo), proposición o enunciación, fijando la cuestión principal u objeto sobre el que recaerá el informe, división de los distintos puntos a tratar en el informe, narración o exposición de los hechos, examen de las pruebas, refutación de los argumentos de la parte contraria y epílogo (es decir, conclusión).

Puede ser muy útil terminar el discurso con un resumen de los argumentos de hecho y de derecho, en tal forma que se presenten como un esquema de la sentencia que se ha de redactar.

En suma, considerando que el informe es en apoyo —y desarrollo— de las respectivas conclusiones, puede decirse que ha de dividirse en tres partes. La primera, o introducción, servirá para indicar al tribunal lo que se pide y replantear las cuestiones más importantes que se hayan suscitado durante la tramitación de la causa y, principalmente, durante el juicio oral. La segunda contendrá todas las argumentaciones en pro de la tesis que se defiende y, en su caso, la crítica de la formulada de adverso (en muchas ocasiones esa crítica no será necesario hacerla explícita, ya que irá implícita en el contenido del informe). A su vez, esta segunda parte, se referirá, generalmente por su orden, a cada uno de las vertientes de las conclusiones formuladas como definitivas, a saber: prueba de los hechos y sus circunstancias; calificación jurídica de los mismos y calificaciones alternativas si las hubiere; prueba de la autoría y/o participación delictiva; circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes genéricas; justificación de la pena o de la absolución solicitadas y argumentación sobre la responsabilidad civil.

1393

2. *Sencillo.*— El informe tiene que ser ordenado, pero también sencillo, procurando evitar la exposición de complicadas clasificaciones y subclasificaciones que, si ya son de difícil comprensión en una exposición escrita, en una exposición oral pueden desorientar al tribunal.

Señalaba FERRI que pesan más pocos argumentos, buenos y decisivos, que muchos entre buenos y débiles; porque éstos (los argumentos débiles) en el cerebro de los oyentes paralizan el efecto de aquellos (los argumentos buenos), y cuando se dicen cosas extraídas de la causa o relacionadas con ella por una irresistible asociación de

ideas o de experiencia común, el poder sugestivo no está en el número, sino en la calidad de las cosas dichas.

Parece coherente, por lo tanto, mantener una línea básica de ataque o de defensa, tendiendo siempre a simplificar las argumentaciones y los razonamientos, y sin abandonar, en ningún caso, la idea o ideas principales del informe, aun a costa de pasar por alto detalles que, por más que se hayan mostrado a lo largo de la prueba, resultan de poca relevancia para el objeto que pretende alcanzarse.

3. *Claro.*- Si la sencillez tiene que ver con las ideas, con su número (que sean pocas), con su calidad (principales y no accesorias), y con su coherencia (han de estar íntimamente relacionadas), la claridad guarda relación con el modo o forma de expresarlas.

1394

Claridad equivale en Derecho a economía y precisión del lenguaje. Las ideas deben expresarse con la máxima claridad, procurando que el oído del oyente no se fatigue ante el empleo de un léxico confuso o extravagante. Se ha dicho que perjudican igualmente a la precisión tanto las disgresiones impertinentes como el laconismo. Las disgresiones sobre puntos inconexos hacen perder de vista el asunto principal, que terminan por olvidar los oyentes entre tanta acumulación de frases superfluas; en cambio, el laconismo excesivo produce perplejidad al ser imposible adivinar el sentido en la rápida sucesión de frases. Por eso la precisión del estilo, que no es más que la fiel reproducción del pensamiento, repudia lo mismo la su-presión de palabras precisas que las repeticiones difusas e innecesarias.

4. *Lógico.*- Puede haber informes muy bien ordenados, sencillos y claros, que no tengan nada que ver con la causa que se ha juzgado. Ya por la desproporción entre la entidad del asunto y la del informe; ya por el contenido del informe en relación con el fondo del proceso; ya, en suma, por el desdén, el desinterés o el menosprecio con que el orador acometa su discurso. Parece natural que exista cierta proporción entre la gravedad de la causa y la extensión e intensidad de los informes.

Se ha dicho que para triunfar en una causa son precisas tres cosas: la primera, tener razón; la segunda, saber hacerla valer; y la tercera, encontrar quién la reconozca. La primera está ínsita en el procedimiento de que se trate, la tercera depende de la capacidad y de las garantías del tribunal. Pero la segunda depende exclusivamente del acusador o del defensor que pronuncia el informe.

Pues bien, hacer valer la razón depende en gran medida de la lógica. El informe será lógico en la medida en que se encuentre bien construido, mediante la inclusión, como dice MAJADA, de la abstracción, la generalización, la inducción, la deducción, la división y la demostración.

5. *Realista*.- Al tribunal se le debe persuadir con la lógica que tiene su origen en la realidad de los hechos. El informe no debe fabular, ni construirse sobre ficciones. Afirmaba FERRI que “Es una regla fundamental el respeto a la verdad evidente y probada, es decir, la única que podemos conocer; porque lo que no se sabe, no existe. Obstinar en negar el sol meridiano, significa asimismo echar por tierra aquellas partes del proceso donde la verdad nos asiste y en virtud de la cual, cuando la inocencia del acusado no se puede seriamente sostener, es mejor reducir la propia defensa a la tarea de hacer graduar su responsabilidad y su condena según la justicia y la equidad”.

En la defensa penal se ha de sostener lo que es sostenible. El tribunal espera oír de las partes que emiten sus conclusiones y las argumentan en el informe peticiones razonables que no estén en oposición demasiado evidente con los datos procesales más importantes. Y así como es más eficaz el agente del ministerio público que no se excede en la acusación y que, antes por el contrario, pide, si es del caso, alguna atenuante para el acusado, así es mucho más persuasivo el abogado que formula peticiones medidas y razonables.

6. *Práctico*.- El Fiscal y el Abogado no hablan para su propio lucimiento, sino para ser eficaces. La lógica de ambos ha de ser empírica y práctica.

No basta que el informe sea brillante, sino que ha de ajustarse al resultado de las pruebas practicadas. Se ha de prescindir de la exposición de principio jurídicos utópicos, ó deseos personales que poco o nada tienen que ver con el derecho positivo a cuya luz habrá de enjuiciarse el caso, aunque esto no excluye la exposición de interpretaciones más humanas y, en definitiva, más justas de la leyes penales.

1395

7. *Ingenioso*.- No es suficiente que el informe se limite a la exposición del derecho positivo, que está en los libros. Es conveniente que sea imaginativo e ingenioso, con imágenes, figura y comparaciones, puesto que va dirigido a hombres, no a inteligencias puras, como destaca MAJADA. Aunque no debe estar recargado de florituras, o de simbolismos continuos, lo que es impropio de la severidad de la Justicia.

La imaginación, el ingenio, la agudeza mental, ayudarán a que el informe se haga ameno, atractivo e interesante. Hay que evitar a toda costa que los informes sean monótonos, aburridos, pesados, o tediosos.

8. *Ético y sincero*.- No debe la parte que informa pretender a toda costa convencer al tribunal de lo que es a todas luces inviable. Ni debe dejarse guiar, si se trata del abogado, por las orientaciones de su cliente, sólo por el hecho de serlo, si las mismas conducen a un destino reñido con la ética y la justicia. Se ha de luchar y defender el interés del cliente, pero sólo en la medida en que el mismo sea compatible con los intereses de la Justicia a los que también sirve la parte.

En este sentido, el abogado ha de ser independiente de su cliente, no dejándose llevar por sus orientaciones, en forma acrítica, pues no debe olvidar que él, no su defendido, es el experto en Derecho, y sobre él pesa la responsabilidad del recto desempeño de su profesión.

En definitiva, si bien puede callar una verdad que perjudique a su cliente, no puede afirmar, ni inventar, lo que no es verdadero. En defensa del acusado debe sostener únicamente lo que es sostenible, esto es, debe pedir la absolución si encuentra argumentos para ello, aunque sean discutibles. Pero cuando la absolución sea contraria a la evidencia, mejor hará pidiendo una condena que responda en forma equitativa a las normas de la ley y de la defensa social, en relación con la personalidad de su defendido.

9. *Breve.*- La ley no fija el tiempo durante el que pueden emitirse las conclusiones e informes finales. Tan sólo prevé el artículo 353 CPP la posibilidad de que el presidente del tribunal, ante un caso de manifiesto abuso de la palabra por alguna de las partes, limite el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, la prueba practicada y las cuestiones a resolver.

1396 Sin embargo, ha de ser criterio general que el informe no ha de ser ni farragoso, ni excesivamente extenso, pues en este caso será inevitable incurrir en reiteraciones que lleven al tedio a los miembros del tribunal y, en el peor de los casos, den lugar a la advertencia del presidente.

Evidentemente, cuál sea la conveniente extensión del informe dependerá del caso de que se trate, de la complejidad de los hechos, del número de intervinientes en los mismos, de la prueba practicada y de las cuestiones jurídicas que deban ser resueltas, por lo que la ponderación de la adecuada brevedad de la exposición deberá hacerse caso por caso, con arreglo a los criterios básicos expuestos hasta ahora.

En todo caso, la brevedad que contribuye a dar claridad al informe no debe ser confundida con el laconismo excesivo que lo hace rutinario y sin contenido, lo que puede suceder si la parte se limita, apenas iniciada su intervención y antes de darla por finalizada, a decir que sus conclusiones encuentran apoyo “en la prueba practicada”, sin proceder al menor análisis de la misma.

e) Facultades del tribunal

El penúltimo párrafo del artículo 353 CPP dispone que el presidente del tribunal “impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. En caso de manifiesto abuso de la palabra, llamará la atención al orador, y si éste persiste, puede limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, la prueba recibida y las cuestiones a resolver”.

Naturalmente, no habrá ocasión de que el presidente del tribunal efectúe la advertencia a que la ley le faculta si el informante ha procurado ajustar su informe a los principios o criterios básicos antes expresados. Cuando, lejos de ello, el orador se aparte con divagaciones del objeto del proceso, o repita lo ya dicho y argumentado, estará justificada la advertencia, exhortando con delicadeza al interesado a que ajuste su informe al objeto de la causa, sin caer en reiteraciones inútiles.

Serán inevitables las reiteraciones y las divagaciones cuando exista una evidente desproporción entre la sencillez del hecho enjuiciado y la extensión del informe, que en su justa medida debería haber sido resuelto en menos tiempo del empleado por la parte. En este caso es cuando con más frecuencia tendrá lugar la advertencia del presidente del tribunal, ante el que la ley denomina “manifiesto abuso de la palabra”. Ante dicha admonición, podrá suceder que el orador siga las indicaciones del presidente o que, por el contrario, persista en su actitud. Si lo hace así, está aquel facultado para limitar el tiempo de la intervención, si bien deberá tener en cuenta en dicha fijación la complejidad del objeto del juicio, de las pruebas practicadas y, en fin, de las cuestiones suscitadas y que, teniendo que ser resueltas en la sentencia, forzosamente habrán de ser objeto del informe.

El ejercicio del derecho de defensa en su más amplio sentido y la natural vehemencia con que cada parte puede defender su postura debe dar lugar a que el presidente del tribunal ejercite con moderación las facultades que el art. 353 CPP le confiere, sacrificando en caso de duda su particular criterio sobre lo que supone inútil reiteración o incluso abuso de la palabra, a la efectividad de aquel derecho fundamental. Pero hay límites cuyo traspaso no debe tolerarse en ningún caso y vienen constituidos por el respeto al tribunal, a las restantes partes y, por supuesto, a la persona del imputado, y su exceso deberá ser corregido inmediatamente y con energía.

1397

La exposición razonada del informe y la importancia del mismo para el objeto que cada parte desea alcanzar requiere la mayor tranquilidad, por lo que es incompatible con las interrupciones que puedan provenir de las otras partes, o del público, y deberán ser enérgicamente corregidas por el presidente del tribunal las que puedan producirse.

C) La intervención de la víctima

Una vez finalizados los informes, si la víctima se encuentra presente, se le concede la palabra, si desea hacer uso de la misma. El último párrafo del artículo 353 CPP dice que la víctima toma la palabra si “desea declarar”. Es claro que en este contexto la expresión “declarar” no se refiere a que la víctima pueda en este momento final del juicio hacer manifestaciones de carácter testifical, que en su caso habrán tenido lugar en un momento anterior, a lo largo de la práctica de la prueba, con intervención de las partes.

La declaración contemplada en este punto por el Código Procesal no es un testimonio sobre los hechos, sino la manifestación que, libérrimamente y sin intervención de las partes, puede hacer la víctima acerca del delito, el imputado y sus sentimientos en relación con el objeto del juicio.

La concesión a la víctima del delito de la posibilidad de intervenir directamente en el proceso, desde una postura activa, supone su consideración como protagonista. Ya no se limita a ser objeto de investigación, en cuanto perjudicada por el delito y como tal obligada a declarar sobre el mismo y su autor, sino que pasa a ser sujeto activo del procedimiento penal.

Consiste en el ejercicio del derecho que viene previsto expresamente en el artículo 13.4 CPP. Podrá poner de manifiesto al tribunal la situación en que ha quedado tras sufrir el delito, solicitando el castigo del culpable. Pero también podrá perdonar al imputado y reclamar para él la clemencia del tribunal.

El acierto de esta previsión legal reside en que se da una directa intervención a la víctima del delito, de la que se ha dicho en ocasiones que es la gran olvidada del proceso penal.

1398 D) El derecho de última palabra del imputado

a) Significado y ámbito de su ejercicio

El proceso penal, orientado a la clarificación del hecho delictivo y al castigo del culpable del mismo, es una amenaza cierta que se cierne sobre el imputado, que a resultas del mismo puede verse privado del ejercicio de un derecho fundamental, significadamente el de la libertad. Las partes que no son el o los imputados podrán ver al fin del proceso satisfechas sus pretensiones en mayor o menor grado, o nada en absoluto. Pero sólo el imputado puede quedar privado de libertad, o ser el sujeto de imposición de otra pena, a consecuencia del juicio oral, tras la deliberación de los miembros del tribunal y el dictado de la sentencia condenatoria.

Tras referirse a la declaración de la víctima, termina el artículo 353 que comentamos diciendo, antes de disponer el cierre del debate, que “Finalmente, el Presidente del tribunal preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar”. Se plasma así en la legislación positiva el que se llama derecho de última palabra.

Para la doctrina (CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA, GIMENO SENDRA) el derecho a la última palabra “tiene su fundamento en el principio constitucional de contradicción y en el derecho fundamental de defensa, respondiendo, en última instancia, al principio general de que nadie puede ser condenado sin ser oído”.

No se trata de que el imputado repita en este trámite lo que ha dicho su abogado, que por lo general lo habrá hecho con mayor técnica y brillantez de lo que aquel podría, sino de que intente hacer reflexionar al tribunal sobre aspectos que, pudiendo ser de importancia para su defensa, no han sido expuestos por su defensor.

El derecho a la última palabra no es una mera formalidad, sino que viene establecido por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene el acusado, al que se le brinda la oportunidad final de confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de los coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. Por lo cual, en tanto que el derecho a la última palabra forma parte del fundamental derecho de defensa, en ningún caso puede ser interpretado restrictivamente; antes al contrario, goza de la “vis expansiva” que conllevan todos los derechos fundamentales de la persona. Se relaciona, por lo tanto, con el art. 14.3,d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con el art. 11 de la Constitución Salvadoreña que declara el derecho a ser oído, y con el artículo 12 Cn, referido al derecho fundamental de defensa. Similar es el contenido del artículo 8.2-d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6.3-c) del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que contemplan el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección.

1399

El derecho a la última palabra del imputado ha merecido la atención del Tribunal Constitucional español, que en varias sentencias se ha referido a su importancia y trascendencia (SSTCE de 16 de julio de 1984, 20 de junio de 1994, 6 de febrero de 1995). Ha dicho el TCE que “Se ofrece al acusado el “derecho a la última palabra” por sí mismo, no como una mera formalidad, sino por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de los coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio”.

Se permite al imputado que exprese directamente y sin mediación alguna las razones de conciencia que motivan la conducta por la que se le juzga, de tal manera que se debe respetar el derecho a hacer cuantas alegaciones estime procedente en defensa de sí mismo.

También la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España ha tenido ocasión de referirse en varias sentencias al sentido, trascendencia e importancia del derecho a

la última palabra, al que otorga categoría de fundamental (SSTSE de 9 de diciembre de 1997 y 5 de abril de 2000).

El derecho de última palabra no se limita a satisfacer el derecho de todo imputado a ser oído, ya que el juicio se habrá iniciado con su interrogatorio (art. 340 CPP), lo que le permite hacer las manifestaciones que estima pertinentes en defensa de sus intereses. Y, además, ha tenido ocasión de intervenir a lo largo de las sesiones, haciendo las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa (art. 342 CPP). Pero en los momentos iniciales del juicio desconoce cuál va a ser el comportamiento de los demás coimputados que declaren a continuación -si los hay-, de los testigos de cargo y de descargo y el resultado de las pericias practicadas. Ciertamente podrá haber hecho uso de la palabra al amparo del artículo 342 CPP. Pero cuando lo haya hecho todavía desconocía cuál iba a ser la vía argumental de las acusaciones y las defensas en sus respectivos alegatos finales, por lo que su postura inicial puede verse reafirmada o, por el contrario, necesitada de actualización y matización.

1400

Lo que realmente necesita el acusado es tener la oportunidad de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, por lo que también tenemos que señalar que esta facultad se encuadra dentro del derecho de defensa que, en estas circunstancias se realiza de manera personal y directa por el interesado.

Aunque el derecho de autodefensa no tiene un desarrollo legislativo expreso y pormenorizado, no por ello se puede negar su existencia en el ámbito del derecho interno salvadoreño, puesto que clara expresión del mismo es el ya citado artículo 342 CPP, que permite al imputado hacer uso de la palabra a lo largo del juicio. El derecho a la última palabra se integra también en el ejercicio del derecho a la autodefensa.

El artículo 353 CPP ofrece al imputado el derecho a la última palabra, por sí mismo, no como una mera formalidad, sino por aplicación del derecho de defensa razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa.

Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral. El imputado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación. Su derecho, como se ha dicho, tiene carácter de fundamental y constituye una formalidad esencial del procedimiento, cuya omisión produce una incuestionable indefensión.

El arraigo del derecho de última palabra en el fundamental a la defensa ha de comportar que se conceda la más amplia libertad a su ejercicio. En primer lugar, porque

lo exige la ley; en segundo lugar, porque si se interrumpe la última palabra del acusado, no acostumbrado por lo general a expresarse en público, ni en Salas de Justicia, se le impedirá en la práctica hacer uso de la facultad indicada, viniendo a ser completamente ilusorio ese derecho otorgado por la ley, uno de los más preciados y más importantes que a los acusados corresponden; y en tercer lugar, porque puede ser beneficioso para la resolución de la causa.

Su utilización debe realizarse en términos razonables y admisibles, sin que pueda aprovecharse el trámite para ofender a las demás partes, ni faltar al respeto debido al Tribunal, ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas. El precepto que se comenta se limita a señalar que el presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar.

Esta escasísima regulación de la última palabra, que ante la falta de concreta disciplina otorga amplias facultades al tribunal, debe ser administrada con generosidad y amplitud por el presidente, permitiendo, sobre todo, aquellas intervenciones que traten de matizar o de impugnar las manifestaciones de carácter inculpatario que se hayan verificado a lo largo del juicio o que se realicen para desvirtuar el contenido de cualquier prueba que se haya utilizado en su contra. Incluso se puede aprovechar el trámite para solicitar una pena más leve o para poner de relieve la existencia de circunstancias personales, que permitan una más acertada individualización de la pena.

1401

Piénsese, para calibrar su verdadera importancia, que los miembros del tribunal, tras presenciar las pruebas, han escuchado las conclusiones y los informes del fiscal, el querellante particular en su caso, y el defensor, que ha hablado en último lugar. Pero las palabras que, por ser más recientes, todavía permanecerán sin duda en la mente de los jueces y resonarán en sus oídos cuando se retiren a deliberar serán con toda seguridad las que pronunció el imputado al ejercer el derecho de última palabra.

b) Consecuencias de la vulneración del derecho a la última palabra

Si, como se ha dicho, el derecho a la última palabra tiene rango fundamental y se integra en el derecho de defensa del imputado, la omisión del trámite procesal que lo contempla y hace viable no se limita a constituir una mera irregularidad procesal. Ni siquiera puede calificarse de nulidad relativa.

La vulneración del derecho fundamental constituida por la no concesión al imputado de la ocasión de expresar su “última palabra” dará lugar, por lo dicho, a la vulneración de una garantía fundamental y, erigido este defecto en causa de nulidad absoluta, con arreglo al artículo 224.6 CPP, producirá la nulidad del juicio y obligará a la retroacción de las actuaciones al momento de la iniciación del juicio. No será posible la reanudación de la sesión en el momento final en que se produjo la infracción puesto que el tiempo

que habrá transcurrido no lo permitirá sin vulneración de los principios de concentración y continuidad.

Por ello, la consecuencia inevitable de la omisión de la última palabra será la celebración de un nuevo juicio, en el que los componentes del tribunal no podrán ser los mismos jueces que integraron el que presenció el anulado, pues estarán contaminados por su anterior intervención. Estarán incurso en la causa de excusa y recusación del art. 73.1 CPP, que señala como tal el que el juez haya pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia en el mismo procedimiento.

E) Cierre del debate

Una vez que se ha ofrecido al imputado hablar por última vez y tras el ejercicio por aquel del derecho, o luego que haya declinado hacer uso del mismo, el Presidente declara cerrado el debate (art. 353 CPP, in fine).

1402 Es la declaración de quien ha presidido la vista oral, mediante la que formalmente se pone fin a la misma, a la confrontación procesal que se ha desarrollado en su ámbito. A partir de este momento, y a no ser que se acuerde la reapertura del juicio al amparo del artículo 355 CPP, la decisión queda por entero en manos de los jueces integrantes del tribunal. Las partes han finalizado su cometido, con mayor o menor brillantez o fortuna, las pruebas que se han practicado en la sala de vistas han sido interiorizadas por el tribunal y comienza la fase postrera del juicio: la retirada del tribunal para deliberar, adoptar su decisión y exteriorizarla mediante su sentencia.

El fiscal, el querellante particular si lo hay, el abogado de la defensa y, en fin, el propio imputado que pudo intervenir a lo largo del juicio y al final al ejercer el derecho de última palabra, ya nada pueden hacer. Sólo esperar la decisión de los juzgadores.

CAPÍTULO III

DELIBERACIÓN Y SENTENCIA

354

DELIBERACIÓN

Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato, a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario. La deliberación no se diferirá ni suspenderá, salvo que alguno de los jueces se enferme gravemente o exista otra razón de fuerza mayor de notoria gravedad. La causa de la suspensión constará en el acta y no excederá los tres días. Caso contrario se realizará nuevamente la vista pública.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 119 (nulidad si falta la firma del secretario), 123 (acta del secretario), 128 (asistencia del secretario al tribunal), 333 (causas de suspensión del juicio), 354 (reapertura de la audiencia), 358 (redacción y firma de la sentencia tras la deliberación), 362.7 (la inobservancia de las reglas de la deliberación como vicio de la sentencia), 363 (acta de la audiencia), 373 (deliberación de los jurados)

1403

II. COMENTARIO

A) Inmediatez y continuidad de la deliberación

El artículo 354 CPP contiene la disciplina básica de la deliberación.

Se ha practicado las pruebas, se han formulado las conclusiones por las partes, que han pronunciado sus respectivos informes finales. Ha podido intervenir la víctima y el imputado ha podido hacer uso del derecho a la última palabra.

Sólo queda pendiente la decisión del tribunal.

El tribunal que ha enjuiciado es un órgano colegiado. La formación de su voluntad, que habrá de exteriorizarse en la sentencia, requiere el previo intercambio entre sus miembros, los jueces de sentencia, de sus opiniones y pareceres acerca del objeto del enjuiciamiento al que acaban de asistir. Más concretamente, de los diversos extremos

del mismo que, por haber sido traídos a colación a lo largo del juicio, exigen un específico pronunciamiento del tribunal.

Pues bien, el proceso mediante el cual se forma la decisión del tribunal, exteriorizada en la sentencia, es la deliberación.

Es fundamental que la deliberación sobre el asunto enjuiciado tenga lugar sin solución de continuidad temporal con la finalización del juicio, por razones que son obvias. Es importante para el acierto que la discusión, el intercambio jurídico de criterios entre los jueces en que consiste la deliberación se produzca nada más finalizar el juicio, antes de que el paso implacable del tiempo y sus efectos de erosión sobre el recuerdo borre de la memoria de los juzgadores aspectos importantes de lo que ha sucedido en el juicio e incremente el riesgo de equivocación.

1404 Ni siquiera el hecho de que los jueces de sentencia hayan tomado notas de lo que sucede a lo largo de la vista podría remediar completamente el efecto negativo de la distancia temporal entre el fin del debate y el inicio de la deliberación. Las notas escritas pueden guardar el apunte breve acerca de lo acaecido, pero no la directa impresión del juzgador. Por esta razón se ordena por el artículo que comentamos que la deliberación debe iniciarse inmediatamente tras el cierre del debate, cuando todavía es fresco el recuerdo de las pruebas practicadas y de lo que se ha discutido y argumentado en la sala de vistas.

Aunque con un alcance inevitablemente distinto, son varios los principios básicos del juicio oral que se proyectan sobre la deliberación. Son los de inmediatez y continuidad. De poco serviría que se ordene la celebración del juicio en sesiones consecutivas, en las que se practica la prueba, si se dejase transcurrir un lapso de tiempo entre la finalización del plenario y el comienzo de la deliberación, o se permitiese su interrupción. No en balde se ordena que sólo la grave enfermedad de alguno de los jueces u otra razón de fuerza mayor “de notoria gravedad” pueden justificar el retraso o suspensión de la deliberación. Se distingue, por lo tanto, para prohibirlos -salvo en los supuestos ya dichos- el retraso en el inicio de la deliberación y la suspensión de la misma.

B) Suspensión de la deliberación

La deliberación debe comenzar nada más cerrado el debate y no se puede suspender hasta que finalice. La tajante dicción legal no debe entenderse en forma tan rígida que impida, si se prolonga, que puedan los jueces deliberantes y el secretario presente retirarse a descansar, para proseguirla el siguiente día. Se trata, simplemente, de aplicar siquiera por analogía la facultad que el artículo 334 CPP otorga al presidente del tribunal para ordenar los recesos y fijar la hora de continuación de la audiencia, que en este caso será la prosecución de la deliberación del tribunal.

Como ya se ha dicho, la suspensión legalmente justificada es excepcional y sólo puede retrasarse o suspenderse si enferma alguno de los jueces o media otra razón que, además de ser de fuerza mayor, debe revestir especial gravedad, pues estos dos requisitos son exigidos por el Código Procesal Penal.

Además, tiene un breve límite, más severo que el fijado cuando se trata de la suspensión de la vista. La consecuencia de dicho rigor es que si se prolonga por más de tres días deberá celebrarse nuevamente la vista pública. Tal vez sea esta una norma excesivamente estricta, sobre todo si se pone en relación con el artículo 334 CPP que, al regular la suspensión de la vista, permite la interrupción no superior a diez días. Si se establece así es como consecuencia del principio de continuidad y si el legislador considera que durante dicho plazo no se ha borrado de la memoria del tribunal lo sucedido hasta entonces, parecería lógico que se permitiera, siempre que fuera por causa justificada, la suspensión de la deliberación por el mismo tiempo, pues bien puede decirse que existe entre ambos supuestos una identidad de razón que les hace tributarios de igual disciplina legal. Pero, como vemos, no es este el caso del derecho positivo salvadoreño.

Se podrá decir que la documentación por el secretario de lo que ocurrido durante la audiencia en el acta que tiene obligación de levantar (art. 363 CPP) suple las carencias de los integrantes del tribunal y atenúa las consecuencias de que en su memoria se vayan difuminando las impresiones directas y personales de lo ocurrido a lo largo del juicio.

1405

Evidentemente, el contenido del acta, en la medida en que fija documentalmente y con exactitud lo acaecido en la audiencia, es instrumento valioso para ayudar al recuerdo de los jueces de sentencia y por ello facilita la deliberación. Pero no magnifiquemos su alcance.

Sólo los miembros del tribunal han podido advertir mediante su atenta presencia en el juicio los innumerables matices que no son susceptibles de reflejo en el acta que levanta el secretario. Esto tiene especial relevancia en las declaraciones de imputados y testigos, toda vez que únicamente los jueces ante quienes tuvieron lugar pudieron captar las vacilaciones, el aplomo o la firmeza con que aquellas se prestan. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 17 de febrero de 1993, el principio de inmediación es el que permite estar presente en la práctica de la prueba y en su consecuencia, escudriñar lo que cada acusado, cada testigo, cada perito dice, no sólo en sus palabras, sino también a través de sus gestos, de silencios, de evasivas, como complemento a lo que se exterioriza por medio de la expresión oral.

Pues bien, la prolongada suspensión de la deliberación daría lugar a que, pese a la amplia documentación de lo ocurrido en la audiencia en el acta y bajo la fe del secretario, la memoria de los componentes del tribunal no pudiera guardar las

impresiones personales y directas que tan valiosas son en la valoración de la prueba que tiene que tener lugar en la deliberación previa a su reflejo en la sentencia.

La deliberación tiene lugar en sesión secreta a la que sólo asisten los miembros del tribunal y el secretario, que será el encargado de levantar el acta en que ha de constar, si se produce, la causa de la suspensión de la deliberación.

Otras útiles funciones que puede desempeñar el secretario del tribunal a lo largo de la deliberación a la que asiste consisten en facilitar a los jueces la búsqueda en el acta del reflejo documental de determinadas pruebas practicadas en el juicio, o incidentes habidos a lo largo del mismo. Puede también facilitar la lectura del acta que él mismo redactó y exhibir los elementos y piezas de convicción que los miembros del tribunal necesiten examinar en su proceso de toma de decisiones.

III. JURISPRUDENCIA

1406 **Cansancio del Tribunal y “notoria gravedad”.** “De conformidad al artículo 354 Pr. Pn., la deliberación podrá ser diferida cuando existen razones de fuerza mayor de notoria gravedad, advirtiéndose que la razón aducida por el *a quo* encaja en los presupuestos para la aplicación del supuesto de excepción, pues si bien podría llegar a considerarse que el postergamiento en referencia fue consecuencia de una interpretación inadecuada del artículo 354 Pr. Pn., y que los presupuestos relacionados no se han cumplido, debe también advertirse que el motivo aludido obedece inexorablemente a una interpretación extremadamente gramatical, literalista, aislada o tradicional de la ley, comúnmente consignada en la legislación civil, la que a la fecha resulta insuficiente e inadecuada cuando se trata de la interpretación para la aplicación de las normas penales. En todo caso la interpretación no debe ser estática, estancada o envejecida pues ello provoca que pierda fuerza y esteriliza la norma aplicar, por lo que es bajo dichas perspectivas que al examinar los actos procesales pertinentes, a fin de comprobar la existencia o no del motivo, esta sala considera que el cansancio del tribunal, aunado a la complejidad del caso, debe ser entendido o quedar comprendido como una situación de notoria gravedad, pues ello podría hacer mella al dictar sentencia y afectar gravemente las expectativas de administración de justicia. En todo caso, y aún cuando la parte defensora no llegue a considerar como supuesto de excepción a la deliberación los argumentos del tribunal *a quo* como el cansancio manifiesto originado por la audiencia o su complejidad, no existe elemento alguno del que se desprenda que dicha dilación haya producido perjuicio al derecho de defensa del incoado, por lo que ante una situación de dicha índole el interés procesal en declarar la nulidad tampoco existe lo que impide privar al acto de sus efectos por las razones mencionadas con anterioridad” (*Casación*, 23-05-03).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La deliberación es un momento decisivo en el cual se va definir el caso objeto de juicio. Por ello debe realizarse dicha actividad generalmente justo después de que se han cerrado los debates. También debe desarrollarse de forma continua o ininterrumpida hasta asumir una decisión sobre el caso. Sin embargo, lo anterior no debe llevarnos a pensar que en todos los casos inexorablemente será posible iniciar la deliberación inmediatamente y concluir sin mayores contratiempos momentos después de su iniciación. Hay casos sumamente complejos en los que la deliberación puede demorar semanas completas, porque sea mucha la información producida y sea necesario revisar los apuntes tomados por los jueces. Estamos hablando de aquellos supuestos en los cuales se juzgan varios hechos delictivos en los que ha intervenido un número alto de personas y es necesario que los jueces vayan analizando cada caso a efecto de ir tomando decisiones ponderadas y no precipitadas.

355

REAPERTURA DE LA AUDIENCIA

1407

Si durante la deliberación el tribunal estima absolutamente necesario recibir otras pruebas respecto de hechos nuevos, dispondrá, a ese fin, la reapertura de la audiencia.

Resuelta la reapertura, se convocará a las partes y se ordenará la citación urgente de quienes deban declarar o la realización de los actos correspondientes. La discusión final quedará limitada al examen de los nuevos elementos de prueba incorporados.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 339 (incidentes en la audiencia), 352 (pruebas para mejor proveer)

II. COMENTARIO

El artículo 355 concede al tribunal la facultad de ordenar, cuando ya ha terminado la vista y ha comenzado la deliberación, la reapertura de la audiencia si “estima absolutamente necesario recibir otras pruebas respecto de hechos nuevos”. La finalidad de la reapertura de la vista será precisamente el esclarecimiento de tales “hechos nuevos” mediante la práctica de la prueba que al respecto se acuerde.

La facultad de reapertura de la audiencia plantea la misma problemática que la posibilidad de que el tribunal adopte la iniciativa probatoria mediante las diligencias

para mejor proveer (art. 352 CPP). Según cómo y por qué se acuerde la reapertura puede producirse una evidente tensión entre el principio básico de imparcialidad del Juzgador (proclamado por el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrado en las garantías de la defensa a que se refiere el artículo 12 de la Constitución y también impuesto por el artículo 3 del CPP) y el de búsqueda de la verdad material y tutela de los derechos de cada una de las partes a que debe tender el proceso penal.

Por una parte, la situación de imparcialidad del órgano decisor entre las partes procesales contrapuestas exige que el tribunal no adopte ninguna postura que pueda parecer tendenciosa a favor de alguno de los contendientes, como cabe que suceda si acuerda por propia iniciativa la reapertura para la investigación plena de los que el CPP denomina hechos nuevos. Podría decirse que se quiebra el principio de imparcialidad en la medida en que el tribunal, subrogándose en la posición de las partes y supliendo sus omisiones o deficiencias, pueda convertirse en acusador o defensor, según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo. De otro lado, la búsqueda de la justicia material, de la verdad, a que debe tender el proceso penal, parece admitir, en aras del éxito de dicho fin, dicha posibilidad de acordar de oficio la práctica de pruebas.

1408

Puesto que no se desconoce que es el derecho positivo el que admite expresamente la posibilidad de reapertura del juicio, puede señalarse que lo que lesiona en realidad la necesaria imparcialidad del tribunal no es la búsqueda de la verdad respecto de los hechos alegados por las partes, sino la aportación de hechos distintos de los introducidos por ellas, cuyo significado pueda ser de cargo o de descargo, o la asunción de una función acusatoria por la vía de buscar pruebas incriminatorias que nadie ha propuesto, lo que es impropio de la misión de juzgar y de ningún modo le corresponde.

Puede plantear algún problema de interpretación el condicionamiento mediante el que el artículo que se comenta supedita dicha posibilidad probatoria de oficio a que en el curso de la audiencia surjan hechos nuevos que requieran su esclarecimiento. Es la misma expresión que emplea el artículo 352 CPP al ocuparse de la prueba para mejor proveer.

Si los hechos objeto de la imputación y las personas contra la que la misma se dirige hubieron de ser precisados en un momento procesal anterior (art. 322 CPP), por lo que ya entonces quedó delimitado objetiva y subjetivamente el ámbito del proceso y, por ende, del juicio oral, no parece que a lo largo de la deliberación, cuando ya ha finalizado la vista pública, puedan aparecer hechos nuevos necesitados de prueba, precisamente por la necesidad de aquella previa delimitación procesal.

No es posible que aparezcan “hechos nuevos” propiamente dichos a lo largo de la deliberación, cuando ya ha finalizado la prueba; incluso en el caso de que aparezcan a

lo largo de la celebración del juicio, en puridad se trataría de una revelación inesperada de un hecho de trascendencia a los fines del enjuiciamiento y lo procedente sería la suspensión del juicio para la realización de una investigación suplementaria al respecto, tal como prevé expresamente el artículo 333.6 CPP.

Falta incluso el marco procesal en el que los “hechos nuevos” podrían manifestarse. Por ello, tal vez deba entenderse la expresión “hechos nuevos” como referida a la posibilidad de que, a la vista del desarrollo y del resultado de alguna de las pruebas ya practicadas se haga precisa la realización de alguna otra, con el objeto de verificar la veracidad, o algún concreto extremo fáctico, de dichas pruebas, a fin de clarificar su resultado y evitar equívocos.

En definitiva, la expresión “hechos nuevos” no debe interpretarse en el sentido de que se deba proceder al esclarecimiento de hechos que no han sido objeto de las calificaciones de las partes ni, por lo tanto, del auto de apertura, ni del enjuiciamiento. Se trata de clarificar determinados extremos fácticos que ya han sido objeto de la prueba durante la vista sin que, a juicio del tribunal, la practicada sea suficiente para la declaración judicial en uno u otro sentido. Se clarifica así el resultado probatorio y se evitan valoraciones equivocadas.

Puede salvaguardarse el principio de imparcialidad comenzando la reapertura de la audiencia pública con una breve exposición a las partes por el Presidente del Tribunal acerca de cuáles son los extremos fácticos necesitados de clarificación, ofreciendo a las mismas un turno de palabra para que digan cuáles son las pruebas que deberían practicarse para dicho esclarecimiento y resolviendo a continuación acerca de la procedente, que será la que se practicará. Se estará, simplemente, ante una cuestión incidental planteada por el propio tribunal, que deberá resolverse con arreglo a la norma general que para las planteadas en la audiencia contiene el artículo 339 CPP.

356

NORMAS PARA LA DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN

El tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica.

Todos los jueces deliberarán y votarán respecto de todas las cuestiones, según el siguiente orden, en lo posible:

1o.) Las relativas a su competencia, a la procedencia de la acción penal, de la acción civil y toda otra cuestión incidental que se haya diferido para este momento;

2o.) Las relativas a la existencia del delito y la culpabilidad;

3o.) La individualización de la pena aplicable; y

4o.) Lo relativo a la responsabilidad civil.

1410

Las decisiones se adoptarán por mayoría. Los jueces fundamentarán separadamente sus votos o lo harán en forma conjunta cuando estén de acuerdo.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12 (garantías de la defensa)
- CPP, 162 (valoración de las pruebas con arreglo a la sana crítica), 276 (falta de valor probatorio en el juicio de las actuaciones de la instrucción), 354 (asistencia del secretario a la deliberación y causas de suspensión), 355 (interrupción de la deliberación para la reapertura de la audiencia), 357.2 y 3 (expresión en la sentencia de los hechos probados y del voto de los jueces sobre las cuestiones planteadas), 362.7 (inobservancia de las reglas de la deliberación como vicio de la sentencia)

II. COMENTARIO

A) Valoración de la prueba

a) *Reglas generales*

El contenido de la sentencia no es sino el resultado de la valoración que hace el tribunal de la prueba que se ha desarrollado a lo largo del juicio, esto es, de la actividad probatoria. La actividad probatoria es la que se desarrolla concentradamente en el acto del juicio oral, ya sea en una sola sesión, ya en las varias sesiones consecutivas que resulten necesarias.

La exigencia de que las pruebas se practiquen en dicho acto no sólo responde a la observancia de los principios de inmediación y concentración que imperan en el juicio oral, sino que se relaciona incluso con el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto se ha puesto reiteradamente de manifiesto que el tribunal debe fundar su convicción sobre la realidad de los hechos en la prueba practicada en el acto del juicio, única que permite desvirtuar aquella inicial presunción, tal como expresamente dispone el artículo que ahora se comenta.

Los criterios, o las normas generales, de valoración de las pruebas tienen importancia extrema. En el proceso inquisitivo del Antiguo Régimen que imperó en Europa hasta la Revolución Francesa de 1789 regía el sistema de valoración legal de la prueba. Con arreglo al mismo, el legislador fijaba mediante pautas inamovibles el valor de cada medio probatorio. El resultado aparecía impuesto, hasta el extremo de que si un solo testimonio carecía de valor por disposición legal (“testes unus, testes nullus”) el juez no podía atribuírselo, aunque estuviera convencido de que era verdadero. Se trata de un sistema contrario al propio concepto de prueba, porque impide la verificación. Al imponer un determinado valor, el legislador fija un resultado y utiliza al juez para declararlo.

El sistema llamado de libre valoración de la prueba es el que rige en materia de apreciación de la prueba en los ordenamientos procesales penales europeos y en los latinoamericanos que han seguido los principios de éstos que se inspiran en el *Code d’instruction criminelle* francés de 1808. Pero señala MONTERO AROCA que, en contra de lo que tradicionalmente se ha venido sosteniendo, el llamado sistema de la prueba libre no se introdujo inicialmente para dar al proceso un elemento de racionalidad, sino para dejar en libertad absoluta al Jurado, de modo que por prueba libre se entendió íntima convicción, con lo que ésta condujo a la arbitrariedad, a la falta de motivación y a la irresponsabilidad.

La legislación de la Revolución francesa, y sobre todo el *Code d'instruction criminelle*, partía de la soberanía del Jurado, de que éste no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados: 1) La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad, y 2) Esa declaración no debe ser motivada. Es muy expresiva la "instrucción" que, según el art. 342 del *Code*, debía fijarse en el lugar más destacado de la Sala, en la que se decía, entre otras cosas, que "la ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales llegan a convencerse... la ley sólo les ordena interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento, y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han producido sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa". Aparece la valoración conforme a la "conciencia", que pasó luego a la mayor parte de los códigos procesales penales de los países vecinos.

1412

Sucedió así que, llamado el juzgador a juzgar según su personal convicción sobre los hechos, se entendió que dicho mandato le autorizaba o, incluso, le imponía atenerse en todo caso a su convicción íntima o en conciencia, aunque la misma no estuviera fundamentada —o no exclusivamente— en la prueba practicada en el juicio. Así entendido, el principio de «convicción íntima o en conciencia», se independiza de la valoración de la prueba y se convierte en un principio amparador de un poder tendencialmente ilimitado del juez en la fijación de los hechos. El rechazo de la concepción garantista del proceso propia de la escuela clásica y la afirmación de la defensa social como fin único del proceso, cuya consecución exige el triunfo incondicionado de la llamada verdad material, condujo a una ampliación del alcance del principio de la «convicción íntima o en conciencia» del juzgador, que pasó a convertirse en expresión de una libertad prácticamente omnimoda de cara a la averiguación de la verdad y que, además, no necesitaba justificación alguna. Por lo tanto, no debía exteriorizarse en la sentencia el proceso mental por el cual el tribunal había llegado a determinada conclusión a partir de la valoración de la prueba practicada en el juicio.

Sin embargo, en un Estado de derecho y en el que el proceso penal responde a un sistema de garantías (art. 12 Cn.), cuando hoy se defiende la valoración de la prueba conforme a la sana crítica o a las reglas del criterio humano, lo que se está propiciando es la valoración de la prueba realizada por el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino expresándose siempre en la sentencia la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial.

El régimen de la prueba tasada, característico del modelo inquisitivo, descansaba en la premisa de considerar al acusado como un mero «objeto» del proceso, esto es, simple objeto de investigación, como consecuencia de lo cual, la confesión del imputado venía a ser el propósito último de toda investigación penal. Esta consideración de la

confesión como «regina probatorum» determinó que el proceso penal se orientase, casi exclusivamente, a conseguir que el imputado reconociese los delitos de que se le acusaba. El corolario de todo ello fue la generalización del tormento como método para obtener dicha confesión. Como se afirma en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 octubre 1997 —caso *Serves contra Francia*—, «el derecho de todo acusado a callarse y a no contribuir a su propia incriminación es una norma internacionalmente reconocida que está en el núcleo de la noción de juicio justo consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su razón de ser estriba principalmente en la protección del acusado contra una coerción abusiva por parte de las autoridades, lo que evita errores judiciales y permite alcanzar los objetivos del artículo 6. En particular, el derecho de no contribuir a su propia inculpación presupone que, en un asunto penal, la acusación trate de fundar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos por la violencia o por presiones contra la voluntad del acusado».

La implantación del sistema acusatorio permitió, en contraste con la etapa anterior, considerar que el imputado no era un mero objeto procesal u objeto de investigación, sino un sujeto del proceso penal con derechos plenos y parangonables a los que correspondían a la acusación.

Como consecuencia de ello, la declaración del acusado, sin dejar de ser un medio de investigación, es también, y sobre todo, un medio de defensa. Por ello mismo, era necesario arbitrar los mecanismos para que la declaración del imputado en el proceso penal se llevase a cabo en condiciones de libertad, entendiendo tal libertad en el doble sentido de que el acusado pudiese optar por declarar o no, y, en el supuesto de que accediese a prestar declaración, que el contenido de ésta respondiese a la sola voluntad del imputado.

1413

El desenlace de dicha evolución en el campo de la prueba y su valoración es que gana la materia en complejidad, puesto que ya ni basta en todos los casos con la confesión del imputado, ni es fácil su obtención, puesto que no tiene por qué reconocer su implicación delictiva quien ni está obligado a ello, ni puede verse compelido por el empleo de la tortura u otros medios violentos ni, finalmente, tiene que esperar de tal reconocimiento ventaja alguna, sino todo lo contrario. Por lo tanto, son múltiples y variadas las pruebas que pueden practicarse a lo largo del juicio y relativamente difícil su valoración conjunta y equilibrada.

El Código Procesal Penal de El Salvador, en este mismo sentido, establece en el primer párrafo de su artículo 356 que “El tribunal apreciará la prueba producida durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica”. Rige, por lo tanto, el moderno sistema de libre valoración de la prueba.

Obsérvese que las reglas de la sana crítica se han de proyectar sobre las pruebas practicadas en el juicio. La valoración de la prueba radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es una fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, por ejemplo), 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar.

Partiendo de esta constatación, en el sistema legal de valoración lo que se dice es que las máximas de la experiencia que constituyen la premisa mayor son impuestas por el legislador, mientras que en el sistema de libre valoración esas máximas se determinan por el juez en atención a su conocimiento de la vida.

Valoración libre no es igual a valoración discrecional, ni esta valoración se resume en la íntima convicción o en la conciencia del juez. Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las que concede o no credibilidad a un medio de prueba.

1414 Pero es que, además, esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia, no mantenerse en el secreto, en el íntimo arcano de la mente del juzgador. Afecta esto a la cuestión relativa a la motivación de la sentencia. No en vano el artículo 357 CPP ordena en sus apartados 2 y 3 que la sentencia exprese la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal considera acreditado y el voto motivado de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, por lo que nos remitimos a los comentarios a dicho precepto.

Nunca se insistirá suficientemente en que libre valoración de la prueba no es igual a valoración arbitraria. La conclusión judicial que se contiene en la sentencia ha de ser la consecuencia racional y razonada de la actividad probatoria desarrollada en el juicio, de suerte que sin una mínima actividad probatoria de cargo no es posible una sentencia condenatoria, que a falta de sustento probatorio no pasaría de ser la expresión de una decisión irrazonable y arbitraria.

En un intento de sistematizar los puntos sobre los que ha de girar la valoración de la prueba, y tomando como base la doctrina contenida en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm. 31 de 1981, seguida de otras muchas, puede decirse que:

1º. El tribunal no puede prescindir de la prueba practicada en el juicio, por lo que un pronunciamiento condenatorio exige la existencia de una mínima actividad probatoria. La condena sin una mínima prueba vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2º. Dicha mínima actividad probatoria debe haberse practicado con todas las garantías procesales y, especialmente, con respeto absoluto a los derechos fundamentales, ya que de lo contrario no puede el tribunal entrar a examinar su fuerza de convicción, pues le está prohibida su valoración. Es decir, no se puede basar la convicción judicial en elementos probatorios obtenidos al margen o con infracción de las garantías que son debidas al imputado.

3º. Si la valoración es negativa para el imputado, si es el soporte de una sentencia condenatoria, la mínima actividad probatoria ha de ser de cargo; esto es, de la misma ha de poderse deducir la culpabilidad del acusado.

4º. La prueba a valorar y en la que ha de basarse la convicción judicial tiene que haberse practicado en el juicio oral. Precisamente por ello, el artículo 276 CPP priva con carácter general de virtualidad probatoria a las actuaciones de la instrucción, con la sola excepción de “los actos irreproducibles realizados conforme a las reglas previstas en este Código, o aquellas actas cuya lectura en la vista pública esté permitida”. Y el precepto que ahora comentamos fija como objeto de la valoración del tribunal “la prueba producida durante la vista pública”.

Por lo tanto, recuerda MIRANDA ESTRAMPES, el convencimiento del tribunal no puede tener su origen en una mera intuición del juzgador, o en simples sospechas o presentimientos, o en una especie de convicción moral, sino que debe estar basado en los elementos probatorios obtenidos en el proceso. La simple creencia o impresión del juzgador no puede elevarse a la categoría de prueba, ya que la acción de juzgar no es una actividad puramente intuitiva, sino racional, científica y fundamentada en las pruebas practicadas en el juicio. La simple creencia por parte del juzgador, obtenida al margen de la prueba, como estado de ánimo subjetivo, de que el acusado ha sido el autor del delito imputado no es suficiente para proceder a la condena del mismo.

1415

Ahora bien, no hay que entender la doctrina de la “mínima actividad probatoria” como exigencia de que debe concurrir un determinado número de pruebas para destruir la presunción de inocencia, ya que es posible la simple concurrencia de una de ellas para conducir al tribunal al convencimiento de la culpabilidad del acusado.

Como colofón, recordando lo que se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 19 de enero de 2001, diremos que para que la valoración de la prueba conduzca a la declaración de culpabilidad del imputado, es necesario que:

- a) La existencia de una actividad probatoria realizada en el juicio oral con las garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación.
- b) Que dicha prueba tenga, efectivamente, un sentido incriminador.

- c) Que se trate, además de una prueba constitucionalmente legítima por no haberse lesionado en su práctica un derecho fundamental o libertad pública.
- d) Que la apreciación de la prueba llevada a cabo por el Tribunal no sea irrazonable o arbitraria.

b) Prueba directa y prueba de indicios

La valoración del tribunal puede proyectarse sobre pruebas que, practicadas en las sesiones del juicio, incriminan directamente al imputado, ya que permite establecer una relación muy directa entre el contenido de la prueba y la intervención de aquel en el hecho objeto de enjuiciamiento. El ejemplo más claro es el delito flagrante, en que al haber sido el autor sorprendido en el momento de la comisión del hecho delictivo, o instantes después de su acción (cuasiflagrante), la prueba fijará una vinculación directa entre el delito y el imputado contra el que se dirige la imputación.

En el orden teórico, la prueba directa no presenta una problemática especial y no se discute su aptitud para basar una sentencia de condena, que habrá sido precedida de la valoración del tribunal durante la deliberación y será antecedente de aquella. Distinta —y más difícil— es la problemática que se plantea en torno a la prueba de indicios.

1416

La denominada prueba por indicios no constituye verdaderamente un medio de prueba, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias acreditados en el proceso, que permite deducir la existencia de otros. Se puede definir como el paso desde unos hechos conocidos (hechos básicos o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) por el camino de la lógica. Partiendo de unos datos o circunstancias probados en la causa, colaterales al hecho necesitado de prueba, se puede llegar al conocimiento de la realidad de éste último porque existe tal conexión lógica entre aquéllos y éste que, admitidos los primeros como probados, nadie pone en duda la certeza del último.

Algún autor (GUASP) lo explica como un silogismo en el cual la premisa mayor es el hecho o hechos básicos o indiciarios, la premisa menor se encuentra en el acaecimiento que requiere la prueba, mientras que la conclusión se concreta en el resultado alcanzado. Aplicando la premisa mayor a la menor se consigue la prueba del hecho necesitado de acreditación.

Se diferencia esta prueba de las llamadas personales, como la de testigos e interrogatorio del imputado, y de las pruebas reales (documentos o reconocimiento judicial) que tienen, respectivamente, a las personas y a las cosas como medio de prueba. En la prueba de indicios el medio probatorio lo constituye un hecho o hechos

básicos (actos) cuya conexión lógica con el hecho consecuencia, a través de un proceso intelectual que el juzgador realiza, lleva a la convicción sobre la realidad de este último.

Recibe muy diversas denominaciones: prueba de indicios, indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas. Todos estos nombres pueden ser válidos en cuanto ponen de manifiesto alguno de los aspectos de este singular procedimiento probatorio:

- La denominación de prueba de indicios hace hincapié en los hechos básicos (indicios) que sugieren o indican el hecho consecuencia.
- La designación como indirecta, mediata o circunstancial nos pone de manifiesto que el resultado probatorio se obtiene mediante la acreditación, no directamente del hecho mismo necesitado de prueba, sino de otros que rodean a éste (que constituyen su circunstancia), cuya realidad, por la vía de un razonamiento más o menos simple, nos conduce a la afirmación de aquello que se encuentra necesitado de prueba.
- El nombre de prueba de inferencias, presunciones o conjeturas tiene en cuenta el referido elemento de conexión lógica que ha de existir entre los hechos básicos y el hecho consecuencia.

1417

Tradicionalmente, se ha venido manifestando cierta desconfianza respecto al valor de esta clase de prueba. Sin embargo, en la actualidad, en que impera el sistema de libre apreciación de la prueba y han desaparecido las reglas valorativas propias del antiguo procedimiento, es un lugar común en la doctrina la plena validez de la prueba de indicios en materia penal y también en cualquier otra rama del derecho, de modo que, al igual que las pruebas directas, su eficacia en el caso concreto habrá de medirse conforme a la mayor o menor aptitud para convencer al tribunal de la realidad del hecho a acreditar. La mayor o menor proximidad lógica de cada uno de los hechos básicos respecto del hecho consecuencia, su convergencia o univocidad al respecto, el que unos de tales hechos básicos puedan servir de apoyo a los otros y viceversa. En definitiva la mayor o menor capacidad de sugerencia de los indicios con relación al hecho necesitado de prueba ha de ser apreciada conforme a reglas de la sana crítica, utilizando las llamadas máximas de experiencia, los conocimientos científicos o cualesquiera otros elementos aptos en cada caso para razonar ese enlace preciso y directo.

Ordinariamente, son necesarios varios hechos básicos o indicios para tener por buena la aplicación al caso de esta clase de prueba. La concurrencia de uno solo suele ser equívoca. No obstante, también se dice que hay casos excepcionales en que la especial significación como indicio de un determinado hecho básico puede acreditar de

modo indubitado la realidad del hecho consecuencia. Así, por ejemplo, la cantidad de droga ocupada al acusado puede servir como dato único del cual se puede deducir la realidad de su destino al tráfico ilegal.

En cuanto a su mayor o menor valor en relación con la prueba directa, la doctrina nos ofrece ejemplos en que aparece con claridad manifiesta la especial fuerza probatoria que puede alcanzar la prueba de indicios, por encima incluso de la que pudiera otorgarse a una prueba directa sobre los mismos hechos. La existencia de una prueba pericial que acreditara la presencia en el lugar del robo de una huella dactilar del acusado, unida al hallazgo en poder del mismo del objeto robado, conforman una prueba de indicios de tal fuerza de convicción sobre la autoría del robo que nadie se atrevería a poner en duda que tiene un valor superior al que pudiera derivarse de una prueba testifical sobre semejante extremo. Ejemplos como éste acreditan que en principio no hay razón alguna para conceder mayor valor a la prueba directa, considerando a la de indicios como de segundo orden. Prescindiendo de la clase de prueba utilizada, su eficacia habrá de apreciarse en cada caso teniendo en cuenta la mayor o menor capacidad de convicción respecto del hecho concreto a que se refiere.

1418

Puede suceder que en un mismo procedimiento concorra la prueba directa (testigos, documentos, confesión o peritos) sobre un determinado dato o circunstancia, con la de indicios, que pueden servir para corroborar la prueba directa, en ocasiones incluso con tal importancia que el propio juzgador considera la presencia de tales indicios corroboradores como decisivos para la definitiva valoración de la prueba, todo lo cual ha de ser debidamente razonado en el propio texto de la sentencia.

La mayor dificultad que se presenta cuando se trata de valorar la prueba de indicios se refiere, no al hecho base acreditado, sino a la conexión lógica por la que se deduce el hecho consecuencia. Siempre serán las concretas circunstancias de cada caso las que permitan valorar su concurrencia. Habrá de tenerse especial cuidado en no dejarse llevar de simples intuiciones y para asegurarse al respecto es obligado razonar por escrito en el texto de la misma sentencia, para que de este modo, como ya se ha dicho, el propio tribunal pueda verificar si utiliza o no correctamente este medio de prueba.

La llamada prueba de indicios conduce al establecimiento en sede judicial de una determinada presunción. Téngase en cuenta que la prueba de presunciones aparece expresamente recogida, entre las clases de prueba, en el artículo 1569 del Código Civil de la República de El Salvador, cuyo artículo 1583 establece que las presunciones “que deduce el Juez deberán ser graves, precisas y concordantes”.

También aparecen referencias a esta prueba en el artículo 15 CPP que, tras la modificación operada por el D.L. núm. 704 de 9 de septiembre de 1999, dispone en su último párrafo que “si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma podrá ser valorada

por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica”, sin que la redacción de este párrafo se haya visto afectada por la modificación introducida por el Decreto núm. 487, de 18 de julio de 2001. El artículo 127 CPP dice que “En cualquier estado de la causa, el juez o tribunal podrá ordenar la devolución de la cosa objeto del hecho punible o restablecerla al estado que tenía antes del hecho, siempre que existan suficientes indicios sobre la comisión del delito”, el artículo 167 CPP habla de “indicios de prueba” en relación con las inspecciones corporales y el art. 241 CPP, al tratar de las atribuciones de los policías, les faculta para “Ordenar, si es indispensable y por el tiempo mínimo necesario el cierre del local en que se presume, por suficientes indicios, que se ha cometido un delito grave y levantar acta detallada”.

Vemos, en definitiva, que la terminología propia de la prueba indiciaria no es, ni mucho menos, ajena al ordenamiento jurídico interno.

Podemos decir, a modo de conclusión, que la prueba por indicios es idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, aunque para ello es necesario que concurren los requisitos siguientes:

- 1) Que los indicios en que el Tribunal se basa no estén constituidos por un único hecho base, sino por una multiplicidad de ellos. Sin embargo, ya hemos visto que excepcionalmente se admite como suficiente un solo hecho indiciario cuando por su especial significación y evidencia de él se tenga que deducir necesariamente la existencia del hecho consecuencia.
- 2) Que los hechos indiciarios estén plenamente demostrados en la causa mediante prueba directa.
- 3) Que tales hechos básicos o indiciarios estén enlazados o vinculados entre sí y sean confluyentes en la explicación del significado que deba darse al hecho que se juzga, marcando una misma dirección.
- 4) Que no hayan sido desvirtuados por otros contraindicios de signo exculpatorio.
- 5) Que entre los hechos indiciarios acreditados y la consecuencia que se trate de deducir exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.
- 6) Que el Tribunal explicita en la sentencia el razonamiento por virtud del cual llega a la conclusión de estimar probado el hecho presunto a partir de los datos indiciarios acreditados.

c) *Prueba lícita y prueba ilícita*

Señala la STSE de 17 de enero de 2000, recordando otras anteriores (SSTSE de 8 y 29 de noviembre de 1999) que la prueba penal es un elemento de acreditación de un hecho con trascendencia en el enjuiciamiento de una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. A su través, las partes del proceso penal tratan de reconstruir un hecho. Es, desde esta perspectiva, una actuación histórica que trata de reconstruir el hecho enjuiciado.

El proceso penal en un Estado de Derecho se enmarca en la consideración del derecho penal como instrumento de control social primario y formalizado. De esta última característica resulta que sólo podrán utilizarse como medios de investigación y de acreditación aquellos que se obtengan con observancia escrupulosa de la disciplina de garantía de cada instrumento de acreditación.

1420 Las normas que regulan la actividad probatoria son normas de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del «ius puniendi» del Estado y, por ello dispone la Constitución de El Salvador, en dos preceptos consecutivos (arts. 11 y 12 Cn.) que nadie puede ser privado de sus derechos sin ser previamente vencido en juicio con arreglo a la ley. Tan claro mandato exige que no surtan efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, u obtenidas contra lo establecido en la Ley.

En sede de legalidad ordinaria, el art. 15 CPP establece, tras la modificación llevada a cabo por el Decreto núm. 487 de 18 de julio de 2001 que “Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.-No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el juez aplicando las reglas de la sana crítica.-Se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona. Todo lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. No obstante tratándose de operaciones encubiertas practicadas por la Policía Nacional Civil, se permitirá el uso de medios engañosos con el exclusivo objeto de detectar, investigar y probar conductas delincuenciales del crimen organizado, previa autorización por escrito del Fiscal General de la República.-Igualmente podrá autorizarse dentro del desarrollo de la investigación y bajo estricta supervisión de la Fiscalía General de la República, la incitación o provocación de conductas a efecto de poder comprobar los hechos delictivos que se investigan. No obstante lo dispuesto en el inciso primero del presente artículo, si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades

prescritas por este Código, la misma podrá ser valorada por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica”.

Dice el art. 162 del CPP que: “Los hechos y circunstancias relacionadas con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República y demás leyes, siempre que se refiera, directa e indirectamente, al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad. Para que las pruebas tengan validez, deben ser incorporadas al proceso —o deben verse desenvueltas en el mismo— conforme a las disposiciones de este código, y en su defecto de la manera que este prevista la incorporación de pruebas similares”.

Las anteriores disposiciones-mandatos se complementan con el apartado 6 del artículo 224 CPP, que dispone la nulidad de los actos y diligencias que impliquen “inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código”.

Y el último apartado del mismo artículo no limita la nulidad al acto o diligencia en que se hubiere producido la infracción, sino que la extiende a los que sean conexos con éste.

1421

Por lo tanto, siendo la primera consecuencia de la ilicitud de la prueba su nulidad absoluta, ésta alcanza, en primer lugar, a la diligencia en que se cometió la infracción. La legalidad debe presidir todo el proceso de obtención de elementos probatorios. La consecuencia natural y generalizada de la ilicitud de la prueba obtenida será su nulidad y su falta de aptitud probatoria.

Pero también puede llegar la nulidad y, por lo tanto, la prohibición de valoración judicial, además de a la fuente probatoria directamente viciada, de forma refleja a otras pruebas que, siendo en sí mismas válidas, ha venido a ser propiciada por la que se tiene por nula. Así lo recoge especialmente el párrafo segundo del art. 15 CPP, cuando indica que “No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito”. Queda de este modo plasmada la doctrina, de origen anglosajón, de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*) por la que no será eficaz el elemento probatorio logrado de modo lícito, pero cuyo descubrimiento devenga de otros resultados obtenidos con prueba ilícita.

La doctrina constitucional española sostiene que en el caso de las pruebas derivadas de otras ilícitas es preciso determinar la validez constitucional de pruebas que, siendo lícitas por sí mismas, pueden resultar contrarias a la Constitución, por haber sido adquiridas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneraron directamente un derecho fundamental, es decir, si existió «conexión de antijuridicidad»,

se dice en la STCE núm. 81/1998. La comprobación de la existencia de la conexión de antijuridicidad entre una prueba declarada nula y otras, en principio, lícitas, debe verificarse «desde una perspectiva interna, de la índole y características de la vulneración, así como de su resultado, condicionándola, por regla general, a lo que determinase un juicio de experiencia a llevar a cabo por los Tribunales... acerca si el conocimiento derivado hubiera podido adquirirse normalmente por medios independientes de su vulneración».

La consideración de pruebas directamente relacionadas con una actuación irregular, cuya prohibición de valoración resulta de la Constitución, requiere, a tenor de lo expuesto, comprobar si entre la prueba irregular y la que se analiza existe, en primer lugar, una relación natural y, seguidamente, si se encuentran en relación de antijuridicidad y ésta se constata atendiendo a la entidad de la lesión, a su contenido y a la posibilidad de haber obtenido el resultado de la investigación a través de medios independientes de la actividad irregular.

1422

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 26 de diciembre de 2000, recordando la doctrina expuesta, “es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad” (SSTCE 81/ 1998, 121/1998, 151/1998 y 49/1999). En igual sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Constitucional de España números 8/2000, de 17 de enero, y 136/2000, de 29 de mayo. En esta última se declara que “según venimos afirmando, la declaración de la lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con la directamente obtenida con vulneración de derechos constitucionales”. Y se añade que la prohibición de valorar pruebas obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, sólo tiene lugar si la ilegitimidad de las pruebas se transmite a las derivadas, mediante la que hemos denominado conexión de antijuridicidad, atendiendo conjuntamente al acto lesivo del derecho fundamental y su resultado, tanto desde una perspectiva interna (referida a la índole y características del derecho sustantivo), como desde la perspectiva externa (las necesidades de tutela exigidas para la efectividad de ese derecho).

El legislador ha venido a otorgar rango de legalidad positiva a la doctrina expuesta, con arreglo a la cual la ilicitud de una prueba, si bien es causa de su nulidad y, además, da lugar a la de las restantes que se hayan obtenido en forma derivada, no extiende los efectos anulatorios a cualesquiera otras con las que no exista conexión de antijuridicidad. Tras la reforma introducida en el artículo 15 CPP por el Decreto núm. 487, de 18 de julio de 2001, su párrafo segundo, tras negar eficacia a las pruebas obtenidas por medios ilícitos, continúa diciendo que “No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el juez aplicando

las reglas de la sana crítica”. Se limitan así de forma expresa las consecuencias de la nulidad por ilicitud en la obtención de la prueba, puesto que se salva la licitud y, por lo tanto, se permite la valoración judicial, de aquellas pruebas obtenidas de buena fe, por “hallazgo inevitable”, o por una “fuente independiente”. Es decir, no quedan afectados de nulidad los elementos probatorios en cuya obtención no se de con la prueba ilícita la relación necesaria para que la nulidad de ésta repercute en las restantes pruebas.

d) Valoración de la declaración del imputado

El acusado dispone de una primera ocasión de intervenir en el juicio oral cuando, tras la apertura de la audiencia, la resolución de los incidentes que hayan podido plantearse y la explicación de la acusación y de la orientación de la defensa, se le recibe la declaración a que se refiere el artículo 340 CPP. Naturalmente, si desea prestarla, toda vez que el mismo precepto prevé la posibilidad de que prefiera abstenerse de declarar, en consonancia con el derecho en tal sentido que en dicho artículo se le reconoce, al igual que en el artículo 87 CPP.

Pero no termina la posibilidad de ser oído con la cumplimentación del trámite del artículo 340. No sólo porque el último párrafo del mismo artículo dispone que durante el transcurso del juicio las partes y el tribunal podrán formularle nuevas preguntas, en lo que no es sino una proyección del primer interrogatorio, por lo que la declaración que en su caso preste no será a su propia iniciativa, sino a impulso de alguna de las partes o del tribunal, sino sobre todo porque, en cuanto ahora interesa, el artículo 342 CPP dispone en su primer párrafo que en el curso de la audiencia el imputado podrá hacer las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa.

1423

Se trata de que la posibilidad que se le concede de hacer llegar su versión al tribunal que ha de decidir no se agota cuando, tras ser informado de la acusación y de sus derechos, puede manifestar “cuanto tenga por conveniente” (art. 340 CPP). Su declaración no se cierra con dicha manifestación, ni tampoco con las respuestas a las cuestiones que le planteen las partes, sino que a lo largo de la vista, a medida que se va desarrollando el resto de la actividad probatoria, puede el acusado hacer uso de la palabra, ya sea para ofrecer entonces su versión, ya para intentar desvirtuar o desautorizar la que ofrezcan los testigos lo que, en algunos casos, puede aparecer como una especie de peculiar careo entre el imputado y quien se encuentre prestando la declaración que aquel se esfuerza en contradecir.

El derecho al silencio ha de asistir a cualquier imputado con independencia de que sea o no sujeto pasivo de la medida cautelar privativa de libertad. El derecho al silencio es, por lo tanto, un derecho constitucional que le asiste. Se plantea en relación con esta cuestión si, puesto que también debe reconocerse al imputado el derecho a no confesarse culpable, igualmente le asiste el derecho a mentir en el proceso penal. Ni la Constitución ni el CPP contemplan tal pretendido derecho. Sin embargo, es lo

cierto que no existe norma sustantiva alguna que castigue o cuando menos censure esta conducta del imputado, por lo que deberá entenderse que, sin perjuicio de su valoración por el tribunal, las mentiras contenidas en la declaración del acusado son, como el silencio, la expresión de sus derechos constitucionales y procesales como tal.

A continuación de la libre manifestación del imputado de “cuanto tenga por conveniente”, a lo largo del interrogatorio puede adoptar varias posturas:

1) Negativa a contestar a las preguntas formuladas.- Es manifestación del derecho que se le reconoce a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, exteriorizado en este caso mediante el ejercicio concreto del silencio. No tiene por qué hacerse de forma que abarque la totalidad del interrogatorio. Puede el imputado acceder a responder a algunas preguntas y, a la vez, guardar silencio en otras que pudieran ser atributivas de conductas punibles.

Su consecuencia procesal es la continuación de la vista, aun en el caso de que se niegue a hacer cualquier manifestación y, por supuesto, a contestar a todas las preguntas, pues así habrá sido previamente advertido, como antes hemos visto.

1424 Ha de tenerse en cuenta que la negativa a declarar, por tajante que sea, no es condicionante de la condena, ni constituye indicio valorable como incriminatorio. Pero tampoco puede considerarse una forma de protección inatacable de la presunta inocencia, que puede desvirtuarse siempre que existan suficientes pruebas de cargo. Es decir, el ejercicio por el imputado de su derecho a guardar silencio no empieza, ni es obstáculo, a la valoración por el tribunal de las pruebas practicadas que, siendo suficientes, practicadas con las debidas garantías y de signo incriminatorio, puedan sustentar la conclusión condenatoria.

El párrafo tercero del artículo 340 CPP afronta la posibilidad de negativa del imputado a declarar, en todo o en parte. En este caso, se prevé que el presidente pueda ordenar la lectura de las declaraciones prestadas con anterioridad, “siempre que se hayan observado en ellas las reglas pertinentes”, que no son otras que las garantías que pueden avalar el vigor probatorio de dichas declaraciones. Ello supone, lógicamente, que la legítima negativa del inculcado a declarar no impide la valoración de las declaraciones prestadas con anterioridad, pues si así no fuera no tendría sentido su lectura, lo que nos sitúa ante la valoración de pruebas que, en puridad, no han sido practicadas en el juicio oral, si bien han sido traídas al mismo de la forma dicha, esto es, leyéndolas.

Si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan someterlas a

contradicción. En este sentido, creemos importante destacar que el principio de contradicción se cumple si las partes pueden contradecir las pruebas, aunque no las contradigan. Y el principio de proscripción de toda indefensión también se realiza si la parte no quiere defenderse. Es decir, si un imputado pudiendo interesar prueba no lo hace, no podrá, después, alegar carencia de tutela judicial efectiva, porque en el proceso, con mayor o menor intensidad, la iniciativa básica corresponde a las partes, no al órgano jurisdiccional.

2) Contestación exculpatoria, contradictoria o falsa.- Con el mismo carácter de derecho básico del imputado, es posible la declaración de no culpabilidad por el acusado, con independencia de las declaraciones que en otro sentido se hubieran prestado en la fase de investigación precedente al juicio oral, que pueden ser corregidas, desmentidas o confirmadas.

Esto plantea la cuestión de cómo han de valorarse las posibles contradicciones entre lo allí manifestado y lo dicho en la vista oral. Es evidente que la convicción judicial debe formarse sobre los resultados de la prueba practicada en este momento. Sin embargo, ello no supone que deba prevalecer necesariamente lo aquí declarado, sino que el órgano sentenciador puede basarse en la versión que le ofrezca mayor grado de verosimilitud, siempre y cuando las declaraciones que consten en las actuaciones preliminares se hayan obtenido concurriendo las necesarias garantías, sometiéndose a contradicción en el acto de la vista. El mismo párrafo tercero del artículo 340, que se refiere al caso en que el imputado prefiera guardar silencio, prevé que el presidente acuerde la lectura de las anteriores declaraciones. Para que se consideren cumplidas tales garantías no es necesario que sean objeto de interrogatorio absolutamente todos los extremos o cuestiones sobre los que pudiera haber divergencias, bastando que se conceda la oportunidad de hacerlo.

1425

Cabe, asimismo, una declaración que, con finalidad exculpatoria, incurra en mentiras o falsedades. En este caso, y aunque es cierto que la presunción de inocencia preserva al acusado de demostrarla, su conducta podría jugar en su contra, configurando un contraindicio de culpabilidad si fuera acompañado de otros signos inculpatorios.

3) Aceptación de responsabilidad.- Nada impide que, pese al derecho que le asiste a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a guardar silencio, el imputado acepte su responsabilidad, confesándose autor del hecho punible. En tal caso, y no obstante el innegable valor probatorio que tiene el que por parte del propio acusado se afirme su culpabilidad, no debe olvidarse que, en un sistema de valoración libre y no tasada de la prueba, la confesión del imputado no tiene por qué constituir prueba plena, por lo que el tribunal deberá valorar el reconocimiento en relación armónica con las restantes pruebas que se practiquen a lo largo del juicio.

Aunque no en la específica regulación del plenario, sino al tratar de los medios de prueba que, fundamentalmente, se practican en la fase de instrucción —lo que no excluye su aplicación al juicio oral en cuanto sea compatible con sus principios reguladores—, la aceptación de responsabilidad se contempla en el artículo 221 CPP. Su primer párrafo admite que la confesión “clara, espontánea y terminante” sea apreciada como prueba, precisándose que habrá de hacerse según las reglas de la sana crítica. Esta referencia a la sana crítica es, en puridad, superflua, ya que ni hay duda de que la declaración del imputado (incluida la aceptación de su participación en el hecho punible) es prueba valorable por el tribunal, ni es discutible que su valoración, como la de todas las pruebas, ha de atenerse a dichas reglas lo que, por otra parte, se reitera en el artículo 356 CPP. Más bien se trata de una advertencia o admonición del legislador en el sentido de que la valoración de la confesión ha de realizarse con extrema prudencia, no exorbitando su importancia y, por lo tanto, ponderando las circunstancias que pudieran haberla condicionado, lo que nos conduce también a la consideración de que el reconocimiento del imputado no ha de relajar el rigor del tribunal ni, especialmente, de la parte acusadora, en la búsqueda y valoración de otras pruebas que pudieran corroborar, o aun desmentir, dicha confesión; es suma, se ha de buscar, como siempre en el proceso penal, la verdad material. Dicho de otro modo, el expreso reconocimiento de la participación en la actuación delictiva no dispensa al tribunal de la comprobación de la veracidad de dicha confesión, del mismo modo que debe verificar la de cualquier declaración.

1426

A lo dicho debe añadirse que, con arreglo al segundo párrafo del mismo artículo 221, la aceptación como buena de la confesión del imputado implica la asunción de los aspectos de la misma que le sean favorables, como pueden ser la concurrencia de alguna circunstancia que atenúe su responsabilidad penal.

Mayor es el rigor del legislador cuando la confesión no se preste ante el juez o ante el tribunal que, en la fase de plenario, es el “juez competente” que cita el artículo 222 CPP. En tales casos se exige expresamente que el reconocimiento sea concorde con otros elementos probatorios y que el mismo se acredite por medio de una o varias declaraciones que, a la vez, permitan verificar que el imputado no fue sometido a coacción para prestarla. Y si la autoinculpación ha tenido lugar ante una autoridad administrativa se exige, además de lo dicho, la asistencia de defensor.

e) Valoración de las declaraciones de los coimputados

Cuando el imputado no es uno solo se plantea una particular problemática, que hace referencia a la credibilidad que pueden merecer las manifestaciones de los coimputados.

La importancia de las reflexiones que puedan hacerse en relación con la valoración probatoria de las declaraciones de los coimputados no viene motivada por la

consideración aislada de los mismos, pues desde esta perspectiva en nada se diferencia lo que pueda decirse ahora de lo ya dicho acerca de la declaración del imputado. Su interés deriva del hecho de que las de uno de los acusados pueden ser de contenido acusatorio respecto del otro, lo que suscita una problemática peculiar.

El valor probatorio de la declaración incriminatoria de un coimputado ha sido discutido, alegándose que estos testimonios son, por lo general, interesados y poco o nada objetivos. Frente a estos alegatos, se afirma, en sentido contrario, la validez probatoria de las declaraciones de coimputados. Por ejemplo, la jurisprudencia española parece considerar que no es la regla general la presencia de factores que priven de la necesaria objetividad al testimonio del coimputado, por lo que no hay razón para negar valor probatorio a dicho testimonio. La excepcional concurrencia de circunstancias que puedan afectar a la fiabilidad de la declaración incriminatoria de un coimputado habrá de apreciarse caso por caso.

El Código Procesal Penal se limita a regular la forma en que ha de prestarse la declaración por los coimputados, al posibilitar en su artículo 341 el alejamiento de la sala de vistas de los que no declaren. Pero, aunque no contiene ninguna regla acerca de la valoración de dichas declaraciones, permite tal valoración, como se infiere con claridad de que el art. 330.3 prevé la incorporación mediante lectura de las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, lo que comporta que mediante su lectura dicha declaración se constituya en prueba valorable.

1427

Es una ley penal especial la que contempla expresamente la virtualidad probatoria que pueda tener la declaración del coimputado. La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en una norma de evidente contenido procesal, como es su artículo 73, establece que en los casos de los delitos establecidos en la misma “las declaraciones de los coautores o cómplices de un mismo delito son válidas y serán apreciadas como prueba, cuando aplicando las reglas de la sana crítica concuerden con las otras pruebas del proceso”. Se trata de una norma que, ubicada en una ley especial, pudiera conducir a la conclusión de que sólo en el enjuiciamiento de los delitos contemplados en la misma son susceptibles de valoración las declaraciones de los coimputados. Entiendo que no es así, toda vez que no puede prescindirse, en cualquier proceso penal, de que la manifestación del imputado, sea el único encausado o uno entre varios, constituye prueba y como tal debe ser valorada, si bien con extrema cautela, como ya se ha apuntado y más adelante se insistirá. En puridad, a fin de evitar confusiones e interpretaciones equivocadas que tiendan a desvalorar dicha prueba, tal vez la ubicación más adecuada de la norma de referencia debiera ser el Código Procesal Penal, en lugar de una ley especial, lo que puede dar lugar a sostener, equivocadamente, que fuera de su ámbito no son valorables dichas declaraciones.

Otros ordenamientos procesales han prestado atención a las declaraciones de los coimputados. El Código italiano, aunque en su art. 197.1.a) considera incompatibles con la función de testigo a los coimputados por el mismo delito, permite que sean valoradas las declaraciones de coimputados, siempre que existan otros elementos de prueba que confirmen su atendibilidad (art. 192.3); la StPO alemana no regula de manera específica la declaración del coimputado y su valor, pero en varios párrafos alude a las declaraciones de coacusados en la vista principal en términos de los que cabe deducir que se admite su utilización como fuente de la convicción del juzgador en iguales condiciones que las declaraciones testificales, como se infiere del párrafo 247, que contiene una disposición semejante al art. 341 CPP; el párrafo 251 establece el régimen de sustitución del interrogatorio personal “de un testigo, perito o coinculpado” por la lectura de actas de declaraciones anteriores y, en fin, el 257 establece el derecho a declarar del acusado “después del interrogatorio de cada uno de los testigos, peritos o coacusados”; nada dice al respecto la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, por lo que es la jurisprudencia la que ha venido elaborando al respecto una doctrina consolidada que posibilita la valoración de la declaración incriminatoria del coacusado.

1428

Se dice que la declaración de los coencausados por su participación en los mismos hechos no está prohibida por la Ley procesal, y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos. La valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido incriminatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia. La circunstancia de la coparticipación del declarante es simplemente un dato a tener en cuenta por el tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca, que es, en todo caso, función exclusiva de los órganos de la jurisdicción.

No debe olvidarse, en cualquier caso, que el coimputado, a diferencia del testigo, es parte en el proceso, y su declaración está, pues, rodeada de los requisitos y garantías propios de la declaración de los acusados, que no están precisamente orientados a asegurar que dicha declaración responda a la verdad: no presta juramento y tiene derecho a no declarar contra sí mismo—, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de la valoración de tales declaraciones. Si se dice que se trata de una declaración testimonial es únicamente en el sentido de que el coimputado que declara lo hace sobre hechos que ha presenciado o con los que de alguna manera ha estado en contacto, que es la función que suele desempeñar el testigo. No porque el coimputado, al declarar, cambie temporalmente por la de testigo su condición de acusado, que es inescindible a lo largo de todo el juicio.

Puede decirse que cabe la valoración probatoria de la declaración incriminatoria de un coimputado, si bien ha de recibirse y valorarse la misma con toda suerte de cautelas, en las que continuamente insiste la doctrina. Las declaraciones de los coautores son medios hábiles para desvirtuar la presunción “iuris tantum” de inocencia, aunque

han de ser cuidadosamente analizadas, teniendo en cuenta los factores que concurren en cada caso, para evitar que lleguen a condicionar el pronunciamiento de una condena motivos espurios, como odio personal, obediencia, soborno, o la misma se hubiese prestado con ánimo de desplazar al coimputado las propias responsabilidades, por lo que se deben extremar las cautelas que garanticen una convincente valoración de las mismas cuando sean utilizadas para fundamentar la condena de otro acusado.

Los requisitos que posibilitan que las declaraciones de los coimputados tengan el carácter de prueba racional de cargo son: de un lado, que no exista en la causa motivo alguno que permita deducir que el coimputado prestó su declaración guiado por odio personal, obediencia a tercera persona, soborno policial, etc.; y, por otra parte, que la declaración inculpatoria no se haya prestado con ánimo de autoexculpación.

En definitiva, la consideración como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia de la declaración inculpatoria de un coimputado exige que no existan dudas sobre su "limpieza"; es decir, habrá de tenerse muy en cuenta cualquier circunstancia condicionante, tanto derivada de la personalidad del declarante, como de sus motivaciones (por ej., por odio, venganza, soborno, cambio de conducta, caso de los arrepentidos, etc.) y, además, no deberá fundarse la resolución condenatoria sólo en estas declaraciones.

1429

Con carácter general, las únicas declaraciones de este tipo valorables deben ser las sometidas a contradicción en la vista oral. Sin embargo, se ha estimado alguna posible excepción respecto a las prestadas en el procedimiento preliminar con las debidas garantías, no reproducibles en aquel momento, en cuyo caso se procederá a su lectura, tal como previene el artículo 330.3 CPP para el caso de rebeldía, o cuando se trate de las que prestó el que ya ha sido sentenciado.

Diremos, a modo de resumen y conclusión, que la declaración inculpativa de un inculpado puede ser prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia de los demás que hubiesen negado su participación en los hechos, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que por su contenido y coherencia ofrezca garantías de veracidad,
- 2) Que no existan indicios invalidantes de su credibilidad, como motivos de venganza, odio personal, resentimiento, soborno u otros turbios e inconfesables,
- 3) Que la declaración inculpativa respecto del otro coacusado no se haya prestado con ánimo de propia exculpación, y
- 4) Que no sea dicha declaración el único medio probatorio.

f) Valoración de las declaraciones de los testigos en general

El principio de libre valoración de la prueba comporta que la valoración de la credibilidad de las declaraciones testificales dependa del crédito que las mismas hayan merecido a los miembros del tribunal.

En este punto destaca sobremanera la importancia de la intermediación judicial. Los jueces que directamente presenciaron la declaración están en una situación inmejorable para ponderar el grado de credibilidad de quien declara, a partir de su relación con el hecho y con las personas implicadas, así como sus fuentes de conocimiento. Para ello, no sólo interpretarán lo que el testigo dice, con sus incongruencias, sino también la forma en que se expresa, sus gestos, sus tics, sus indecisiones, también sus silencios, las vacilaciones, el aplomo al declarar.

En la valoración de las declaraciones testificales debe atenderse a las circunstancias subjetivas del testigo, especialmente sus relaciones con las partes del juicio, la amistad o enemistad que, aun no confesada, pueda tener con el imputado, o con la víctima, en la medida que ello puede influir en el contenido de su declaración.

1430 En la tarea valorativa de las declaraciones de los testigos, que en no pocas ocasiones se efectúa en contraposición a las de imputado, cuando son estas exculpatorias e inculpativas aquellas, en orden a valorar la veracidad de unas y otras manifestaciones, no debe pasarse por alto la distinta posición que en un procedimiento penal ocupan los acusados y los testigos y las obligaciones que pesan sobre unos y otros. Pues mientras los primeros, en el ejercicio de sus derechos, ni siquiera tienen obligación de declarar y si lo hacen no la tienen de decir verdad, lo que es tanto como permitirles mentir, los testigos deponen bajo juramento o promesa de decir verdad, hasta el punto de que la violación de este deber es constitutiva del delito de falso testimonio del artículo 305 CP.

Puede suscitar dudas la valoración del testimonio prestado por un menor. Mediante la prueba testifical se aporta al tribunal determinado conocimiento de los hechos que interesan al enjuiciamiento por parte de quien directamente los presenció u oyó o, como sucede en el caso del testigo de referencia, recibió en su día las manifestaciones al respecto de un espectador directo. Por lo tanto, no hay duda de que las declaraciones que, con el objeto indicado, pueda efectuar en la vista pública un menor tienen el carácter de testimonio y a las mismas les es de aplicación el régimen legal de las declaraciones testificales, salvo lo especialmente prescrito al respecto por el artículo 349 CPP.

El testimonio del menor de edad es un medio probatorio válido para desvirtuar la presunción de inocencia, o para reforzarla. Como en la valoración de las restantes declaraciones, la formación, experiencia, conciencia y perspicacia de los miembros del tribunal constituyen la última garantía de la justa valoración de los testimonios personales

en el proceso penal, tanto si quienes los prestan son mayores, como si son menores de edad.

g) Valoración de la declaración del testigo víctima

No son pocas las ocasiones en que es la propia víctima del delito quien declara como testigo, cuando no es el único testigo o, como es lógico, la persona cuya fuente de conocimiento es más directa, por su estrecha relación con el hecho enjuiciado. Esta doble condición, de testigo y, a la vez, de perjudicado por el delito y, por ello, interesado en su castigo, ha dado lugar a que se plantee el problema de su credibilidad. Sin embargo, es innegable que en muchos delitos, especialmente los que atentan contra la libertad sexual, la víctima es a la vez el único testigo.

En términos generales y “a priori”, nada debe objetarse por principio a la validez como prueba de cargo del testimonio único de la víctima en los delitos en que no ha habido otras personas que presenciaron el hecho, ni por supuesto en aquellos otros en que son varios los testigos, en cuyo caso deberá estarse a la medida en que las declaraciones de la víctima resultan corroboradas por las de otros testigos y, si son discrepantes, será el tribunal el que habrá de valorar la credibilidad de unos y otros testimonios.

1431

Ahora bien, para que una sola declaración —que además es la que presta la víctima— sea suficiente a los fines condenatorios se exige una estricta valoración dirigida a constatar la presencia en aquélla de las notas de verosimilitud subjetiva y objetiva que cancelan, dentro de límites racionales, las dudas que pudieran suscitar las declaraciones vertidas de contrario por la persona inculpada o agresora. Esto es, debe tenerse bien presente que la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores, subjetivos y objetivos, que concurren en la causa, sin olvidar cuáles son las notas necesarias en el testimonio para dotarlo de plena credibilidad como prueba de cargo.

Pueden servir como criterios de medida de la verosimilitud del testimonio incriminatorio de la víctima los siguientes:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones imputado-víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente.

2º) Verosimilitud: el testimonio que no es propiamente tal, en cuanto que la víctima puede mostrarse parte en la causa, ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones

periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo fundamental es la constatación de real existencia de un hecho.

3º) Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

h) Valoración de la declaración del testigo de referencia

Respecto de los testigos de referencia, cabe sostener que su testimonio está previsto —o, cuando menos, no excluido— en el penúltimo párrafo del artículo 348 CPP. Al prever este precepto que el testigo exprese la razón de sus informaciones y el origen de las noticias, “designando con la mayor precisión posible a los terceros que se lo hayan comunicado” está contemplando la posibilidad de que el testigo cuente al tribunal, no lo que directamente vio u oyó, sino lo que otra persona le contó.

Es razonable que sea susceptible de valoración probatoria la manifestación del testigo de referencia, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa y, estando sujeto el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción. La prueba testifical de referencia constituye uno de los actos de prueba que, si bien con carácter excepcional, los tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración a la hora de fundar una condena.

Sin embargo, lo que no debe pretenderse es la sustitución del testigo directo por el de referencia, cuyo testimonio sólo habrá de tenerse seriamente en cuenta cuando, por cualquier causa (fallecimiento, imposibilidad de localización) no se pueda contar en el plenario con la directa declaración de la persona que facilitó al testigo de referencia los datos que éste aporta al tribunal.

No obstante lo dicho, hay un supuesto en que la Ley procesal concede directamente virtualidad probatoria al testigo de referencia, aunque declare también el directamente interesado, como es el imputado. Se trata del caso en que la confesión del imputado sobre su participación en el hecho delictivo no se haya prestado ante el juez competente. A ello se refiere el artículo 222 CPP, al permitir su apreciación como prueba, entre otros requisitos, si se prueba su contenido por uno o más testigos “que merecieran fe al Juez”. Por lo tanto, dicha declaración no hará prueba por sí misma del hecho al que se refiere (la confesión), sino que, como cualquier prueba, es susceptible de ser valorada, de ser sometida a la ponderación crítica del juez o tribunal.

i) Valoración de la prueba pericial

La característica principal de la prueba pericial consiste en que el perito es persona que aporta al juicio y, más en concreto, al tribunal los conocimientos especial de carácter

extrajurídico que, siendo necesarios para la resolución a dictar, no están al alcance de los jueces.

Pese a ello, el tribunal no está vinculado por el contenido de la pericia. Puede o no seguir el parecer del perito, siendo importante para formar su convicción su aptitud, su moralidad, la conexión que pueda tener con alguna de las partes, etc.

Sin embargo, siendo evidente que el tribunal carece de los conocimientos especializados sobre los que gira la prueba pericial, no podrá apartarse de la misma arbitrariamente, sin razón alguna, sino que deberán expresarse en la sentencia los motivos de la discrepancia; esto es, si el desacuerdo judicial con el contenido de la pericia viene motivado por el resultado de otra prueba que la enerva, por la inconsistencia profesional del perito, etc.

j) Valoración de la prueba documental

La prueba de documentos se valora en función de su contenido y la relación que tenga con el objeto del proceso, así como en consideración conjunta con los restantes medios probatorios.

Es imprescindible atender a la autenticidad del documento. No ofrecen dudas los documentos públicos, siquiera en cuanto a su existencia y contenido, aunque no respecto de la veracidad de las manifestaciones que reflejen. Pero se ha de extremar la cautela en relación con los documentos privados, así como con los que sean simples fotocopias, dada la mayor facilidad con la que se pueden producir en los mismos alteraciones falseadoras.

1433

k) Valoración de los restantes medios de prueba

El artículo 351 CPP cita como medios probatorios los objetos y elementos de convicción, así como las grabaciones y medios audiovisuales.

El valor probatorio de las piezas de convicción, a las que se refiere también el artículo 180 CPP al prever su secuestro judicial, es innegable. Es clara la importancia de los objetos relacionados con el delito, tanto los empleados en su comisión (el arma, por ejemplo), como los que constituyan vestigios del hecho (piénsese en las ropas ensangrentadas).

En el mismo sentido, las que la ley denomina “grabaciones y elementos de prueba audiovisuales” pueden ser fundamentales para el esclarecimiento del hecho. Su reproducción en el plenario es exigencia derivada del principio de que, en virtud de la inmediación, el tribunal debe formar su convicción a partir de la valoración de la prueba practicada en el juicio oral, a su presencia y de las partes, a las que se ha de permitir la

intervención en su práctica, naturalmente con la extensión y matices derivados de la naturaleza de la prueba de que se trate.

En la valoración de estas pruebas tiene suma importancia, además de su reproducción con respeto a los principios de contradicción e igualdad de partes, la verificación de la autenticidad de los soportes en que se asienten (cintas magnetofónicas, discos de ordenador, etc.).

También ha de comprobarse si en su obtención se cumplieron los preceptos reguladores de la restricción de derechos fundamentales, en aquellos casos en que las mentadas pruebas pudieran suponer intromisión en el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones.

B) Reglas de la deliberación

El artículo 356 CPP, tras enunciar el principio de libre valoración de la prueba, contiene con cierto detalle las normas por las que ha de conducirse la deliberación.

1434 Se establece el orden por el que ha de procederse a la deliberación y subsiguiente votación, si bien con la suficiente flexibilidad que permita su alteración, pues prudentemente se indica que el orden que el citado precepto fija se seguirá “en lo posible”.

Con arreglo a ello, la deliberación y votación del tribunal se hará sobre las siguientes cuestiones y por el orden que se indica:

- 1º) Las relativas a su competencia, a la procedencia de la acción penal, de la acción civil y toda otra cuestión incidental que se haya diferido para este momento.
- 2º) Las relativas a la existencia del delito y la culpabilidad.
- 3º) La individualización de la pena aplicable.
- 4ª) Lo relativo a la responsabilidad civil.

Como se dice en el artículo 354 CPP, el secretario del tribunal asiste a la deliberación en la que obviamente, no ha de tener otra intervención que la de levantar acta en la que se dé fe de la celebración de la misma y sus incidencias, si se produce alguna. Deberá cuidar, sobre todo, de reflejar en el acta el motivo de la suspensión de la deliberación, si es que la misma llega a tener lugar.

El orden que se establece para la discusión es natural y obedece, en esencia, a la lógica secuencia de construcción de la sentencia que a continuación ha de dictarse. La mayor o menor riqueza argumental de la correspondiente deliberación dependerá, lógicamente, de la complejidad del asunto que se haya sometido a juicio y de la prueba practicada en la vista. Y, naturalmente, de la mayor o menor sintonía personal y jurídica de los miembros del tribunal.

Es claro que ha de comenzarse por la discusión sobre las cuestiones —si han llegado a suscitarse— de cuya solución ha de depender indefectiblemente el contenido esencial de la sentencia. Se ha de deliberar, en primer lugar, sobre extremos tan básicos como la competencia, la procedencia de las acciones (penal o civil) y las cuestiones incidentales que se hayan suscitado.

Sólo una vez que el camino procesal ha quedado despejado de los obstáculos atinentes a dichas cuestiones pasa el tribunal a deliberar acerca de la comisión del hecho delictivo, circunstancias del mismo y personas intervinientes, así como el grado de culpabilidad de las mismas.

Se trata seguidamente de la individualización de la pena aplicable, si la decisión es condenatoria, matizando el grado de culpabilidad del imputado para en consecuencia graduar la pena dentro del margen permitido por la ley y, finalmente, se adopta la decisión acerca de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

1435

La formación de la voluntad colegiada responde a principios democráticos básicos, por lo que se dice en el párrafo final del artículo 356 que las decisiones se adoptan por mayoría.

Como el resultado de la deliberación, la decisión del tribunal, será uno u otro según cuál sea el parecer de los jueces que lo integran y la exteriorización de sus opiniones no responde a simples actos de decisión más o menos discrecional, o arbitraria, sino que han de ser actos de razón y raciocinio, se exige que los jueces fundamenten sus votos, bien por separado, bien de forma conjunta si están de acuerdo.

El fruto de la deliberación es la sentencia, que debe reunir los requisitos que recoge el artículo 357 CPP, por lo que a ellos nos referiremos en los comentarios a dicho precepto.

III. JURISPRUDENCIA

Relevancia de pequeñas contradicciones en el testimonio. "Es necesario acotar que si bien existieron pequeñas contradicciones en los diversos testimonios de los testigos, los mismos no son considerados relevantes o sustanciales, sino por el contrario,

robustece dichos medios de prueba en el sentido que la experiencia de una persona natural indica de que un mismo hecho no es apreciado en sus mínimos detalles y de la misma forma por una pluralidad de observadores, por lo tanto jamás existirá una declaración idéntica o gemela de otra ni aun cuando haya sido dada por la misma persona, mucho menos por personas diversas” (*TS de Sonsonate, 05-01-99*).

Objeto de valoración del testimonio. “El punto medular en la apreciación de la prueba está representado por la estimación persuasiva de que goce el medio probatorio para entender que es apto para demostrar los hechos que incorpora. Dicho en otras palabras, si para nosotros los hechos relacionados como directos con los hechos del homicidio, nos merecen credibilidad. Para arribar a tal conclusión no es permitido al juez partir de su propia subjetividad para afirmar creo o no creo al testigo sino que el otorgamiento de fidelidad se conocerá por la armonía que los testimonios presenten con otros elementos de prueba que puedan concurrir y a partir de los cuales se tienen parámetros para determinar oportunidad de la percepción, capacidad evocativa, capacidad apreciativa de los hechos y de los autores de los hechos. Estas pautas se verán afirmadas o negadas por la confrontación de la prueba y su examen. Así la concordancia esencial -no divergente en lo principal- entre las distintas probanzas permitirán afirmar si los testimonios deben ser tenidos como probanzas suficientes que permitan fijar los hechos en un nivel de certeza que no deje dudas razonables al juzgador” (*TS 3°. de San Salvador, 08-03-02*).

1436

Principio de razón suficiente. “El principio lógico de razón suficiente que se considera infringido cuyo enunciado dice “todo tiene su razón de ser”, tiene por regla, que todo juicio o enunciación requiere para ser verdadero, una razón suficiente, un fundamento objetivo que dé consistencia por sí mismo al juicio. La razón suficiente es el presupuesto de la verdad, razón por la cual es independiente de la estructura lógica y no pertenece al juicio que ya supone la validez de los principios de identidad, contradicción y de tercero excluido, pues la verdad real es independiente de dichos principios. En otras palabras este principio, consiste en considerar que una proposición es completamente cierta cuando se conocen suficientes fundamentos objetivos que le dan consistencia y por los cuales se tiene por verdadera” (*Casación, 15-07-03*).

Reglas de la experiencia. “Las reglas de la experiencia están formadas por un conjunto de principios que en un momento histórico determinado responden a las leyes de la naturaleza descubiertas por el hombre y de las cuales los humanos nos servimos para apreciar los hechos diarios de la vida, de lo cual se deduce que una prueba, de acuerdo a la sana crítica tiene que referirse a hechos que en un momento histórico no son imposibles naturalmente, porque no se opone a ellos ninguna ley científica natural; en este sentido el juez al valorar la prueba debe ser prudente, cuidándose de no calificar como naturalmente imposible algún hecho que la ciencia demuestre que es perfectamente realizable. Para demostrar la violación a dicha regla, es preciso que la motivación de la sentencia esté fundada en un hecho no cierto, que invoque afirmaciones imposibles o contrarias a las leyes de la naturaleza” (*Casación, 15-07-03*).

357

REQUISITOS DE LA SENTENCIA

La sentencia se pronunciará en nombre de la República de El Salvador y contendrá:

1) La mención del tribunal, lugar y fecha en que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, las generales del imputado y la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio;

2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición precisa de los motivos de hecho y de derecho en que se funda;

3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado;

4) La parte dispositiva con mención de las normas aplicables; y,

5) La firma de los jueces. Si uno de los miembros del tribunal no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, esto se hará constar y la sentencia vale sin esa firma. **1437**

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 (sólo previo juicio se puede privar del derecho a la libertad), 14 (exclusividad del Órgano Judicial para la imposición de penas), 27 (prohibición de penas infamantes), 172 (el Órgano Judicial)
- CPP, 1 (sólo por sentencia se puede condenar), 130 (obligación de fundamentar las resoluciones), 62 (motivación en sentencia de la individualización de la pena), 119 (nulidad del acto a falta de firma), 131 (firma de la sentencia), 356 (reglas de la deliberación), 362 (vicios de la sentencia)
- CP, 2 (prohibición de penas que impliquen tratos inhumanos o degradantes), 115 (declaración en sentencia de las consecuencias civiles del delito)
- PIDCP, 10.1 (trato digno a la persona privada de libertad)
- CADH, 5.2 (prohibición de penas infamantes)
- DADDH, XXVI (prohibición de penas crueles)

II. COMENTARIO

A) Concepto de sentencia

La sentencia es la resolución del órgano jurisdiccional que pone fin al proceso penal, en la que se declara el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, condenando o absolviendo a una persona.

Se funda, por tanto, en el ejercicio de la potestad y de la función jurisdiccional, que es exclusiva de los jueces y tribunales que, según la Constitución, integran el Órgano Judicial al que corresponde en exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 172 Cn.).

En el sistema procesal salvadoreño la sentencia, además de su pronunciamiento penal, también contiene uno civil, ya que el tribunal penal decide tanto sobre la pretensión estrictamente punitiva como sobre la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 114 y 115 CP), pues por regla general la acción civil derivada del ilícito penal se ejercita dentro del proceso penal (art. 42 CPP), sobre cuyo aspecto también versa la deliberación del tribunal (art. 356.4º CPP) y, obviamente, ha de pronunciarse la sentencia.

1438

Es sabido que las penas sólo pueden ser impuestas por sentencia de un órgano jurisdiccional, previo el correspondiente juicio (arts. 11, 14, 15 Cn, art. 1 CPP).

A) Requisitos externos de la sentencia

Los requisitos externos de la sentencia hacen referencia a la forma de la misma, a su contenido extrínseco, el aparente, el que a simple vista se detecta.

Su proyección es esencialmente de orden formal: se trata de que las sentencias que dictan los tribunales como consecuencia y a resultas del juicio oral tengan un contenido uniforme, que suponga un mínimo legalmente exigible y a la vez permita la identificación de la resolución penal por su apariencia externa.

A estos requisitos se refiere el artículo 357 del Código Procesal Penal. Son los siguientes:

1. Debe pronunciarse la sentencia *en nombre de la República de El Salvador*, lo que se hará constar en el encabezamiento de la misma.
2. *Mención del tribunal, lugar y fecha en que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, las generales del imputado y la enunciación del hecho que ha sido objeto de juicio.* De este modo, queda identificado el órgano

juzgador y precisados los elementos individuales componentes del mismo, así como los subjetivos y objetivos del juicio. Esto es, las partes acusadoras y defensoras, el imputado con sus datos personales y, finalmente, la indicación del hecho sobre el que ha versado el juicio, que se designará sin la especial precisión propia de la determinación de los hechos que se consideran acreditados, sino únicamente con los datos necesarios que permitan identificar el objeto del juicio, sin valoración probatoria alguna.

Es importante tener en cuenta que la mención y la firma de los jueces que dictan la sentencia permite comprobar si se cumple el requisito de la integridad del tribunal, con arreglo al cual deben dictar la sentencia los mismos jueces que presenciaron el juicio, pues sólo ellos están en condiciones de valorar la prueba que se practicó y adoptar al respecto la decisión correcta.

3. *El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas* en la deliberación, con exposición precisa de los motivos de hecho y de derecho en que se funda. Se trata de la concreción, adaptada al caso de que se trate, de las normas contenidas en el artículo 356 CPP al regular la deliberación y la votación. En la sentencia han de quedar plasmadas las opiniones de los componentes del tribunal, con expresión suficiente de las razones que les han conducido a ellas.
4. *La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado.* Se debe contener aquí la narración de lo que el tribunal considera probado que sucedió, el detalle de los hechos que, siendo relevantes para la resolución, para el fallo, han sido acreditados a lo largo del juicio, tras la valoración de la prueba practicada. La declaración de los hechos probados ha de ser terminante, tajante, no dubitativa, por cuanto la duda acerca de si determinado hecho sucedió ha de conducir a no tenerlo por acreditado.
5. *La parte dispositiva,* con mención de las normas aplicables. La decisión del tribunal, la consecuencia jurídica de la aplicación a los hechos que se tienen por probados de las razones de derecho, que igualmente habrán de quedar contenidas en la sentencia, en el voto de cada uno de los jueces componentes del tribunal. Deben citarse expresamente las normas que se consideran aplicables.
6. *La firma de los jueces.* Plasman así los componentes del tribunal que el contenido de la sentencia responde a la decisión que han tomado. Se prevé que si alguno de los jueces no puede firmar por algún impedimento posterior a la deliberación, la sentencia valdrá igualmente, pero deberá hacerse constar dicha incidencia. La importancia de la firma se evidencia a la vista de que su falta determina la nulidad del acto, tal como dispone el artículo 131 CPP.

B) Requisitos internos de la sentencia

Los requisitos internos de la sentencia son aquellos cuya concurrencia sólo puede comprobarse tras una lectura de la misma. No aparecen a simple vista, como acaece con los externos. No integran la forma, sino el contenido de la sentencia, que cumplirá estos requisitos si es exhaustiva, motivada y congruente.

a) Exhaustividad

La exhaustividad sustancial supone que nada dotado de entidad acusadora o defensiva quede sin respuesta. No supone que a todas las cuestiones suscitadas por las partes haya de responder el tribunal con el mismo orden, en parecidos términos y con similar extensión, pero sí que debe contestar a todas las cuestiones que le hayan sido planteadas por las partes.

1440 No se cumple con el requisito de la exhaustividad mediante el fácil recurso de la llamada “desestimación tácita”, para sostener que todos aquellos puntos que, planteados por las partes no han obtenido respuesta de la sentencia, que permanece silenciosa sobre los mismos, han sido implícitamente rechazados. Se recurre a veces a este expediente para justificar claros defectos de la sentencia, si no en cuanto a la resolución del caso concreto, sí en cuanto respuesta incompleta a los justiciables. La respuesta, el reflejo en la sentencia del estudio del tribunal, ha de ser expresa, no tácita.

Ahora bien, si en el fallo se omite un pronunciamiento que, sin embargo, se encuentra formulado en un razonamiento anterior, la parte dispositiva de la sentencia debe entenderse integrada con aquél, sin que tal integración deba rechazarse a causa de un respeto exageradamente formalista hacia la separación entre las distintas partes de la sentencia. Los descuidos en la redacción del fallo pueden suplirse cuando la voluntad de aplicación de la Ley para resolver un punto, cuestión o pretensión, consta de forma clara e inequívoca en la sentencia, aunque no sea en el preciso lugar en que debiera aparecer.

b) Motivación

Motivar una resolución es explicar el por qué, las razones de su contenido y de la decisión que en ella se toma.

Las sentencias deben exponer los motivos que justifican el contenido absolutorio o condenatorio del fallo. Hasta tal punto es esencial este requisito de la sentencia que el artículo 130 CPP considera obligación del juzgador la fundamentación de sus resoluciones, bajo pena de nulidad. Y, además, su falta o insuficiencia constituye un vicio habilitante de la casación, según prevé el artículo 362.4 CPP.

La motivación supone la exteriorización del proceso mental que ha conducido al órgano jurisdiccional a la adopción de determinada decisión. Como consecuencia de dicha exteriorización se hace posible el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la sentencia deben dirigirse también a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras personas del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano, debiendo mostrarse el esfuerzo del tribunal para lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Supone un esfuerzo de racionalización que, a la vez, facilita el control de la actividad jurisdiccional y dificulta la arbitrariedad.

Por otra parte, la motivación es una exigencia sin la que se privaría al afectado por la sentencia del ejercicio de los recursos que le otorga el ordenamiento jurídico, pues no es posible la impugnación de una resolución judicial si quien la adopta no hace posible, mediante la motivación, el conocimiento de las razones en base a las que tomó el acuerdo que quiere impugnar quien se considera perjudicado.

La sentencia contiene juicios sobre hechos y juicios de derecho, debiendo referirse la motivación a ambos.

1. La motivación del juicio sobre los hechos. Una parte muy importante de la sentencia es aquella en la que se contiene “la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado” (art. 357.3 CPP). Se trata de la conclusión fáctica del tribunal, a la que ha llegado a partir de la valoración de la prueba practicada “durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica” (art. 356 CPP). Ya en los comentarios al artículo 356 CPP se hacen algunas reflexiones acerca del sistema de libre valoración de la prueba que impera en el derecho procesal penal salvadoreño, por lo que no es necesario volver sobre ello.

1441

Ahora se incide en la importancia que tiene que el tribunal explicita, exteriorice, su valoración probatoria. Es decir, por qué tiene unos hechos por acreditados y no otros, qué prueba le convenció y cuál careció de virtualidad. Si no se dan razones sobre el valor que el juzgador concede a la prueba practicada y se limita la sentencia a la declaración de los hechos probados con sustento en un razonamiento que permanece secreto y se guarda en el arcano de la conciencia de los jueces, falta precisamente la motivación de la parte de la resolución que es, sin duda, la más importante y, además, en muchos casos constituye el único tema sobre el que versa el debate, en el que en no pocas ocasiones no se discute la calificación jurídica de los hechos objeto de la acusación, sino precisamente si los mismos sucedieron, o si fue el imputado quien los cometió.

2. La motivación de los juicios de derecho. También deben expresarse en la sentencia los razonamientos jurídicos interpretativos de las normas aplicadas. Debe explicarse por qué el concepto jurídico se ha concretado en el caso enjuiciado de un

modo determinado, así como el ejercicio que se ha hecho de la discrecionalidad, cuando las normas no contengan elementos descriptivos, sino además conceptos jurídicos indeterminados, o concedan cierta amplitud al ámbito de decisión del tribunal.

En realidad, la motivación de los juicios de derecho se refiere a la explicitación del proceso mental mediante el que el tribunal aplica a los hechos que considera acreditados determinadas normas jurídicas y, concretamente, lo hace de una concreta manera y con un determinado alcance.

Sobre la base de las consideraciones jurídicas, a la ilación que se establece entre los hechos que se consideran probados y las normas que se aplican en un caso determinado, no sólo se establece una calificación jurídica de aquellos y se declara cometido un determinado delito, sino que también se impone un castigo. Por ello, ha de tenerse en cuenta que la exigencia de motivación de los que llamamos juicios de derecho, no sólo se refiere a la atinente al tipo penal aplicado en cada caso, sino también a la pena que se impone. Ello quiere decir que integra también la exigencia de motivación la justificación racional en la sentencia de por qué se impone la pena y precisamente en una extensión determinada.

1442 3. La motivación de la pena. *El artículo 62 del Código Penal obliga al juez, a costa de incurrir en responsabilidad en otro caso, a razonar los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta; esto es, a motivar la pena.*

La motivación no sólo comprende la exteriorización de las razones que han llevado al tribunal a tener por probados determinados hechos (motivación del juicio sobre los hechos) y la explicación de por qué aquellos hechos se subsumen en determinado tipo penal, en caso de condena (motivación de los juicios de derecho). Debe abarcar también la fundamentación de las consecuencias punitivas, en el supuesto de condena, lo que comportará motivar la individualización de la pena.

La necesidad de motivación en la imposición de la pena aparece expresamente recogida en el artículo 62 del Código Penal. La individualización judicial de la pena concebida como «la tercera función autónoma del Juez penal representando el cenit de su actuación» presupone la búsqueda del marco penal abstracto correspondiente a la subsunción en un delito de una conducta probada, su participación y ejecución. La búsqueda del marco penal concreto, segundo momento de la individualización, tras la indagación y declaración, en su caso, de la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cenit de la actuación lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial en la concreción de la pena, que deberá ser motivado, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, así como la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede

prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados. La doctrina jurisprudencial española es unánime en la exigencia de la fundamentación de la individualización de la pena, y así lo viene haciendo en diversas Sentencias (SSTSE de 25 de febrero de 1989, 5 de diciembre de 1991, 9 de enero de 1997 y 15 de marzo de 2000, entre otras).

4. *La motivación de la responsabilidad civil.* También, en cuanto integrante de la sentencia, deben fundamentarse suficientemente las decisiones que se tomen en relación con la responsabilidad civil, exteriorizando los motivos del tribunal para fijar en determinada cuantía la indemnización, o para determinar a ciertas personas con derecho a la percepción de la reparación correspondiente.

A modo de síntesis de lo dicho hasta ahora, y con reflejo tanto sobre la motivación de los hechos, como del derecho, puede concluirse diciendo que la exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado de Derecho y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley. Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia. Como se ha dicho, se requiere que el tribunal motive sus sentencias, tanto para permitir el control de la actividad jurisdiccional como para lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad.

1443

Por otra parte, insistimos en que la motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual -como es generalmente reconocido- se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la sentencia está motivada es posible al tribunal que deban entender en el trámite del recurso de casación controlar la correcta aplicación del Derecho.

c) *Congruencia*

La congruencia exige que haya correlación entre acusación y defensa y sentencia.

A la obligación de que la sentencia penal sea congruente se refiere expresamente el artículo 359 CPP. No remitimos, por lo tanto, al comentario a dicho precepto.

Las sentencias deben ser congruentes, es decir, deben ser correlativas o adecuadas a las peticiones formuladas por todas las partes acusadoras y acusadas

(arts. 362.8 CPP). En otro caso, puede entenderse que se infringe el derecho a la tutela de los tribunales a que son acreedoras las partes que intervienen en el proceso y también se vulnera el que tienen a obtener una respuesta fundada en derecho sobre las cuestiones planteadas en tiempo y forma.

La correlación se expresa en el fallo de la sentencia y recoge las posiciones jurídicas de las partes acusadoras y de las acusadas. En consecuencia, la correlación de la sentencia no es sólo con la acusación, sino también con la defensa.

Se dice que este requisito se fundamenta en el principio acusatorio, en virtud del cual el órgano jurisdiccional únicamente puede resolver sobre el objeto del proceso penal, así como en el principio de contradicción.

Las infracciones a este requisito pueden ser por defecto (al no pronunciarse sobre todas las peticiones de las partes), en cuyo caso se dice que las sentencias deben ser exhaustivas, o por exceso, por ejemplo, imponiéndose, sin utilizar la facultad prevista en el art. 344 CPP, pena mayor a la solicitada o por delito distinto.

1444 Hablar de correlación significa comparar. Pues bien, para saber si la sentencia penal es congruente, si se adecua a lo pedido por las partes y lo obtenido en la sentencia, hay que analizar, desde el punto de vista de la acusación, las peticiones definitivas, porque en ellas se fija el hecho criminal imputado a una persona, que constituye el objeto de ese proceso penal, con las peticiones correspondientes a estas cuestiones objetivas y subjetivas pertinentes. Desde el punto de vista de la defensa, también sus definitivas peticiones. Y desde el punto de vista del propio escrito de sentencia, su fallo o parte dispositiva, interpretado conforme a la motivación establecida por el tribunal. Y ello, tanto en lo que afecta a las peticiones y a los pronunciamientos penales de la sentencia, como a los civiles.

Con todo, ha de tenerse en cuenta, si el tribunal hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 344 CPP (advertencia de oficio), no sólo el contenido de las pretensiones acusadoras y de la defensa, sino también el de los términos en que se produjo la advertencia, pues no se vulnerará el principio de congruencia si la sentencia, no siendo correlativa con las pretensiones de las partes, se ajusta al contenido de la advertencia que en su día se formuló de oficio.

358

REDACCIÓN Y LECTURA

La sentencia será redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación.

Seguidamente, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, después de ser convocadas verbalmente todas las partes y el documento será leído en alta voz por el secretario ante los que comparezcan.

Excepcionalmente, cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en este caso el presidente del tribunal leerá tan sólo su parte dispositiva y relatará al público, sintéticamente, los fundamentos que motivaron la decisión; asimismo, anunciará día y hora de la audiencia para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive.

La sentencia quedará notificada con la lectura integral y las partes recibirán copia de ella.

1445

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 119 (nulidad del acto a falta de firma), 128 (cometido del secretario en citaciones y notificaciones), 131 (firma de la sentencia), 132 (aclaración de las resoluciones), 143 (notificación de las resoluciones), 144 (notificaciones por el secretario), 146 (notificación al defensor), 147 (modo de las notificaciones), 151 (nulidad de la notificación), 156 (cómputo de los plazos), 272 (publicidad de los actos procesales), 357 (firma de la sentencia por los miembros del tribunal)

II. COMENTARIO

A) Redacción y firma de la sentencia

La sentencia debe ser redactada y firmada inmediatamente después de concluida la deliberación. No obstante, la expresión “inmediatamente” no debe ser entendida de manera tan rígida que no permita un descanso antes de pasar a su redacción, pues dicho receso puede ser aconsejable, cuando no necesario, en los casos de

deliberaciones arduas, trabajosas, que por la complejidad del asunto a resolver se hayan prolongado en el tiempo. En estos casos, pueden los jueces del tribunal necesitar un descanso antes de proceder a la redacción de la sentencia, fruto de la deliberación que acaba de finalizar. Será el presidente del tribunal quien, si lo estima necesario, puede disponerlo, por el tiempo que sea necesario, pero breve en todo caso, antes de pasar a la redacción y firma de la sentencia, del mismo modo que tiene legalmente reconocida la facultad de ordenar recesos durante la celebración del juicio (art. 334, último párrafo, CPP).

Esta facultad, que se podría entender comprendida entre las que se atribuyen al presidente del tribunal, viene expresamente recogida, si bien con rango de excepcional, en el párrafo segundo del artículo que se comenta, que contempla la posibilidad de que por la complejidad del asunto, o lo avanzado de la hora, sea necesario diferir la redacción de la sentencia.

Una vez redactada, debe procederse a su firma por todos los miembros del tribunal. Si la ausencia de firma determina la nulidad de la sentencia, según el artículo 131 CPP, que establece, al igual que el artículo 357 CPP, que la sentencia debe ser firmada por los jueces que la dictan, bastará la falta de la firma de uno sólo de los integrantes del tribunal para que se produzca dicha consecuencia anulatoria.

1446

Sin embargo, se dispensa el requisito de la firma de alguno de los jueces, si resulta impedido para ello después de finalizada la deliberación, pues así lo prevé el artículo 357 CPP, que establece que en tal caso se hará constar la incidencia y la sentencia valdrá sin la firma del impedido.

B) Notificación de la sentencia

La notificación de la sentencia tiene lugar mediante su lectura íntegra en presencia de las partes, tal como establece el párrafo último del artículo 358 CPP.

Para ello, debe primero procederse a su convocatoria. Podría sostenerse que, aunque la ley habla aquí de convocatoria (“después de ser convocadas verbalmente todas las partes”) y no de “citación”, se trata de una verdadera citación, de cuya práctica es responsable el secretario del tribunal, que la ordena con arreglo al artículo 128 CPP.

Entiendo que no es casual, sino intencionado, que se disponga la lectura de la sentencia después de ser convocadas las partes, no citadas. La citación se configura legalmente como el llamamiento que se hace a alguna persona cuando es necesaria su presencia para la realización de un acto procesal, con arreglo a la descripción legal del artículo 152 CPP. En cambio, la simple convocatoria de las partes implica el aviso de que se va a proceder a la lectura de la sentencia, que tendrá lugar aunque alguna de ellas no acuda al llamamiento, toda vez que dispone con claridad el segundo párrafo

del artículo 358 CPP que la sentencia será leída por el secretario “ante los que comparezcan”, sin que la inasistencia de alguna parte pueda impedir u obstaculizar el acto procesal.

La notificación de la sentencia tiene lugar mediante su lectura completa ante las partes, o sus defensores, valiendo como notificación a la parte la lectura en presencia de su defensor, como consecuencia de la previsión del artículo 146 CPP en el sentido de que “Si las partes tienen defensor o mandatario, las notificaciones serán hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también ellas sean notificadas personalmente”. Por lo tanto, es suficiente para que se tenga por cumplida la notificación la presencia en la lectura de los defensores de las partes, pues ni la ley, ni la naturaleza del acto, exige que la decisión sea notificada personalmente. Aunque, dada la importancia del acto y, sobre todo, del acuerdo de cuya notificación se trata, si el imputado ha expresado su deseo de asistir en persona a la lectura de la sentencia que cierra la fase de plenario de la que es protagonista, deberá ser notificado personalmente para que pueda estar presente en la lectura y ser conducido desde la prisión si se encuentra privado de libertad.

Mediante la lectura de la sentencia, precedida de la convocatoria de las partes, se persigue que sean los interesados por su relación con el proceso quienes primero conozcan la decisión del tribunal. Con ello, se evitan las “filtraciones” del contenido de las resoluciones judiciales y su divulgación, en muchas ocasiones a través de los medios de comunicación, antes de que sea conocido su contenido por las partes, que son sus primeras y principales destinatarias.

1447

Es notorio que las filtraciones del contenido de las decisiones judiciales hacen un flaco favor al prestigio de la justicia. Suelen producirse en determinados asuntos que, por su especial relevancia o interés social, han dado lugar al interés de los medios de comunicación, pues no es positivo para el prestigio de la institución y constituye un agravio, si no una humillación, que el principal interesado se entere por la prensa de que ha sido absuelto ó condenado.

Se permite que excepcionalmente, cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, sea suficiente que el presidente del tribunal lea tan sólo su parte dispositiva y explique al público resumidamente los fundamentos que motivaron la decisión. En tal caso, se logra el objeto de que sea de conocimiento público cuál es la decisión del tribunal, puesto que se lee su parte dispositiva y, además, el propio presidente del tribunal expone las razones básicas de aquella.

La ley no dice expresamente que la lectura de la sentencia, ó la de su parte dispositiva, deba tener lugar en audiencia pública, de suerte que, además de las partes que previamente habrán sido convocadas al efecto, puedan estar presentes y asistir a

dicha lectura las personas que lo deseen. Y precisamente por la falta de regulación expresa de la restricción de la publicidad, debe entenderse que la lectura es pública. En primer lugar, porque siendo un acto procesal es de aplicación el principio general de publicidad consagrado en el artículo 272 CPP y, en segundo término, porque así se desprende de la redacción del artículo 358 CPP que comentamos que, al referirse a la posibilidad excepcional de que el presidente proceda a la lectura de la parte dispositiva de la sentencia, se dice que a continuación de ello “relatará al público” resumiéndamente los motivos de la decisión.

Pero esta breve lectura y explicación ni constituye una verdadera notificación ni, por lo tanto, dispensa de la lectura pública de la totalidad de la resolución. Muestra de ello es que, siendo el secretario el encargado de las notificaciones (art. 128 CPP) no es él, sino el presidente, quien lee la parte dispositiva. La notificación mediante la completa lectura se llevará a cabo en el plazo máximo de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva y deberá anunciarse por el presidente del tribunal al procederse a la lectura de la misma. El cómputo de este plazo de cinco días deberá hacerse con exclusión de los inhábiles y de descanso, de acuerdo con la norma general del artículo 156 CPP.

1448 Además de tener lugar la notificación de la sentencia por la lectura integral, las partes recibirán copia de ella. Ha de entenderse que dicha copia también se entregará, cuando lo solicite, a la parte que, pese a ser citada, no acudió a la lectura pública.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La redacción de la sentencia luego de la deliberación dio lugar a que los tribunales de sentencia en sus inicios mantuvieran a las partes a altas horas de la noche, esperando ansiosamente su lectura. En ocasiones demoraba aun más de lo previsto, lo que provocó un excesivo desgaste a todos los operadores del sistema, por la lentitud que agobiaba la demora en la redacción, en contraste con la rapidez del juicio oral. Poco a poco, ello fue propiciando la frustración de otras audiencias debido al cansancio de todos y como consecuencia la acumulación de procesos ante la ausencia de salidas alternativas al sistema.

Ante lo anterior se volvió una necesidad práctica que la sentencia ya no se redactará de manera inmediata, sino dentro del plazo de cinco días que prescribe el inciso tercero del artículo comentado, lo que permite incluso desarrollar durante el mismo día más de un juicio. Se fundamenta que la expresión contenida en el inciso tercero, “lo avanzado de la hora” que habilita el diferir la redacción de la sentencia, puede ser invocada cuando el tribunal tiene otro juicio por desarrollar. Esto constituye, como se podrá advertir, una interpretación sumamente flexible que pretende optimizar los recursos escasos de los tribunales de sentencia, los que dan su decisión en la actualidad

de manera oral y difieren la redacción de la sentencia porque inmediatamente proceden a despachar otro juicio.

359

SENTENCIA Y ACUSACIÓN

La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado.

En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de la apertura a juicio, o aplicar penas más graves o distintas a las solicitadas. El imputado no podrá ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, su ampliación o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprenderá también a los preceptos que se refieren sólo a la pena, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada.

1449

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 314 (escrito de acusación), 322 (auto de apertura del juicio), 343 (ampliación de la acusación), 344 (advertencia sobre la modificación jurídica)
- CP, 63 al 73 (pena y determinación)

II. COMENTARIO

A) El principio acusatorio

Sobre la congruencia como requisito interno de la sentencia se ha hablado en los comentarios al artículo 357 CPP, al que nos remitimos expresamente.

El artículo 359 CPP cuyo comentario ahora se aborda se refiere de forma expresa y pormenorizada a un aspecto bien concreto de la congruencia, cual es la necesaria correlación entre acusación y sentencia, lo que nos lleva a la constatación de que dicho precepto constituye también la proclamación práctica del principio acusatorio en la medida en que la sentencia que se aparte en su contenido de lo que dispone dicho

artículo infringirá el mismo, que es uno de los que necesariamente deben informar el proceso penal en general y muy en particular el juicio plenario, tanto en su desarrollo, como en la culminación del mismo que la sentencia representa.

Como se dice en el Manual de Derecho Procesal Salvadoreño (CSJ-AECI. Obra Colectiva. pp. 861-862. MARCO COS, J.M.), el principio acusa-torio responde a la superación histórica del sistema inquisitivo. Mientras en éste un mismo órgano es el encargado de la investigación y del enjuiciamiento del hecho punible, se caracteriza el sistema acusatorio porque, además de que un órgano es el encargado de la investigación y otro del enjuiciamiento, no podrá darse lugar a éste, ni por supuesto recaerá condena, si no se mantiene la acusación por una parte interviniente en el proceso.

No se pueden confundir los papeles de juez y de acusador. Sin embargo, y por lo que respecta al Fiscal y su función acusadora, obsérvese que en el proceso penal el Estado experimenta una especie de desdoblamiento, pues mientras por un lado actúa como acusador a través del Fiscal, por otro desempeña funciones decisorias, mediante el Tribunal sentenciador.

1450 Se dice en ocasiones que el principio acusatorio es el principio esencial de proceso penal, propio del él. Significa, en lo esencial, que una persona distinta a quien juzga, sea un órgano oficial, sea un particular, ofendido por el delito, debe proponer y sostener la acusación, la imputación de un hecho punible, contra otra persona, quedando el juzgador obligado a pronunciarse sobre ella y vinculado por esa petición, en el sentido de que su pronunciamiento quedará condicionado por la misma. No porque esté obligado a decidir de conformidad con la imputación formulada por el acusador, sino porque, pudiendo absolver o condenar, en este último caso el fallo habrá de ser congruente con lo que se pidió en la acusación, por lo que no puede recaer la condena por un delito distinto al imputado.

Otra consecuencia del principio acusatorio consiste en que no es posible alterar los hechos esenciales que constituyen el objeto del proceso.

Se afirma que el juego del principio acusatorio y del derecho de defensa exige la existencia de una correlación clara entre el objeto de la acusación y la conclusión judicial contenida en la sentencia, de suerte que el tribunal no pueda basar su sentencia en hechos distintos a aquellos de los que se acusó al imputado, pero tampoco calificar los mismos en forma distinta, ni imponer una pena superior a que las acusaciones solicitaron. En suma, una aplicación rígida y taxativa de dicho principio impide que la sentencia condene por un delito más grave que el objeto de acusación, aprecie agravantes o formas de ejecución y participación más gravosas que las planteadas por la acusación y también que condene por delito distinto que no sea homogéneo, en el sentido de que contenga elementos que no hayan sido objeto de debate y de los que el acusado no haya podido defenderse.

Así se ha plasmado en la doctrina constitucional española. La Sentencia 225/1997, de 25 de diciembre, del Tribunal Constitucional de España expresa, con claridad, cuáles son las limitaciones derivadas del principio acusatorio, y cuáles no, pese a determinadas concepciones que pretenden un mimetismo excesivo entre acusación y condena, más allá de la vinculación necesaria para garantizar de modo pleno y absoluto el derecho de defensa.

Forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación. También, ahora en el ámbito del derecho de defensa, la garantía de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le acusaba y de la que, por lo tanto, podía defenderse. Por «cosa» en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae «no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTCE 12/1981 y 95/1995).

En relación con el principio acusatorio y el derecho de defensa, decía la STCE núm. 53/1987 que «El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso». Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia» (SSTCE 11/1992, 95/1995, 36/1996). «De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal «vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse» (SSTCE 205/1989, 161/1994, 95/1995).

1451

De forma clara y en su doble vertiente, que afecta tanto a los hechos, como a la calificación jurídica, se ha expuesto el significado y alcance del principio acusatorio por la jurisprudencia española. En palabras del Tribunal Supremo de España (SSTSE de 29 de abril de 1997 y 2 de julio de 1999), «el sistema acusatorio exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no

se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado”.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia.

1452 Por un lado, y es el elemento fundamental, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes, sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa. Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación. La clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque si se excediera de los límites

así marcados ocasionaría indefensión al imputado, que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

B) El principio acusatorio en relación con los hechos

Dispone el primer párrafo del artículo 359 CPP que la sentencia no podrá declarar como probados otros hechos o circunstancias que los descritos en la acusación y admitidos en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado.

El contenido fáctico de la imputación que accede al juicio oral y que, en consecuencia, puede ser objeto de debate en las sesiones de la audiencia, en cuanto conforma la acusación, es el que se expresa en el auto de apertura del juicio. Pues bien, reflejado el principio acusatorio a lo largo de la celebración de la audiencia en la constricción del debate a la prueba de los hechos consignados en dicho auto, su observancia por la sentencia exige que en la misma no puedan declararse como acreditados hechos, o circunstancias, que no aparecieran en aquel auto.

Pero, si este es el principio básico, la existencia en la regulación procesal penal de la posibilidad de ampliar la acusación que contempla el artículo 343 CPP comporta, por elementales razones de congruencia sistemática, que la propia disciplina legal admita la posibilidad de incluir en la sentencia hechos que, no estando contenidos en el auto de apertura del juicio, fueran objeto de la ampliación de la acusación. En la medida en que tras la ampliación el imputado pudo declarar sobre los nuevos hechos incluidos en la acusación y las partes solicitar la suspensión del juicio para preparar adecuadamente la defensa frente a la ampliación y presentar nuevas pruebas, quedó suficientemente salvaguardado el derecho de defensa, ya que ocasión tuvo el imputado de reaccionar frente a los nuevos elementos de la acusación. Y garantizado este principio básico, ningún obstáculo impide que en la sentencia se incluyan los nuevos hechos objeto de la ampliación.

1453

Sin embargo, la previa ampliación de la acusación como requisito sin el cual la sentencia no puede referirse a hechos ó circunstancias no contemplados en el auto de apertura del juicio rige únicamente respecto de los que pueden ser perjudiciales para el imputado. El inciso final del primer párrafo del precepto que ahora se comenta hace la expresa salvedad de los hechos ó circunstancias que favorezcan al imputado, como pueden ser las excluyentes o atenuantes de la responsabilidad penal que se recogen en los artículos 27 y 29 del Código Penal.

Queda así evidenciada la naturaleza del principio acusatorio como concebido e instituido en beneficio del imputado y, por ello, estrechamente relacionado con el derecho fundamental de defensa, del que bien puede decirse que forma parte.

C) Principio acusatorio y calificación jurídica

Para no frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos, que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos «y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STCE 204/1986) siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso» (STCE 10/1988). En este sentido, «el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación» que en la acusación se verifique (STC 11/1992).

La regulación de esta admisión de la posibilidad de que el tribunal se aparte de la calificación jurídica de la acusación puede ser más o menos rigurosa.

1454 La jurisprudencia española, tanto la ordinaria del Tribunal Supremo, como la constitucional del Tribunal de este nombre, admite que el tribunal se aparte de la estricta calificación por la que se formuló la acusación siempre que el tipo penal objeto de la calificación recogida en la sentencia y distinto al consignado en la acusación sea homogéneo con éste. En palabras del Auto del Tribunal Constitucional núm. 244/1995, son delitos o faltas «generalmente homogéneos» los que «constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse. Se precisa, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta generalidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia.

En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación «requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación». La segunda condición es que ambos delitos, el que es objeto de la acusación y el considerado como calificación más correcta por el Tribunal, «sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo» (STCE 12/1981, STCE 95/1995).

La concreción de la homogeneidad en el Derecho salvadoreño posibilita considerar que se da dicha cualidad, por ejemplo, entre el homicidio tentado ó imperfecto (arts. 128 y 24 CP) y las lesiones (art. 142 CP), o entre el hurto (art. 207 CP) y la apropiación indebida (art. 217 CP).

La regulación del proceso penal de la República de El Salvador es clara y taxativa. La calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de apertura del juicio oral exige, en primer lugar y si la iniciativa parte de la acusación, la ampliación regulada en el artículo 343 CPP. Y si es el tribunal el que contempla la posibilidad de dar al hecho objeto del juicio una calificación, ya no distinta a la del auto de apertura, sino ni siquiera sugerida por las partes haciendo para ello uso de la posibilidad de ampliar la acusación, deberá previamente haber recurrido al trámite de advertencia de oficio regulado en el artículo 344 CPP.

Con tan estricta regulación, es claro que queda limitada la posibilidad de plantear la condena por delito distinto del que fue objeto de la acusación en términos de homogeneidad jurídica pues se dirá que, con independencia de que exista o no dicha homogeneidad, el tribunal está siempre obligado a advertir de la posibilidad de modificar la calificación jurídica.

No obstante lo que acaba de decirse, cabe también una interpretación más flexible del precepto, en el sentido de entender que, pese a no haberse ampliado la acusación, ni haber advertido el tribunal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 344 CPP, es posible la condena por un delito distinto del que fue objeto de la calificación, siempre que entre éste y el contemplado en la sentencia existe una homogeneidad, tan clara y de tal rango que no de lugar a ningún género de dudas.

1455

D) Principio acusatorio y penalidad

La observancia del principio acusatorio abarca también la pena a imponer por el tribunal. Quiere ello decir que no puede imponerse una pena que sea, no distinta si es inferior, sino precisamente más grave de la pedida.

Las penas pueden clasificarse, en el ámbito de un proceso determinado, desde tres puntos de vista. En primer lugar y desde una perspectiva general, pueden distinguirse las diferentes clases de penas principales que, según el art. 45 CP, son las de prisión, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, multa y prestación de trabajo utilidad pública. En segundo término, dentro de cada clase de pena, pueden distinguirse las que la ley determina para el castigo de cada delito; por ejemplo, el homicidio se castiga con la pena de diez a veinte años de prisión (art. 128 CP) y de uno a tres años las lesiones (art. 142 CP). Finalmente, en cada concreto proceso, la acusación pide la imposición de una pena concreta y determinada que, debiendo comprenderse entre las legalmente previstas, puede ceñirse a sólo una parte de su extensión, por lo que, por

ejemplo, en un determinado juicio por homicidio, el Fiscal puede pedir una pena de doce años, que es inferior a la máxima prevista en el Código Penal.

La aplicación del principio acusatorio en la imposición de la pena exige, desde luego, además de que la pena a imponer no pueda ser diferente a la pedida por la acusación, que no se imponga en ningún caso una pena superior a la máxima establecida por la ley (art. 62 CP), lo que puede entenderse que se debe más al principio de legalidad de las penas que en puridad al acusatorio.

El problema puede plantearse en relación con la posibilidad de que el tribunal imponga una pena que, siendo superior en duración a la pedida por la acusación, corresponda a la clase de castigo que se solicitó y esté legalmente prevista para el delito objeto de la calificación. Piénsese en el caso de que, estando castigado el tipo básico de las lesiones con pena de prisión de uno a tres años (art. 142 CP), el Fiscal ha solicitado una pena de un año y seis meses y el Tribunal se plantea condenar al imputado a dos años de prisión.

1456

En relación con esta posibilidad, el Tribunal Supremo de España viene manteniendo que los Tribunales sentenciadores no están vinculados por el «quantum» de la pena solicitada por las acusaciones, pudiendo imponer penas superiores a las pedidas, si legalmente corresponden al delito objeto de la acusación, y el Tribunal se mueve dentro de las pautas establecidas por el precepto legal de aplicación al caso (SSTSE de 18 diciembre de 1997, 15 de abril de y 5 de mayo de 2000, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión reciente de examinar la problemática desde la perspectiva de protección de los derechos fundamentales (Sentencias de 2 de marzo de 2000 y 16 de mayo de 2000), al contemplar casos en que se había impuesto una pena privativa de libertad de superior extensión a la pedida por la acusación, lo que permite afrontar el tema no sólo desde la perspectiva del principio acusatorio, sino también desde la del derecho fundamental a la libertad (arts. 1, 2, 10, 11 Cn). Se pone así en tela de juicio la potestad judicial de agravar la pena más allá de la pedida por el acusador. En dichas sentencias, tras resaltar que el principio acusatorio juega un papel de protagonista con una función de garantía, reprocha que esa imposición de la pena en mayor extensión de la solicitada se lleve a cabo sin una cumplida y suficiente justificación argumental de la agravación del castigo.

Con arreglo a la doctrina que acaba de exponerse, es posible la imposición de la pena en mayor extensión de la pedida por el fiscal, siempre que se ofrezca para ello una argumentación suficientemente explicativa y justificativa.

Sin embargo, entiendo que la redacción del inciso final del artículo 359 CPP, al decir expresamente que la norma relativa a la ampliación de la acusación y a la advertencia de oficio es aplicable también “a los preceptos que se refieren sólo a la

pena, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada”. Esto exige que, a diferencia de lo que se admite en el Derecho español, en cuya Ley de Enjuiciamiento Criminal no se encuentra una norma de la claridad de la que se acaba de transcribir, el tribunal no puede castigar el delito objeto de la imputación con una pena de mayor extensión (por lo tanto, más grave) que la que se pidió en la acusación ó su ampliación, aunque la Ley penal la contemple con carácter general para el delito de que se trate, si previamente no se procedió a la advertencia de oficio, para que la defensa pudiera hacer frente y oponerse a la previsión punitiva del tribunal.

Considero que de esta forma se respeta escrupulosamente el principio acusatorio en todos sus aspectos, pues no carece de importancia que se imponga al imputado una pena que, aun siendo de la misma clase y estando prevista en la ley para el delito por el que se condena, supone una agravación respecto de la que pidió la acusación, por lo que no puede ser castigado de forma sorpresiva que empeore la pretensión acusatoria quien antes no fue advertido de ello a fin de que pudiera alegar todo lo que estimara oportuno y favorable a sus intereses.

III. JURISPRUDENCIA

Principio de congruencia. “El principio de congruencia exige que el tribunal se pronuncie únicamente respecto del delito por el que se acusa al imputado, por lo que si bien la conducta atribuida al imputado puede configurar otro delito, el tribunal puede pronunciarse únicamente del planteado en la acusación fiscal de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal” (*TS de San Vicente, 15-04-99*).

1457

Congruencia y “homogeneidad de delitos”. “Esta Sala, antes de entrar a conocer sobre el motivo relacionado hace las siguientes consideraciones: la obligación de que la sentencia penal debe ser congruente, significa que debe ser adecuada a las peticiones formuladas por todas las partes acusadoras o acusados, su correlación se expresa en el fallo; este requisito se fundamenta en el principio acusatorio, en virtud del cual el juez únicamente puede resolver sobre el objeto del proceso penal, así como en el Principio de Contradicción. En concreto, la necesaria correlación entre la acusación y la sentencia; en consecuencia no es posible alterar los hechos esenciales que constituyen el objeto del proceso; en otras palabras, el tribunal no puede basar su sentencia en hechos distintos a aquellos de los que se acusó al imputado, ni calificar los mismos en forma distinta, ni imponer una pena superior a la que los acusadores solicitaron; es decir, este principio impide que la sentencia condene por un delito más graves que el de la acusación, aprecie agravantes o formas de ejecución y participación más gravosa que las planteadas en la acusación o que condene por delitos distinto que no sea homogéneo, esto es, que contenga elementos que no hayan sido objeto del juicio y de los que el acusado no haya podido defenderse. Por otra parte, el órgano judicial puede modificar la calificación de los hechos enjuiciados de los elementos que han sido objeto del

contradictorio, siempre que no se introduzca un elemento nuevo al que las partes no se han referido y que haga la advertencia requerida. No obstante, cabe hacer una interpretación más extensible, en el sentido de que, pese a no haberse advertido por el tribunal la modificación esencial sobre la calificación jurídica, es posible la condena por un delito distinto del que fue objeto de la calificación, siempre que exista homogeneidad entre aquel y el contemplado en la sentencia. Con fundamento en todo lo expuesto y entendiendo que la infracción alegada por los recurrentes está comprendida como defecto de la sentencia por la incongruencia que existe con la acusación y con el auto de apertura a juicio, se procede a rever el proveído y las actuaciones mencionadas. Si bien es cierto que en la acusación, fs. 78 a 81 y en el auto de apertura a juicio, fs. 175, el imputado fue procesado por el delito de homicidio agravado, y que en la sentencia se le condenó por homicidio simple, con base, según el proveído en los hechos y circunstancias contenidas en la acusación, también lo es el hecho que tal situación no constituye un perjuicio o desventaja procesal para el imputado, lo cual se deduce fácilmente, pues los hechos esenciales no han sido calificados en forma distinta, ni la condena es por un delito más grave que el de la acusación, ni la pena es superior a la que la Fiscalía solicitó, razones por las cuales no existe agravio alguno en la actuación del tribunal de sentencia, y en consecuencia no procede casarla por el motivo invocado” (*Casación, 11-02-03*).

1458 Congruencia y derecho de petición. “Es el principio de congruencia procesal el que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez y las pretensiones planteadas por las partes en los procesos; es decir, que este principio delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes en el proceso. El principio de congruencia tiene especial importancia, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de petición, ya que éste último exige, que se resuelva sobre lo solicitado dentro de un plazo razonable y de manera congruente; por lo que la violación a la congruencia, implicaría la violación a tal derecho. En todo caso, no se trata de un principio aplicable sólo a las sentencias, sino a toda resolución judicial que deba responder a una petición, y así lo podemos encontrar en cualquier resolución judicial; por ejemplo en las sentencias interlocutorias simples, como la admisión de la demanda, en aquéllas con fuerza definitiva o en las de mero trámite” (*Amparo, 07-04-99*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

La congruencia a la que se refiere el artículo en comento tiene íntima relación con el principio acusatorio y con el derecho constitucional de petición regulado en el artículo 18 de nuestra carta magna. Es importante delimitar el contenido del principio de congruencia, porque ello nos permitirá decidir un caso sin afectar los principios antes apuntados, así como no llevar este principio a extremos que vuelven nugatoria la persecución penal. Esto significa que el tribunal puede en su momento resolver de

manera diferente a lo solicitado, siempre y cuando no se esté afectando los hechos objeto de juicio, sino que esté aplicando la norma jurídica que procede aplicar. Esto es importante acotarlo, porque en la práctica se apreciarán calificaciones erróneas en las que el juez, sin afectar el principio de congruencia puede aplicar la norma que conforme a derecho procede aplicar, aunque sea diferente a la invocada.

El pronunciamiento del tribunal de sentencia de San Vicente es adecuado cuando el delito acusado no es homogéneo con los hechos acreditados en el juicio, que dan lugar a una calificación totalmente distinta a la que se ha acusado. Pero en aquellos casos en cuales existe homogeneidad puede el tribunal sin afectar la congruencia pronunciarse sobre una petición diferente a la solicitada.

360

ABSOLUCIÓN

La sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos a comiso, lo referente a la responsabilidad civil, las inscripciones necesarias y fijará las cuotas.

1459

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 7 (prohibición del doble enjuiciamiento), 45.3 (extinción de la acción civil por la sentencia absolutoria), 380 (absolución en procedimiento abreviado), 388 (sentencia absolutoria en antejuicio), 394 (sentencia absolutoria en juicio de faltas), 398 (sentencia absolutoria en el juicio para la aplicación de medidas de seguridad), 430 (orden de libertad en recurso de casación), 438 (sentencia absolutoria en revisión), 443 (ejecución inmediata de la sentencia absolutoria), 449 (imposición de las costas)
- PIDCP, 14.7 (prohibición de doble juicio por los mismos hechos)
- CADH, 8.4 (prohibición de dos juicios sobre un mismo hecho)

II. COMENTARIO

El artículo 360 CPP contempla cuáles son las consecuencias inmediatas y necesarias de la sentencia cuando ésta es absolutoria.

Las sentencias penales son absolutorias si desestiman la pretensión de condena formulada por las partes acusadoras. Únicamente pueden ser absolutorias de fondo, bien por inexistencia del hecho, bien por ser inocente el acusado, bien por falta de pruebas o por dudas razonables sobre los hechos, bien por falta de responsabilidad criminal. Aunque después aparezcan nuevas pruebas, ya no habrá posibilidad de reabrir el proceso. Ni siquiera en el caso de que la sentencia absolutoria hubiera sido dictada por un tribunal extranjero, si lo fue sobre hechos susceptibles de ser enjuiciados por los tribunales nacionales. Así se sigue claramente de lo dispuesto en el artículo 7 CPP: “Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de cosa juzgada”. Lo mismo se dice en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ha quedado proscrita de los modernos ordenamientos procesales penales la llamada absolución de la instancia, que en los antiguos sistemas constituía una verdadera “espada de Damocles”, pues permitía que, absuelto alguien provisionalmente por falta de pruebas, se reabriera posteriormente la causa si se encontraban.

1460 El artículo que se comenta fija cuál ha de ser el contenido mínimo o básico de la parte dispositiva de la sentencia absolutoria:

1. Deberá ordenar la libertad del imputado. Pero ha de tenerse muy en cuenta que el tribunal que ha dictado la sentencia absolutoria solamente puede ordenar la libertad del que estuviera preso a su disposición en cuanto dicho cambio de situación personal tiene su causa en la decisión absolutoria adoptada en el concreto proceso en el que se ha desarrollado el juicio.

La orden de libertad del imputado es única y exclusivamente por el proceso que acaba de finalizar con la sentencia absolutoria, pero no puede afectar a otros distintos ni, por lo tanto, a la detención provisional ó prisión para cumplimiento de una condena privativa de libertad en que pueda encontrarse el imputado al que acaba de absolverse.

El tribunal que absuelve ha de ser extremadamente cuidadoso, puesto que el imputado no puede quedar libre si, pese a que acaba de ser absuelto, debe permanecer privado de libertad por otras causas. Por lo general, esta cautela exigirá que el absuelto regrese a la prisión, ya que en el centro penitenciario constará si aquel se encuentra privado de libertad en otros procedimientos y cuáles son éstos. En caso afirmativo, es claro que la absolución y puesta en libertad por un determinado juicio no podrá suponer que el absuelto quede libre, puesto que deberá quedar a resultas de los restantes procesos en que esté implicado.

En caso contrario, puede suceder que una precipitada puesta en libertad de un absuelto en la misma sede del tribunal suponga que quede libre un peligroso delincuente, tal vez sometido a otros procesos por graves delitos y en los que se ha acordado su detención provisional, o su prisión para el cumplimiento de la pena impuesta.

2. En general, la cesación de todas restricciones que se hubiesen acordado durante la tramitación de la causa con carácter provisional. Siendo la detención provisional la más grave de las medidas cautelares, pueden acordarse otras para asegurar la celebración del juicio, sean las sustitutivas de la detención, como el arresto domiciliario, el sometimiento a vigilancia de alguna persona, presentaciones periódicas, etc. (art. 295 CPP), sean las cauciones a que se refiere el artículo 299 CPP. La sentencia absolutoria supone el fin de todas ellas.

3. También la devolución de los objetos que, afectos al procedimiento, no estuvieren sujetos a comiso. Es una simple consecuencia de la absolución, que supone el cese de la totalidad de las cautelas personales y reales adoptadas con anterioridad a la celebración del juicio para asegurar tanto su celebración sin contratiempos, como su resultado en el caso de sentencia condenatoria. Pero si la decisión es absolutoria, desaparece el fundamento de la sujeción al procedimiento de los objetos a los que se hubiera encontrado en su día alguna relación con el hecho objeto del juicio.

1461

4. Resolverá sobre la responsabilidad civil en aquellos casos en que la exención de responsabilidad penal no comprende la liberación de la civil, que deberá pronunciarse en la misma sentencia absolutoria. Así sucede, con arreglo al art. 117 CP, en los supuestos de estado de necesidad, falta de comprensión de la ilicitud de la acción o de conducirse con arreglo a dicha comprensión e inexigibilidad de otra conducta (artículo 27, apartados 3, 4 y 5 CP). En estos casos, la sentencia absolutoria también deberá fijar las correspondientes cuotas de la responsabilidad civil.

5. Ordenará las inscripciones necesarias.

La efectividad inmediata de la orden de libertad del imputado y de la cesación de toda medida cautelar que es la primera y más inmediata consecuencia de la sentencia absolutoria no puede verse retrasada por la interposición de recurso contra la misma, ya que ni siquiera ha de esperarse a que gane firmeza. Así lo establece con claridad el artículo 443 CPP, que dispone que “Cuando la sentencia sea absolutoria, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquélla sea todavía recurrible”.

361

CONDENA

La sentencia condenatoria fijará con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determinará la suspensión condicional de la ejecución de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado.

Se fijará con precisión la fecha en que la condena finalizará en su caso. También se establecerá el plazo dentro del cual corresponderá pagar la multa.

En la sentencia condenatoria el tribunal resolverá igualmente sobre el monto de la responsabilidad civil, la persona que deba percibirla y los obligados a satisfacerla. Si en el proceso no hubiere podido determinarse con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito, el tribunal las fijará tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger.

1462 La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles y decidirá sobre el comiso y la destrucción previstos en la ley penal.

Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal inscribirá en él y en el registro donde se halle, una nota marginal sobre su falsedad, con indicación del tribunal, del procedimiento en el cual se dictó la sentencia y de la fecha de su pronunciamiento.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 11 (sólo previo juicio se puede privar del derecho a la libertad), 14 (sólo el Órgano Judicial puede imponer penas), 172 (el Órgano Judicial)
- CPP, 1 (sólo por sentencia se puede condenar), 380 (condena en procedimiento abreviado), 388 (sentencia condenatoria en antejuicio), 394 (sentencia condenatoria en juicio de faltas), 444 (devolución de los objetos secuestrados), 449 (imposición de costas a la parte vencida), 451 (reparto de las costas cuando son varios los condenados en costas)

- CP, 51 (cuantificación de la multa), 48 (conversión de la detención provisional), 51 (aplazamiento del pago de la multa), 53 (reducción y aplazamiento de la multa después de sentencia), 77 y 78 (suspensión condicional ordinaria y extraordinaria de la ejecución de la pena), 79 (obligaciones inherentes a la suspensión de la pena), 115 (consecuencias civiles del delito), 126 y 127 (consecuencias accesorias del delito)

II. COMENTARIO

Sentencia condenatoria es la que estima, en todo o en parte, la pretensión sancionadora formulada por los acusadores, imponiendo una pena o medida de seguridad al acusado, o ambas, y abriendo la ejecución al ser título suficiente para ello (arts. 441 y ss. CPP).

Es el artículo 361 CPP que ahora comentamos el que determina el contenido básico de la sentencia condenatoria:

1. Debe fijar con precisión la pena. No requiere especial explicación resaltar la importancia extrema que tiene el que en la sentencia condenatoria se concrete la pena que deberá cumplir el imputado a quien ha sido adversa la decisión judicial

1463

2. Tiene que determinar, si procede, la suspensión condicional de la pena, así como las obligaciones que deberá cumplir el condenado, las condiciones que se le imponen para evitar el cumplimiento de la pena.

Para la suspensión condicional deberán cumplirse los requisitos del artículo 77 CP; esto es, que la pena de prisión impuesta no sea superior a tres años y que el tribunal considere la inconveniencia de la pena, siempre que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, garantice las mismas el condenado, o demuestre que le resulta imposible. El art. 78 CP permite la que denomina suspensión extraordinaria cuando, pese a no darse los requisitos de la ordinaria, se estime conveniente por haberse cometido el hecho entre determinadas personas que podemos denominar afines, próximas, o ligadas por determinados vínculos o relaciones de carácter personal.

3. Ha de precisar la fecha en que finalizará el cumplimiento de la condena. Dependerá, lógicamente, del día en que comience a cumplirse el castigo.

Es importante resaltar que en las penas privativas de libertad deberá procederse, cuando el condenado hubiera estado sometido a la medida cautelar de detención provisional, a la deducción del total de la pena impuesta del período de tiempo que el ya condenado ha permanecido privado de libertad por haber estado sometido a la medida cautelar de la detención provisional.

Con anterioridad a la modificación legal a la que enseguida se hará referencia, la llamada “conversión de la detención provisional” se regulaba en el artículo 48 del Código Penal y, tras su derogación por el D.L. N° 425, del 24 de septiembre de 1998, pasó a disciplinarse la conversión en el artículo 441-A, introducido en el Código Procesal Penal en la misma fecha en que quedó derogado el art. 48 CP, por el D.L. N° 426, de 24 de septiembre de 1998. Disponía este artículo que “La detención provisional que la persona haya sufrido por el hecho por el que fuere condenada, se abonará a la pena a razón de un día de prisión por cada día de detención provisional durante los primeros seis meses, de dos días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que supere los seis meses y no exceda de un año, y, por tres días de prisión por cada día de detención provisional por el tiempo que exceda de un año”.

1464

Sin embargo, el artículo 15 del Decreto núm. 487, de 18 de julio de 2001, ha derogado el citado artículo 441-A CPP, sin pasar a regular en otro lugar la institución de la conversión que se disciplinaba en el mismo, como antes en el art. 48 CP. Por lo tanto, ha dejado de existir en el ordenamiento positivo salvadoreño la llamada “conversión de la detención provisional”. La consecuencia de ello en el orden práctico es que, a partir de la entrada en vigor de la mentada modificación, no será posible el abono a la pena impuesta del tiempo pasado en detención provisional tal como se articulaba en el derogado art. 441-A CPP, con arreglo al cual cada día de privación provisional de libertad que, excediendo de seis meses, no pasara del año, valdría por dos a los efectos del cómputo de la pena, y por tres los correspondientes al tiempo que excediera del año.

Pero, aunque nada se diga ahora, es claro que al menos cada día de detención provisional ha de ser computado a los efectos del cálculo de la duración del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, si no ya por dos ó tres días, tal como en determinados casos posibilitaba el artículo 441-A CPP, sí a razón de un día de cumplimiento efectivo por cada día pasado en situación de detención provisional. Hacerlo así responde, por una parte, a criterios de la más elemental lógica; de otro lado, la falta de cómputo a los efectos de cumplimiento de la pena del tiempo pasado en privación preventiva de libertad daría lugar al cumplimiento doble de la pena, pues a la detención provisional ya sufrida se sumaría el cumplimiento de la pena impuesta en el mismo procedimiento en el que se acordó aquella. Y se vulneraría, indefectiblemente, el básico principio “ne bis in idem” en su vertiente sustantiva o material, pues el reo sufriría dos veces la condena impuesta por la misma causa en la medida en que no se computase a los fines de cálculo del cumplimiento el período ya pasado en situación de detención provisional.

En consecuencia, la conclusión es que la desaparición en el ordenamiento jurídico salvadoreño de la llamada conversión de la detención provisional no obsta en absoluto al abono de tiempo pasado en situación de detención provisional a los efectos del cómputo del cumplimiento de la pena impuesta.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que, en virtud de la irretroactividad de las normas penales, salvo en lo que favorezcan al reo, será convertible el tiempo transcurrido en situación de privación provisional de libertad hasta el día de entrada en vigor de la norma derogatoria del artículo 441-A CPP. Así se sigue también de la aplicación del principio de legalidad del proceso que proclama el artículo 2 CPP y que, como dice su segundo y último párrafo, rige también en la ejecución de la pena. Como consecuencia de ello, quien en tal fecha hubiera sufrido más de seis meses de detención provisional tendrá derecho a la conversión a razón de dos días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que supere los seis meses y no exceda de un año, y de tres días de prisión por cada día de detención provisional, por el tiempo que exceda de un año, pues se trata de un derecho adquirido y consolidado en el momento en que ganó vigencia la norma derogatoria.

4. Debe establecer, en su caso, el plazo en el que deberá satisfacerse la multa impuesta, que deberá haberse impuesto con arreglo a las prescripciones de los artículos 51 y 53 CP, en los que la consideración esencial para su graduación es la situación económica del condenado.

5. Resuelve también sobre la responsabilidad civil, su cuantía, la persona que habrá de percibir la correspondiente indemnización y los obligados a su pago. Se prevé por la ley que “si en el proceso no hubiere podido determinarse con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito, el tribunal las fijará tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos del hecho que hubiere podido recoger”.

1465

No es un precepto de fácil comprensión, ya que parece autorizar al tribunal a determinar la responsabilidad civil aunque en el proceso no hubiera podido determinarse la misma con precisión. Tiene la ventaja de que ordena que en la sentencia condenatoria se contenga ineludiblemente el pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles, que no podrá obviarse por el tribunal pretextando falta de acreditación o insuficiente prueba sobre las mismas.

No se trata, contra lo que podría entenderse si nos atuviéramos al tenor literal de sus términos, de que se ordene al tribunal decidir sobre la responsabilidad civil aunque falten datos para ello. Lo que se está diciendo es que el tribunal en todo caso habrá de pronunciarse acerca de dicha responsabilidad, valiéndose para su determinación de los datos con que cuente en el proceso, aunque carezcan los mismos de precisión; por ello se indica que al adoptar la decisión se tendrá en cuenta “la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger”.

6. Debe asimismo decidir sobre las costas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 447 al 452 CPP. Será el condenado quien haya de pechar con su pago, por cuanto ordena el artículo 449 CPP que las costas sean a cargo de la parte vencida y

vencido ha sido el imputado cuando la sentencia es condenatoria. Siendo varios los condenados, se fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil (art. 451 CPP).

7. También decidirá sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien el tribunal considere con mejor derecho, sin perjuicio de que luego se ejerciten las acciones correspondientes ante la jurisdicción civil. Se cumplirá así con lo que ordena el artículo 444 CPP.

8. Resuelve sobre el comiso y la destrucción de objetos, con arreglo a la ley penal. Esta norma reguladora del comiso se contiene en el artículo 127 CP. Se debe ordenar el comiso o pérdida en favor del Estado de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho, aunque ello es sin perjuicio de los derechos de adquirentes de buena fe a título oneroso y de las mejoras que hayan introducido o de las erogaciones que hayan hecho los adquirentes a título gratuito.

Sin embargo, por razones de proporcionalidad y equilibrio que son evidentes, no procederá el comiso en caso de hechos culposos, ni cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena.

1466

9. En el caso de que la sentencia establezca la falsedad de un documento, se dispone que el tribunal inscribirá en él y en el registro donde se halle una nota marginal sobre su falsedad, con indicación del tribunal, del procedimiento en el cual se dictó la sentencia y de la fecha de su pronunciamiento. Se trata de dejar constancia de la falsedad del documento, con tal alcance que en lo sucesivo no pueda ser tenido por auténtico.

III. JURISPRUDENCIA

Necesidad de discusión sobre la responsabilidad civil en el proceso penal.

"En el nuevo proceso penal si bien es cierto que de conformidad al artículo 247 del código procesal penal, la fiscalía cuando hace uso del derecho de acción puede paralelamente ejercer la acción civil, tal como lo establece el artículo 42 y siguientes de la citada ley, esto no debe entenderse que por el simple hecho de haberla enunciado en dicho requerimiento va a existir una condena de oficio en la responsabilidad civil, puesto que al igual como se esta discutiendo lo principal, qué en este caso es el delito penal, el fiscal en su acusación debe hacer lo mismo con relación a la acción civil" (*TS de Mejicanos, 17-02-99*).

Posibilidad de pronunciamiento judicial ante omisión fiscal de probar la responsabilidad civil. "Este tribunal estima, que habiéndose entablado formalmente

la acción civil resarcitoria, el *a quo* no debió desatender el mandato previsto en el artículo 361 inciso tercero Pr. Pn., pues no obstante que la Fiscalía omitió indicar la prueba necesaria para comprobar las consecuencias civiles del delito, eso no lo eximía de la obligación de pronunciarse en forma concreta y objetiva sobre el monto de la responsabilidad civil, para lo cual debió tomar en consideración la naturaleza del hecho, sus consecuencias y demás elementos de juicio recogido en el proceso, tal como lo preceptúa la disposición citada” (*Casación, 11-06-03*).

IV. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

La disposición en comento regula lo referente al pronunciamiento de la responsabilidad civil, que en casi todos los supuestos objeto de juicio es completamente olvidada por las partes y referida únicamente al momento de brindar su conclusiones finales, sin haberse controvertida la misma durante todo el juicio. El pronunciamiento de la responsabilidad civil en una sentencia condenatoria ha sido considerado por los tribunales de sentencia que no debe hacerse de forma automática. Igual que con la acción penal se requiere probar la culpabilidad del acusado, en el ámbito civil debe probarse la responsabilidad civil, su monto y su cuantía. Una persona no puede ser afectada en su patrimonio de manera arbitraria, sin elementos objetivos que respalden dicha privación.

1467

Lo antes planteado nos lleva a la conclusión que la sentencia condenatoria no obliga a condenar en responsabilidad, pero sí a que se resuelva sobre la misma, a obtener un pronunciamiento por parte del tribunal. El artículo proporciona algunas pautas a considerar en aquellos casos que no se pudiese determinar con precisión. No siempre es posible cuantificar el perjuicio sufrido, aunque sí sea evidente que lo ha existido, y en ese sentido deberá el juez pronunciarse, aun que no precise la cuantía del perjuicio.

362

VICIOS DE LA SENTENCIA

Los defectos de la sentencia que habilitan la casación, serán los siguientes:

- 1) Que el imputado no esté suficientemente identificado;
- 2) Que falte la enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación circunstanciada de aquél que el tribunal estimó acreditado;
- 3) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio;
- 4) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo, se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo;
- 5) Que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva;
- 6) Que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos en este Código;
- 7) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; y,
- 8) La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio.

Los demás defectos que existan serán subsanados por el tribunal de oficio o a petición de parte, en su oportunidad.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 50 (competencia de la Sala de lo Penal de la CSJ para la resolución del recurso de casación), 88 (identificación del imputado), 119 (necesidad de firma del funcionario actuante y nulidad del acto por falta de fecha), 224.6 (nulidad absoluta de actos realizados con violación de garantías fundamentales), 343 (ampliación de la acusación), 344 (advertencia de oficio por el tribunal), 356 (normas de la deliberación), 357 (requisitos de la sentencia), 359 (congruencia de la sentencia), 409 (protesta de recurrir en casación ante la desestimación de la revocatoria), 421 a 430 (recurso de casación)
- PIDCP, 14.5 (derecho al recurso)
- CADH, 8.2.h (derecho al recurso)
- LOJ, 55.1 (competencia de la Sala de lo Penal de la CSJ para la resolución del recurso de casación)

II. COMENTARIO**A) Breve referencia a la doble instancia penal y al recurso de casación****1469**

La posibilidad de interponer recurso contra la sentencia que pone fin al juicio se configura como uno de los derechos básicos en el proceso penal. Sin perjuicio de remitirnos a los comentarios doctrinales con que se acotan los artículos del CPP que tratan de los recursos en el procedimiento criminal y especialmente el recurso de casación, no está de más recordar que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, pronunciándose en el mismo sentido el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La sentencia es recurrible en casación. Siendo el de casación un recurso extraordinario, se caracteriza porque los motivos en que puede fundarse la impugnación se encuentran tasados en la ley. Por lo tanto, el recurso sólo puede basarse en alguna de las causas que detalla el artículo 362 del CPP.

Como reflexiona MONTERO AROCA, si el artículo 14.5 del Pacto hubiera de entenderse literalmente y aislado, estaría diciendo que el derecho al recurso corresponde únicamente al condenado en una sentencia, de modo que las partes acusadoras carecerían de ese derecho. Dicho de otra manera, sólo las sentencias condenatorias serían recurribles y el único legitimado para recurrir sería el condenado, con las consecuencias de que: 1)

Las sentencias absolutorias no serían recurribles, y 2) Las sentencias condenatorias tampoco podrían ser recurridas por los acusadores.

Pero esta interpretación literal arrumbaría con el sistema procesal penal salvadoreño, puesto que se estaría desconociendo un principio que es esencial en todos los procesos, incluido el penal, como es el principio de igualdad de las partes que proclama el artículo 14 CPP, lo que es incompatible con la existencia de impugnaciones privilegiadas. Por lo tanto, el derecho al recurso que reconoce al condenado el artículo 14.5 del Pacto no puede interpretarse aisladamente, sino que ha de integrarse en el sistema procesal salvadoreño. Siendo la igualdad de las partes consustancial a la naturaleza del proceso, el que el Pacto parezca conceder el derecho al recurso a una de ellas, de la configuración general del sistema procesal se deriva la concesión de ese mismo derecho a todas las partes.

Por lo tanto, el derecho al recurso de concede a todas las partes, tanto si la sentencia es absolutoria, como si es condenatoria, pues así se sigue del artículo 362 CPP, que lo reconoce a las partes, sin exclusión. Aunque las garantías procesales tienen mayor entidad cuando se trata del acusado, ello no puede suponer que no se reconozcan también al acusador, sobre todo cuando es el ofendido por el delito, la víctima.

1470

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.h) y la regulación procesal salvadoreña (art. 362 CPP) establecen la garantía consistente en que un tribunal superior controle la corrección del proceso penal. El derecho al recurso es una garantía procesal que tiende a asegurar que se han respetado las garantías procesales y se han observado las normas que disciplinan el proceso, muy especialmente la formación de la voluntad judicial y su expresión concreta en la sentencia.

Se ha discutido si la casación penal cumple con lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto en la medida en que, siendo un recurso de naturaleza extraordinaria, con concretos y tasados motivos de impugnación, queda limitada la facultad del tribunal superior para el control y censura de lo hecho por el tribunal sentenciador. A este respecto, señala MONTERO AROCA que parece como si se creyera que el dilema único entre recursos, en todas las culturas jurídicas, fuera la alternativa entre apelación o casación, entendiendo que el recurso de apelación, que otorga al tribunal que lo resuelve plenas facultades de fiscalización de lo actuado por el inferior jurisdiccional, sí cumple con las garantías del Pacto, mientras que es mas discutible que lo haga el de casación.

No puede desconocerse que en la doctrina se registra una tendencia favorable a la concesión del recurso de apelación contra todas las sentencias penales. Unas veces se ha sostenido rotundamente que el Pacto exige la doble instancia, por entender que el recurso de apelación es el que mayores garantías ofrece a las partes y debiera el

legislador establecer la doble instancia en todos los procesos penales, con lo que en un futuro código procesal penal debería consagrarse absolutamente la doble instancia penal.

Sin embargo, puede ser precipitado y engañoso entender que sólo garantiza con plenitud el derecho al recurso la posibilidad de que el tribunal que conoce del mismo pueda variar la conclusión del de primer grado, a partir de la petición que en tal sentido pueda formular la parte recurrente, incluida la modificación de la valoración probatoria. No puede olvidarse que los segundos examen y decisión tienen que ser realizados por un órgano distinto del que efectuó los primeros. Esto es, manteniendo el objeto del proceso, la apelación permite que el tribunal que decide el recurso pueda variar la decisión del que dictó la sentencia en primera instancia, sin que, salvo excepciones, tenga a su disposición materiales probatorios susceptibles de valoración diferentes de los que fueron examinados por el de primer grado. Y a pesar de esta limitación, la función del tribunal superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen.

Pero es que la apelación se encuentra condicionada por los principios de oralidad e inmediación que son fundamentales en el juicio plenario. La conclusión valorativa del tribunal de sentencia es la consecuencia del sometimiento a las reglas de la crítica de la prueba que antes él se practicó, que por ello disfruta en este sentido de unas ventajas de las que carece el que conoce del recurso.

1471

Consecuencia inevitable de lo que se viene diciendo es que ni el recurso ordinario de apelación garantiza el conocimiento pleno por el tribunal que lo resuelve, que no ha presenciado las pruebas y, por ello, no está en las inmejorables condiciones valorativas que la inmediación dispensa al tribunal de sentencia, ni el de casación que regula el Código Procesal Penal al disciplinar los medios de impugnación de la sentencia deja de observar las garantías básicas del proceso.

Por lo tanto, es perfectamente compatible con el derecho a la doble instancia y con lo prescrito por el art. 14.5 PIDCP y el art. 8.2.h) de la Conv. Americana Dchos. Humanos la regulación del recurso de casación del CPP como un recurso extraordinario, por lo que su viabilidad se encuentra sometida a que se fundamente en alguno de los motivos expresamente previstos en el artículo 362 CPP, sobre todo si se tiene en cuenta la amplitud revisora por el tribunal de casación que permite la regulación de alguna de tales causas.

B) Motivos del recurso

Los motivos en los que puede basarse el recurso de casación, cuya tramitación se disciplina en los artículos 421 al 430 CPP, reciben en el epígrafe del artículo que ahora se comenta la denominación de vicios de la sentencia.

En la medida en que se enuncian como motivos de casación varios que constituyen la vulneración de lo que dispone el artículo 357 CPP acerca del contenido obligado de la sentencia, nos remitimos a este respecto a los comentarios a dicho precepto.

Dice el art. 362 CPP que los defectos de la sentencia que habilitan la casación son los siguientes:

1) *Que el imputado no esté suficientemente identificado.* Se trata de una gravísima carencia de la sentencia, consistente en la deficiente identificación del imputado.

1472 El artículo 88 CPP se ocupa de la identificación del imputado, al decir que se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Esta es la forma normal de identificación, pero la ley prevé otras en supuestos especiales, al añadir que si se niega a dar esos datos o los da falsamente, se procederá a la identificación por testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles. Con la misma finalidad de atención al fin del proceso, removiendo los obstáculos que pudieran dificultar su consecución, se dice en el mismo art. 88 CPP que cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos personales no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena.

Debe entenderse, de acuerdo con el principio de mantenimiento de los actos procesales, que no cualquier defecto en la correcta identificación del imputado (p. ej. un error en la mención de su apellido, que sea susceptible de una fácil corrección) habrá de entenderse que constituye una defectuosa identificación del imputado.

Considero que este motivo de recurso debe ser objeto de una interpretación restrictiva, ya que tal vez sea demasiado amplia la dicción legal. No debería ser suficiente una simple insuficiencia en la designación del imputado, siempre que no quepa error sobre su identidad, sino un defecto de tal entidad que diera origen a serias dudas sobre la identificación de aquel. La finalidad de consecución del fin del proceso -naturalmente, sin merma de garantías-, en relación con el principio de conservación de los actos procesales, debe conducir a una interpretación flexible de este primer motivo de casación e integradora con el artículo 88 CPP, de suerte que sólo la falta de identificación del imputado en la sentencia, que sea de tal calado e importancia que imposibilite el conocimiento cabal de quien es la persona a que se refiere su parte dispositiva, el sujeto principal de la resolución, pueda dar lugar a la casación de la resolución al amparo del artículo 362.1 CPP.

2) *Que falte la enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación circunstanciada de aquél que el tribunal estime acreditado.* La determinación del hecho

que constituye el objeto del proceso y, sobre todo, la expresión en la sentencia de los hechos que el tribunal considera acreditados, constituyen requisitos de la sentencia penal, expresamente contemplados como tales por el art. 357 CPP en sus apartados 1 "in fine" y 3.

En primer lugar, la sentencia debe consignar el hecho que es objeto del juicio (art. 357.1 CPP), sin la especial precisión propia de la determinación de los hechos que se consideran acreditados, sino únicamente con los datos necesarios que permitan identificar el objeto del proceso, sin valoración probatoria alguna. Si en la sentencia no se expresa cuál es el objeto del juicio, faltará la correlación que debe existir entre el mismo y los que el tribunal considera acreditados en relación con él, por lo que, en conjunto, resultará difícil conocer a qué se está refiriendo la resolución judicial.

Sobre todo, es la indicación de los hechos probados elemento básico de la sentencia. Téngase en cuenta que sobre el relato histórico, esto es, sobre la narración de aquello que, siendo de interés para la resolución que ha de dictar, el tribunal considera que se ha probado a lo largo del juicio, se construyen los razonamientos jurídicos sobre la base de los cuales los hechos acreditados se subsumen en determinado precepto penal sustantivo, se considera de aplicación determinado tipo punitivo y, en definitiva, se estima pertinente la imposición de una pena concreta, todo lo cual desemboca en la parte dispositiva de la sentencia.

1473

La falta del relato de hechos probados constituye un vicio de tal entidad que la sentencia queda desprovista de uno de los pilares esenciales sobre los que ha de construirse. Es básico el conocimiento por las partes y por el público en general de la conclusión fáctica a que ha llegado el tribunal, sobre la que construyó la argumentación jurídica de la que extrajo su decisión. Si no se enuncian expresamente en la sentencia los hechos que el tribunal considera probados, se mantienen en un arcano que, por inaccesible, imposibilita tanto su conocimiento como el control y revisión por parte del tribunal superior. Es lógico, por lo tanto, que la consecuencia de tal falta no pueda ser otra que la revocación de la resolución que adolece de un defecto de tanta importancia.

3) *Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio.* Es sabido que la sentencia penal es el resultado de la valoración por parte del tribunal de la prueba practicada en el juicio oral e incorporada al mismo con observancia de las normas procesales que rigen la producción de los elementos probatorios y que en no pocas ocasiones son disposiciones que afectan directamente a derechos fundamentales.

La valoración judicial ha de recaer, no simplemente sobre la prueba practicada en el juicio, sino únicamente sobre aquella que haya sido legalmente incorporada al proceso. No es que no exista en absoluto valoración de la prueba ilegal, sino que lo que sucede es que dicha valoración es excluyente, en cuanto su consecuencia inmediata es la

marginación de la prueba ilícita del conjunto de elementos probatorios susceptibles de valoración en orden a la construcción de la sentencia, concretamente de la parte de la misma en que se declaran los hechos probados.

La sentencia penal no puede basarse en medios de prueba que no hayan sido legalmente incorporados al juicio y la que adolezca de este defecto habrá incurrido en un vicio que la hace susceptible de ser revocada en casación. Como se vio al comentar el artículo 356 CPP, relativo a la valoración de la prueba por el tribunal, sólo la prueba lícita es susceptible de valoración probatoria, no así la ilícita que, además, es constitutiva de un acto procesal afectado de nulidad radical (art. 224.6 CPP).

La exigencia de que la prueba en que se basa la sentencia haya sido obtenida legalmente no se refiere únicamente a que aquella se haya conseguido sin vulneración de derechos o garantías fundamentales. Aunque la dicha es su vertiente más importante, el que la dicción legal se refiera, sin especial precisión a los “medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio” permite considerar que también puede dar lugar a la casación el que determinada prueba, por más que en su origen fuera obtenida en legal forma, deba considerarse incorporada al proceso con vulneración de la legalidad, si dicha unión no tuvo lugar en el momento procesal oportuno, o en la forma establecida; piénsese, por ejemplo, en la incorporación al juicio por la lectura del instrumento documental que la recoge, de una prueba sin que dicha incorporación se ajustara a las prescripciones del artículo 333 CPP.

1474

4) *Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo; se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.* Este motivo, sin duda el más importante, a la vez que complejo, de los enumerados en el artículo que se comenta. Si bien aparentemente es uno sólo, en realidad recoge varios. Aunque expresamente se refiere sólo a la falta de motivación de la sentencia, permite también la casación por error en la valoración de la prueba, al considerar que es insuficiente la motivación cuando no se observan las reglas de la sana crítica.

Constituye el eje del vicio a que nos referimos ahora la carencia, o insuficiencia evidente, del requisito de motivación de las sentencias. Aunque de la necesaria motivación de las sentencias se habló al tratar los requisitos de la sentencia en los comentarios al artículo 357 CPP, al que por ello nos remitimos, no está de más recordar que una fundamentación escueta ó concisa no ha de tildarse, por sólo su brevedad, de insuficiente. Pero sí merecerá esta negativa consideración la sentencia que, bajo la cobertura de más o menos extensos razonamientos, esconda una carencia evidente,

lo que sucede cuando tal aparente motivación consiste en la transcripción de formularios o, simplemente, en afirmaciones generales sin conexión alguna con el caso concreto, cuando no simplemente rutinarias o, por insustanciales, carentes de real contenido.

En relación con la utilización de formularios, ha dicho el Tribunal Constitucional de España (SSTCE 18 de septiembre de 2000 y las sentencias que ésta cita 184/1988 de 13 de octubre, 125/1989 de 12 de julio, 74/1990 de 23 de abril, 169/1996 de 29 de octubre, 39/1997 de 27 de febrero), que aunque el empleo de formularios o modelos estereotipados es siempre desaconsejable por ser eventualmente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, no por ello implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación. Debe analizarse el caso concreto para determinar si la respuesta judicial ofrecida se ajusta a las exigencias de fundamentación. Como la exigencia constitucional de motivación no obliga a un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide y es suficiente que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, puede suceder que una sentencia cuya motivación sea breve y escueta cumpla con la obligación esencial de fundamentación, pese a la utilización de algún formulario, siempre que el enunciado de éste se acompañe de referencias suficientes al caso concreto enjuiciado, que permitan conocer las razones en que el tribunal apoya su decisión.

1475

Tal vez hubiera sido más adecuado dedicar un apartado específico a los errores palmarios de valoración probatoria, pero el Código Procesal Penal se refiere en este mismo apartado a la vulneración de las reglas de la sana crítica, de la lógica, del raciocinio humano, en la valoración de los elementos probatorios puestos a disposición del tribunal, que en la enumeración de los vicios de la sentencia equivale a insuficiencia de la motivación. Se entenderá que se ha cometido este vicio siempre que, en aspectos fundamentales, el tribunal no se haya atendido a las reglas de la sana crítica o cuando, en la libre valoración de la prueba, no haya respetado los criterios básicos a que hicimos mención en los comentarios al artículo 356 CPP.

Es importante tener en cuenta que la configuración legal de este vicio de insuficiencia de motivación y, sobre todo, la subsunción en el mismo de la vulneración de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba aproxima en buena medida el recurso de casación a los de carácter ordinario, por cuanto puede el tribunal de casación entrar a revisar la valoración que de la prueba practicada a su presencia hizo el de instancia, y censurar la misma. A la vez, debilita esta regulación las críticas que podrían hacerse al sistema procesal penal salvadoreño a la luz de los artículos 14.5 PIDCP y 8.2.h CADH por quienes entienden que el recurso extraordinario de casación no cumple con las exigencias de revisión de dicho precepto, pues parece evidente que el vicio de la sentencia por error en la valoración permite la plena revisión por parte del tribunal de casación de lo que hizo el de primera instancia.

5) *Que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.* Si la parte dispositiva de la sentencia contiene la decisión de tribunal y adolece de carencias por lo que respecta a sus elementos básicos, es la sentencia, en su parte más importante, la que resulta aquejada de un vicio esencial. Esto la hace susceptible de ser recurrida en casación y anulada como consecuencia de dicho defecto.

Siendo básica la fundamentación de las resoluciones judiciales, la orden, la decisión, el mandato del tribunal que es consecuencia y resultado de la anterior motivación, se contiene en la parte dispositiva. En puridad, una sentencia sin parte dispositiva, o con la misma carente de elementos básicos, es una resolución vacía de contenido.

6) *Que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los Jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos en este Código.* La falta de precisión de la fecha en que se lleva a cabo el acto procesal es motivo de nulidad, a no ser que sea posible fijarla por algún medio externo al propio acto.

1476 Dispone el último párrafo del artículo 119 CPP que los actos procesales deben fecharse “con el lugar, hora, día, mes y año en que se cumpla”, para continuar diciendo que “Si falta la fecha el acto será nulo, pero ésta sólo podrá ser declarada cuando aquella, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no se pueda establecer con certeza”.

De los cinco datos que deben consignarse en la documentación del acto (lugar, hora, día mes y año), sólo los tres últimos, es decir, los que determinan la fecha, son relevantes en orden a la interposición del recurso de casación, del mismo modo que fundamentan la declaración de nulidad, que procederá si faltan los mismos, pues ello supondrá que no se hace constar la fecha.

No es necesario abundar en razonamientos acerca de la importancia de que en la sentencia se precise la fecha, ya que se trata de un dato de suma importancia para, por ejemplo, conocer con exactitud el momento en que se adopta la decisión judicial y la aptitud para ello de los jueces que la firman.

Del mismo modo que debe entenderse que la nulidad derivada de la falta de la mención de la fecha es del tipo de las relativas, a la vista de que el mismo precepto que la declara pone de manifiesto la forma en que el defecto puede quedar subsanado, que consiste en la determinación del día en que el acto de que se trate tuvo lugar a partir de los elementos del acto o de otros conexos, la ausencia de fecha en la sentencia sólo fundamentará la casación cuando pese a ello no pueda determinarse el día en que se dictó, como expresamente prevé el precepto que comentamos.

También se considera legalmente vicio de la sentencia habilitante de la casación el que falte en la misma la firma de alguno de los jueces integrantes del tribunal, a no ser que sea por impedimento posterior a la deliberación y se haga constar así (art. 357.5 CPP).

Coherentemente con esta disciplina, dice el artículo 119 del CPP, en su primer párrafo, que “Salvo previsiones especiales, el acto será nulo si falta la firma del funcionario actuante o la del secretario o testigo de la actuación”.

La firma puesta en el documento en que se refleja el acto procesal acredita la intervención en el mismo del funcionario judicial que actúa, o que lo autoriza, así como, en su caso, la presencia efectiva en el lugar y al tiempo de la realización del acto de quien en el instrumento en que el mismo se documenta aparece como testigo. Este es el sentido de la formalidad de la firma que la ley exige.

La nulidad con que el precepto de referencia sanciona la falta del señalado requisito de la firma es relativa, en cuanto cabe la sanación del defecto mediante su posterior impresión. Obsérvese que lo que determina la nulidad contemplada en el artículo 119 CPP no es la ausencia del funcionario, del secretario, o de quien se diga que fue testigo del acto, sino simplemente la falta de la firma de tales personas. Esto es, no se cuestiona que aquellos estuvieron presentes sino que, simplemente, se echa de menos la firma que debieron poner al tiempo de realizarse el acto procesal. Partiendo de que sí lo presenciaron, o lo autorizaron cuando proceda, no es difícil el remedio del defecto a fin de evitar la nulidad a que la ley se refiere: bastará con que el funcionario, el secretario o el testigo procedan posteriormente a poner la firma que antes omitieron, pese a estar presentes, en el documento en que se refleje el acto.

1477

Respondiendo a esta disciplina de la falta de firma, precisa el artículo 362.6 CPP que la falta de firma de alguno de los jueces, para que pueda sustentar un vicio de la sentencia, ha de tener como consecuencia que no se pueda saber con certeza si el juez de que se trate participó realmente en la deliberación.

7) *La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia.* Las reglas a que este apartado se refiere son las que disciplinan la formación de la voluntad del tribunal y las de redacción de la sentencia regulan la expresión de dicha voluntad (art. 356 CPP).

Siendo esencial el carácter de estas normas, su vulneración puede dar lugar a la casación de la sentencia. Se trata de un supuesto, no precisamente de voluntad viciada, pero sí de voluntad del tribunal formada defectuosamente (si se trata de inobservancia de las reglas de la deliberación), o defectuosamente expresada (si la vulneración es de las reglas de redacción de la sentencia).

8) *La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio.* A la congruencia se refiere el artículo 359 CPP, a cuyos comentarios debemos ahora remitirnos, para no repetir lo dicho en su lugar.

Este requisito de la sentencia ha de contemplarse sin olvidar la posibilidad, en el proceso penal salvadoreño, de ampliación de la acusación y advertencia de oficio por el tribunal (arts. 343 y 344 CPP). Pues bien, es lógico que la vulneración de dichos requisitos, lo que la ley denomina reglas relativas a la congruencia, constituya un vicio que fundamenta la casación de la sentencia.

Sólo en los defectos a que se acaba de hacer referencia puede basarse el recurso de casación contra la sentencia. Los demás deberán ser subsanados por el tribunal, de oficio o a instancia de parte, pero no podrán ser alegados para la interposición del recurso.

III. JURISPRUDENCIA

1478

Omisión de elementos decisivos en la sentencia. "No obstante la selección de la prueba, su valoración y la determinación de las conclusiones inferidas en ellas, es potestad soberana del tribunal de mérito, cuando se alega violación a las normas de la sana crítica en relación a las pruebas hay que demostrar el valor decisivo de estas; para ello la recurrente debe basar su crítica exclusivamente en pruebas válidamente introducidas al juicio y no omitir la consideración de prueba decisiva introducida en él, en la forma establecida en la ley; por tal razón la motivación es ilegítima si el tribunal omite la consideración de prueba decisiva introducida en el debate virtud de los principios de verdad real y de inviolabilidad de la defensa y contradicción, el juez debe servirse de las pruebas recibidas en el juicio para fundamentar su fallo, lo que impone un límite máximo de utilización de los elementos y otro mínimo de no prescindencia de ellos. El tribunal sentenciador no está obligado a considerar absolutamente todas las pruebas introducidas, pero cuando procede a la exclusión arbitraria de una prueba decisiva, prescinde ilegítimamente en su fundamentación de uno de los elementos que tiene el deber de valorar. Debe el tribunal, en virtud de su potestad soberana, de asignar a cada prueba el valor de convicción que le sugiere su prudencial pero también es su obligación estimar y someter a su valoración a todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas al juicio capaces de modificar las conclusiones del fallo, pues de lo contrario la sentencia será nula por falta de motivación. Y es que la omisión de valorar una prueba introducida en el juicio, que debe haber sido considerada, hubiere impedido llegar a una conclusión distinta a la que arribó, constituirá un caso típico de selección arbitraria del material probatorio, aspecto que no puede escapar al control de la casación" (Casación, 09-10-02).

Infracción de las reglas de la sana crítica. Alcance del vicio en casación.

“Cuando el legislador incluyó como defecto de la sentencia que habilita casación la inobservancia de las reglas de la sana crítica, de ninguna manera ha de entenderse que el simple desacuerdo del recurrente con las consideraciones del sentenciador puedan habilitar su invocación, pues a lo único que obliga el cumplimiento de las normas del correcto entendimiento humano es a la coherencia y derivación de los juicios desarrollados en cada decisión jurisdiccional, siendo irrelevante si el material probatorio ha generado una distinta convicción personal en las partes procesales... A mayor abundamiento, cuando se arguye la falta de coherencia, el casacionista debe señalar textualmente los enunciados contenidos en el propio texto de la sentencia, de donde resulte que las afirmaciones, deducciones y conclusiones, no guardan correlación entre sí, o indicando los juicios contradictorios contenidos en ella; de tal manera, que el análisis de la motivación sentencial, es propiamente un ejercicio crítico del silogismo sobre cuya base se construye el fallo, y nunca ha de pretenderse modificar las conclusiones obtenidas por el juzgador exclusivamente a nivel de los hechos, o las convicciones psicológicas generadas en el ánimo del sentenciador en razón de los elementos fácticos” (*Casación*, 27-07-03).

CAPÍTULO IV

ACTA DE LA VISTA PÚBLICA

363

CONTENIDO

El secretario levantará un acta de la audiencia, que contenga:

- 1) El lugar y fecha de la vista, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y de las reanudaciones;
- 2) El nombre de los jueces, de las partes, defensores y mandatarios, con mención de las conclusiones que emitieron;
- 3) Las generales del imputado y de la víctima;
- 4) Un resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación del nombre de los testigos, peritos e intérpretes y la referencia de los documentos leídos y de los incidentes que se susciten;
- 5) Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la vista;
- 6) La observancia de las formalidades esenciales, dejándose constancia de la publicidad o si ella fue excluida, total o parcialmente;
- 7) Las otras menciones prescritas por ley que el tribunal ordene hacer; aquéllas que soliciten las partes y las revocatorias o protestas de recurrir en casación;
- 8) La constancia de la lectura de la sentencia y del acta con las formalidades previstas; y,
- 9) La firma del secretario.

En los casos de prueba compleja, el tribunal podrá ordenar la versión taquigráfica, la grabación total o parcial de la audiencia o que se resuma, al final de alguna declaración o dictamen, la parte esencial de ellos, en cuyo caso constará en el acta la disposición y la forma en que fue cumplida. La versión taquigráfica, la grabación o la síntesis no tendrán valor probatorio para la sentencia o para la admisión de un recurso, salvo que ellas demuestren la inobservancia de una regla de procedimiento que habilita el recurso de casación.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123 y 124 (actas y su contenido), 365 (fuerza demostrativa del acta), 409 (protesta de recurrir en casación ante la desestimación de la revocatoria)

II. COMENTARIO

A) Concepto y función del acta

Las actas tienen por objeto dejar constancia de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal.

1481

El acta del juicio oral es el documento, creado en el seno del proceso penal, en el que se refleja lo más importante y esencial de lo sucedido a lo largo del juicio. El encargado de su redacción es el Secretario judicial, hasta el punto de que sin su firma carecerá de valor (art. 123 CPP). El secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales y también le corresponde la facultad de documentación. Por lo tanto, a él compete redactar y autorizar el acta.

Es un documento que no sólo desempeña la importante función de reflejar lo sucedido a lo largo del juicio, sino que también acredita la realidad de lo acaecido, de suerte que no podrá dudarse que aconteció efectivamente lo que en el acta se refleja, ni lo en ella consignado necesitará de prueba alguna para su demostración. El acta constituye, por sí, la prueba de lo que refleja.

Señala SÁEZ GONZÁLEZ que tanto la fe pública como la actividad de documentación tienen por objeto las actuaciones procesales y los hechos que ocurren con ocasión y relación al proceso. Frente a la volatilidad de las palabras y de los gestos, no digamos nada de las intenciones y de las voluntades, la constancia se eleva como una garantía, en la medida en que constar es hacer presente a lo largo del transcurso del tiempo lo que sucedió en un instante determinado. Toda constancia supone, de un lado esa facultad

de hacer verdadera una cosa a través de sí misma, de otro la capacidad de permanecer, de durar que hace que una cosa sea igual a sí misma (verdadera) a través del tiempo.

No en vano se ha dicho que el objeto de la constancia procesal es el tiempo mismo, entendiendo por tal lo que sucede en un momento determinado, una secuencia de la sucesión temporal de hechos y actos producidos durante el proceso que queda aprisionada en un instrumento de tal forma que, una vez situados en otro tramo de ese tiempo, resulte factible conocer todo lo que se hizo, en el sentido más general del término, en tal ocasión pasada. La constancia nos sigue trayendo frescas a la memoria cada una de las actuaciones, declaraciones o decisiones tomadas en otro tiempo, de forma que ni el olvido ni el interés permitan afirmar que lo ocurrido fuera algo distinto a lo que en realidad se produjo y como tal consta en el acta.

1482

Aunque es el secretario el competente para la redacción del acta, no debe olvidarse que las facultades de dirección del juicio que se atribuyen al presidente del tribunal pueden incidir en su contenido cuando éste ordene expresamente que en la misma se haga constar alguna circunstancia concreta (una protesta, una amonestación, una manifestación del imputado, o de un perito o testigo). Pero no debe abusarse de esta facultad. Puesto que la ley atribuye al secretario la confección del acta, debe confiarse en su competencia y rigor profesional y confiar en que el fedatario judicial recoja fielmente lo esencial de lo que acontece en el juicio, desempeñando con rigor la función de documentación que le está legalmente atribuida, dada su especial cualificación para conocer lo que, dado su interés, debe ser especialmente recogido en el acta del juicio.

B) Contenido del acta

El acta levantada por el Secretario deberá tener el contenido que enumera el artículo 363 CPP que comentamos:

1) *El lugar y fecha de la vista, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y de las reanudaciones.* Es esencial y básico que en el acta del juicio se consignen los datos circunstanciales básicos, como son los que hacen referencia al tiempo y lugar de la audiencia. Así mismo, también han de reflejarse tanto las suspensiones del juicio por alguno de los motivos legalmente previstos en el artículo 333 CPP, como los simples recesos que pueda disponer el presidente del tribunal, para la continuación del juicio en un momento posterior.

2) *El nombre de los jueces, de las partes, defensores y mandatarios, con mención de las conclusiones que emitieron.* En este apartado se ordena el reflejo en el acta de dos aspectos diferentes del juicio.

En primer lugar, deberán consignarse los datos personales de quienes, no siendo directos sujetos del proceso, como es el fundamentalmente el imputado y también la

víctima, intervienen en el mismo y desempeñan en el juicio un papel cuya importancia es evidente, cual es el caso de los jueces, las partes, los defensores y los mandatarios.

También se debe recoger parte del contenido del juicio, como es la reseña de las conclusiones de los defensores de las partes.

3) *Las generales del imputado y de la víctima.* Imputado y víctima son sujetos esenciales del proceso, por lo que es básico que el acta reseñe sus datos personales.

La reseña en el acta del juicio de los datos personales del imputado forma parte de la identificación del mismo, que deberá llevarse a cabo con arreglo a lo que con carácter general dispone el artículo 88 CPP. La importancia de esta mención se evidencia si se tiene en cuenta que la insuficiente identificación del imputado en la sentencia es motivo de casación (art. 362.1 CPP).

4) *Un resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación del nombre de los testigos, peritos e intérpretes y la referencia de los documentos leídos y de los incidentes que se susciten.* El acta del juicio es un documento en el que se recoge la narración de lo acontecido a lo largo de la audiencia. En este ámbito narrativo debe tener cabida, obviamente, la mención de las personas que han intervenido, no ya integrando el tribunal o asesorando o dirigiendo a alguna de las partes, sino contribuyendo al desarrollo de la prueba, ya cooperando en la formación de su contenido, como es el caso de los testigos y los peritos, ya dando lugar a que los presentes puedan entender lo que se dice, cual sucede con los intérpretes.

1483

Siendo parte importante del desarrollo del juicio los incidentes que puedan haberse producido, como también la forma en que el tribunal los haya zanjado, a los mismos y su solución judicial deberá el acta reservar también un lugar.

Es importante tener en cuenta que no se exige que en el acta se plasme en detalle todo lo sucedido. Basta con que recoja un resumen de lo que pasó a lo largo del juicio, tanto por lo que respecta a la prueba practicada, como a los incidentes procesales que se suscitaron a lo largo de la vista.

5) *Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la vista.* La reseña en el acta de estos extremos no tiene por qué aparecer perfectamente deslindada de la que debe hacerse a los incidentes suscitados, objeto del anterior apartado del artículo 363 CPP. Puesto que normalmente los incidentes tendrán su origen en determinada solicitud de una de las partes y finalizarán con la resolución que al respecto adopte el tribunal, puede entenderse que en buena medida el reflejo en el acta de las solicitudes y decisiones que tengan lugar a lo largo de la audiencia se habrá cumplimentado con la reseña de los incidentes y su resolución.

6) *La observancia de las formalidades esenciales, dejándose constancia de la publicidad o si ella fue excluida, total o parcialmente.* El acta debe permitir que por su lectura pueda saberse que el juicio se desenvolvió de acuerdo con los preceptos legales que disciplinan su desarrollo, esto es, que se han observado las formalidades esenciales. Especialmente, deberá precisarse si, haciendo el tribunal uso de la facultad prevista en el artículo 327 CPP, se restringió la publicidad del juicio, así como en qué medida, total o parcial, tuvo lugar la restricción.

Es aconsejable incluir en el acta, entre las menciones relativas a la acreditación de la observancia de las formalidades esenciales, la constancia de que se ofreció al imputado la posibilidad de ejercer el derecho de última palabra, dada su imbricación con los derechos fundamentales de aquel, como se explica en los comentarios al artículo 353 CPP.

7) *Las otras menciones prescritas por ley que el tribunal ordene hacer; aquéllas que soliciten las partes y las revocatorias o protestas de recurrir en casación.* Como se ha dicho al comienzo de estos comentarios, la innegable cualificación del secretario para la redacción del acta debe armonizarse con las facultades de dirección del tribunal, que puede disponer que en dicho documento se recojan determinadas circunstancias o aspectos del juicio, por considerarlo de interés, aunque en puridad pudiera haberlos omitido el secretario.

1484

El que se diga en este apartado que en el acta han de recogerse también “aquellas (las menciones) que soliciten las partes” debe interpretarse y aplicarse en relación tanto con las funciones del secretario, como con las facultades del tribunal y especialmente de su presidente. Se quiere decir con ello que no deberán reflejarse en el acta cualesquiera menciones que las partes deseen hacer constar, pues si así fueran dependería su contenido de la voluntad de las partes, sino que de las circunstancias cuyo reflejo en el acta solicite alguna de las partes, sólo tendrán acceso a la misma aquellas cuya inclusión declare procedente el tribunal o su presidente, que es quien ejerce la más inmediata facultad de dirección.

Como indiscutible contenido del juicio, deberá también recoger el acta la formulación de recursos (revocatorias) contra las decisiones judiciales adoptadas a lo largo del juicio. Es coherente esta referencia a las revocatorias en la regulación del contenido del acta con lo que establece el artículo 409 CPP en el sentido de que “La interposición del recurso (de revocatoria) significará también protesta de recurrir en casación si el vicio señalado en él no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente”. Puesto que la mera formulación del recurso implica la advertencia de recurrir en casación si el mismo se desestima, en función de la lesión que produzca a la parte la decisión del tribunal al respecto, es importante que conste en el acta la revocatoria.

8) *La constancia de la lectura de la sentencia y del acta con las formalidades previstas.* En el acta debe dejarse constancia, además de lo más importante sucedido a lo largo del juicio, de que se procedió a la lectura, tanto de la sentencia (art. 358 CPP), como de la propia acta (art. 364 CPP).

9) *La firma del secretario.* Carece de valor el acta en la que falte la firma del secretario (art. 123 CPP), lo que es consecuencia de la importancia que tiene la firma en el acta del funcionario actuante (art. 119 CPP), pues su falta puede acarrear la nulidad. Este requisito se acentúa, si cabe, cuando se trata de la firma en el documento que ha de reflejar el desarrollo del juicio, por lo que el mismo no puede tener valor si no contiene la firma de quien ha sido encargado por la ley de reseñar las sesiones y sus incidencias.

Asumiendo que no siempre el acta es suficiente para dejar constancia de lo acaecido en el juicio, se prevé que en los casos de prueba compleja, el tribunal podrá ordenar la versión taquigráfica, la grabación total o parcial de la audiencia o que se resuma, al final de alguna declaración o dictamen, la parte esencial de ellos.

En relación con esta posibilidad, se ha dicho que, habida cuenta de la presencia de los nuevos medios de documentación procesal existentes, tal vez hoy podríamos admitir no ya sólo una “fe escrita”, sino simplemente una “fe objetivada” o una “fe materializada”, incluyendo dentro de tal concepto la que se produciría a través de esos otros medios de documentación no escritos.

1485

En el caso de que se proceda a la grabación o a la versión taquigráfica, se ordena que conste en el acta la disposición y la forma en que fue cumplida. El resultado de ello es que el contenido de dicha grabación o versión taquigráfica quedará autenticado mediante la referencia que a dichos medios de constancia se contenga en el acta levantada por el secretario.

Además, tales medios no son sustitutivos del acta, sino tan sólo complementarios de ella, con cuyo valor procesal no tienen parangón, hasta el punto de que termina diciendo el artículo 363 CPP que “la versión taquigráfica, la grabación o la síntesis no tendrán valor probatorio para la sentencia o para la admisión de un recurso, salvo que ellas demuestren la inobservancia de una regla de procedimiento que habilita el recurso de casación”.

La importancia del acceso al tribunal que ha de conocer del recurso del resultado de la grabación de la prueba tal como fue practicada en el juicio es tal que así se puede permitir, ya no sólo la valoración de la prueba por el tribunal superior sino también, por lo que respecta al recurso de casación, examinando dicha grabación de la actividad probatoria es como realmente el órgano que ha de resolver el recurso podrá verificar si

el tribunal de sentencia se ajustó a las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, si este defecto se alegó como motivo de casación (art. 362.4 CPP).

364

LECTURA Y NOTIFICACIÓN DEL ACTA

El acta se leerá inmediatamente después de la sentencia ante los presentes, con lo que se tendrá por notificada a todos; ella podrá ser modificada después de su lectura, cuando las partes así lo reclamen y el tribunal lo estime conveniente. Si el tribunal no ordena la modificación del acta, el reclamo debe hacerse constar.

El tribunal podrá reemplazar la lectura del acta ordenando la entrega de copias para cada una de las partes presentes en el mismo acto; al pie del acta constará la forma en que ella fue notificada.

1486

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123 y 124 (actas y su contenido), 143 (práctica de las notificaciones), 147 (modo de las notificaciones), 363 (contenido del acta del juicio), 365 (fuerza demostrativa del acta)

II. COMENTARIO

Establece el artículo 364 CPP que el acta se leerá inmediatamente después de la sentencia, ante los presentes, con lo que se tendrá por notificada a todos.

La Ley no prevé que la lectura del acta se realice en audiencia pública, por lo que este trámite de lectura, que a la vez sirve de notificación se realiza una vez concluido el juicio y despejada la sala en que se ha desarrollado. Debemos entender que la mención que se hace de “los presentes” está referida, además de al tribunal, a quienes intervienen directamente en el juicio y cuyas peticiones deben reflejarse en el acta; es decir, los defensores de las partes.

Se prevé una lectura en alta voz, para conocimiento simultáneo de todos los presentes.

Los defensores de las partes deberían ser conscientes de la conveniencia de comprobar que han quedado debidamente reflejados en el acta aquellos puntos que

pueden ser relevantes a efectos de un recurso de casación. En caso negativo pueden solicitar la rectificación procedente, que será acordada por el Tribunal. Sin embargo, este trámite de rectificación no puede ser utilizado como instrumento para obtener el reflejo en el acta de la propia percepción acerca de los contenidos de las pruebas personales, sino sólo para reforzar la objetividad del instrumento.

Se otorga un valor decisivo al tribunal en la formación del acta, cuando las partes protesten su contenido. Y si la resolución es denegatoria, en el acta se hará constar la petición y la decisión adoptada al respecto.

Cabe la posibilidad, expresamente prevista, de que el tribunal sustituya la lectura del acta por entrega de copias para cada una de las partes presentes en el mismo acto. Como la notificación del acta puede haber tenido lugar tanto por su lectura, como mediante la entrega de copias, se dispone que al pie del acta constará la forma en que fue notificada.

365

VALOR DEL ACTA

1487

El acta demostrará, en principio, el modo como se desarrolló la audiencia, la observancia de las formalidades previstas para ella, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

La falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas, no producirá, por sí misma, motivo de casación de la sentencia; sin embargo, se podrá probar un enunciado faltante o su falsedad, cuando sea necesario para demostrar el vicio que invalida la decisión.

En este caso, se indicará la omisión o la falsedad al interponer el recurso de casación.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 123 y 124 (actas y su contenido), 363 (contenido del acta del juicio), 364 (modificación del acta)

II. COMENTARIO

El acta del juicio no sólo tiene por objeto dejar una constancia documentada de los hechos ocurridos, sino que, además, se ha de entender que lo que queda reflejado en el documento es veraz.

La fe pública que ampara el acta se refiere a la autenticidad y veracidad de las actuaciones, y consiste, evidentemente, en cargar o revestir de esa veracidad a los documentos por ella amparados. Por veracidad habremos de entender que lo que se recoge en el documento resulta ser cierto, siempre y cuando se den una serie de requisitos en lo que respecta a la formación del acta en sí y a la persona que la ha cumplimentado, que ha de ser el Secretario. Esa veracidad implica la obligación para todos de tener por cierto cuanto queda recogido en el documento, a pesar de no haber participado o estado presentes en los hechos que se documentan.

1488

Sucede, además, que cuando se ha producido la objetivación de la percepción del fedatario se produce la que se llama “fe escrita”, que es la que da fuerza a todo documento procesal, y que en definitiva no es otra cosa que la plena dimensión del documento como medio docente, dado que ya no se trata de que lo diga o mantenga un funcionario, sino de que el mismo documento ha sido cargado de fe pública y en consecuencia demuestra por sí solo la realidad que documenta, esto es, resulta auténtico.

A la anterior concepción responde el tratamiento que al acta del juicio otorga el Código Procesal Penal. En este sentido, dispone el artículo 365 CPP que el acta demostrará, en principio, el modo como se desarrolló la audiencia, la observancia de las formalidades previstas para ella, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

Como señala el Tribunal Constitucional de España en su sentencia núm. 56/1982, el acta del juicio en el proceso penal es un documento dotado de «autenticidad formal o extrínseca», pero no de autenticidad material o intrínseca, por lo que únicamente hace prueba de lo realizado o no durante el juicio, pero no de la veracidad de las manifestaciones efectuadas.

Ni siquiera garantiza el reflejo de la integridad de lo sucedido en el juicio, puesto que sólo debe recoger un “resumen del desarrollo de la audiencia” (art. 363.4 CPP).

En consecuencia el acta da fe de que un determinado testigo declaró y del sentido esencial de su testimonio (de cargo, de descargo o irrelevante), pero no del contenido íntegro de su manifestación ni, mucho menos de la veracidad de sus manifestaciones.

Y no se piense, contra lo que a veces se cree erróneamente, que el reflejo en el acta del juicio de lo que dijo un testigo o un perito convierten estas pruebas en documentales; siguen siendo pruebas orales, si bien documentadas en dicha acta.

Téngase en cuenta que las declaraciones testificales, u otras pruebas personales, no dejan de serlo por el hecho de incorporarse al acta. El reflejo sintetizado en el acta no cambia la naturaleza de estas pruebas personales cuya valoración depende de la directa percepción del tribunal, no de su escueta recepción en el acta que elabora el secretario.

No puede alegarse error del tribunal sentenciador porque su valoración de un testimonio no coincida con el resumen que consta en el acta, o porque no otorgue credibilidad a un testimonio recogido en el acta.

Puede también suceder que en la sentencia se haga referencia al contenido de alguna manifestación de un testigo, por ejemplo, que no es coincidente, sino que discrepa de la reseña que de la misma se contiene en el acta. En tal caso de discrepancia, debe darse prevalencia a lo que el tribunal afirma que dijo quien declaró, sobre su reflejo en el acta del juicio. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de marzo de 1998, la discrepancia entre lo que dice el acta del juicio elaborada por el Secretario y lo que afirma el Tribunal en la sentencia sobre lo dicho por los testigos no puede ser decidida en casación en favor del acta, sino dando validez a lo que consta en la sentencia. Quienes tienen la facultad de juzgar son los Jueces y no los Secretarios, a quienes la ley confía importantes tareas, pero reservando a los jueces la de fijar el contenido de las declaraciones de los testigos y acusados. Lo contrario implicaría apartarse del principio de inmediación y formular juicios sobre la prueba testifical sobre la base de lo recogido por el actuario en el acta del juicio.

1489

El mismo artículo 365 CPP relativiza la trascendencia del acta, a fin de evitar la exacerbación de su valor, la sacralización ritual de la misma que pudiera conducir a la instrumentalización de cualquier defecto del documento con fines impugnatorios. Se dice que la falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas, que son las del artículo 363 CPP no producirá, por sí misma, motivo de casación de la sentencia.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que, pese a su valor fedatario, se acredite tanto que sucedió algo que en el acta no consta, como la falsedad de alguno de sus extremos, si es necesario para demostrar el vicio que puede invalidar la decisión, lo que es tanto como hablar del defecto que habilita la casación, que es el cauce procesal para lograr la anulación de la sentencia dictada. En este caso, al interponer el recurso de casación se indicará la omisión o la falsedad de que se trate.

Se admite, por lo tanto, la posibilidad de que el acta no refleje lo verdaderamente sucedido en el juicio, para lograr así que, en caso de discrepancia, se imponga la

verdad material sobre la formal consignada en dicho documento. Pero ello partiendo de la presunción de veracidad del acta que hace que quien alegue que no se corresponde su contenido con la realidad deba acreditar su afirmación.

CAPÍTULO V

JUICIO POR JURADOS

366

INTEGRACIÓN

El tribunal del jurado se integrará con un total de cinco personas, sorteadas de la nómina del Registro Electoral. En casos complejos se podrá tener a disposición dos jurados suplentes, quienes votaran sólo en caso de que alguno de los miembros titulares se incapacite para seguir actuando.

El Tribunal Supremo Electoral o el Registro Nacional de las Personas Naturales, estarán obligados a actualizar una lista de personas y las enviarán en los meses de enero y junio de cada año al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, a la Fiscalía General de la República y a la Procuraduría General de la República, quienes la depurarán de todos aquellos que manifiestamente no reúnan los requisitos para ser jurado. A cada Tribunal de Sentencia y a la Cámara competente, para el caso de antejuicio, les remitirá la lista parcial correspondiente de los jurados de su circunscripción. (9) 1491

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 72 (participación en los poderes públicos), 76 (cuerpo electoral), 189 (rango constitucional del Jurado)
- CPP, 52 (competencias genéricas del Jurado), 53 (limitación de la competencia por la atribuida a los Tribunales de Sentencia), 53.c (presidencia de la vista del Jurado por un juez de sentencia)
- LCLDA, 26 (exclusión del Jurado)
- LTPP, 3 (validez de la lista de jurados utilizada a la vigencia de la Ley y hasta el 31/12/2001)
- CE, 7 (incapaces para el sufragio), 8 (formación del cuerpo electoral), 9 (requisitos para el ejercicio del sufragio), 19 (Registro Electoral)
- LORNPN, 3 (atribuciones del Rtro. Nacional)

II. COMENTARIO

A) Concepto de Jurado

No es difícil acotar un concepto de Jurado. Cuando se habla de Jurado, se está pensando en un tribunal en el que participan como juzgadores ciudadanos que no son jueces profesionales. Su selección, composición y competencias se regulan por la Ley, siendo en todo caso los que forman el Jurado jueces legos, es decir, que no tienen titulación jurídica oficial, los cuales participan junto con los jueces técnicos en la redacción del veredicto o de toda la sentencia, según el sistema escogido por el legislador, que luego se detalla, ocupando el cargo por un período de tiempo, es decir, transitoriamente.

Como señala GOMEZ COLOMER, el Jurado responde a una forma de organizar el Poder Judicial en un país concreto. En este sentido, es básicamente una cuestión de formación y designación de los Jueces, si deben ser técnicos o profesionales, o no. Pero, más ampliamente, la cuestión de fondo es la participación del pueblo en el Poder Judicial.

1492

En su aspecto más general, la existencia del Jurado es consecuencia del principio de separación de poderes, teniendo pleno sentido en un régimen político democrático. En este sentido, se dice que la función de juzgar debe encomendarse a jueces no profesionales y no permanentes, para garantizar su neutralidad y el papel que corresponde al Poder Judicial frente al Ejecutivo y al Legislativo en un Estado de Derecho. Esos jueces legos expresarían en sus fallos la razón de sus iguales más capacitados, razón que se encarna en la ley. En el mismo sentido, se argumenta que el poder de juzgar ha de confiarse a personas que emanen lo más directamente posible del pueblo.

En cualquier caso, y pese a sus disfunciones y carencias, que en realidad no difieren en importancia de las de otras instituciones, la historia del Jurado demuestra que es una institución apoyada en régimen de libertades, mientras que es atacada y suprimida por las dictaduras.

La intervención del Jurado en el proceso penal viene prevista en el artículo 189 de la Constitución, que establece “el Jurado para el juzgamiento de los delitos comunes que determine la ley”.

El Tribunal del Jurado es un órgano constitucional, puesto que viene expresamente previsto en el artículo 189 Cn. Sin embargo, y pese a su importancia jurídica y política, llama la atención que la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal no le dedique la especial atención que presta a otros aspectos del proceso penal. Esta relativa preterición no ha de entenderse necesariamente como algo negativo, puesto que si desde una perspectiva crítica puede entenderse que no merece la atención del legislador,

también puede valorarse dicha omisión de forma positiva, en el sentido de que es su plena incorporación a la normalidad del funcionamiento del Estado democrático la que priva de novedad a la institución. No es ajena a ello la *tradición juradista* del país a la que hace expre-sa referencia la Exposición de Motivos.

La existencia del Jurado implica que los ciudadanos que no son jueces técnica y profesionalmente pueden no obstante ser miembros de un órgano jurisdiccional si llegan a formar parte, por el procedimiento de selección legalmente establecido en la Ley, del Tribunal del Jurado.

Aunque mediante el Jurado participan los ciudadanos en la actividad jurisdiccional, no debe prescindirse de que “participar” debe entenderse restrictivamente, por cuanto la extensión de la participación comprenderá exclusivamente las funciones que el CPP encomienda a los jueces legos y ni una más. Básicamente, emitir su voto declarando culpable o inocente al acusado (art. 374 CPP) en aquellos procedimientos que son de su competencia (arts. 52 y 53 CPP).

La organización del Jurado y la articulación de su composición depende del legislador ordinario, pues nada se prevé a este respecto en la Constitución. Se trata, por lo tanto, de una opción que es a la vez organizativa y política y que puede proyectarse en relación con alguna de las formas en que puede materializarse la institución.

1493

A la vista del contenido del artículo 72 Cn, puede incluso afirmarse que, siquiera en un sentido amplio, a través del jurado participan los ciudadanos en los poderes públicos, cumplimentándose el derecho reconocido por el apartado tercero de dicho precepto.

B) Clases de Jurado

Fundamentalmente, son tres:

El Jurado puro.- Los jueces legos pronuncian únicamente el veredicto, que suele tener un contenido muy simple, pues se limita a declarar culpable o inocente a la persona acusada, quedando la redacción de la sentencia (aplicación del Derecho Penal imponiendo las consecuencias jurídicas del delito, en su caso) reservada al Juez o Jueces técnicos.

O bien son elegidos por el pueblo, o bien se establece un sistema aleatorio de selección (ordenador, listas municipales, sorteo partiendo del censo).

El sistema de Jurado puro es el que ha escogido el legislador salvadoreño. También es el modelo escogido por el legislador español y el vigente en Bélgica, Suecia, Dinamarca, Noruega, Inglaterra, USA, Canadá y Australia, entre otros países.

El Escabinato.- Los jueces legos, elegidos por sorteo como en el modelo anterior (no se considera el sistema de escabinos elegidos por sus conocimientos técnicos, pues al no existir sorteo no es en realidad un verdadero tribunal popular), participan tanto en la determinación de los hechos probados y la culpabilidad o inocencia del acusado, como en la aplicación del Derecho Penal, redactando conjuntamente la sentencia con los jueces técnicos.

En sentido técnico, no hay veredicto como en el sistema de Jurado puro.

Representan la evolución ante el retroceso del Jurado puro, por la ventaja de trabajar Jueces técnicos y legos conjuntamente todos los elementos esenciales del proceso, excepto la instrucción, como es lógico, complementándose en su trabajo.

Rige en Francia y Alemania.

El Jurado mixto.- Esta tercera modalidad es menos frecuente en la práctica. Responde a un modelo en el que coexisten el Tribunal del Jurado puro y el de Escabinos, aunque puede también conceptuarse como Jurado puro, pero con más funciones de las que son habituales a dicha modalidad, aunque no llega a ser un verdadero Escabinato.

1494

En esta modalidad, los jueces legos que conforman el Tribunal pronuncian su veredicto sobre los hechos y a continuación, si es conforme con los de la acusación, ellos solos resuelven la cuestión de la culpabilidad. Pero la pena concreta que debe imponerse en cada caso es competencia de los jueces técnicos y legos actuando conjuntamente. Todas las demás cuestiones técnicas penales son competencia de los jueces profesionales.

Es fundamentalmente el modelo austríaco.

C) Composición

Como ya se ha dicho, el legislador nacional ha optado por el modelo de Jurado puro, es decir, sólo formado por legos en derecho. A su composición se refiere el artículo 366 CPP que comentamos, al decir que el tribunal del jurado se integrará con un total de cinco personas, sorteadas de la nómina del Registro Electoral.

En relación con esto, debe tenerse en cuenta que con arreglo al artículo 3 de la Ley Transitoria para regular la Tramitación de los Procesos Penales iniciados antes del 20 de abril de 1998 (D.L. núm. 225), que vino a sustituir a la Ley de mismo nombre de 2 de diciembre de 1999, cuya vigencia expiró el día 31 de diciembre de 2000, "La lista general de jurados que se esté utilizando al momento de la vigencia de esta ley,

conservará su validez hasta el treinta y uno de diciembre del año dos mil uno, para la celebración de vistas públicas, tanto en los procesos iniciados antes del veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, como los iniciados a partir de esa fecha”.

Se añade la posibilidad de contar, en casos complicados, con dos jurados suplentes, que sólo actuarán en caso de que se incapacite alguno de los jurados titulares. Se valora la posibilidad de que los asuntos complicados requieran más días de enjuiciamiento, por lo que a mayor duración se incrementa la posibilidad estadística de que, fundamentalmente por enfermedad sobrevenida, se incapacite alguno de los jurados inicialmente designados. La previsión de que un suplente ocupe el lugar del incapacitado evita que el juicio deba ser iniciado de nuevo.

La función de los suplentes es asistir a las sesiones del juicio, si bien no participan de la deliberación ni, por lo tanto, votan, a no ser que alguno de los jurados designados se incapacite para seguir actuando, como expresamente prevé el artículo 366 CPP.

La razón de su existencia es clara. Puesto que tanto el tribunal del jurado, como el juicio sometido a su decisión, participan de los principios básicos del proceso penal, el respeto a la necesaria integridad del tribunal, esto es, que decidan los mismos jueces que han estado presentes en la vista, daría lugar que, en caso de indisposición de alguno de los jurados, el juicio ya iniciado, o tal vez finalizado y sólo pendiente de votación el veredicto, debiera iniciarse de nuevo. La existencia de los suplentes conjura dicho peligro, cuya realización sería entorpecedora de la recta administración de justicia.

1495

El nombramiento de jurados suplentes se prevé sólo para los que la ley denomina “casos complejos”. La decisión acerca de qué asuntos deben ser calificados de “complejos” a tal fin, no siempre fácil. Corresponde en cada caso al Tribunal de sentencia al que se debe remitir la lista parcial correspondiente a los jurados de su circunscripción.

Debe tenerse en cuenta que en aquellos supuestos en que no se haya procedido a la designación de suplentes y se indisponga un miembro del jurado, a fin de evitar la repetición del juicio puede agotarse el período máximo de suspensión del juicio por diez días, tal como prevén los artículos 333 y 334 CPP, si bien dicho plazo será de solo tres días si el juicio ha finalizado y se encuentra pendiente de votación, con arreglo a lo que dispone el artículo 354 CPP. No se olvide que estos preceptos son de plena aplicación al procedimiento del jurado, en virtud de la cláusula general de remisión que se contiene en el artículo 378 CPP.

Al regular la composición del jurado la ley se refiere únicamente a los jueces legos que, al fin y al cabo, son quienes adoptan la decisión final básica. Pero, aunque con específicas funciones de regulación y dirección del juicio, forma también parte del tribunal el juez de sentencia designado en cada caso para presidir las sesiones y arbitrar el correcto desarrollo del juicio, tal como se establece en el apartado c) del artículo 53

CPP, al decir que la vista pública será presidida por uno de los jueces del tribunal de sentencia “Cuando en la vista pública tiene intervención el tribunal del jurado” y también en el artículo 372 CPP (“La vista pública será presidida por uno de los jueces de tribunal de sentencia”). Por otra parte, a los importantes cometidos del juez que preside el juicio se refieren una y otra vez los preceptos reguladores del procedimiento, por lo que no es concebible el desarrollo de la audiencia sin su presencia.

D) Competencia del Jurado

Como la composición del jurado, objeto del apartado anterior, también su competencia objetiva se deja a la precisión legal. No obstante, la propia Constitución restringe su actuación al ámbito penal y, dentro del mismo, a los procedimientos por delito, por lo que quedan excluidos del enjuiciamiento por el Jurado los ilícitos penales de menor entidad, como son las faltas; es el artículo 189 Cn el que, condicionando la posterior regulación legal, dispone que “Se establece el Jurado para el juzgamiento de los delitos comunes que determine la ley”.

1496

A esta cuestión se refiere el artículo 52 CPP, que lo hace indicando las competencias en forma negativa, o por exclusión. No precisa qué delitos se someterán al juicio de jurados, sino que se limita a indicar que corresponderá al tribunal del jurado el enjuiciamiento de todos los delitos, salvo aquellas en que sea competente el tribunal de sentencia. Por lo tanto, se hace preciso acudir al artículo 53 CPP, que es el precepto que indica en qué delitos es competente el tribunal de jueces, de expertos en Derecho.

La normativa expuesta debía completarse antes de la reforma llevada a cabo por el Decreto 487 de 18 de julio de 2001 con el contenido del segundo párrafo del artículo 26 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que dispone que los delitos comprendidos en dicha Ley están excluidos del conocimiento del Jurado pues, faltando este precepto, tales delitos hubieran sido competencia del Tribunal del Jurado, con arreglo a la disciplina general del artículo 52 CPP. No obstante, la buena sistemática legislativa que aconsejaba que esta norma se incorporara al Código Procesal Penal y, concretamente, a su artículo 53 que, como acaba de decirse, relaciona los delitos de los que debe conocer el Tribunal de Sentencia, ha venido a culminar en la reforma llevada a cabo por dicho D. 487, que ha modificado el artículo 53, entre otros extremos, para atribuir expresamente en el apartado del mismo a los tribunales de sentencia los delitos previstos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos (lo mismo sucedió en su día con el artículo 72 de La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, hoy contenido en el art. 53.9 CPP).

En consecuencia, ateniéndonos a la definición negativa que hace la Ley del ámbito objetivo de la competencia del tribunal del jurado y siguiendo el tenor literal del artículo 53 CPP tras la modificación operada por el Decreto 487 (art. 4 del Decreto), que ha

ampliado a competencia objetiva de los tribunales de sentencia a costa de restringir la del Jurado, podemos decir que es el Jurado competente para el enjuiciamiento de las causas que no se sigan por los siguientes delitos:

- 1) Homicidio simple y agravado;
- 2) Delitos relativos a la Libertad individual,
- 3) Violación y otras agresiones sexuales;
- 4) Delitos relativos al medio ambiente;
- 5) Delitos relativos al honor y la intimidad;
- 6) Delitos de acción privada;
- 7) Delitos relativos al orden socioeconómico;
- 8) Delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, Ley Contra el Lavador de Dinero y de Activos, Ley de Bancos;
- 9) Delitos relacionados con el crimen organizado;
- 10) Delitos relativos a la fe pública;
- 11) Delitos relativos a la paz pública;
- 12) Delitos menos graves;
- 13) Delitos sancionados sólo con pena no privativa de libertad;
- 14) Delitos de acción privada; y
- 15) Delitos conexos con los señalados en los numerales anteriores.

1497

Todos los delitos que se acaban de relacionar deben ser enjuiciados por el tribunal de sentencia, por lo que el Jurado es competente para el juicio y veredicto de los restantes.

E) Primera selección

La selección de los miembros del Tribunal del Jurado es un proceso continuo y progresivo. Aunque culmina con el trámite de formación regulado en el artículo 369

CPP, tiene su inicio con la remisión que el Tribunal Supremo Electoral o el Registro Nacional de las Personas Naturales deben hacer en los meses de enero y junio de cada año al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, a la Fiscalía General de la República y a la Procuraduría General. Así se establece en el segundo párrafo del artículo que comentamos, modificado por el ya citado Decreto 487 de 18 de julio de 2001. Antes de la reforma era el Secretario de la CSJ quien debía reclamar el mes de enero la remisión de la lista al Tribunal Supremo Electoral.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Personas Naturales (Decreto núm. 552 de 21 de diciembre de 1995), es atribución del Registro mantener en forma permanente y actualizada toda la información del estado civil de las personas y crear los sistemas adecuados para el procesamiento y conservación de la misma (ap. a), así como proporcionar al Tribunal Supremo Electoral toda la información necesaria para la inscripción de las personas en el Registro Electoral (ap. d). Puede decirse que la base sobre la que se lleva a cabo la primera depuración de los posibles jurados es el Registro Electoral.

1498

El Registro Electoral se constituye con todos los ciudadanos salvadoreños con capacidad para el ejercicio del sufragio (art. 19 Código Electoral), lo que es tanto como decir que se integra por el cuerpo electoral que, según el art. 8 del Código Electoral, se forma por todos los ciudadanos capaces de emitir el voto. Estos preceptos deben integrarse, para conocer en definitiva quienes se incluyen en el Registro Electoral, con el artículo 9 C. Electoral, que exige para el ejercicio del sufragio ser ciudadano salvadoreño, estar inscrito en el Registro Electoral, estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos y —contemplando el acto de la votación— identificarse con el carnet electoral y aparece en el padrón correspondiente.

Especial importancia tiene el artículo 7 C. Electoral, que declara incapaces para el ejercicio del sufragio a: 1) aquellos contra quienes se dicte auto de prisión formal, 2) los enajenados mentales, 3) los declarados en interdicción judicial, 4) los que se negaren a desempeñar sin justa causa un cargo de elección popular, por el tiempo que debieran desempeñar el cargo rehusado, 5) los de conducta notoriamente viciada, 6) los condenados por delito, 7) los que compren o vendan votos en las elecciones, 8) los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin, 9) los funcionarios, autoridades y los agentes de éstos que coarten la libertad de sufragio y 10) los que se compruebe que hayan realizado o promovido cualquier tipo de fraude electoral.

En esta primera fase, son el Secretario de la CSJ, la Fiscalía General y la Procuraduría General de la República quienes inician el proceso de selección, al depurar la lista de todos aquellos que, apareciendo en las listas remitidas, no reúnen a simple vista los requisitos para ser jurado, como será el caso de quienes no cumplan las

exigencias de edad mínima y máxima del artículo 367.2 CPP, que son inmediatamente marginados de aquella y excluidos por ello de la posibilidad de ser designados jurados.

Una vez que ha tenido lugar esta primera selección, que habrá dado lugar a la disminución del número de posibles candidatos, ordena el inciso final del mismo artículo 366 la remisión a cada tribunal de sentencia y a la cámara competente para el caso del antejuicio la lista parcial correspondiente “de los jurados de su circunscripción”. Puesto que la condición de jurado se adquiere mediante su designación como tal, cuando se procede a la formación de cada concreto tribunal del jurado, quizá sería más correcto hablar en esta fase previa de “posibles jurados”, o de “candidatos a jurado”, pero no de jurados, como hace el artículo que se comenta.

La lista se remite a cada Tribunal de Sentencia, por cuanto será uno de sus miembros quien presida cada juicio que se celebre por este procedimiento. Se trata de la lista “parcial” porque de la completa electoral se remite únicamente a cada tribunal la formada por quienes residen en su circunscripción.

Tal vez sea menos adecuado hablar de listas parciales cuando se trata de la que se remite a la cámara legislativa con competencia en el antejuicio (art. 381 y ss. CPP) pues, siendo de ámbito nacional la que podemos llamar su circunscripción, se le remitirá la total lista electoral.

367

REQUISITOS PARA SER JURADO

Para ser jurado se deberán reunir las calidades siguientes;

- 1) Ser salvadoreño;
- 2) Mayor de veinticinco años y menor de setenta; y,
- 3) Estar en el pleno goce de los derechos políticos.
- 4) Poseer estudios de educación media como mínimo. (9)

I. CONCORDANCIAS

1500

- Cn, 71 (condición de ciudadano salvadoreño), 72 (derechos políticos del ciudadano), 74 (suspensión de los derechos de ciudadanía), 176 a 180 (requisito de ciudadanía para ser Juez o Magistrado)
- CPP, 366 (integración del tribunal del Jurado)
- CP, 58 (consecuencias de la pena de inhabilitación absoluta)
- CF, 345 (mayoría de edad a los dieciocho años)

II. COMENTARIO

A) Momento en que deben ser apreciados los requisitos

El legislador ha partido de la base de que el pleno desarrollo de la institución del Jurado y su deseada imbricación con los valores constitucionales de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 72 Cn), y muy especialmente en la Administración de Justicia (art. 189 Cn) exige que los requisitos de acceso al ejercicio de aquella sean los menores posibles, aunque partiendo, como enseguida tendremos ocasión de destacar, de que el “ciudadano” de que habla la ley ha de ser precisamente el ciudadano nacional, esto es, el salvadoreño.

Esta amplitud de los criterios de acceso, aun a riesgo de sacrificar la capacidad, entendida como especial cualificación personal, responde al mantenimiento de la tradición juradista a la que expresamente se refieren los “Planteamientos Generales” del Código Procesal Penal.

Sin embargo, se detecta una cierta tendencia legislativa a asegurar la presunta capacidad de los jurados a costa de incrementar los requisitos necesarios para el desempeño de la función, de lo que es muestra el Decreto núm. 487 de 18 de julio de 2001, que a los tres requisitos inicialmente exigidos ha añadido un cuarto, que exige haber cursado, como mínimo, estudios de educación media.

El momento en que deben reunirse los requisitos del artículo 367 CPP es precisamente el de constitución del tribunal, una vez finalizado el proceso de selección de los candidatos. Naturalmente, no habrá llegado a la fase última de la selección quien no reúna desde un principio los requisitos legalmente exigidos. Pero puede ser que pierda alguno de ellos durante el proceso de selección (p. ej. cambio de nacionalidad, cumplir los setenta años), en cuyo caso no podrá desempeñar la función.

Sin perjuicio, naturalmente, de que si quienes habiendo sido designados inicialmente candidatos no reúnen o pierden alguno de los requisitos, queden incapacitados desde ese momento para la función. La lista de posibles jurados se confecciona con la base del registro electoral, formada a su vez con el Registro Nacional de las Personas Naturales, que no ofrece total garantía de que los incluidos en el mismo reúnan las exigencias del artículo 367 CPP, pese a la primera depuración que lleva a cabo el Secretario de la CSJ. En ese momento de remisión de las listas no se ha llevado todavía a cabo ninguna indagación individualizada acerca de si los candidatos son capaces para ser jurados.

1501

El Tribunal se forma, con el Juez de sentencia que lo preside y los jurados designados, una vez cumplido dicho trámite, el del sorteo del que salen veinte nombres y al finalizar la audiencia de selección (art. 369 CPP). Es este momento de constitución el que determina la concurrencia o falta de requisitos de los jurados, así como la ausencia de las que el CPP denomina causas de incapacidad (art. 368). Obsérvese que el artículo 367 CPP no habla de los requisitos para ser candidato a jurado en una causa concreta, sino de los necesarios para ser jurado, que es un momento procesal y material posterior.

Naturalmente, puede perderse alguno de los requisitos que se ostentaba cuando se formó el tribunal del jurado (por sobrevenir un impedimento, por ejemplo; piénsese en una enfermedad repentina). En este caso, huelga decirlo, dejará el afectado de ser jurado e iniciará su cometido como tal uno de los dos suplentes que, si el caso era complejo, fueron designados a tal fin. Si no es así, deberá procederse a la formación de un nuevo Jurado.

B) Requisitos para ser jurado

Los requisitos para ser jurado se detallan en el artículo 367 CPP. Son los siguientes:

- 1) *Ser salvadoreño*

Se trata de un requisito lógico y, además, coherente con otros preceptos de carácter constitucional y orgánico judicial. Sólo los salvadoreños son considerados ciudadanos por la Constitución (art. 71 Cn) y pueden desempeñar cargos judiciales (arts. 176 y ss. Cn y también en la Ley Orgánica Judicial). Puesto que la función de jurado es una forma muy especial de participación en los asuntos públicos, que se aproxima al verdadero ejercicio del poder judicial, es normal que sólo los salvadoreños puedan desempeñar el cometido de jurado, de claro carácter judicial.

Podría plantearse si con la formación de entidades supranacionales (como está sucediendo con la Unión Europea, en continua y progresiva consolidación) y ante la eventual creación de una especie de nacionalidad “supranacional” que otorgue a quienes la ostenten el mismo trato y disfrute de iguales derechos en todos los países que integran la entidad supraestatal, sería conveniente admitir como miembros del jurado siquiera a los nacionales de los países integrantes de dicha entidad, siempre que reunieran los demás requisitos legales. Piénsese en que en un futuro no lejano, aun sin llegar a la total integración, llegara a formarse alguna asociación de Estados, o Federación Centroamericana, dando lugar a la realización de la tendencia expresada, por ejemplo, en los artículos 55, 89 y 93 de la Constitución salvadoreña.

1502

Puede oponerse a la posibilidad de participación, en tales específicos supuestos, de extranjeros en el Tribunal del Jurado que la función de jurado es una forma muy especial de participación en los asuntos públicos, que se aproxima al verdadero ejercicio del poder judicial, en cuyo caso se debería ser coherente con el estricto criterio de nacionalidad al que se supedita la condición de juez. Pero también habría de tenerse en cuenta que la función de jurado es eventual, mediante la cual, sin llegar a integrar propiamente un poder del Estado, se decide sobre la conducta de un semejante, por lo que desde esta perspectiva, tratándose de la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, podría considerarse la conveniencia de dar lugar a más amplios criterios, admitiendo la participación de extranjeros que, formando parte de una entidad supranacional, todavía inexistente en América Latina, reúnan los demás requisitos legales y, además, acrediten suficiente arraigo en el lugar.

2) *Mayor de veinticinco años y menor de setenta*

No se reconoce la capacidad para ser jurado por el mero hecho de haber alcanzado la mayor edad (a los dieciocho años, según el art. 345 del Código de Familia), que faculta para la consideración como ciudadano (art. 71 Cn), sino por exigir para el adecuado desempeño de la función un cierto grado de madurez que no suele alcanzarse a los dieciocho años, pues se trata de valorar la conducta de un semejante y decidir su futuro.

No es infrecuente en el Derecho comparado la exigencia para ser jurado de una edad superior a la que determina la mayoría y la plenitud de derechos civiles y políticos. Así, en Alemania y Austria, Portugal y Suecia se exige tener veinticinco años, en Bélgica

treinta, en Francia veintitrés, en USA veintiuno; mientras que tanto en España, como en Inglaterra son suficientes los dieciocho años.

Frente al criterio extendido de que, puesto que la función de jurado exige un cierto grado de madurez que no suele alcanzarse a los dieciocho años debe exigirse una edad superior, se aduce que no tiene por qué verse marginado del Tribunal del Jurado quien, por haber alcanzado la mayoría de edad, puede ser elegido para el desempeño de cargos públicos y ocupar por ello puestos de responsabilidad, como ciudadano que es.

Creemos que este argumento es rebatible. Aunque desde que cumple los dieciocho años y con ello alcanza la mayoría de edad cualquier ciudadano puede ser elegido para cargos de representación política, en cuyo desempeño su responsabilidad no será menor a la de un miembro del Jurado, no debemos olvidar que en las elecciones intervienen criterios de apreciación personal, ya de los partidos políticos designando candidato a uno u otro según su valía, ya de los electores votando a favor de la lista del partido o de aquella en la que consideran se presentan los hombres y mujeres de mayor calidad. No es equiparable este cauce de designación al del Jurado, en el que prima el azar, como consecuencia de sorteo de artículo 369 CPP, cuya única base es el Registro electoral.

1503

Se opta también por la fijación de una edad máxima, la de setenta años, por encima de la cual no se puede desempeñar la función de jurado. Se considera que puede establecerse con carácter general dicho tope, entendiendo que por encima de la edad señalada disminuyen las capacidades de la persona para el desempeño de una función de tanta trascendencia como es el enjuiciamiento de un semejante y la toma de una decisión que va a condicionar su futuro.

3) *Estar en el pleno goce de los derechos políticos*

El ejercicio de los derechos políticos se integra con la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo (art. 72 Cn). Por lo tanto, no podrán ser miembros del Tribunal del Jurado quienes se encuentren privados del derecho de sufragio, en ambas o en alguna de las vertientes citadas. Es decir, quienes hayan visto suspendidos sus derechos por alguna de las causas que recoge el artículo 74 Cn (auto de prisión formal, enajenación mental, interdicción judicial, o negarse a desempeñar, sin justa causa, un cargo de elección popular). Téngase en cuenta que la pena de inhabilitación absoluta comprende la pérdida de los derechos de ciudadano (art. 58 CP).

4) *Poseer estudios de educación media como mínimo*

Este apartado cuarto y último del artículo 367 CPP ha sido introducido por la modificación operada por el Decreto núm. 487, de 18 de julio de 2001. Responde esta

reforma legal, al igual que otras contenidas en el mismo Decreto 487 y que afectan también al Jurado (p.ej. la introducción en el CPP del art. 73-A, que recoge las recusaciones perentorias o sin causa) a la finalidad de mejorar el funcionamiento en la práctica de la institución, tan controvertida en ocasiones, alejando el riesgo de los llamados “veredictos extravagantes” que en ocasiones se producen y que tanto daño hacen al prestigio de la Administración de Justicia.

Añadiendo a los tres requisitos clásicos de nacionalidad, edad y go-ce pleno de los derechos políticos el cuarto, consistente en la exigencia de haber cursado, por lo menos, estudios de educación media, se extreman las exigencias que tiendan a garantizar la presunta capacidad de quienes integren el tribunal del jurado. Pero ello se hace a costa de restringir su acceso de forma muy importante, en cuanto un elevado número de personas carentes del nivel de estudios exigidos no podrán formar parte del Jurado. Con la adición de este estricto requisito, la reforma se expone a la crítica de que mediante la misma se introduce una importante quiebra en el que se viene teniendo por principio rector de la institución, que es el de que mediante el tribunal del jurado se da participación directa al común de los ciudadanos en los asuntos públicos y concretamente en una parcela de tanta importancia como es la Administración de Justicia.

1504 Partiendo de que los estudios primarios se cursan de los siete a los quince años (de primero a noveno grado) y que los estudios medios están constituidos por el bachillerato, de tres años de duración, puede pensarse que la educación primaria proporciona formación suficiente para formar parte del jurado, sin que sea necesario extreman los requisitos con la exigencia de los estudios medios, que no garantizan por sí solos que quienes los acrediten ostenten mayor cualificación para el desempeño de la función de jurado, mientras que con su exigencia se veda el acceso a la misma a una gran parte de la ciudadanía.

Por otra parte, la introducción del nuevo requisito ha dejado sin sentido el contenido del apartado 4 del artículo 368 CPP, que declara la incapacidad para ser jurados de quienes “por su falta de instrucción, manifiestamente no puedan comprender lo que sucede en el juicio”. Esta causa de incapacidad tenía sentido en un sistema legal en el que para ser jurado no se exigía ningún requisito específico de educación o de formación, pero carece del mismo una vez que los estudios medios se erigen en condición necesaria, puesto que es de suponer que quien los haya cursado no podrá carecer de la instrucción suficiente para comprender lo que sucede en el juicio. Y si la falta de comprensión se debe a una dolencia física o síquica entrará en juego la causa del art. 367.3 CPP.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

El Art. 367 N°. 4 Pr. Pn., establece como requisito del jurado: “Poseer estudios de educación media como mínimos”. Con este requisito la institución del jurado, que tiene un gran contenido democrático, se ve seriamente disminuido, porque ya no participa en las decisiones la mayoría de ciudadanos salvadoreños, puesto que las personas con este nivel de estudios constituyen la minoría.

Los Tribunales de Sentencia del país tienen serios problemas para lograr instalar vistas públicas con personas que reúnan los referidos requisitos, sumado a esto que las personas con un nivel de estudios superiores son las que suelen manifestar mayores excusas para no participar como jurados, por lo que esta institución de contenido democrático, que potencia la participación de los ciudadanos, en la practica no es percibida de esa forma por aquellos.

Es importante hacer ver que con este requisito de estudios se es más exigente incluso que con los requisitos educativos que se exigen para aspirar a ser Presidente de la República, al que únicamente se le exige tener instrucción notaria.

368

INCAPACIDAD

No podrán ser jurados:

1) Los funcionarios públicos y los empleados del Órgano Judicial o del Ministerio Público;

2) Los que estén sometidos a un procedimiento penal o hayan sido condenados, hasta cinco años después de extinguida la pena;

3) Quienes adolezcan de una incapacidad síquica o física que les impida asistir al juicio o comprender lo que allí sucede;

4) Quienes por su falta de instrucción, manifiestamente no puedan comprender lo que sucede en el juicio;

1506 5) Los miembros de la Policía Nacional Civil y de la Fuerza Armada; y,

6) Los ministros de un culto religioso.

Además de estas incapacidades generales, los jurados podrán ser recusados o excusarse cuando exista cualquiera de los impedimentos previstos para los jueces.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73 (impedimentos del juez para conocer de una causa), 367 (requisitos para ser jurado), 369 (formación del tribunal)

II. COMENTARIO

A) Incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones

Bajo la denominación de causas de incapacidad para ser jurado, el artículo 368 CPP, enumera una serie de supuestos que integran verdaderas faltas de capacidad, como los de carencia física o síquica, o falta de instrucción, aunque también podrían

haberse englobado entre los requisitos los consistentes en gozar de dichas aptitudes físicas, síquicas y de instrucción.

Junto a dichas incapacidades propias que, además de ser también clasificables como ausencia de requisitos, no encierran ningún reproche ético o social, se enumeran causas que encierran un evidente desvalor, como es la consistente en estar sometido a procedimiento penal o haber sido condenado, hasta cinco años después de extinguida la pena.

En el mismo precepto y bajo igual denominación de incapacidades, se prevén causas que constituyen más bien incompatibilidades, cual es el caso de los funcionarios públicos, empleados del Órgano Judicial o del Ministerio Fiscal, los miembros de la Policía o las Fuerzas Armadas y los ministros de un culto religioso. Se trata de personas cuya función se considera incompatible con la función de jurado, con carácter general y con independencia de la naturaleza del asunto sometido al enjuiciamiento.

Finalmente, rematando las que el legislador denomina en el último párrafo del artículo 368 CPP “incapacidades generales”, se contiene una remisión de carácter general a los impedimentos previstos para los jueces, en clara referencia a las causas de abstención y recusación recogidas en el artículo 73 CPP, cuya naturaleza es bien distinta de las anteriores incapacidades, pues se establece en relación con los casos concretos sometidos a enjuiciamiento, por lo que sólo podrá procederse a la verificación de su concurrencia en la selección final que se lleva a cabo en el trámite de la formación del jurado que disciplina el artículo 369 CPP.

1507

B) Causas de incapacidad

No podrán ser jurados:

- 1) *Los funcionarios públicos y los empleados del Órgano Judicial o del Ministerio Público*

El legislador ha atendido, para la fijación de esta incapacidad, que puede resultar difícilmente compatible con la imparcialidad a exigir a los jurados la posición de quien, por ser funcionario público, está estrechamente ligado, mediante una clara relación de dependencia, con el Estado que, a través del proceso penal, ejerce el “ius puniendi”.

Lo mismo puede decirse de la incapacidad relativa a los empleados del Órgano Judicial y del Ministerio Público, respecto de los que cabe añadir que podría verse afectada la independencia y la imparcialidad del jurado por la contaminación proveniente del cargo ocupado por el designado como tal. Asimismo, puesto que se ha pretendido que la composición del Tribunal del Jurado responda al máximo al diseño del mismo

como de legos en derecho, que decide sobre los hechos, sin contaminación jurídica alguna, se excluye una profesión con conocimientos jurídicos.

2) Los que estén sometidos a un procedimiento penal o hayan sido condenados, hasta cinco años después de extinguida la pena

Se trata de faltas de capacidad que implican la existencia, bien de un reproche definitivo emitido por un órgano del poder judicial (condena), bien de una situación de sospecha acerca de la honradez, que pesa sobre el sometido a procedimiento penal.

Sobre el afectado por la incapacidad ha recaído el reproche que implica la condena o, cuando menos, el desvalor social de la sujeción a un proceso penal, lo que da lugar a la desconfianza de la sociedad acerca de que quien se encuentra en tales situaciones pueda desempeñar con dignidad y eficacia la función de jurado.

La condena ha de afectar al candidato a jurado, por cualquier tipo de participación delictiva, ya sea como autor o como cómplice y la causa de incapacidad permanece mientras no se ha extinguido la pena.

1508 Debe tratarse de una condena firme, pues si se contiene en una sentencia que todavía no ha ganado firmeza, por no haber sido notificada a todas las partes, no haber transcurrido el plazo durante el que se puede interponer recurso, o haber sido recurrida, la correspondiente causa de incapacitación deberá buscarse en el inciso del precepto referido al sometimiento a proceso penal.

Naturalmente, la causa de incapacidad consistente en el sometimiento a proceso penal desaparecerá desde el momento en que se pierde la condición de imputado, o se procede al archivo de la causa o, en fin, recae sentencia absolutoria y ésta deviene firme.

3) Quienes adolezcan de una incapacidad psíquica o física que les impida asistir al juicio o comprender lo que allí sucede

El amplio enunciado del precepto puede abarcar cualquier deficiencia o disfunción, de la naturaleza que sea, que impida el desempeño de la función de jurado.

Al objeto de la causa de incapacidad para ser jurado, podemos entender que la incapacidad física comprende aquellas enfermedades, crónicas o transitorias, que impidan acudir o permanecer en la sede de celebración del juicio, por el estado de postración del afectado, o por la necesidad de recibir atención médica continuada. También es incapacidad de esta clase toda afectación de los sentidos (vista, oído, p. ej.) que imposibilite la captación de lo que sucede a lo largo del desarrollo del juicio y tomar conocimiento cabal de las pruebas.

Impedimento síquico puede ser cualquier alteración mental que no permita la cabal comprensión del desarrollo del juicio, la participación en la deliberación, o la formación de un criterio para contribuir al veredicto. Su concurrencia deberá ser apreciada en cada caso concreto, en función del estado del afectado.

Se pretende, en definitiva, garantizar que los jurados están en perfectas condiciones de, percibiendo lo que sucede en el juicio, captando suficientemente las alegaciones de acusación y defensa, los interrogatorios de acusado y testigos, el examen de los peritos, examinando los documentos y observando las piezas de convicción, puedan hacer acopio de los elementos de conocimiento de los que deberá nacer la convicción que se manifestará en las deliberaciones y de la que habrá de surgir el veredicto. Sólo la perfecta captación y comprensión del desarrollo del juicio permite la realización del principio de inmediación judicial que es predicable de los jurados, que únicamente mediante la percepción directa de las pruebas podrán advertir la mayor o menor contundencia de las mismas, la seguridad con que se expresan quienes declaran, su aplomo, sus vacilaciones y, en fin, la veracidad de sus manifestaciones.

4) Quienes, por su falta de instrucción, manifiestamente no puedan comprender lo que sucede en el juicio

No se exige que los jurados sepan leer y escribir, pero sí que tengan la suficiente instrucción para comprender el juicio en el que han de ser piezas decisivas. Se pretende garantizar que cada miembro del jurado dispone de las herramientas elementales de conocimiento que le pueden permitir instruirse suficientemente acerca de las circunstancias que rodean el asunto sometido a su veredicto. Téngase en cuenta que los jurados pueden preguntar a los testigos, peritos y al imputado, e incluso pedir aclaraciones a las partes. Es obvio que no podrá desempeñar su función el jurado que carezca de la instrucción mínima para entender lo que en el juicio está sucediendo.

1509

Creo que también se pretende, mediante la exigencia de una mínima instrucción, que el jurado tenga un cierto grado de socialización, lo que comporta que habrá interiorizado, en mayor o menor medida, los valores sociales cuya violación sanciona el Derecho Penal.

5) Los miembros de la Policía Nacional Civil y de la Fuerza Armada

Por lo que respecta a los policías, se excluye a los integrantes de una Institución, en el caso de la Policía Nacional Civil, cuya misión es velar por la seguridad ciudadana y la prevención y persecución del delito. Por ello, puede existir cierta contaminación de carácter general, o pueden dar lugar a que se presuma en ellos cierta animadversión hacia quien es sospechoso de la comisión de un delito, con la consiguiente pérdida de imparcialidad.

En cuanto a la exclusión de la función de jurado de los miembros de las Fuerzas Armadas, encuentra fundamento en la alta misión que están llamados a desempeñar (art. 212 Cn), lo que puede restarles disponibilidad para la dedicación a ser jurados, si llegan a ser designados. A lo dicho cabe añadir que el primer párrafo del artículo 212 de la Constitución prevé que se encomiende a la Fuerza Armada, en determinadas circunstancias, el mantenimiento de la paz interna, en cuyo caso vale lo que acaba de decirse de los miembros de la Policía Nacional Civil.

6) *Los ministros de un culto religioso*

Se basa esta causa de incapacidad en el deseo de mantener al margen de la adopción de una decisión tan grave como la que puede implicar un veredicto a quienes realicen funciones de relevancia en la administración y el culto de alguna religión, a los que la pertenencia a un tribunal del jurado podría ocasionarles problemas graves de conciencia que el legislador, con una actitud ciertamente abierta, ha querido evitar.

C) Impedimentos

1510 Termina diciendo el artículo 368 CPP que, además de por las anteriores incapacidades generales, los jurados podrán ser recusados o excusarse cuando exista cualquiera de los impedimentos previstos para los Jueces. Es una disposición lógica. Si los miembros del tribunal del jurado desempeñan la función jurisdiccional penal, aunque sea de forma transitoria y con relación a un caso concreto, es inevitable que se les aplique el régimen de los jueces profesionales en cuanto a las causas de abstención y recusación.

Como antes hemos dicho, estos impedimentos, descritos en el artículo 73 CPP (a cuyo comentario nos remitimos a este respecto), son de naturaleza distinta de las anteriores incapacidades, pues se establecen en relación con los casos concretos sometidos a enjuiciamiento y sólo podrá procederse a la verificación de su concurrencia en la selección final que se lleva a cabo en el trámite de la formación del jurado que disciplina el artículo 369 CPP.

369

FORMACIÓN DEL TRIBUNAL DEL JURADO

Recibidas las actuaciones para la vista pública, el secretario del tribunal de sentencia sorteará dentro de las cuarenta y ocho horas una lista de veinte jurados y convocará a las partes y a los jurados a la audiencia de selección, ordenando las citaciones y notificaciones que correspondan.

La audiencia se realizará el mismo día previsto para la vista pública, con suficiente anticipación. El secretario comprobará la identidad de los convocados, separará a aquellos que manifiestamente no reúnan las calidades requeridas y, en presencia de uno de los jueces del tribunal y de las partes, explicará en forma sencilla las incapacidades e impedimentos existentes para ser jurado.

Inmediatamente, permitirá que los jurados manifiesten libremente si se hallan en alguna de esas situaciones y luego las partes, en el orden que determine el juez, podrá interrogarlos a fin de establecer si incurren en alguna de las causales mencionadas en la ley. Si son hábiles más de cinco jurados el secretario sorteará a los titulares y suplentes. 1511

En la audiencia de selección, las partes podrán producir prueba para establecer alguno de los hechos que fundan la recusación, pero quedará a cargo de cada una de ellas su presentación. En casos excepcionales el juez podrá producir prueba de oficio y suspender por una sola vez la audiencia.

El juez resolverá sin recurso alguno. Si terminada la audiencia, no se ha reunido el número suficiente de jurados para integrar el tribunal, se repetirá el procedimiento sólo para cubrir los puestos faltantes, convocando el número de personas que el juez estime conveniente. En este caso se podrá suspender por veinticuatro horas la iniciación de la vista pública en ese lapso los jurados seleccionados no podrán retirarse del tribunal, vencido ese plazo sin que haya sido posible integrar el tribunal de jurado, se sorteará una nueva lista y se convocará a otra audiencia de selección.

Al finalizar la audiencia de selección, los jurados ingresarán a la sala de la vista pública o esperarán en un lugar especialmente reservado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 366 (composición del tribunal del jurado), 367 (requisitos), 368 (incapacidades), 371 (advertencia y promesa)

II. COMENTARIO**A) Selección de jurados**

La selección de los jurados que en un juicio determinado integrarán el tribunal que habrá de pronunciar el veredicto de culpabilidad o inocencia se regula en el artículo 369 CPP. Al menos, una superficial lectura del Código Procesal Penal así podría darlo a entender. Sin embargo, se trata de un proceso continuo, de selección sucesiva que, en la búsqueda de los más adecuados integrantes del tribunal que, a la vez, hayan resultado designados por métodos aleatorios, como por azar o casualidad, se ha iniciado con anterioridad al sorteo que lleva a cabo el secretario del tribunal al que han sido remitidas las actuaciones penales.

1512 El proceso de selección se inicia en realidad cuando el Secretario de la Corte Suprema de Justicia solicita, en el mes de enero de cada año, la lista del Registro Electoral al Tribunal Supremo Electoral y, a continuación, excluye de la misma a los efectos de que no puedan ser designados jurados, a todos aquellos que, a todas luces, no reúnan los requisitos para ser jurado (art. 366 CPP). Este constituye el primer escalón o grado de la selección.

El siguiente paso consiste en la remisión que, a continuación, hace el Secretario de la Corte Suprema de la lista parcial correspondiente de los municipios de su sección a cada Tribunal de Sentencia y a la Cámara competente, que recibirán dicha lista ya depurada de quienes no reúnan los requisitos.

Los siguiente tramos de la selección ya tienen lugar en el tribunal de sentencia al que han sido remitidas las actuaciones y se regulan en el artículo que comentamos.

Cómo se articule la designación de los miembros del jurado es fundamental en el funcionamiento de la institución, en su éxito o fracaso y, en suma, en la medida en que la misma ha de servir de instrumento adecuado para impartir la justicia penal.

No debe olvidarse en ningún momento que, por más que suela resaltarse entre las virtudes del Jurado la de que es una forma de participación ciudadana en la Administración de Justicia, en el Poder Judicial y, con ello, en los asuntos públicos, la función del Jurado, a la postre, no es otra que la del enjuiciamiento de unos ciudadanos por otros que no tienen más título que el de serlo. Por este motivo, el legislador desechó

criterios selectivos, o de especial cualificación, en la configuración de los requisitos para ser jurado, por entender que la ciudadanía debe constituir el índice de capacidad presunta.

Con base tan amplia y genérica, la importancia del proceso de selección de los jurados es capital, pues no son siempre inocuos los criterios que se sigan para ello, del mismo modo que no es indiferente que el Tribunal lo compongan unas u otras personas.

El legislador salvadoreño ha optado por seleccionar los jurados de entre quienes conforman las listas del censo electoral, una vez efectuada la primera depuración por el Secretario de la CSJ (art. 366 CPP). Con ello, se logra desde el punto de vista instrumental el objetivo de partir de una amplia base de selección, a la vez que, dada la coincidencia básica entre los requisitos para integrar el censo y para ser jurado, aquellas listas aparecen como un óptimo punto de partida.

Desde otra perspectiva, huyendo de cualquier atisbo de profesionalización de los jurados, no se ha querido que los miembros del Tribunal de Jurado lo sean para determinada circunscripción territorial y durante un determinado período de tiempo.

Se ha preferido la formación de un jurado para cada causa, de forma que se constituya al inicio de las sesiones del juicio oral y no cesa en sus funciones hasta que exterioriza su decisión mediante la lectura del veredicto (arts. 372 al 375 CPP).

1513

El proceso de designación de los jurados se caracteriza, además de por su aleatoriedad, derivada del sorteo de los veinte previsto en el artículo 369 CPP, porque los candidatos resultantes quedan a partir de ese momento sometidos al proceso de selección que regula dicho precepto y que tiende a garantizar la aptitud de quienes lleguen a formar el Jurado.

B) Formación del jurado

El secretario del tribunal, previo el sorteo a tal fin dentro de las cuarenta y ocho horas de la recepción de las actuaciones, cita a veinte jurados, convocando a las partes a la audiencia de selección.

La audiencia se celebra en presencia de uno de los jueces del tribunal y con asistencia de las partes. Tiene lugar el mismo día señalado para la vista pública, antes del comienzo de ésta, naturalmente. Y lo primero que hace el secretario es proceder, por sí, a una nueva depuración, pues ha de separar a los comparecidos y hasta ese momento candidatos a jurado, que no reúnan los requisitos necesarios.

Se plantea la cuestión de si la audiencia de selección del Jurado ha de celebrarse en audiencia pública, o sólo pueden asistir a la misma las partes procesales y los

resultantes del sorteo, además del Juez de sentencia que la preside y el Secretario del tribunal.

A favor de la celebración de este acto en audiencia pública se dice que la publicidad es el criterio que impera en las actuaciones judiciales, tal como podría resultar del artículo 12 Cn. que proclama el derecho a un juicio público y el artículo 272 CPP, relativo a la publicidad de las actuaciones procesales, así como que es interés de todos los ciudadanos la correcta constitución de Tribunal, que debe estar integrado por miembros aptos para la trascendente misión que se encomienda a los jurados, por lo que no debe restringirse la posibilidad de asistir a este acto. Los partidarios de la publicidad de esta vista, conscientes de que en ocasiones la naturaleza de los motivos de incapacidad, o los impedimentos, pueden afectar al derecho a la intimidad del posible jurado, responden que en tal supuesto la solución es, si se da el caso, que el Magistrado Presidente acuerde la celebración a puerta cerrada, haciendo uso de la facultad prevista al respecto en el artículo 327 CPP.

1514

Nuestra opinión es contraria a la publicidad de esta audiencia. Ha de tenerse en cuenta que el proceso permanece todavía en la fase de selección de los jurados, por lo que no ha llegado el momento de inicio del juicio, que determina la audiencia pública, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 327 CPP, al que con carácter general remiten los artículos 372 y 378 CPP. Todavía no se ha formado el Jurado y, obviamente, no se ha iniciado el juicio que aquel deberá decidir.

A continuación, ante el Juez de sentencia que presidirá el juicio y que ocupará ya un lugar destacado en la audiencia, debe explicar las incapacidades e impedimentos para el desempeño de la función de jurado. En ese momento, pueden los convocados que han acudido alegar las incapacidades o falta de requisitos que les afecten, sometiéndose al interrogatorio de las partes.

Si alguna de las partes formula recusación, podrá practicarse prueba para acreditar la concurrencia de la causa, pero la proponente será quien habrá de presentarla aunque, excepcionalmente, puede el juez acordarla de oficio y decidir la suspensión de la audiencia. Normalmente, las recusaciones que planteen las partes y cuya verificación requiera la práctica de alguna prueba no tendrán su fundamento en alguno de los motivos de fácil constatación, como puede ser la pertenencia a la Policía ó a las Fuerzas Armadas (art. 368.5 CPP), sino que serán de más difícil comprobación, como pueden ser la falta de instrucción suficiente (art. 368.4 CPP), la carencia de capacidad física o síquica (art. 368.3 CPP), o alguno de los impedimentos para juzgar (art. 368 in fine en relación con el art. 73 CPP).

La decisión acerca de la concurrencia de la falta de requisitos, de una causa de incapacidad, o un impedimento corresponde al juez de sentencia que presidirá el juicio.

Y su acuerdo acerca de si determinado candidato a jurado debe o no ser marginado del proceso selectivo es irrecurrible.

Finalizada la selección, si no se ha reunido suficiente número de jurados para formar el tribunal, se vuelve a efectuar un sorteo, si bien sólo para poder completar el jurado, por lo que el número de convocados habrá de ser el que prudencialmente fije el juez. En este caso, se puede suspender por veinticuatro horas el comienzo de la vista, permaneciendo los ya seleccionados en la sede del tribunal. Si al cabo de dicho tiempo no se ha formado el jurado, se procede a un nuevo sorteo y a la celebración de otra audiencia de selección.

Si, por el contrario, tras la selección son hábiles más de cinco de los convocados y comparecidos, el secretario ha de proceder al sorteo de los titulares y los suplentes, si la complejidad del caso requiere que se cuente con éstos. Del sorteo surgirán los integrantes del tribunal.

A continuación, dependiendo tanto de la hora como del tiempo durante el que se ha demorado la selección, el Juez de sentencia que ha presidido la selección y deberá dirigir el juicio debe decidir si comienza la vista inmediatamente, en cuyo caso los jurados deberán pasar a la sala en que se va a celebrar el juicio, o bien se ha de iniciar el juicio más tarde, pues si es así los jurados resultantes de la selección habrán de esperar en un lugar especialmente reservado.

1515

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El inciso quinto de esta disposición señala la posibilidad de repetir el procedimiento de selección del jurado, el que en la práctica judicial no se realiza por las dificultades que produce al tribunal repetir el procedimiento manteniendo presentes durante todo el día a los jurados que reúnen los requisitos de ley, mientras se hacen comparecer a los que hagan faltan para la integración del jurado.

Hacer que los jurados comparezcan al Tribunal les causa serios contratiempos en sus labores cotidianas y mantenerles en el tribunal a la espera de otros ciudadanos produce mayor contrariedad. Por ello es aconsejable que, desde el señalamiento de la vista publica proceder a sortear dos listas de jurados para siempre contar con un número suficiente de ciudadanos que permitan la instalación de vista pública.

370

RETRIBUCIÓN DE JURADOS

Los jurados serán retribuidos por el juez o tribunal que haya de presidir la vista pública, conforme lo establezca la ley. Para el efecto antes mencionado, el día del sorteo, el juez o tribunal extenderá un recibo que autorizará el secretario y el fiscal por la cantidad necesaria contra la Dirección General de Tesorería, si el tribunal tuviere su asiento en el departamento de San Salvador, o contra la administración correspondiente, si lo tuviere en otro departamento. En este recibo se indicará el proceso de que se trata y a él se acompañará certificación del auto en que se hubiere señalado el día para la vista pública. Las oficinas pagadoras atenderán con preferencia el pago de esta clase de documentos, so pena de cien a doscientos colones de multa, que impondrá el juez al Director General de Tesorería o al administración correspondiente.

1516 Tres días después del señalado para la vista pública el juez o tribunal remitirá a la citada Dirección General o a la administración correspondiente, según el caso, el recibo firmado por los jurados, el fiscal, el querellante, los defensores y el secretario, junto con el remanente que hubiere, sea que se haya efectuado o no la vista pública. Si el juez o tribunal no llenare en su tiempo esta formalidad el Director General de Tesorería o la administración correspondiente dará cuenta inmediatamente al tribunal superior respectivo, para los efectos señalados en el último inciso de esta disposición.

Los jurados que integren dicho tribunal como propietarios y el primer suplente tendrán una retribución igual y superior a la que se pagará a los otros jurados asistentes. Para este efecto, el juez extenderá el recibo correspondiente con los requisitos exigidos en este artículo.

Cuando por razones presupuestarias o de fuerza mayor o caso fortuito las oficinas pagadoras no aportaren oportunamente los fondos necesarios para la retribución de los jurados, el juez o las partes podrán si lo desearan, cubrir los gastos necesarios para realizar la vista pública y pedir el reembolso en su debida oportunidad.

El juez o tribunal que no cumpla con lo preceptuado en esta disposición, será sancionado por el tribunal superior, sin formación de causa, con cien colones de multa por cada infracción.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 324 (señalamiento de la vista pública)
- LOAFE, 38 (dotación presupuestaria del ejercicio precedente a falta de aprobación de la Ley de Presupuestos), 80 (autorizaciones de fondos)
- RLOAFE, 119 (responsabilidad de los funcionarios que manejan fondos públicos)

II. COMENTARIO

A) Derechos económicos de los jurados

El artículo 370 CPP es una norma de escaso contenido jurisdiccional, que cede a favor del administrativo que la caracteriza.

Tal vez resulte extraño que en una ley básica y de gran importancia en la articulación legal de la salvaguarda de los derechos fundamentales, como es la reguladora del proceso penal, se incluya la normativa que disciplina la retribución de los miembros del jurado. Otra solución hubiera sido que en el Código Procesal Penal se fijara con carácter general el derecho de los jurados a una compensación económica por su labor, dejando para normas de carácter estrictamente administrativo la concreta regulación del modo en que han de realizarse tales derechos económicos.

1517

Sin embargo, desde otra perspectiva, es plenamente defendible que sea la ley procesal penal básica la que se ocupe de cuestiones tan concretas y en cierto modo ajenas al proceso, puesto que así se dignifica y dota de rango indiscutible la proclamación de los derechos económicos de los jurados, de suerte que el legislador viene a reconocer expresamente a tales derechos el mismo rango que el que se otorga a la regulación de sus funciones en los restantes preceptos del Código.

El derecho de los jurados a ser retribuidos es consecuencia directa de la importancia de su función y contribuye a la dignificación de la misma, a la vez que salvaguarda su recto desempeño. El precepto que regula la retribución de los jurados fija las condiciones de ejercicio de su función y protege su situación económica, puesto que no puede pretenderse que el ciudadano lego en derecho que es llamado a juzgar a un semejante abandone el ejercicio de la actividad que es su principal fuente de ingresos durante los días a lo largo de los cuales se prolongue el juicio sin obtener a cambio contraprestación económica alguna, mientras que ha dejado de ingresar las percepciones económicas generadas por su trabajo habitual, tal vez arriesgando la continuidad del mismo; piénsese, por ejemplo, en la pérdida de clientela que puede sufrir un negocio mientras quien lo regenta debe abandonarlo para ejercer como jurado.

B) Articulación de la retribución

La retribución de los jurados se nutre de los fondos habilitados a tal fin por la Ley de Presupuestos que debe ser aprobada anualmente y la concreta articulación de su abono debe ajustarse tanto a lo que establece el artículo 370 CPP, como a la normativa que se contiene en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado (D.L. núm. 516 de 23/11/95) y su Reglamento. En el caso de que no se haya procedido a la aprobación de la Ley presupuestaria se aplica la previsión contenida en el artículo 38 LOAFE, se han de utilizar las asignaciones presupuestarias vigentes en el anterior ejercicio, sin perjuicio de que una vez aprobada la nueva Ley de Presupuestos se lleven a cabo los necesarios ajustes. No es infrecuente que deba acudir a este recurso legal, como se ha debido hacer al inicio del ejercicio presupuestario del año 2001, en que la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia ha emitido los acuerdos de 10 de enero de 2001 que realizan dicha previsión legal, en virtud de los cuales se asignan a las pagadurías auxiliares correspondientes las cantidades que deben ser entregadas a cada uno de los Tribunales de Sentencia para el pago de honorarios a jurados en el período comprendido entre el 1 y el 31 de diciembre de dicha anualidad.

1518

El pago se efectúa directamente por el juez que ha de presidir la vista pública. Para ello, lo primero que debe hacer es extender un recibo contra la Dirección General de Tesorería, o contra la Administración que corresponda si la sede del tribunal no es el departamento de San Salvador. En el recibo debe indicarse el proceso de cuyo enjuiciamiento se trata, mediante la consignación de los datos básicos del mismo, esencialmente el nombre de la persona imputada y el hecho objeto de enjuiciamiento; asimismo, ha de acompañarse certificación del auto en que se señaló el día para el comienzo de la vista pública.

El siguiente paso consiste en la remisión, a los tres días del señalado para el juicio, del recibo firmado por los jurados, el fiscal, el querellante si lo hay, el o los defensores y el secretario, junto con el remanente que en su caso pudiera quedar, lo que dependerá de si se ha celebrado la vista pública.

La importancia legal del pronto y ajustado pago a los jurados de sus honorarios se evidencia por el hecho de que, en el caso extraordinario de que las oficinas pagadoras no hayan hecho entrega a tiempo de los fondos necesarios, puede ser cubierta la retribución por el juez o las partes, que tendrán el lógico derecho al reembolso. No es este un supuesto que pueda darse con frecuencia y resulta excepcional, tanto por la facultad que se concede de que sea el propio juez o las partes quien asuma el pago, por más que luego puedan recuperar lo que abonaron, como porque el último inciso del primer párrafo del precepto que comentamos concede preferencia a la entrega de los fondos por las oficinas pagadoras.

C) Responsabilidad

Es común que un criterio demostrativo de la importancia que el legislador otorga a determinada normativa es el que atiende a la previsión de sanciones por el incumplimiento y a la importancia de las mismas.

Con arreglo a este baremo, bien puede decirse que se considera de suma importancia la adecuada y pronta retribución a los jurados, por cuanto se prevén varias sanciones con la finalidad de remover los obstáculos que puedan dificultar el pago oportuno, además de la responsabilidad que con carácter general incumbe, con arreglo al artículo 119 del Reglamento LOAFE, a los funcionarios o empleados públicos que manejen, dispongan o custodien fondos del Tesoro Público.

La articulación legal de las sanciones que pueden servir con carácter preventivo como estímulo para el cumplimiento diligente de la función y, a posteriori, como castigo a su dejación, es la siguiente:

1. Sanción de cien a doscientos colones de multa que el juez puede imponer al Director General de Tesorería o al administrador correspondiente, si no se atiende preferentemente el pago del recibo extendido a tal fin por el juez.
2. Sanción de cien colones de multa que el tribunal superior puede imponer al juez que no remita tres días después del señalado para la vista pública, el recibo firmado.
3. Sanción de cien colones de multa que el tribunal superior puede imponer al juez por cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 370 CPP.

1519

Nada se dice acerca de si estas sanciones pueden imponerse sin la previa audiencia del interesado e, incluso, se indica en el último párrafo del precepto que se comenta que la sanción al juez o tribunal es “sin formación de causa”. Entiendo que con ello se quiere decir que no es necesaria la incoación de un procedimiento especial, ni la observancia de determinados trámites, que no se prevén. Pero el respeto al derecho de defensa y en general a los principios del orden penal que deben también informar, por razones de analogía, todo procedimiento sancionador exige, cuando menos, que se conceda al interesado y posible sujeto de la sanción la oportunidad de explicarse, haciendo alegaciones en su descargo.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN.

La retribución que se le hace al jurado es de carácter simbólico, porque se le paga a los titulares y al primer suplente la cantidad de veinticinco colones, mientras que al resto de personas que no salieron electas como jurado la suma de quince colones. Esto, lejos de incentivar la participación ciudadana en la administración de justicia la desmotiva, puesto que aquellas personas que laboran de forma independiente dejan de percibir ingresos el día que comparecen como jurados. Ante ello optan por no acudir al llamado que se les hace, o bien comparecen a los tribunales esperando no quedar como jurados, poniendo de manifiesto múltiples excusas para ser excluidos.

371

ADVERTENCIA Y PROMESA

1520

Al momento de la apertura de la vista pública, luego de comprobar la asistencia de todas las partes y los jurados, el juez explicará previamente la importancia del cargo y solicitará que elijan al presidente del tribunal del jurado.

Acto seguido los jurados, previa deliberación breve y en secreto, elegirán a su Presidente, comunicando la elección públicamente.

Inmediatamente después el juez requerirá su promesa en los siguientes términos:

“¿Prometéis bajo vuestra palabra de honor examinar con la atención más escrupulosa los cargos que deben formularse contra el imputado N.N.; no traicionar los intereses del acusado ni los de la sociedad que lo acusa; no consultar con persona alguna la resolución que hayáis de pronunciar; no dejaros llevar por el odio, por la antipatía, por la malevolencia, por el temor ni por el afecto; decidir según los cargos y medios de defensa, siguiendo vuestra conciencia e íntima convicción, con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre probo y libre?”

Cada jurado responderá personalmente: “Sí, lo juro, o sí lo prometo”.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 373 (ejercicio por el presidente de la función de portavoz), 374 (elaboración por el presidente del acta de la votación del jurado), 375 (lectura del veredicto por el presidente del jurado)
- CP, 307 (soborno), 310 (delito de prevaricato), 313 (delito de desobediencia del jurado)
- LOJ, 147 (promesa de los funcionarios judiciales)

II. COMENTARIO

A) Instrucciones previas

Una vez finalizado el proceso de selección, puede dar comienzo la celebración de la vista pública.

A su inicio, el juez integrante del tribunal de sentencia que ha de presidir el juicio debe explicar a los jurados la importancia del cargo que han sido llamados a desempeñar. Puesto que se trata de personas que no están familiarizadas con el funcionamiento de los tribunales, ni con los ritos procesales, debería explicarles brevemente, en primer lugar, el papel que en el juicio ha de desempeñar cada uno de los presentes, su función (fiscal, querellante, defensor). A continuación, cuál es el desarrollo del juicio, en lo relativo al orden de la práctica de las pruebas. Y, desde luego, deberá advertirles de que pueden interrogar directamente al imputado, peritos y testigos, así como solicitar aclaraciones a las partes y examinar los documentos y piezas de convicción.

1521

Finalmente, les recordará el contenido de la función a la que han sido llamados, su trascendencia, que van a juzgar a un ciudadano, un semejante que, habiendo entrado en la sala de vistas revestido de la presunción de inocencia, la abandonará cuando ellos dicten su veredicto privado de ella sólo si se ha practicado suficiente prueba de cargo, cuya práctica habrán de observar atentamente, pues de otro modo no podrán deliberar con seriedad.

Es fundamental la importancia de las instrucciones que el juez que ha de presidir el juicio imparte al jurado, integrado por personas que, no siendo juristas, son ajenas a los trámites y formalismos propios del proceso y, posiblemente, ni siquiera sepan quienes son las personas que en el mismo intervienen y cuáles son las funciones de cada una.

A lo largo de la explicación, deberá instruir al jurado, además de la mecánica o desarrollo de la vista que se va a celebrar a continuación, de la necesidad de que mantengan una actitud fría, aunque no insensible, neutral sin apasionamiento, a la vez

que firme y decidida en el esclarecimiento de la verdad material que constituye el objeto y fin del proceso penal.

B) El presidente del jurado

Deben los jurados elegir de entre ellos un presidente. Se trata, no del presidente del tribunal, función que debe desempeñar el juez de sentencia designado a tal fin, sino de la persona que estará al frente de la deliberación del jurado, cuando la misma tenga lugar y que, a la vez, actuará como portavoz del órgano decisor colegiado, puesto que es quien lee el veredicto (art. 375 CPP) y, de alguna manera, desempeña también funciones de secretario, no del Tribunal, sino de los jurados, puesto que es quien elabora el acta que recoge el resultado de la votación (art. 374 CPP).

No deben confundirse las funciones del que la ley denomina presidente del jurado, con las que corresponden al juez de sentencia que debe presidir el juicio y que es quien lo dirige y, en general, realiza durante el juicio las funciones que el Código atribuye al presidente del tribunal de sentencia, tanto las disciplinarias (art. 331 CPP), como las de estricta dirección procesal (art. 336 CPP).

C) La promesa de los jurados

1522

Una vez que han sido designados los jurados que han de constituir el tribunal y éstos han elegido de entre ellos a quien los presidirá, se procede a recibir promesa a los seleccionados con arreglo a la fórmula del artículo que estamos comentando.

Se trata de un deber ineludible. En primer lugar, es tan obligatorio como el desempeño de la función de jurado, puesto que su incumplimiento viene tipificado como delito de desobediencia en el artículo 313 del Código Penal (“El que citado legalmente por funcionario judicial en calidad de jurado, (...) que siendo requerido por segunda vez se excusare o se abstuviere de comparecer, sin justa causa, o habiendo comparecido rehusare prestar su colaboración en la diligencia judicial que se le ordenare, será sancionado con treinta a sesenta días de multa”). Por otra parte, sin su cumplimiento no pueden los jurados formar parte del tribunal.

El requisito del juramento o promesa constituye la aplicación a los jurados, puesto que van a desarrollar funciones jurisdiccionales, del requisito de juramento o promesa que se exige a los jueces profesionales (art. 147 LOJ).

Sirve también de compromiso público y solemne de ejercer fielmente su función y de presupuesto para poder exigirles la responsabilidad penal oportuna en caso contrario, aplicándoles si es menester el tipo penal del prevaricato del artículo 310 CP.

Finalmente, les hace susceptibles de ser el sujeto pasivo del delito de soborno previsto en el artículo 307 CP ("El que diere, ofreciere o prometiére dinero o cualquier otra ventaja a (...), jurado, (...) con el objeto de lograr una afirmación falsa, o una negación u ocultación de la verdad, en todo o en parte, en una actuación judicial que hubiere de servir en diligencia o proceso, aunque la oferta o promesa no hubiere sido aceptada, será sancionado con prisión de dos a cinco años").

El juramento o promesa de los jurados es la forma mediante la que éstos se comprometen ante la sociedad al recto desempeño de sus funciones, a la vez que asumen las responsabilidades que su labor como integrantes del tribunal puede generar. Pero, siendo por todo lo dicho básica la prestación de la promesa, es tal vez superfluo recordar que la misma no cambia a la persona, que será la misma ecuánime o caprichosa, firme o voluble que era antes de la adopción formal de su compromiso mediante el juramento. De ahí que sea fundamental la forma y corrección en que se haya desarrollado el proceso previo de selección, pues del mismo dependerá en buena medida, en cada concreto caso sometido al enjuiciamiento, el éxito del jurado como institución.

372

1523

VISTA PÚBLICA

La vista publica será presidida por uno de los jueces del tribunal de sentencia y serán aplicables las normas establecidas para el juicio común.

Los jurados podrán interrogar directamente a los testigos, peritos o al imputado o solicitar aclaraciones a las partes.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 53.C (presidencial del juicio del Jurado por un juez de sentencia), 324 al 353 (desarrollo del juicio oral), 369 y 371 (presidencia por el juez de sentencia)

II. COMENTARIO

La vista pública la preside uno de los jueces del tribunal de sentencia.

No tiene en su desarrollo otras peculiaridades que las derivadas de la presencia de los jurados que, mediante su veredicto, serán quienes decidan el resultado del juicio. Ello hace muy aconsejable que los juristas que en la misma intervienen, incluido el juez que la preside, adecuen su lenguaje, su forma de expresarse, a la falta de conocimientos técnicos de los jurados, a fin de ser inteligibles para éstos, lo que en no pocas ocasiones requerirá un notable esfuerzo por parte de dichos profesionales.

El legislador no ha creado un procedimiento especial para la regulación del desarrollo de las sesiones del juicio ante el Tribunal del Jurado. A la vista de la remisión general y en bloque que el artículo 372 CPP hace al juicio plenario común, es obligado tener en cuenta a tal efecto las disposiciones contenidas en los artículos 324 al 353 CPP que lo regulan, si bien sólo en lo que tales preceptos sean aplicables a las peculiaridades del juicio por jurados.

1524 No hay ninguna duda de que son directamente aplicables las normas que con carácter general establecen la publicidad del juicio (art. 327 CPP), a lo que cabe añadir que el propio artículo que ahora comentamos aparece redactado bajo el epígrafe “vista pública”, insistiendo en esta mención el comienzo del tenor literal del mismo precepto. Por lo tanto, podrá el juez que preside acordar la restricción de la publicidad por alguna de las causas legalmente previstas. Nada se dice al respecto, pero parece conveniente que, puesto que son los miembros del Jurado quienes desempeñan la función jurisdiccional propiamente dicha, se les consulte al respecto, aunque la decisión final corresponda al juez de sentencia que preside las sesiones. Esta es la solución que adopta la Ley del Jurado española, que dispone en su artículo 43 que “Para la decisión de la celebración a puerta cerrada, el Magistrado Presidente, oídas las partes, decidirá lo que estime pertinente, previa consulta al Jurado”.

También serán de aplicación las normas que fijan las facultades de dirección del presidente del tribunal (art. 336 CPP), atribuidas ahora al juez de sentencia que preside el juicio, así como el ejercicio de las facultades disciplinarias en la audiencia (art. 331 CPP) y la adopción de las medidas oportunas si se comete delito en la audiencia (art. 337 CPP).

En general, el desarrollo de la prueba deberá atenerse a la normativa reguladora del juicio plenario común. Pero no podemos obviar algunas peculiaridades derivadas de la conformación del tribunal en el procedimiento del jurado. En este sentido, en el caso de imposibilidad de asistencia a la audiencia por un impedimento justificado, en que el artículo 335 CPP dispone que el interrogatorio se llevará a cabo por uno de los jueces del tribunal, será más adecuada que si se trata de un juicio por jurados, no sea uno de éstos, sino el juez de sentencia que preside las sesiones, quien se constituya, en presencia de las partes y con la asistencia del secretario, para la realización del interrogatorio, efectuando no sólo las preguntas que las partes propongan, sino también las que hayan indicado los miembros del jurado. Como se dice en los comentarios al

artículo 335 CPP, es previsible que en un futuro no lejano la posibilidad de practicar el interrogatorio por teleconferencia haga superflua dicha previsión legal.

Tampoco parece fácil la directa aplicación en sus propios términos, del artículo 352 CPP, que regula la práctica de prueba para mejor proveer que puede acordar el tribunal, cuya función puede quedar bien cumplida mediante la posibilidad que el párrafo último del artículo 373 CPP concede a los jurados de requerir alguna aclaración o la repetición de una prueba.

Sí tiene cabida la ampliación de la acusación (art. 343 CPP), pero la configuración del jurado con personas legas en derecho hace difícil la advertencia de oficio a que se refiere el art. 344 CPP, pues este cometido no debe ser desempeñado por el juez de sentencia que preside las sesiones, cuya función es de dirección del juicio, pero no de calificación autónoma, ya que la decisión básica y fundamental se atribuye al jurado.

Se precisa que los jurados podrán interrogar directamente a los testigos, peritos o al imputado, y solicitar aclaraciones de las partes. Es normal que se les permita esta directa intervención en la actividad probatoria, puesto que son ellos quienes van a decidir el sentido de la decisión judicial.

Aunque nada se dice de los documentos, es evidente que también pueden los jurados examinar directamente los documentos, así como los efectos del delito y piezas de convicción.

1525

Baste decir, en general, que los jurados pueden intervenir directamente en toda la actividad probatoria, de la clase que sea la practicada, y deben examinar toda la prueba, ya que de lo contrario no podrán valorarla.

Y, desde luego, es básico tanto que se conceda a la víctima la posibilidad de expresarse, como que se respete el derecho a la última palabra del imputado (art. 353 CPP).

373

CONCLUSIÓN

Concluidos los alegatos, cada una de las partes solicitará concretamente al tribunal del jurado la decisión que requiere. El juez podrá formular instrucciones para ilustrar al jurado, de modo que pueda evaluar con mayor precisión los hechos, a la luz del derecho aplicable; las instrucciones del juez no deberán inducir al jurado a tomar una decisión predeterminada ni sensibilizarlo respecto de algún punto en particular del caso.

En primer lugar, el juez comunicará a las partes sus instrucciones y si alguna de ellas plantea alguna objeción que el juez no atienda, se dejará constancia en el acta a los fines de control posterior por la vía del recurso de casación; luego, las instrucciones serán leídas públicamente y los jurados pasarán a deliberar en sesión secreta e ininterrumpida. El Presidente del Jurado moderará y dirigirá la deliberación, procurando que todos los jurados emitan libremente su opinión.

- 1526** Si los jurados requieren una aclaración o la repetición de una prueba, se constituirán nuevamente en la sala de audiencia y solicitarán, por intermedio de su presidente, la aclaración o la repetición. (2)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 353 (discusión final, manifestación de la víctima, última palabra del imputado), 355 (reapertura de la audiencia), 356 (deliberación del tribunal de sentencia)

II. COMENTARIO

A) Discusión final

La parte final del juicio por jurados se asemeja, como no podía ser menos, al que se celebra ante un tribunal técnico.

El artículo 373 CPP dispone que, al finalizar sus alegatos, cada parte ha de solicitar con precisión al tribunal del jurado la decisión que espera del mismo. Es el trámite procesal al que el artículo 353 denomina discusión final, en el que las partes tienen

ocasión de pronunciar su último alegato para convencer al jurado de la corrección de su postura respectiva. Vale aquí lo dicho en los comentarios del artículo 353 CPP, si bien ha de precisarse que, teniendo en cuenta que son los jurados los principales destinatarios del informe, el lenguaje utilizado habrá de ser especialmente llano, sencillo y accesible a aquellos y a su falta de conocimientos jurídicos.

Finalizada la última intervención de las partes, aunque nada se dice en la específica regulación del juicio por jurados, está fuera de duda de que deberán aplicarse las previsiones del párrafo final del artículo 353 CPP, concediendo la palabra a la víctima que, estando presente, desee declarar y respetando el derecho de última palabra del imputado.

B) Reapertura de la audiencia

Asimismo, se prevé la posibilidad de que, una vez iniciada la deliberación, los jurados necesiten una aclaración o la repetición de una prueba, lo que pedirán por intermedio de su presidente, una vez nuevamente constituidos en la sala de audiencia.

Se trata de un trámite que, siendo facultativo del jurado y dependiendo de su sola decisión, equivale al que, bajo la denominación de “reapertura de la audiencia”, regula el artículo 355 CPP en el juicio por un tribunal técnico.

1527

No plantea problemas la petición de aclaraciones y la formulación de las mismas. Sí la repetición de una prueba, pues tan cierto es que una prueba ya practicada puede volver a realizarse, como difícil que sea el mismo su resultado: piénsese en un testimonio, que puede ser cada vez distinto; en este caso, se plantea el difícil problema de a cuál habrían de atender en su valoración los jurados. A fin de evitar esta disfunción, considero que la “repetición de una prueba” de que habrá la ley sólo podrá serlo en cuanto al examen de documentos o piezas de convicción, repetición de proyecciones o nueva audición de grabaciones, etc.

En resumen, sólo deberían ser susceptibles de reproducción aquellas pruebas cuyo contenido sea forzosamente el mismo cada vez que se practiquen, lo que excluye de dicha posibilidad las declaraciones de testigos y del propio imputado.

C) Las instrucciones al jurado

Especial importancia tienen las instrucciones que formula el juez que preside la vista, a fin de orientar al jurado en su cometido, que no en el sentido de su decisión.

Aunque cuando la ley habla de “instrucciones” se refiere al concreto planteamiento del juez sobre el caso que se enjuicia, parece inevitable que, una vez finalizado el juicio, se explique a los jurados su funcionamiento posterior como órgano colegiado y

la trascendencia y alcance de lo realizado hasta entonces, así como el concreto objeto de su decisión.

Se trata de unas advertencias, o ilustración del juez, en cuya formación intervienen las partes con carácter previo, tal como dispone el segundo párrafo del precepto que se comenta, hasta el punto de que, una vez que el juez expone las que piensa impartir a los jurados, pueden las partes plantear objeciones si no las consideran adecuadas, haciéndose constar en el acta las que no sean atendidas, a fin del posterior control casacional.

Las instrucciones que imparte a los jurados el juez que ha presidido la vista antes de que se retiren a deliberar tienen su claro precedentes en las “Jury Instructions” del derecho anglosajón. Su función es la de suplir la falta de conocimientos jurídicos del Jurado, por lo que el juez de sentencia que preside debe explicar el contenido del objeto sobre el que han de pronunciarse, sin prejuzgar ni dar opiniones propias.

Es un trámite con una finalidad claramente pedagógica, por cuanto contribuye a trasladar a los miembros legos del Jurado el conocimiento exacto de las reglas esenciales que han de regir su labor en el proceso de conformación del veredicto.

1528 Deberá también informarse a los jurados que habrán de prescindir en su valoración de las pruebas que hayan sido declaradas nulas, deliberando como si nunca se hubieran llevado a cabo, puesto que han sido formalmente marginadas del proceso.

Las instrucciones, con estricta finalidad ilustrativa, tienen la utilidad de facilitar a los jurados la formulación de su veredicto, la formación de un criterio sólido sobre el que es el objeto del proceso y, a la postre, de su decisión. Han de ser planteadas de forma que no inclinen al jurado en uno u otro sentido, lo que podrá ser protestado por la parte que se considere perjudicada. Y, como ya se ha dicho, si el juez no atiende su petición, se hará constar en acta a los efectos del recurso de casación.

Una vez recibidas las instrucciones, que se leen en público, comienza la deliberación de los jurados, que habrá de ser en sesión secreta e ininterrumpida, bajo la dirección de su Presidente, que hará de moderador y procurará que todos se expresen con libertad.

D) Las instrucciones y la valoración de la prueba por el jurado

Aunque nada dice el Código entre las normas específicas del juicio ante el Tribunal del Jurado, o precisamente porque no contiene una norma específica, deben entenderse que la norma general de valoración de la prueba por el Jurado no es sustancialmente diferente a la que rige las deliberaciones del Tribunal integrado por jueces técnicos y

que, con arreglo a lo que dispone el artículo 356 CPP, debe ser “integral y según las reglas de la sana crítica”.

Ahora bien, en el correcto desarrollo de la valoración de la prueba desempeñan un papel esencial las instrucciones que previamente ha impartido el juez de sentencia que preside el juicio, en cuanto entre las mismas han de contenerse los más importantes criterios rectores de la valoración que ha de realizar el jurado.

En este sentido, debe el juez presidente advertir a los jurados, al impartir las instrucciones, de la ilegalidad de determinada prueba y de que por ello el resultado de la misma ha de quedar sustraído a su valoración. Sin perjuicio de ello, no estará de mas que esta advertencia, aunque se haga antes de que el Jurado se retire a deliberar, se haya efectuado también en el preciso instante que el juez que preside declare que un determinado medio de prueba es nulo o ilícito.

Es adecuado que en estas instrucciones sobre la prueba, en las que el único límite que se impone a quien las imparte es que no puede dar su opinión acerca del resultado probatorio, se informe a los jurados que han de valorar cada uno de los medios de prueba que se hayan practicado en el juicio oral atendiendo a su libre convicción, explicándoles que libre convicción o sana crítica es sinónimo de un razonamiento lógico y que será necesario para declarar al acusado culpable que alcancen la certeza o convicción de que aquél ha participado en los hechos y no concurre ninguna circunstancia que le pueda eximir de responsabilidad, en cuyo caso procede un veredicto de inocencia. También que las dudas sobre la autoría o la culpabilidad han de ser resueltas en beneficio del imputado.

1529

Mediante las instrucciones sobre la prueba, el Juez de sentencia tendrá que indicar al Jurado que antes de tomar su decisión definitiva ha de analizar que es lo que aporta cada prueba, para valorar la misma a continuación, atendiendo a su sentido común y experiencia qué credibilidad merece cada medio probatorio y así poder orientar adecuadamente el veredicto.

Sería apropiado ilustrar al Jurado de aquellos elementos o criterios racionales que se utilizan por los Jueces técnicos para valorar la fiabilidad o credibilidad que le merece cada prueba. Por ejemplo, en caso de las declaraciones de los testigos podría advertirse, sin merma de la imparcialidad de las instrucciones y pese a su dificultad, que han de tenerse en cuenta las circunstancias que rodean la declaración del testigo, su forma de realizar la declaración y de contestar a las cuestiones, etc.

Debe también advertirse a los jurados que ninguno de los medios de prueba goza de mayor credibilidad que otro, sino que en cualquier caso les corresponde a ellos decidir cuál es el resultado que se deriva de su práctica.

Lo lógico es que cada uno de los miembros legos que integra el Jurado valore cada medio de prueba y determine atendiendo a su sentido común cuál es la información que ofrece durante la práctica de la prueba en el juicio oral, para luego poder en la fase de deliberación y votación discutir si están o no probados los hechos de los que dependerá el sentido de su veredicto.

Si el Juez presidente no ilustra al Jurado a fin de que tenga en cuenta determinados criterios para valorar, o interpretar lo que el medio de prueba pretende ofrecer, puede suceder que al final de la prueba los miembros del Jurado se encuentren con un cúmulo de información a valorar que no sepan como procesar. En este sentido, no estará de más que se informe al Jurado acerca de los criterios básicos para valorar la prueba de indicios, las declaraciones del coimputado o de la víctima, la prueba pericial, etc.

Siguiendo el esquema de CLIMENT DURAN sobre la estructura que sigue el razonamiento probatorio, será aconsejable ilustrar al Jurado que antes de considerar si lo aportado por el medio de prueba es creíble o no tengan en cuenta los siguientes factores:

- 1) Determinar la fiabilidad que le merece el medio probatorio. Aquí se podrá informar a los jurados de determinados criterios a tener en cuenta para valorar la credibilidad de los testigos.
- 2) Cuando los Jurados determinen la fiabilidad que les merece el medio probatorio tendrán que analizar cuál es el significado de la información que transmiten, es decir, interpretar el medio de prueba.
- 3) Valorar la credibilidad que le merece la información ofrecida por el medio de prueba.

1530

E) La deliberación

Es variopinto y plural el contenido del artículo 373 CPP. No sólo se regula en el mismo el final del debate entre las partes, las instrucciones del Juez a los miembros del Jurado y la posibilidad proceder a lo que en el juicio ante el tribunal técnico es la reapertura de la audiencia, sino que también se recoge en este precepto, si bien con singular concisión, la regulación de la deliberación del Jurado.

Sólo se dice de la deliberación que tendrá lugar “en sesión secreta e ininterrumpida”. La prohibición de que la deliberación se interrumpa no ha de impedir que, si la misma se prolonga excesivamente, pueda el Juez del tribunal de sentencia que ha presidido el juicio, a petición de los jurados mediante quien los preside, o de oficio si considera que la excesiva duración de la sesión puede incidir negativamente en la calidad del resultado, autorizar el receso que considere necesario para el adecuado descanso de los jurados.

El secreto de las sesiones de la deliberación acarrea necesariamente la incomunicación del Jurado, pues sin esta restricción difícilmente podrá observarse aquel.

Nada se dice acerca de los jurados suplentes, si es que fueron designados debido a la complejidad del caso (art. 366 CPP). Aunque por razones obvias la progresión del juicio y de la deliberación aminora las posibilidades de que se produzca la indisposición de un jurado titular que de lugar a la intervención del suplente, la disponibilidad de los suplentes hasta que finalice la actuación de los jurados exige que se encuentren plena y fácilmente localizables, por si resulta necesaria su intervención. No es conveniente que asistan a la deliberación, pues no se garantiza así que no intervengan en ningún momento, pero su disponibilidad ha de ser plena, por cuanto es inherente al correcto desempeño de su función de suplentes.

El objeto de la deliberación es la declaración de culpabilidad o inocencia del acusado respecto de los hechos enjuiciados. Pero no se extiende a otras cuestiones sobre las que también deben deliberar los jueces técnicos, tales como la competencia del tribunal (art. 356. CPP), dado su carácter esencialmente técnico jurídico, lo que la excluye de la decisión de los legos en Derecho que forman el Jurado.

374

1531

VOTACIÓN

Concluida la discusión cada jurado emitirá verbalmente su voto sin abandonar la sala de deliberación, declarando culpable o inocente al acusado. No podrá haber abstenciones. Si un jurado se abstiene, su voto se considerará absolutorio. No habrá votación secreta, sistema de tablilla o de azar, ni otra forma de decidir que no sea el voto verbal.

Para declarar culpable al acusado se necesitará, por lo menos, el voto afirmativo de tres de los cinco jurados titulares. El presidente del jurado levantará un acta en la que constara el resultado de la votación.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 356 (votación del tribunal de sentencia), 371 (presidente del Jurado)

II. COMENTARIO

La votación de los jurados es secreta al exterior, como lo ha sido la deliberación, pero pública entre los propios jurados, que emiten su opinión abiertamente, ante los demás miembros del tribunal.

Se formula oralmente en la misma sala de deliberación, siendo ésta la única manera de decidir, pues se prohíbe todo sistema de suerte o azar.

Su contenido y, a la vez, su objeto es la declaración del imputado como culpable o inocente.

No puede haber abstenciones y, en todo caso, la indebida abstención de algún jurado, dará lugar a que su voto “se considerará absolutorio”, se dice en el artículo 374 CPP, lo que en este contexto quiere decir que se computará como voto favorable a la inocencia, que es uno de los posibles contenidos del voto. En definitiva, la indecisión favorece al imputado.

1532 Se requiere para la declaración de culpabilidad al menos el voto de tres de los cinco jurados. Se impone, por lo tanto, un sistema de mayoría cualificada que engarza la declaración inculpativa con el grado de certeza que deriva de la mayoría exigida por la Ley.

El resultado de la votación se debe reflejar en un acta que elabora el presidente que los jurados eligieron inmediatamente antes de prestar su juramento o promesa. En esta vertiente del ejercicio de su función como tal, su papel se aproxima al de secretario.

375

LECTURA

Concluida la votación, el jurado se constituirá en la sala de audiencia y el juez solicitará al presidente que lea el veredicto, el que quedará notificado con la simple lectura.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 143 (notificación de las resoluciones), 144 (notificaciones por el secretario), 146 (notificación al defensor), 147 (modo de las notificaciones), 358 (redacción y lectura de la sentencia)

II. COMENTARIO

El artículo 375 CPP se limita a decir que al término de la votación del Jurado, se constituye en la sala de vistas y el presidente procede a la lectura del veredicto.

1533

La mera lectura del veredicto tiene la virtualidad de servir de notificación del mismo. La importancia de ello es que se adquiere conocimiento formal y público de la decisión del Jurado.

Puede también plantearse si desde la notificación del veredicto por su lectura comienza a correr el plazo de que disponen las partes para interponer el recurso de casación a través del cual puede instarse la declaración de nulidad del veredicto, con arreglo al artículo 377 CPP, por alguna de las causas previstas en este precepto, aun sin haber sido notificada la sentencia; nos remitimos a este respecto a los comentarios a dicho artículo 377 CPP en que se trata someramente dicha cuestión.

Valga, por lo demás, lo dicho en los comentarios al artículo 358 CPP en relación con la publicidad del acto de lectura del veredicto.

376

RESOLUCIONES POSTERIORES AL VEREDICTO

Si el veredicto es de inocencia, el juez dictará de inmediato la sentencia absolutoria. Si es de culpabilidad, concederá la palabra a las partes para que aleguen sobre la pena aplicable. Luego declarará clausurada la vista pública, fijando el día y hora en el que se dará lectura a la sentencia condenatoria, entre el tercero y quinto día siguiente a la clausura de la audiencia.

El veredicto absolutorio no impide que el juez en la sentencia se pronuncie sobre la acción civil, si fuere procedente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 357 (contenido de la sentencia), 359 (sentencia del juicio por tribunal técnico), 360 (s. absolutoria), 361 (s. condenatoria)

1534

II. COMENTARIO

A) La sentencia

a) Vinculación del contenido de la sentencia por la voluntad del Jurado

El veredicto da lugar a la sentencia que debe pronunciar el juez y cuyo sentido y contenido depende estrechamente de cuál sea el de aquel. Es obvio decir que será absolutoria o condenatoria según el veredicto sea de inocencia o de culpabilidad, como precisa el art. 376 CPP.

A diferencia de lo que sucede en los procesos ante tribunales técnicos, en que la Sentencia es el resultado de la valoración por los Jueces profesionales de la prueba practicada en el juicio oral (art. 356 CPP), en el proceso ante el Tribunal del Jurado se produce una escisión entre el órgano de valoración y decisión y el encargado de la formación y redacción de la Sentencia.

Son los jurados quienes deciden el sentido de la decisión judicial final, por lo que en cierto modo más que hablar de la sentencia como decisión judicial final, podemos referirnos a ella como ejecución o realización, en su vertiente fundamental (condena o

absolución), de la voluntad del Jurado, expresada mediante el veredicto de culpabilidad o inocencia del acusado.

El juez de sentencia que ha presidido y dirigido las sesiones del juicio no ha podido influir en la decisión de los jurados, pues se ha debido limitar a instruirles de su cometido (arts. 371 y 373 CPP), de forma objetiva e imparcial, ya que en otro caso puede darse lugar al recurso de casación para obtener la nulidad del veredicto (art. 377.4 CPP).

Sin embargo, es el Juez profesional el encargado de redactar la Sentencia, ajustándose a lo que previamente ha sido decidido por los jurados en el aspecto básico de la resolución, que será necesariamente absolutoria si el veredicto es de inocencia y condenatoria si es de culpabilidad), sin más margen de decisión personal que el relativo a la responsabilidad civil y a la concreción de la pena que debe ser impuesta en caso de que el veredicto sea de culpabilidad.

El jurista profesional que redacta la sentencia, integrante del poder judicial, que ha presidido y dirigido el juicio, tiene evidentes e importantes funciones de control del Jurado y de conducción de su quehacer. Pero ni puede, ni debe, influir en su decisión, que condiciona el Fallo, ni apartarse de la misma. Su ámbito decisorio queda limitado a la precisión del castigo si el acusado es declarado culpable y a la responsabilidad civil, que será el resultado de valoración del Magistrado de la prueba practicada a este respecto, tras oír los informes de las partes, tal como dispone el artículo que comentamos.

1535

b) Forma de la sentencia

La Sentencia debe ser dictada en la forma prevista en el artículo 357 CPP. La forma habrá de ser, por lo tanto, similar a la de las demás Sentencias dictadas en el orden penal.

Aunque la Sentencia es dictada exclusivamente por el Magistrado Presidente del Jurado, no puede prescindirse de que el sentido de la misma viene determinado por la decisión de los jurados, plasmada en el acta de la votación. Es por lo tanto aconsejable, tanto por la influencia de los jurados en su contenido, como porque la intervención de los mismos es un hecho procesal que debe ser destacado, que los mismos consten en el texto de la sentencia, siquiera por aplicación analógica de los que ordena el artículo 357.1 CPP en el sentido de que deben constar los nombres de los jueces, ya que función de jueces desempeñan los jurados de cuya decisión depende el sentido absolutorio o condenatorio del fallo.

Puede suceder que los jurados planteen reservas a su identificación nominativa en la Sentencia. Entiendo que, sea cual sea la particular opinión de los jurados sobre esta cuestión, o sus reticencias, no distintas a las que pueden tener para formar parte

del tribunal, en la Sentencia debe constar identificado, tanto el Juez de sentencia que la dicta, como los miembros del Jurado que han determinado el sentido del veredicto.

Los hechos que se declaran probados, de gran importancia en la Sentencia penal, han de ser los que resulten como tales del que ha sido el objeto del juicio, en relación con el resultado de la prueba y con el de la votación del Jurado.

Por lo que respecta al Fallo, el sentido general del mismo viene, desde luego, determinado por el veredicto de culpabilidad o inocencia aunque, en este segundo caso, la concreción de las penas sea de la exclusiva responsabilidad del Juez encargado de redactar la sentencia.

c) Motivación

1536 Es sabido que la exigencia de motivación de las Sentencias enlaza, con carácter general, con las garantías fundamentales de las partes del proceso, especialmente del imputado y en particular por lo que hace a las penales, viene impuesta por el artículo 357.2 CPP, que ordena que se refleje la fundamentación jurídica de la decisión judicial, por lo que no es necesario abundar aquí, ni constituye una peculiaridad del procedimiento ante el Jurado, la necesidad de que la Sentencia sea suficientemente motivada, ya que esta es una cualidad predicable y exigible de las que se dicten en cualquier procedimiento y orden jurisdiccional.

Por lo tanto, es evidente que la Sentencia que cierre el proceso ante el Tribunal del Jurado, sea absolutoria o condenatoria, deberá ser suficientemente motivada. Aquí puede plantearse otra consecuencia de la paradoja derivada de que elabora la Sentencia quien no ha participado en la toma de decisión que debe conducir a la misma. El juez de sentencia, que no decide, es un jurista que, además de dotado de sentido crítico, está acostumbrado a ser él quien dice la última palabra en los procesos en los que interviene como tal, lo que ya no puede hacer en el que se sigue ante el Tribunal del Jurado.

El problema no se dará cuando su criterio sea coincidente con el del Jurado. Pero en aquellos casos en que el sentido del veredicto se aparte de su opinión, puede sentirse inclinado a aliviar su contrariedad dando rienda suelta a la misma, aprovechándose para ello de un instrumento tan poderoso como es la Sentencia cuya redacción la Ley le encomienda. Debe conjurar la tentación que pueda sentir en tal sentido, teniendo presente que su particular parecer no interesa a nadie -porque no le interesa a la Ley- en sede jurisdiccional, por lo que debe evitar emitir en la sentencia que debe redactar de conformidad con el veredicto censura o elogio alguno, según sea su parecer discrepante o conforme con el veredicto del Jurado. Debe, simplemente, ajustar aquella a éste, si bien ateniéndose a la obligación de motivar las resoluciones judiciales. Pero siempre ajustándose al contenido del veredicto.

Ha de evitarse a toda costa el error de reflejar en la sentencia que la el particular criterio jurídico del juez redactor discrepa de la opinión-decisión del Jurado. Ello supondría introducir una escisión en el procedimiento que perjudicaría gravemente el buen funcionamiento de la institución como tal, que debe desenvolverse como un todo cohesionado.

B) Veredicto de inocencia y sentencia absolutoria

Dice el precepto que comentamos que si el veredicto es de inocencia, el juez dictará de inmediato la sentencia absolutoria. No obstante, ello no impide que el juez se pronuncie acerca de la acción civil, en los casos en que proceda, lo que dependerá de los motivos en que se base dicha declaración de inocencia y de lo previsto a este respecto en el Código Penal.

Naturalmente, si la sentencia es absolutoria, deberá tener el contenido que el artículo 360 CPP impone a las de este sentido que dicte el tribunal de sentencia. Es decir, deberá acordar la inmediata puesta en libertad del imputado, si se encontrare privado de ella preventivamente por razón del procedimiento que termina, así como el cese de las demás medidas cautelares que se hubieran adoptado. En relación con estos pronunciamientos, nos remitimos a los comentarios al artículo 360 CPP, haciendo de nuevo hincapié, como ya se hizo en ellos, en que la orden de libertad de dicta exclusivamente en el proceso en que se ha dictado el veredicto de inocencia, por lo que no necesariamente ha de suponer que el acusado sigue en libertad, puesto que deberá permanecer privado de ella si en otro procedimiento se ha decretado su detención provisional, o debe cumplir una pena privativa de libertad a la que haya sido condenado en otro juicio.

1537

C) Veredicto de culpabilidad

a) Informe sobre la pena

Si el veredicto es de culpabilidad, en primer lugar se concede la palabra a las partes para que informen acerca de la pena que consideran aplicable. Está claro el ámbito de la intervención; puesto que a la declaración de culpabilidad ha de seguir forzosamente una sentencia condenatoria, ya no podrá el defensor pedir la absolución, sino que deberá tomar como presupuesto de su intervención la condena de su defendido, por lo que sólo podrá solicitar la imposición de la pena en su mínima extensión.

El informe que el Fiscal y los Abogados de las demás partes emiten en este trámite tiene similitudes y diferencias con el que se emite en el trámite que el artículo 353 CPP denomina discusión final, que aquellos dirigieron al Jurado al finalizar la prueba y antes del inicio de la deliberación. Se asemeja al mismo en cuanto los informantes exponen sus razones para convencer con argumentos jurídicos a quien debe dictar la Sentencia

de que lo haga en un determinado sentido, así como en ser el último trámite antes de la redacción de la sentencia. Se diferencia en que ya no puede decirse que los informes hayan de acomodarse a las pretensiones fundamentales de condena o absolución. Esto es evidente en el caso del defensor del acusado que, habiendo solicitado por lo común la declaración de inocencia de su defendido, no podrá ahora informar en este sentido, por la simple razón de que acaba de ser declarada su culpabilidad. Deberá partir, como presupuesto, de la culpabilidad del acusado que ya se ha decidido y sólo podrá informar para procurar que la pena que se imponga sea la más leve, dentro de las posibilidades que la ley permita en cada caso.

En suma, ya ha quedado fuera de la discusión jurídica la cuestión acerca de la culpabilidad o la inocencia y, partiendo de que la Sentencia ha de ser condenatoria, las intervenciones de las partes no versarán sobre el fundamental aspecto de la responsabilidad penal.

El tenor literal del artículo que comentamos, al no establecer expresamente una solución de continuidad entre la lectura del veredicto de culpabilidad y los informes de las partes, puede dar lugar a que se plantee la cuestión de si estos habrán de emitirse inmediatamente, o podrá concederse un tiempo para su preparación.

1538 Se trata de un tema que depende de la decisión que al respecto adopte el Juez de sentencia que ha presidido el juicio y dirige el proceso. Desde luego que puede ordenar que informen las partes una vez que haya finalizado la lectura del veredicto. Pero, aunque la Ley no lo prevea expresamente, nada impide que las partes puedan disponer de un tiempo prudencial de preparación de los informes que deben emitir sobre cuestiones tan importantes como la magnitud de la pena que ha de imponerse al acusado, o la indemnización que deba satisfacerse en concepto de responsabilidad civil. En la práctica, dependerá esto de la naturaleza de las cuestiones a debatir, e incluso del cansancio de los intervinientes a que habrá dado lugar la duración del juicio, o la hora de lectura del veredicto.

Los jurados no tienen que estar presentes, como tales jurados, durante la emisión de los informes. Puesto que han finalizado sus funciones con la lectura del veredicto, no tiene por qué permanecer en la sala de audiencia por más tiempo. Los integrantes del Jurado han dejado de estar obligados por el cometido que la función de jurado comporta. En suma, pueden haber abandonado la sala, o pueden haber permanecido en ella, pero en este caso como mero público. Por otra parte, téngase en cuenta que no tiene sentido que deban permanecer presentes en los informes quienes ya ninguna influencia van a tener en el ulterior devenir del proceso, o en las decisiones que se tomen.

Puesto que el jurado no se pronuncia sobre la responsabilidad civil, considero que también sobre esta cuestión, que se encomienda a la decisión del juez, deberían

informar las partes, que también podrían hacerlo en los casos en que, siendo el veredicto de inocencia, es procedente la decisión judicial sobre la responsabilidad civil.

b) Sentencia condenatoria

En la sentencia condenatoria, se precisará la pena que se impone al acusado declarado culpable, dentro del marco legal, siendo indispensable que en la fundamentación de la misma se haga una expresa referencia a la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía de presunción de inocencia. El juez redactor de la sentencia la fundamentará sobre la base de sus propias consideraciones acerca de dicho extremo, que deberán serlo en forma acorde con el resultado de la prueba incriminatoria y en el mismo sentido marcado en el veredicto.

Para la redacción de la sentencia condenatoria se concede al juez un plazo del que carece cuando el veredicto ha sido de inocencia. Si el veredicto es de culpabilidad, el juez clausura la vista pública tras los informes de las partes y anuncia la hora y el día en que se dará lectura a la sentencia condenatoria, que será entre el tercero y el quinto siguientes. El cómputo a este respecto será el del artículo 156 CPP, por lo que sólo se computarán los días hábiles.

377

NULIDAD DEL VEREDICTO

Además de las causales de nulidad establecidas en este Código, el veredicto será nulo y así podrá ser declarado mediante el recurso de casación, en los casos siguientes:

- 1) Cuando no sea de la competencia del jurado;
 - 2) Cuando con posterioridad se compruebe que alguno de los jurados fue sobornado, presionado, no reunía los requisitos para ser jurado o estaba afectado por alguna incapacidad y ello era desconocido al momento de la selección;
 - 3) Cuando haya intervenido como jurado alguien no comprendido en la lista parcial respectiva, que no fue sorteado o hubo irregularidad en el sorteo;
 - 4) Cuando las instrucciones del juez sean de tal naturaleza que claramente hayan inducido a error al jurado o motivado en determinado sentido; y,
- 1540 5) Cuando falte la firma de alguno de los jurados.

Declarada la nulidad se realizará el juicio nuevamente, y no podrán intervenir los jurados que votaron el veredicto nulo.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 223 a 228 (nulidades), 362 (motivos de casación), 421 a 430 (recurso de casación)

II. COMENTARIO

A) Impugnación del veredicto

El artículo 377 CPP tiene por objeto la enumeración de los que llama motivos de nulidad del veredicto, precisando que “así podrá ser declarado mediante el recurso de casación”. Esta expresión indica con claridad el cauce procesal a través del cual podrá hacerse valer la nulidad que, siendo la casación, deberá articularse a través del recurso

que habrá de interponerse contra la sentencia que se dicte a consecuencia del veredicto, con el fallo condenatorio o absolutorio que se derive de la declaración de culpabilidad o de inocencia que en dicho veredicto se contenga.

Esto es, puesto que el recurso de casación se interpone contra sentencias, a tenor de la regulación que del mismo se contiene en los artículos 421 y siguientes del Código Procesal Penal, la nulidad del veredicto deberá hacerse valer a través del recurso de casación que necesariamente deberá interponerse contra la sentencia, aunque sólo el veredicto sea el objeto de la parte que se considere perjudicada.

Por lo tanto, y puesto que las normas reguladoras del enjuiciamiento por un tribunal técnico, de jueces, son de aplicación al juicio por el Jurado en lo no previsto en su específica regulación (art. 378 CPP), resulta que contra la sentencia dictada tras el veredicto del jurado puede interponerse recurso de casación que, si persigue la anulación de la sentencia por vicios de la misma, deberá fundarse en alguno de los motivos recogidos en el artículo 362 CPP, ya examinados en los comentarios a dicho precepto, mientras que si lo que pretende es conseguir la nulidad del veredicto, se basará en las causas del artículo 377 del Código Procesal de continua referencia. Y, naturalmente, puede argumentarse el recurso en base a ambas clases de vicios procesales.

Los motivos de nulidad del veredicto que se relacionan en el artículo 377 lo son **1541** “además de las causas de nulidad establecidas en este Código”, lo que nos reconduce expresamente a la regulación de las nulidades procesales. Concretamente, a las causas de nulidad absoluta del artículo 224 CPP, en una remisión innecesaria, pues sabido es que los motivos en que puede basarse el recurso de casación que se interponga para conseguir la nulidad del veredicto ni interfieren, ni impiden que se haga valer la nulidad absoluta por los motivos legalmente previstos.

B) Plazo y término inicial

Aunque nada dice el artículo que comentamos sobre el plazo para la interposición del recurso contra el veredicto, la expresa remisión a los trámites del recurso de casación nos conduce a lo que al respecto dispone el artículo 423 CPP, que dice que el recurso de ha de interponer “ante el tribunal que dictó la resolución, en el plazo de los diez días contados a partir de la notificación”.

Puede suscitarse la cuestión de si el día inicial para el cómputo del plazo de interposición del recurso para conseguir la nulidad del veredicto es el de su lectura, que sirve de notificación (art. 375 CPP), o por el contrario, cuenta desde la notificación de la sentencia que, si es condenatoria, se dicta posteriormente (art. 376 CPP).

A favor de la primera postura puede argüirse que la impugnación del veredicto es por motivos precisos y diferenciados de los previstos para el recurso de casación contra

la sentencia, así como que la resolución del Jurado es su veredicto y, puesto que su lectura sirve de notificación y se trata del acuerdo de un tribunal (tribunal del Jurado), desde la misma corre el plazo para recurrir con arreglo al artículo 423 CPP.

A favor de que el cómputo del plazo para recurrir el veredicto no comienza hasta la notificación de la sentencia que es su consecuencia hay razones no menos válidas. El conocimiento íntegro de la sentencia y su argumentación facilita la articulación del recurso contra el veredicto. Además, mediante la posibilidad de recurrir conjuntamente y en el mismo plazo el veredicto y la sentencia se simplifica el control del trámite y evita duplicidad de procedimientos (un recurso contra el veredicto y otro contra la sentencia), tramitando en un solo procedimiento y a partir de un solo recurso, sometido a los mismos plazos y cauce procesal el doble recurso que puede formularse en un mismo juicio por Jurado: contra el veredicto y contra la sentencia, por los motivos de los artículos 362 (sentencia) y 377 (veredicto).

C) Motivos

Los motivos que, articulados a través del recurso de casación, pueden dar lugar a la nulidad del veredicto son los siguientes:

1542 1) *Cuando no sea de la competencia del jurado.* Se trata de supuesto de falta de competencia objetiva o por razón de la materia, que concurrirá cuando el tribunal del jurado enjuicie alguno de los delitos contemplados en el artículo 53 CPP, expresamente reservados al conocimiento del Tribunal de Sentencia. En todo caso, y puesto que es el propio artículo 377 el que hace referencia a las demás causas de nulidad, valga decir que la causa del artículo 224.1 CPP, similar a ésta, hace innecesaria la mención a la falta de competencia del artículo que ahora se analiza.

2) *Cuando con posterioridad se compruebe que alguno de los jurados fue sobornado, presionado, no reunía los requisitos para ser jurado o estaba afectado por alguna incapacidad y ello era desconocido al momento de la selección.* Se trata de una amalgama de motivos diferentes que tal vez debieran recogerse en apartados distintos.

Unos son supuestos de vicios de la voluntad de alguno de los miembros del tribunal colegiado, o pura y simple inexistencia de la misma, si la presión a que se le sometió fue muy intensa.

Mientras que si se trató del soborno del jurado, se trataría de un claro supuesto de voto conscientemente desviado, en cuanto el jurado de que se trate formuló su voto, no en conciencia, sino movido por la recompensa recibida o prometida. Por último, si la causa reside en la falta de requisitos o de capacidad de un jurado, estaremos ante la existencia de un grave defecto en la formación del órgano colegiado decisor, en cuanto

quedó integrado defectuosamente y afectado de nulidad, ya que uno de sus miembros no estaba capacitado para el desempeño de la función.

3) *Cuando haya intervenido alguien que no fue incluido en la lista parcial respectiva, que no fue sorteado, o hubo irregularidad en el sorteo.* La deficiencia radica, en esta ocasión, en la existencia de un grave defecto en el proceso previo de selección, que termina afectando a la formación del concreto tribunal del jurado de que se trate, en el que se integró quien ni siquiera debió ser objeto de la previa selección, o lo fue mediando irregularidades.

4) *Cuando las instrucciones del juez sean de tal naturaleza que claramente hayan inducido a error al jurado o motivado en determinado sentido.* El juez ha de procurar que las instrucciones que imparte a los jurados, a la par que les ilustran acerca de su función y les ayudan a mejor desempeñarla, no les confundan o, lo que objetivamente puede ser peor, no les predispongan en uno u otro sentido, a favor o en contra del imputado. Si así sucede, se tratará de un caso de parcialidad en las instrucciones, no necesariamente porque el juez sea subjetivamente imparcial, sino porque no acertó a impartirlas de forma que no dejase traslucir al hilo de las mismas su criterio particular, su valoración del caso, que no es que no tengan por qué conocer los jurados, sino que no deben conocerla, puesto que son ellos los que han de decidir, sin estar mediatizados de ningún modo, ni directa, ni indirectamente.

1543

5) *Cuando falte la firma de alguno de los jurados.* Si la firma es la materialización gráfica de la voluntad expresada también gráficamente y al pie de cuya expresión se pone aquella, parece claro que la falta de firma de alguno de los jurados da lugar a la falta de constancia clara de cuál fue la voluntad de dicho jurado, de cuál fue su voto para la formación del veredicto y, en puridad, si llegó a expresarlo. Ello justifica la nulidad, pues se trata de un defecto formal con acusada trascendencia material.

La consecuencia de la nulidad del veredicto es la del juicio, que debe celebrarse de nuevo, pero con otros jurados, pues los que intervinieron en el anulado están objetivamente contaminados por su anterior actuación.

378

REMISIÓN

Para la resolución de cualquier incidencia dentro del juicio por jurados o para resolver algún punto no previsto, se aplicarán las reglas de la vista pública, siempre que no desnaturalicen la razón y principios del jurado.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 329 (resoluciones durante la audiencia), 333.1 (suspensión para resolución de cuestiones incidentales, 339 (trámites de los incidentes), 356.1 (resolución de incidentes en sentencia), 363.4 (reflejo en el acta de los incidentes), 414 (recurso de revocatoria contra resolución de incidentes), 415 (interposición del recurso en forma oral durante las audiencias)

II. COMENTARIO

1544

El artículo 378 CPP es un precepto general de remisión a las normas de la vista pública para la resolución de las incidencias que puedan suscitarse durante la celebración del juicio por jurados.

En cierto modo, es superfluo su contenido, puesto que resulta ciertamente redundante de lo antes establecido en el primer párrafo del artículo 372 CPP, que establece con carácter general la aplicación al juicio ante el Tribunal del Jurado las normas de la vista pública.

La amplia remisión que dispone el artículo que se comenta nos obliga a remitirnos a los comentarios al artículo 339 CPP.

El juicio por jurados se caracteriza porque son los integrantes del órgano colegiado decisor quienes desempeñan la función básica consistente en la declaración en el veredicto de la culpabilidad o la inocencia del acusado. Pero el que las sesiones sean dirigidas por un juez técnico, como es el juez de sentencia que debe presidirlas y que, por ello y por la condición de legos en Derecho de los jurados, debe resolver las cuestiones que se vayan planteando, otorga al mismo un protagonismo indiscutible en esta vertiente incidental. Será él, no el Jurado, quien tomará las decisiones que pongan fin a los incidentes que se vayan suscitando, que en algunas ocasiones pueden ser determinantes del desarrollo del juicio y, tal vez, de la decisión final que el Jurado adopte.

En coherencia con esta configuración del Jurado y su cometido, las cuestiones incidentales que a lo largo del juicio se planteen habrán de ser resueltas por el juez que preside el juicio, por lo que no podrá ser diferida su solución al momento de dictar sentencia, tal como respecto del juicio por técnicos se prevé en los artículos 339 y 356.1 CPP.

El juicio por jurados ha de finalizar y llegar a la deliberación exento de toda cuestión que no sea estrictamente la fundamental atinente a la declaración de culpabilidad o inocencia del acusado, única y esencial función del Jurado.

LIBRO TERCERO

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

379

ADMISIBILIDAD

1546 Desde el inicio del procedimiento hasta la audiencia preliminar, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado previsto en este título cuando concurren las circunstancias siguientes:

- 1) Que el fiscal solicite una pena no privativa de libertad o de prisión hasta de tres años;
- 2) Que el imputado admita el hecho y consienta la aplicación de este procedimiento, sin perjuicio de incluir en su manifestación otros hechos o circunstancias que considere convenientes; y,
- 3) Que el defensor acredite que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.
- 4) El consentimiento de la víctima o del querellante. En caso de negativa, el juez apreciará las razones expuestas, pudiendo llevar adelante el procedimiento abreviado aún sin el consentimiento de la víctima o del querellante

La existencia de coimputados no impedirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

380

TRÁMITE

Cuando los sujetos mencionados en el artículo anterior acuerden este procedimiento fuera de una audiencia presentarán conjuntamente un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el mismo artículo y requerirán al juez una audiencia para su tratamiento.

Cuando este acuerdo se produzca, en una audiencia, el acta contendrá los mismos requisitos.

El juez oírán al imputado y dictará la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera necesario podrá oír a la víctima o al querellante, salvo que ella lo haya solicitado, caso en el cual, estará obligado a oírlos.

El juez absolverá o condenará, según corresponda. Si condena, la pena impuesta no podrá superar la requerida por el fiscal.

1547

La sentencia contendrá los requisitos previstos en este Código, de modo conciso.

Si el juez no admite la aplicación del procedimiento abreviado, ordenará la continuación del trámite ordinario. En este caso, el requerimiento anterior no vinculará al Fiscal ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una prueba útil durante el procedimiento común.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 10, 13.1, 18, 54.1, 55.1, 248.6, 256.7, 313.5, 315, 316.6, 320.6, 398.5, 406, 422

II. COMENTARIO

Una de las novedades más significativas introducida por el CPP viene constituida por el establecimiento de un procedimiento especial, denominado abreviado que, basado en el principio del consenso, permite a través de la conformidad del imputado, y tras la observancia de una serie de requisitos objetivos, subjetivos y de actividad, evitar la

celebración del juicio oral, dictando anticipadamente una sentencia que ponga fin al proceso.

El proceso abreviado es una manifestación de las soluciones negociadas, que no estando exentas de críticas, predominan hoy en día en el moderno derecho procesal penal. El portugués FIGUEIRIDO DÍAS se refiere a la conformidad, como instituto inspirado en la lógica de la productividad, donde abundan razones puramente pragmáticas de celeridad, simplificación, economía o, en suma, la razón costes/beneficio, y, por otro lado, la proyección del discurso del consenso inspirado en la lógica de la Justicia, con la referencia axiológica de un hombre-acusado, al que ha de reconocérsele el derecho a su libre autodeterminación.

El modelo procesal inglés contempla, entre las formas de terminación del proceso, desde hace muchos años, el reconocimiento de la culpabilidad por parte del imputado (guilty plea), puede declararse como tal, formulados los cargos contra su persona, al principio de la audiencia inicial y a requerimiento del juez, con lo que queda el procedimiento visto para sentencia.

1548

La referida institución se exportó a las colonias de ultramar, y la misma se asentó, con una nueva y extraordinaria vida, en el ámbito del derecho norteamericano, y hasta el punto ello es así que, en 1984, en estudio elaborado por el Ministerio de Justicia, se concluía que la relación existente, entre los casos resueltos transaccionalmente y los decididos tras la celebración de juicio público, era de once a uno. En este sentido, no son de extrañar las palabras de WEINREB cuando concluía críticamente que “en un examen ajustado de la realidad, la conformidad es lo normal, y el paso al juicio, lo excepcional”. E incluso, en significativa frase, otro monografista sobre el tema ALSCHULER indicaba que, dada la situación del actual proceso penal norteamericano, los defensores suelen adoptar el lema de que “en caso de duda échate atrás y negocia”.

FERNÁNDEZ ENTRALGO expone cuales son las consecuencias de la conformidad del imputado en dicho proceso, y así indica que, a cambio de que se declare culpable, unas veces la acusación se aviene a interesar una pena más benigna a través de una “recommendation” del Ministerio Fiscal. Esta es la modalidad conocida como “sentence bargaining” o “sentence reduction”. En otras ocasiones, la acusación ofrece, en contrapartida, retirar algunos cargos (“la charge bargaining” o “charge reduction”), bien sea no formulándolos (“dismissal of charges”), bien calificando los hechos menos severamente (“softer label”) o dar alguna ventaja al acusado (como la posibilidad de conformarse con la acusación menos grave, o “the plea to a lesser included offense”). Así se evitaría la celebración de un juicio con jurado, a través, de lo que han denominado con humor NEWMAN y ANDERSON, una condena “lighth”.

El sistema se ha generalizado y así procedimientos penales de conformidad existen en Hispanoamérica y Europa: Costa Rica, El Salvador, España, Portugal, Italia,

Alemania... etc., y a través del mismo, como escribe BARONA VILAR, no es tan sólo el acusado el único favorecido, sino que también se benefician el Estado y las partes acusadoras. El Estado consigue descongestionar el número de causas pendientes (por razones de economía procesal). Las partes acusadoras consiguen con la conformidad ahorro de actuaciones y aseguramiento de la condena del acusado, lo que lleva a defender esta institución en base a un fin claramente utilitario, bien sea asumiendo el precio de lo que SCHÜNEMANN ha denominado, críticamente, desnaturalizar la estructura del proceso penal.

Se ha discutido cual es la naturaleza jurídica de esta clase de procedimientos especiales de conformidad. Así se ha sostenido que ésta es una transacción, o lo que es lo mismo un convenio entre acusación e imputado para poner fin al proceso, aceptando una concreta extensión de la pena procedente por el delito reconocido. Se ha sostenido igualmente que nos hallamos ante una auténtica confesión del imputado con las consecuencias jurídicas de poner fin al proceso, ahora bien el último pf. del art. 380 le viene a negar tal valor, puesto que de no ser aceptada por el Juez “no podrá ser considerada como prueba útil durante el procedimiento común”. ALCALÁ ZAMORA y AGUILERA DE PAZ defienden la posición de que nos encontramos ante un allanamiento penal, como acto dispositivo o renuncia del derecho de defensa, en los supuestos en los que, por ley, así se autoriza. FENECH lo reputa como procedimiento especial, en cuya virtud se lleva a cabo un acto de disposición procesal, que tiene como consecuencia que se dicte sentencia sin celebrarse el debate del juicio oral. SERRA DOMÍNGUEZ, al que sigue BARONA VILAR, lo considera como institución con efectos meramente procesales, provocando una abreviación del procedimiento ordinario, prescindiendo de la etapa probatoria y dictándose, sin más, sentencia.

1549

La sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de junio de 1991 señala que: “En la exposición de motivos de la todavía vigente Ley procesal se atribuye a los escritos de conclusiones (provisionales o definitivas) un carácter semejante a lo que la demanda y la contestación es en el proceso civil, según que se trate de conclusiones del fiscal o de la defensa. Pudiera entonces equipararse la conformidad del acusado al allanamiento civil, lo que sin embargo no es así en términos absolutos por cuanto que ese aquietamiento del proceso penal aparece sometido y condicionado a distintas circunstancias. Lo que no cabe duda alguna es que con ese supuesto excepcional se pretende poner fin a la tramitación judicial, ya sea por razones de economía procesal, ya por razones de utilidad, cuando no buscando una predisposición del tribunal en favor del acusado, en aras de lograr esa justicia eficaz que aquí se completaría con el reconocimiento que éste manifiesta a la labor investigadora realizada por la Administración”.

Tras esta breve introducción procederemos a analizar la regulación normativa del procedimiento abreviado en el CPP, y, por consiguiente, estudiar sus requisitos que podemos sistematizar en tres grandes grupos: subjetivos, objetivos y de actividad.

A) Requisitos objetivos: Es necesario para que pueda seguirse el procedimiento abreviado que por parte del Ministerio Fiscal se solicite por el delito imputado una pena no privativa de libertad o de prisión que no exceda de tres años; por consiguiente es la concreta sanción punitiva solicitada por parte del fiscal, en atención a las circunstancias concurrentes: modificativas de responsabilidad criminal, grado de ejecución o participación delictiva, la que motiva la posibilidad de sustanciar el proceso por estos trámites procedimentales, y no por lo tanto la abstracta con que la ley sancione el delito de que se trate, si bien ello no quiere decir que el fiscal, prescindiendo del principio de legalidad, pueda obtener una conformidad mediante un ofrecimiento de pena que no sea la legalmente procedente. El Juez deberá velar por el cumplimiento de este requisito, no posibilitando la conformidad en casos de petición de penas de prisión superiores a tal límite legal, ni tampoco cuando la pena procedente, según el CP o legislación especial, exceda de la solicitada ilegalmente por el fiscal. Por el contrario, admitirá el procedimiento abreviado si dicha petición entra dentro de las facultades individualizadoras de la pena.

Tampoco cabrá la aplicación del procedimiento abreviado en el caso del juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad (art. 398.5 del CPP).

B) Requisitos subjetivos: Hacen referencia a la intervención de los sujetos procesales que posibilitan la aplicación del procedimiento abreviado: Juez, fiscal, imputado, defensor, víctima y querellante.

1550

a) Por parte del fiscal, y como hemos visto deberá solicitar por el delito cometido una pena no privativa de libertad o de prisión hasta tres años. Tal petición deberá efectuarse dentro de la legalidad punitiva, por razón de un delito en cuya persecución y sanción le corresponda intervenir y, por último, ha de cuidar que el procedimiento se lleve a efecto con escrupulosa observancia de los requisitos exigidos en el CPP para su viabilidad.

b) Por parte del imputado es preciso que admita el hecho y consienta la aplicación de este procedimiento, sin perjuicio de incluir en su manifestación otros hechos o circunstancias que considere convenientes. El hecho admitido será el que es objeto de imputación en la causa (art. 8 y 87 del CPP). Es necesario, por lo tanto, contar con el consentimiento del imputado sobre dos concretos extremos: el hecho delictivo y la aplicación del procedimiento abreviado; pues pueden reconocerse los hechos imputados, pero disentir de la aplicación de este procedimiento especial, por ejemplo por no conseguirse una conformidad con la pena, o por entender concurrente una causa excluyente de responsabilidad criminal.

La conformidad del imputado deberá de reunir una serie de requisitos, que podemos sintetizar de la forma siguiente: 1) que sea absoluta, es decir no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna; 2) personalísima: dimanante del propio imputado y ratificada ante el Juez, 3) voluntaria, o lo que es lo mismo consciente y libre, extremo

que implica el conocimiento de las consecuencias de la misma, a tal efecto será asesorado por defensor que deberá cuidar que el imputado ha prestado su consentimiento libremente; 4) formal, reuniendo las solemnidades que la ley procesal establece; 5) vinculante, una vez exteriorizada en legal forma; 6) de doble garantía, pues se exige el control por su defensor y ratificación judicial (art. 379.3, y 380 del CPP).

La existencia de varios coimputados no impedirá la aplicación del procedimiento abreviado a alguno de ellos (art. 379 último párrafo); por el contrario, en el derecho español, de ser varios los coimputados, se precisa la conformidad de todos, bastando que uno se niegue para que deba seguirse el procedimiento ordinario correspondiente.

c) Por parte del defensor, cuya intervención deviene obligatoria, toda vez que todo imputado gozará del derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un abogado, desde el momento de la detención o desde que tenga la calidad de imputado hasta el fin de la ejecución de la sentencia (art. 10 del CPP), sin que el hecho de que se siga este procedimiento deba suponer la merma de las garantías procesales (art. 18 de dicho texto legal), deberá cuidar que el imputado preste su consentimiento libremente, para lo cual es preciso que sea consciente de su decisión, recibiendo la correspondiente información de las consecuencias que derivan de su conformidad, extremo sobre los que será informado por su defensor, que no tolerará y denunciará cualquier intento de conminar al imputado a doblegarse a la pretensión acusatoria a través de medios ilegítimos. En el caso de que el defensor entienda que el imputado no presta libremente su consentimiento, así lo deberá informar al juez.

1551

d) La víctima o el querellante deberán prestar su consentimiento, si bien el mismo no es vinculante para el Juez, al señalar la ley que éste apreciará las razones expuestas, pudiendo llevar adelante el procedimiento abreviado aún sin el consentimiento de aquellos (art. 379. 4 CPP). La víctima tiene el derecho reconocido en el art. 13.1 del CPP a intervenir en el procedimiento en la forma establecida en la ley. Dada la regulación normativa, antes consignada, más que de un consentimiento, pues el mismo no es vinculante, podría más bien hablarse de una audiencia a la víctima y querellante.

e) Por parte del órgano jurisdiccional, la conformidad puede prestarse ante el Juez de Paz en la audiencia inicial, el cual de admitir la misma resolverá conforme al procedimiento abreviado (art. 55.1 y 256.7), o ante el Juez de Instrucción (art. 54.1 y 320.6). La intervención judicial se circunscribe a comprobar la concurrencia de los requisitos que posibilitan la aplicación del procedimiento abreviado, recibiendo la conformidad del imputado, y diciendo sobre su admisión, dictando, en tal caso, la sentencia absolutoria o condenatoria que corresponda.

C) Requisitos de actividad. Estos hacen referencia a los condicionantes de tiempo, lugar y forma.

a) Tiempo. Según el párrafo primero del art. 379 del CPP, el procedimiento podrá adoptarse a los trámites del abreviado desde su inicio hasta la audiencia preliminar, estableciéndose pues su momento preclusivo en esta última fase del procedimiento. No se regula en la ley la posibilidad de la conformidad ante el Tribunal de sentencia, por lo que la misma no es factible.

La Ley establece que el fiscal podrá en el requerimiento solicitar la aplicación del procedimiento abreviado (art. 248.6 CPP), resolviendo el Juez de Paz, tras oír a las partes en la audiencia inicial (art. 256.7 CPP). El Código también señala que pueda interesarse su adopción hasta diez días antes de la celebración de la audiencia preliminar (art. 313.5), e igualmente dentro de los cinco días previstos para consultar las actuaciones y evidencias antes de participar en la realización de la misma (art. 315 y 316.6 CPP), decidiendo el Juez de Instrucción inmediatamente después de finalizar ésta (art. 320.6 CPP). Dada la dicción del art. 380 pf. 2º no cabe duda, tampoco, que dicho acuerdo podrá producirse en la precitadas audiencias.

1552

b) Lugar. Con respecto al lugar se llevará a efecto ante el órgano jurisdiccional, ya sea éste el Juzgado de Paz o de Instrucción, sin perjuicio de que las negociaciones previas se realicen fuera de la sede jurisdiccional, en las dependencias de la fiscalía o en el lugar que las partes estimen oportuno. Ahora bien, como acto procesal que es, sus presupuestos deberán acreditarse y sus requisitos formales observados ante el Juez competente. Así de tajante se expresa el art. 380 pf 1º, al indicar que “cuando los sujetos mencionados en el artículo anterior acuerden este procedimiento fuera de una audiencia presentarán conjuntamente un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el mismo artículo y requerirán al juez una audiencia para su tratamiento”.

c) Forma: Si la conformidad se obtiene fuera de una audiencia deberá presentarse un escrito conjunto del fiscal, defensor, imputado, y de prestar su consentimiento, de la víctima o querellante, en él se acreditará el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley, y se requerirá del juez una audiencia para su tratamiento (art. 380 pf 1º). Cuando el acuerdo se alcance en una audiencia, el acta contendrá dichos requisitos. Aunque la ley expresamente no lo señale parece evidente que es preciso hacer constar en el mentado escrito los concretos hechos sobre los que se ha producido la conformidad. El imputado podrá introducir otros hechos y circunstancias que considere convenientes (art. 379.2 CPP), y que el fiscal así lo admita.

El Juez deberá de oír preceptivamente al imputado a los efectos de que, con advertencia de sus derechos, ratifique la conformidad. Si el Juez aprecia que la misma esta viciada o el imputado no es consciente de la conformidad prestada no admitirá a trámite el procedimiento abreviado. Si lo considera necesario podrá oír a la víctima o al querellante, salvo que ella lo haya solicitado, caso en el cual, estará obligado a oírla.

Cumplidos los indicados requisitos el Juez admitirá o denegará la aplicación del procedimiento. Si no lo admite ordenará su curso por el trámite del procedimiento ordinario, a tal efecto ponderará, en su caso, las razones esgrimidas por la víctima y querellante. El Juez no admitirá a trámite el procedimiento si aprecia no concurren los requisitos legalmente establecidos para su adopción. De no admitirse el mismo, el requerimiento anterior no vinculará al fiscal, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una prueba útil durante el procedimiento común, es decir que la mentada conformidad es un acto procesal que no puede ser valorado, en modo alguno, como una prueba de confesión del imputado, de hacerse así la sentencia dictada se hallaría viciada, siendo susceptible de casación al amparo del art. 362.3 del CPP.

Admitido a trámite el procedimiento, el Juez de Paz o de Instrucción dictará la correspondiente sentencia absolviendo o condenando al acusado, partiendo de los hechos admitidos por las partes. En el caso que se dicte sentencia condenatoria la pena impuesta no podrá superar la requerida por el fiscal, si bien la ley no indica que no quepa la imposición de otra menor. También dicha sentencia podrá ser absolutoria, por ejemplo porque los hechos admitidos no sean constitutivos de delito, supuesto realmente difícil, o porque entre en juego una causa extintiva de responsabilidad criminal como por ejemplo la prescripción (art. 96 del CP).

1553

Contra la referida sentencia podrá interponerse recurso de casación (art. 406 y 422 del CPP). Tampoco existe inconveniente en interponer la revisión en los casos que proceda con arreglo al art. 431 del indicado texto legal.

III. JURISPRUDENCIA

No es necesario el debate oral. “En el presente hecho la representación fiscal, ha solicitado la aplicación del Procedimiento Abreviado, el cual es un procedimiento especial, por medio de la cual la ley permite dictar la sentencia sin debate oral, siempre y cuando se llenen los requisitos procesales que establece el Art. 379 Pr.Pn...En consecuencia se procede sin mas trámite a dictar formalmente la sentencia condenatoria a la referida imputada, imponiéndosele la pena de prisión, de tres años, de conformidad al Art. 37 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas” (*Juzgado 1° de Paz de Sonsonate, 23-01-02*).

Límite de la pena imponible. “Celebrada que fue la audiencia especial de Reapertura del proceso, tal y como consta en acta que antecede, el Suscrito Juez, resolvió reabrir el presente proceso penal en virtud de considerar que los elementos nuevos incorporados en dicho proceso son suficientes para poder admitir la reapertura y la acusación y en virtud de emitir el respectivo auto de apertura a juicio, por tal razón la representación fiscal solicita se aplique una salida alterna al presente proceso

consistente en un procedimiento abreviado Art. 379 y sig. Pr. Pn., solicitando una pena de tres años de prisión...el imputado en forma clara y expresa ha aceptado los hechos que se le imputan, por lo que de esa forma se tendrá por establecido el extremo procesal de la participación delictual, la que se aunará a los indicios probatorios obtenidos dentro de la etapa instructora...prevalece de igual manera la solicitud expresa de la representación del Ministerio Público Fiscal en la imposición de la pena, habiéndose solicitado tres años de prisión, por cuanto el ilícito está sancionado con una pena mínima de tres años máximo cinco, siendo en base a ello que se admitió la referida aplicación” (*Juzgado 2°. de Instrucción de Sonsonate, 30-07-03*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

1554

En el comentario se ha expresado que los requisitos se pueden sistematizar en tres grandes grupos: subjetivos, objetivos y de actividad. Respecto a los subjetivos, en la actualidad ha surgido la duda de si el fiscal es el único facultado para solicitar el procedimiento abreviado. Algún sector de abogados y jueces sostienen que ante la petición de la Fiscalía General de la República es innegable que procede su aplicación, por la facultad monopolizadora de la acción penal. Por su naturaleza jurídica de transacción, negociación o convenio, tiene que preexistir un acuerdo previo entre las partes involucradas (Fiscal, Imputado, Defensor, Víctima, Querellante). Tal naturaleza se desprende de la terminología que usó el legislador, al referirse al “consentimiento”.

Dicho acuerdo puede resultar de la propuesta que cualquiera de las partes haga, así lo determina el inciso primero del Art. 379 CPP. Este acuerdo se puede tomar tanto fuera como en la audiencia. Si ocurre fuera de ella, las partes presentaran conjuntamente un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el Art. 379 CPP y requerirán al juez una audiencia para su tratamiento. Esta audiencia puede ser desde la inicial, cualquiera otra, hasta la preliminar. Como puede verse, en este caso la petición es conjunta. Cuando el Fiscal presente requerimiento de instrucción, solicitando una pena no privativa de libertad o de prisión hasta de tres años, puede en la audiencia proponerse por cualquiera de las partes la aplicabilidad del procedimiento abreviado. Tiene que someterse a la transacción de todas las partes, ya que de no existir acuerdo respecto a su aplicabilidad no hay procedimiento abreviado. No debe interpretarse el ordinal primero del Art. 379 CPP, en el sentido que el fiscal esté solicitando la concreta petición del procedimiento abreviado, sino que es a partir de solicitar una pena no privativa de libertad, o de prisión hasta de tres años, que podría proponerse su aplicabilidad. En este caso al convenio se llega en la audiencia, el que al concretizarse, deberá por parte del tribunal, levantarse un acta que contendrá los mismos requisitos del Art. 379 CPP El Art. 313 CPP, faculta al querellante su proposición, asimismo el Art. 316 ordinal sexto CPP, faculta al defensor requerir aplicación del procedimiento abreviado. En conclusión, el fiscal no es el único facultado.

Por parte del defensor, es de hacer notar que en la práctica está ocurriendo, en algunos casos, una inadecuada asesoría, al proponerle al imputado la aplicabilidad del procedimiento especial a sabiendas de su inocencia, únicamente por conveniencia. Así puede encontrarse a muchos procesados inocentes condenados, porque sus abogados no cumplieron con el encargo de la defensa adecuadamente.

En cuanto al Órgano Jurisdiccional, se tiene la idea generalizada, de fallar únicamente con la admisión de los hechos del encartado. Ello está referido al control jurisdiccional. En principio debe señalarse que en el caso de proponerse el procedimiento abreviado en una audiencia, el juez no puede presionar para que sea consentido, o intervenir de cualquier modo en la negociación previa o en la celebración del acuerdo entre las partes. La ley establece que, con posterioridad a la formalización del convenio, el juez debe examinarlo para decidir si presta su conformidad o no lo hace; en este último caso deberá optarse por el procedimiento ordinario. La necesaria autorización del juez radica en su verificación del resguardo de los derechos del imputado en el trámite y en el acto del acuerdo. Antes de aceptarlo deberá controlar que la admisión de los hechos del proceso sea libre y voluntaria, sin coacción ni engaño y con plena comprensión, prestada con conocimiento de las consecuencias que le traerá y con una eficiente tarea de la defensa técnica al respecto. Otros aspectos a controlar por el juez son que el hecho y la participación se encuentren suficiente y concordantemente acreditados por las pruebas reunidas en la investigación preparatoria, haciendo innecesario el debate para el esclarecimiento de los extremos fácticos de la imputación; que la calificación jurídica es claramente la adecuada y que la pena requerida y convenida es acorde con ese encuadramiento, por estar dentro de la escala penal prevista para el delito y jurídicamente posible la modalidad de ejecución acordada. O sea que el tribunal deberá verificar el efectivo resguardo por las garantías del imputado y el respeto de los principios de verdad y legalidad, como condición de su conformidad con el procedimiento abreviado. En caso de condena el juez debe ponderar la suficiencia o no de la pena acordada, sin poder rebasar la pena pedida por el fiscal, y sin poder recalificar el delito, si ésta rebasa el límite de pena solicitado. Sin embargo, puede según las circunstancias imponer una pena menor a la solicitada o absolver al acusado, Art. 380 párrafo cuarto CPP.

1555

Con relación a la admisibilidad del hecho, hay que aclarar que no basta la sola manifestación del imputado “admito el o los hechos atribuidos”, siendo indispensable que su admisibilidad sea circunstanciada, es decir, con expresa referencia a los detalles de personas, modo, tiempo, lugar, etc., que rodearon el hecho atribuido. Como se dijo, es también imprescindible que la admisión sea corroborada por las pruebas recibidas en la investigación preparatoria.

Se ha cuestionado si el procedimiento abreviado, es aplicable sólo a ciertos delitos. La ley no determina taxativamente cuáles son los delitos que hacen posible la aplicabilidad del procedimiento especial. Esto se puede concluir al interpretar el ordinal

primero del Art. 379 CPP, que expresa "Que el fiscal solicite una pena no privativa de libertad, o de prisión hasta de tres años". Ello significa que la procedencia está sujeta a la petición concreta del fiscal y no a los límites señalados en abstracto por el tipo penal. En ese sentido: por ejemplo, si el delito atribuido al imputado es el de privación de libertad, con pena de prisión de tres a seis años, y el fiscal solicita la pena de tres años, aunque el delito es formalmente grave (Art. 18 CP), es perfectamente aplicable el procedimiento abreviado. Por otra parte existe la idea que cuando se aplique el procedimiento abreviado, debe automáticamente suspenderse la ejecución de la pena impuesta. Esta conclusión no es adecuada, pues con la simple lectura del Art. 77 CP, que regula que "el juez o el tribunal podrá otorgar...", la dicción "podrá" implica discrecionalidad. Además la suspensión sólo procede en defecto de las otras formas substitutivas de la pena.

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO EN CASO DE ANTEJUICIO

381

PRIVILEGIO CONSTITUCIONAL

Los funcionarios públicos que determina el artículo 236 de la Constitución de la República, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan. También responderán ante la misma Asamblea por los delitos oficiales y por los comunes graves los diputados. Por los delitos comunes menos graves y por las faltas los diputados serán juzgados por el juez competente, pero no podrán ser detenidos o presos ni llamados a declarar sino después de concluido el período de su elección.

1557

382

PRIVILEGIO CONSTITUCIONAL PARA OTROS FUNCIONARIOS

Por los delitos oficiales que cometan los Jueces de Primera Instancia, los Jueces de Paz y los Gobernadores Departamentales, serán juzgados por los tribunales comunes, previa declaratoria de haber lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia.

Los referidos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 3, 125, 236, 238 y 239
- CPP, 30, 48, 50, 51, 385 y 386
- CP, 17, 18 y 22

- Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, y la también Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Consulares de 24 de abril de 1963

II. COMENTARIO

Exigencias normativas del Derecho Internacional Público o del propio Derecho Público Interno traen consigo, ya sea con carácter pleno o limitado, la exclusión de determinadas personas de la aplicación de las leyes penales y procesales, en consideración al cargo o función pública que desempeñan, configurando auténticas causas de exención de la responsabilidad criminal, y, por consiguiente, jurisdiccionales.

El principio de igualdad constitucionalmente proclamado (art. 3 Cn) exige que tales supuestos estén fundados en objetivas consideraciones que los justifiquen, en tanto en cuanto estas reglas especiales de exenciones y aforamientos son garantías reforzadas que únicamente alcanzan su justificación cuando responden al interés de garantizar el mejor cumplimiento de las funciones públicas que se atribuyen a determinadas personas.

1558

El art. 17 del CP establece que la Ley Penal se aplicará con igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieron más de 18 años, añadiendo, a continuación, que no obstante “no se aplicará la Ley Penal Salvadoreña cuando la persona goce de privilegios según la Constitución de la República y el Derecho Internacional y cuando goce de inviolabilidades en determinadas materias, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República”.

Hay que distinguir, a tales efectos, las exenciones jurisdiccionales (inviolabilidad), de los aforamientos competenciales y otras prerrogativas (inmunidad).

ALMAGRO NOSETTE define la exención jurisdiccional como un “impedimento legal de la actuación jurisdiccional contra las personas que las tienen atribuidas”. Pueden tener carácter absoluto o ilimitado, o relativo, si sólo, en determinadas condiciones y circunstancias, operan como obstáculos impeditivos del conocimiento jurisdiccional. En razón a las normas jurídicas que las regulan pueden ser exenciones de derecho internacional o de derecho público interno.

En relación con las primeras la República de El Salvador ha ratificado diversos tratados internacionales que conceden prerrogativas de tal clase a los representantes de otros Estados, miembros de organismos internacionales y agentes en misión especial, y así entre las disposiciones de tal clase podemos citar la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, la Convención de

Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, y la también Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Consulares de 24 de abril de 1963, las cuales se encuentran contenidas en la Ley del Ceremonial Diplomático de la República de 1 de octubre de 1998 (capítulo XX).

Dentro de las inmunidades de derecho interno se encuentra la inviolabilidad de los parlamentarios, reconocida en el art. 125 de la Cn, según la cual los diputados “son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan”. La justificación de la misma, según CONDE-PUMPIDO FERREIRO radica en “la función crítica que corresponde a los miembros de los organismos legislativos que hace se establezca a favor de sus opiniones y votos una presunción de ausencia de antijuricidad. El parlamentario tiene el deber de crítica y no puede ser coartado en el cumplimiento de ese aserto. Ciertamente que esta misión crítica puede degenerar y transformarse en instrumento de difamación, pero esta posibilidad se sacrifica ante las exigencias de la libertad de la función” (*Contestaciones de Derecho Penal al programa de ingresos en la Carrera Judicial*, 1996, p.268).

Especial problemática, sobre la que no podemos entrar ahora, es la relativa a la fijación del ámbito de la inviolabilidad, es decir si ésta ampara al representante popular únicamente en actos parlamentarios, o lo que es lo mismo en actividad regulada por la Constitución y el Reglamento de la Asamblea Legislativa como propia del diputado, o se extiende más allá, comprendiendo actos extraparlamentarios, en tanto en cuanto el mentado representante popular desarrolla funciones propias fuera del estricto ámbito de la Asamblea Legislativa; lo que exige resolver la cuestión, no siempre sencilla, de precisar cuando actúa como tal diputado o como simple ciudadano, toda vez que sobre dicha problemática subyace la necesidad de circunscribir el círculo protector de las prerrogativas parlamentarias para no devenir en privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros, que pudieran verse injuriados o difamados.

1559

El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 9/1990, de 18 de enero, restringe el concepto de inviolabilidad parlamentaria en los términos siguientes: “La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan”.

La inviolabilidad es, pues, un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, que no cabe confundir con la inmunidad que igualmente gozan, que es, en cambio, una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad

personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, para evitar limitaciones en el ejercicio de sus funciones procedentes de manipulaciones políticas, a cuyo efecto se exige la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros.

Es clásico el criterio diferenciador entre inviolabilidad e inmunidad. La primera actúa en el ámbito del derecho penal material o sustantivo, mientras que, por el contrario, la inmunidad opera en el marco procesal penal, a modo de auténtico requisito de procedibilidad. El fundamento común de ambas prerrogativas es garantizar la libertad e independencia de los representantes populares.

La naturaleza jurídica de la inviolabilidad es discutida por los penalistas que la consideran bien como una causa personal de exclusión de la pena, bien como una causa de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta, o incluso como causa de inculpabilidad fundada en la no exigibilidad de otro comportamiento, mientras que para los procesalistas es una exención jurisdiccional de derecho público interno. Por el contrario, no ofrece duda la consideración de la inmunidad como requisito de procedibilidad u obstáculo legal a superar para poder tramitar una causa frente a un diputado o persona que goce de tal privilegio, en atención a las trascendentes funciones públicas que desempeña.

1560

AGUILERA DE PAZ afirmaba que “la inmunidad de los representantes de la nación ha sido siempre objeto de apasionadas controversias” (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, p.623) sobre su alcance, significado y justificación, de no siempre sencilla solución.

A los efectos de delimitar su ámbito propio de actuación, GARCÍA MORILLO señala que “el carácter de protección política que subyace en la inmunidad no va ligado al delito cometido, sino a la persecución penal instada. La inmunidad no protege a quienes cometen delitos por motivaciones políticas..., sino que protege frente a quiénes, por móviles políticos, urden una acusación penal. El sujeto protegido es, sí, el parlamentario, pero la protección no apunta a los actos del propio parlamentario, sino a los de aquellos que, eventualmente, quieren perseguirle” (*“Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria”, en Inmunidad Parlamentaria y Jurisprudencia Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, p. 79*).

No obstante, esta concepción tiene el riesgo, apuntado por MARCHENA LÓPEZ, de que la protección de la prerrogativa pueda construirse no por el qué imputable al diputado, sino por el quién de la persecución, lo que puede resultar una peligrosa vía de impunidad difícilmente aceptable (*Procesos Penales contra aforados, en Cuestiones de Derecho procesal Penal, Cuadernos CGPJ, p. 455*).

En efecto, es realidad incontestable que en determinados casos las denuncias provienen de partidos políticos, pero no por ello hay que vedar toda investigación sobre los hechos delictivos imputados, so pena de crear intolerables espacios de impunidad, máxime la garantía que supone, previa la correspondiente autorización, la instrucción y enjuiciamiento de la causa por parte de los órganos jurisdiccionales, con la además adicional prerrogativa del aforamiento, que atribuye el conocimiento de tales causas a tribunales de mayor orden jerárquico al que correspondería según la aplicación de las reglas generales, lo que posibilita, de esta forma, apartar las causas de espúreos fines políticos, para centrarla, únicamente, en su relevancia jurídico penal.

El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 90/1985, ha señalado al respecto que: “esa protección a que la inmunidad se orienta no lo es, sin embargo, frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de acciones penales dirigidas contra diputados o senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los Jueces y Tribunales, a quienes el art. 117.1 de la Constitución atribuye, de manera específica, la tarea de aplicar el ordenamiento para la administración de justicia. La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular”.

1561

En su sentencia 206/92, de 27 de noviembre, el Tribunal Constitucional profundiza en el concepto de inmunidad parlamentaria en los términos siguientes: “Por otra parte, y sin desconocer la lógica inherente al pluralismo político, la inmunidad, como prerrogativa institucional, quedará inmediatamente desnaturalizada si quedase a merced del puro juego del respectivo peso de las fracciones parlamentarias; sólo este sentido institucional es susceptible de preservar la legitimidad de la prerrogativa. La inmunidad, en fin, responde, como se ha señalado, al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones. Ello no quiere decir que este interés superior deba imponerse en todo caso a la prosecución de la acción de la justicia, pues habrá de depender también de la gravedad, de la trascendencia y de las circunstancias de los hechos imputados. El protagonismo, en fin, de las propias Cámaras en la tarea de lograr un perfil, constitucionalmente adecuado, de la institución en nuestro Derecho es absolutamente decisivo; pero sin olvidar nunca que también a ellas les alcanza la interdicción de la arbitrariedad”.

La legislación salvadoreña recoge la inviolabilidad parlamentaria en el art. 125 de la Cn, así como la inmunidad de la que gozan determinadas altos funcionarios del país

y el aforamiento de los mismos en los arts. 236, 238 y 239 de la Cn, regulándose el procedimiento de antejuicio en los art. 381 y ss. del CPP.

En este sentido, el art. 236 de la Cn señala que “El Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los representantes diplomáticos, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan”.

El art. 238 establece que “los diputados no podrán ser juzgados por delitos graves que cometan desde el día de su elección hasta el fin del periodo para el que fueron elegidos, sin que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a formación de causa, conforme al procedimiento establecido en el artículo anterior”. Ahora bien, por los “delitos menos graves y faltas que cometan durante el mismo periodo no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar sino después de concluido el periodo de su elección”.

1562 Parece que el aforamiento de los diputados ha de comprender materialmente los delitos cometidos durante su mandato y enjuiciados en este periodo. Los realizados con anterioridad, no prescritos, que no hayan sido enjuiciados antes de la adquisición del status de Diputado. Por el contrario, los ejecutados antes o en el curso del mandato parlamentario, que no hayan sido enjuiciados, lo podrán ser después de concluido el periodo de elección por los órganos judiciales ordinarios, siempre claro está que no haya recaído previamente una decisión de la Asamblea Legislativa, acordando no haber lugar a la formación de causa contra el Diputado, que produce el efecto del archivo de las diligencias, y precluye la apertura de un ulterior procedimiento criminal sobre los mismos hechos contra el diputado, incluso una vez pérdida tal condición jurídica determinante del privilegio constitucional del fuero.

Por su parte, el art. 239 de la Cn señala que “Los Jueces de Primera Instancia, los Gobernadores Departamentales, los Jueces de Paz y los demás funcionarios que determine la ley, serán juzgados por los delitos oficiales que cometan, por los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia. Los antedichos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan. Por los delitos oficiales o comunes que cometan los miembros de los Consejos municipales, responderán ante los Jueces de Primera Instancia”.

La interpretación de este último inciso del art. 239 de la Cn, con respecto al órgano competente para la tramitación de las causas contra los miembros de los Concejos

municipales, dio lugar al incidente negativo de competencia entre la Jueza de Paz de Luis Talpa y la Jueza de Instrucción del mismo municipio, que fue resuelta, por resolución de 24 de febrero de 2000 de la Corte Suprema de Justicia, que proclamó que “... Partiendo de la idea que la primera instancia en el proceso penal, está configurada de tal manera que en la misma intervienen tres funcionarios judiciales en sus correspondientes etapas procesales, fácilmente puede inferirse que la expresión “Jueces de Primera Instancia”, hace referencia a todos los funcionarios judiciales que participan en el desarrollo de la misma. En otras palabras tal acepción se refiere tanto a los Jueces de Paz, como a los de Instrucción y a los de Sentencia, por cuanto todos éstos forman parte de la primera instancia. Así pues, siendo que el Juez de Paz forma parte de la primera instancia, es dicho funcionario a quien legalmente le compete conocer y pronunciarse sobre el requerimiento fiscal, ya sea mediante la realización de audiencia inicial o mediante resolución con vista de requerimiento en los casos previstos en el inciso 2º del artículo 239 de la Constitución”.

La base o justificación de los antedichos privilegios, que ya hemos examinado en relación con los diputados, se encuentra con respecto a los Altos cargos administrativos, según refiere PEDRO NOUBLEAU, en sendos aspectos: 1) Político, ya que se pretende tutelar la libertad de ciertos funcionarios de gobierno en el ejercicio de sus cargos, y 2) Administrativo; en razón del cual se pretende proteger a la institucionalidad del Estado, dirigida por los funcionarios y demás autoridades contra las intervenciones de los ciudadanos, a fin de que puedan cumplir sus funciones sin los tropiezos que suelen provocar las investigaciones (*Nuevo Código Procesal Penal, ARSJ-UTE, 1998, p.653*).

1563

Con respecto a los funcionarios judiciales el privilegio del antejuicio puede concebirse como garantía derivada de la protección que merece la independencia y dignidad del ejercicio de la función jurisdiccional, en evitación de que la misma pudiera verse perturbada mediante la promoción de infundadas denuncias carentes de características delictivas, promovidas con fines espúeos, o como mera manifestación del disgusto que genera a un ciudadano una actuación de los titulares de los órganos judiciales contraria a sus intereses o a su subjetiva versión de lo justo.

Conforme a los preceptos citados podemos señalar que la decisión de si ha lugar o no a la formación de la causa contra dichos altos cargos corresponde a la Asamblea Legislativa en el caso del art. 236 y 238 de la Cn, y a la Corte Suprema de Justicia para los funcionarios a los que se refiere el art. 239 de dicho texto constitucional.

En el primer caso (altos cargos del art. 236 y 238 Cn) es precisa la autorización para proceder tanto tratándose de delitos oficiales como comunes, mientras que en el segundo de ellos (funcionarios de art. 239 Cn), únicamente con respecto a delitos oficiales, debiéndose entender por tales, conforme al art. 22 del CP “aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad específica de ser funcionario o empleado público”. No obstante, tratándose de Diputados, el art. 238 de la Cn señala,

en su pf. 2º, que “por los delitos menos graves y faltas que cometan durante el mismo periodo (desde el día de elección hasta el fin del periodo para el que fueron elegidos) no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar sino después de concluido el periodo de elección”. Por consiguiente, con respecto a dichos representantes populares hay que distinguir entre delitos oficiales, o comunes graves de los que responderán ante la Asamblea Legislativa, y los comunes menos graves de los que responderán ante los tribunales ordinarios, pero una vez finalizado el periodo de elección. Son delitos graves, conforme al art. 18 del CP, “los sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa.

En ambos casos, con alteración de las normas ordinarias de competencia, el aforamiento se produce ante la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca de la instrucción, mientras que del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro (art. 236 de la Cn, 51.3, 385 y 386 del CPP, 50 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa).

Por último, indicar que hasta que se resuelva el antejuicio se suspenderá el ejercicio de la acción penal, según indica el art. 30 del CPP.

1564

III. JURISPRUDENCIA

Naturaleza del antejuicio. “Por razones de seguridad jurídica, el legislador ha previsto un mecanismo en cuya virtud se concreta la presunción de fidelidad de los funcionarios a la Constitución, con la consecuente eliminación de las posibles atribuciones arbitrarias y/o calumniosas de hechos punibles que pueden realizarse, respecto de cualquiera de ellos por cualquier sujeto, por apreciaciones particulares o políticas al libre albedrío de quien así lo insta. Aparece el antejuicio como un instrumento habilitante de un proceso penal donde se conoce y decide sobre el hecho punible cometido por los funcionarios, revistiendo el carácter de garantía contra la ligereza por inconformidad proveniente de los gobernados. El antejuicio no es parte del proceso penal sino que tiene un carácter preprocesal en tanto que únicamente habilita la posibilidad de que se inicie un proceso penal en contra de un funcionario de aquellos a los cuales la misma Constitución concede fuero. Por no ser más que un acto habilitante preprocesal y no privativo de derechos, no puede considerarse que las infracciones ocurridas al interior del mismo trasciendan al ámbito constitucional” (*Amparo*, 17-01-00).

383

PROMOCIÓN DEL ANTEJUICIO

Cualquier persona podrá denunciar los delitos de que se trata este Título. La Fiscalía General de la República estará especialmente obligada a promover ante la Asamblea Legislativa o ante la Corte Suprema de Justicia el antejuicio. También pueden promoverlo quienes estén facultados para querellar.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193.2, 236, 241
- CPP, 95

II. COMENTARIO

Podemos definir el antejuicio como el conjunto de actuaciones que es preciso seguir a los efectos de determinar si concurren motivos bastantes para proceder criminalmente contra determinadas personas en atención a la importante función pública que desempeñan.

1565

La Ley regula en este precepto, por una parte, quién puede denunciar la comisión de alguna de las infracciones presuntamente cometidas por las personas aforadas a las que se refiere el presente título del CPP, facultad que corresponde a cualquier persona, siendo especial obligación la que recae al respecto en los funcionarios públicos, civiles y militares con arreglo al art. 241 de la Cn, y quiénes están legitimados para promover el antejuicio, que serán la Fiscalía General de la República, así como los que estén facultados para querellar, es decir las personas a las que se refiere el art. 95 del CPP.

Por su parte, el art. 236 último pf. de la Cn señala que “cualquier persona tiene derecho a denunciar los delitos de que trata este artículo, y de mostrarse parte, si para ello tuviere las cualidades requeridas por la ley.

384

ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Antes de la declaratoria de formación de causa, contra el titular del privilegio no se podrán realizar actos que impliquen una persecución personal y sólo se podrán practicar los actos de investigación indispensables para fundar la denuncia del antejuicio.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 389

II. COMENTARIO

1566

Este precepto circunscribe las posibles actuaciones sobre los hechos delictuosos atribuidos al titular del privilegio, antes de que por la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia se acordase haber lugar a la formación de la causa contra el mismo, a la mera realización de actos de investigación encaminados a averiguar el carácter fundado de la denuncia del antejuicio, o dicho de otra forma los tendentes a comprobar la consistencia y verosimilitud de la misma, sin que, por el contrario, quepa practicar aquellos otros que impliquen una persecución personal contra el aforado, que sólo son factibles a partir del momento de que se dicte resolución declarando haber lugar a proceder. En cuyo caso, se podrán llevar a efecto toda clase de diligencias encaminadas a la constatación de la realidad de los hechos atribuidos a la persona que goza del privilegio del aforamiento e incluso las que implique una persecución personal.

385

PROCEDIMIENTO DE ANTEJUICIO ANTE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Admitida la denuncia de antejuicio en la Asamblea Legislativa se procederá de acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 236 de la Constitución de la República y el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa.

Si se declara que ha lugar a formación de causa se remitirán las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Tribunal que conocerá de la instrucción, y del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del centro. La Cámara convocará a un Magistrado suplente, quien deberá presenciar el juicio y votará en caso de discordia.

Si la Asamblea Legislativa declara que no ha lugar a formación de causa, en la misma resolución ordenará se archiven las diligencias y no podrá reabrirse antejuicio por los mismos hechos.

1567

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 125, 132, 193.2, 236 238
- CPP, 50 y 389
- Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa: Art. 7 d), 11 a), 15, 47, 48, 49, 50 y 51

II. COMENTARIO

Este precepto regula la forma de tramitar el antejuicio ante la Asamblea Legislativa, remitiendo para ello a lo dispuesto en el inciso segundo del art. 236 de la Cn, conforme al cual la Asamblea, oyendo a un fiscal en su seno y al indiciado, o a un defensor especial, en su caso, declarará si hay o no hay lugar a formación de causa. En el primer caso, se pasarán las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia que determine la ley, para que conozca en primera instancia, y en segundo caso, se archivarán.

El procedimiento en la Asamblea Legislativa se encuentra regulado en los arts. 47 y ss. de su Reglamento. En atención a la regulación normativa prevista en tales preceptos podemos sistematizar el procedimiento en las fases siguientes:

A) Presentación de la denuncia o acusación ante la Asamblea Legislativa y actuaciones subsiguientes;

B) Instrucción del informativo correspondiente por la comisión especial a la que se refiere el art. 47;

C) Dictamen preceptivo por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales;

D) Decisión por la Asamblea Legislativa sobre si hay o no hay lugar a formación de causa. Examinemos dichas fases del procedimiento.

A) Presentación de la denuncia o acusación ante la Asamblea Legislativa y actuaciones subsiguientes: El procedimiento se inicia a través de una denuncia o acusación, que necesariamente deberá formularse por escrito, que se presentará ante la Asamblea Legislativa, y de la cual por uno de sus secretarios se dará cuenta a la Asamblea (art. 11 a), y que será admitida a trámite si reúne los requisitos legales (art. 47).

1568

La admisión se efectuará por medio de un auto, el cual será notificado al indiciado para que se muestre parte o nombre defensor, y al Fiscal General de la República para que intervenga de acuerdo con lo establecido en el ordinal 4º del art. 193 de la Cn. La Asamblea nombrará un Fiscal de su seno para que intervenga, y si dentro del tercer día el indiciado no se mostrase parte o no nombrare defensor, le nombrará de oficio un defensor igualmente de su seno.

El procedimiento igualmente podrá iniciarse como consecuencia de la remisión de actuaciones por parte del juez o fiscal cuando de la investigación de algún delito descubra que el imputado goza de privilegio constitucional, en cuyo caso practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito se abstendrán de todo procedimiento y remitirá las actuaciones a la Asamblea Legislativa para que decida si ha lugar a formación de causa (art. 389).

B) Instrucción del informativo correspondiente por la comisión especial a la que se refiere el art. 47. Acto seguido por parte de la Asamblea se procederá al nombramiento de una comisión especial en su seno, la cual estará compuesta por un Presidente o Presidenta, un Secretario o Secretaria, un Prosecretario o Prosecretaria y dos vocales, con la finalidad de que procedan a la instrucción del informativo correspondiente sobre los hechos objeto de acusación o denuncia (art. 47). A tal efecto la referida comisión procederá a recibir todas las pruebas que se vertieren, ya sean a favor o en contra del indiciado, con la intervención fiscal y la del propio indiciado o de la defensa, debiendo normar su actuación conforme a lo que establecen los procedimientos comunes en lo que fueren aplicables, con lo que se da una remisión al CPP.

El art. 132 de la Cn señala que “todos los funcionarios y empleados públicos, incluyendo los de Instituciones Oficiales Autónomas y los Miembros de la Fuerza Armada, están en la obligación de colaborar con las Comisiones especiales de la Asamblea Legislativa, y la comparecencia y declaración de aquellos así como las de cualquier otra persona, requerida por las mencionadas comisiones, serán obligatorias bajo los mismos apercibimientos que se observen en el procedimiento judicial”.

El trabajo de la referida comisión especial es, pues, meramente de investigar prima fase la consistencia de los hechos de los que pudiera surgir la responsabilidad del aforado, sin adoptar ninguna resolución sobre la consistencia de la acusación o denuncia formuladas, que no corresponde a la misma. Tampoco ofrece duda que este informativo se tramita con garantía de los derechos de defensa y contradicción, oyéndose a las partes y practicándose las pruebas necesarias a tales efectos, tanto si favorecen como si perjudican al aforado.

Una vez que se haya verificado la referida información se dará cuenta a la Asamblea Legislativa, la cual lo pasará a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales (art. 49).

C) Dictamen preceptivo por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales. Del informativo elaborado por la comisión especial a la que se refiere el art. 47 del Reglamento se dará traslado a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, a los efectos de que elabore un doble dictamen. En primer lugar, sobre si considera o no depurada suficientemente el informativo correspondiente, y en caso negativo se remitirá de nuevo a la comisión especial con indicación de las diligencias que hayan de practicarse, la cual dará cuenta nuevamente a la Asamblea dentro de quince días, plazo que podrá prorrogar la Asamblea, en caso necesario, por otros quince días fatales (art. 49).

1569

En segundo lugar, depurado suficientemente el informativo, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales oírán dentro del tercer día conjuntamente la opinión fiscal y al acusador particular si lo hubiere y, transcurrido dicho término, con lo que conteste o en su rebeldía, oírán también dentro del tercer día al indiciado o a la defensa. Tras dicho trámite de audiencia por parte de la mentada Comisión se deberá elaborar el dictamen correspondiente sobre si a juicio de la misma existen o no méritos para la formación de la causa. El plazo para ello será señalado por la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, la cual, dentro de sus funciones, le corresponde, conforme al art. 7 d) del Reglamento, fijar, a su juicio, un plazo prudencial para la emisión de los dictámenes, los cuales deberán de ser motivados, razonando sus acuerdos y propuestas, tomando su decisión por mayoría de votos de sus miembros (art. 15).

Por lo tanto, el trabajo de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales es, pues, doble, y se halla circunscrito a la determinación de si el informativo instruido

por la comisión especial del art. 47 es o no suficiente, y en caso negativo señalar las diligencias precisas para completarlo, y en segundo término elaborar, previa audiencia de las partes, un dictamen motivado, preceptivo, pero no vinculante, sobre la pertinencia de la concesión del antejuicio para que sirva como elemento de debate a la Asamblea Legislativa en su decisión al respecto.

D) Decisión por la Asamblea Legislativa sobre si ha o no ha lugar a formación de causa. Recibido el dictamen elaborado por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales se señalará día y hora para que la Asamblea discuta el asunto y, en definitiva, declare si ha o no ha lugar a formación de causa (art. 50). Si la Asamblea Legislativa declara que no ha lugar a formación de causa, en la misma resolución ordenará se archiven las diligencias y no podrá reabrirse antejuicio por los mismos hechos.

Si a la clausura del periodo legislativo no se hubiere resuelto el asunto de que se trata se continuará su trámite, en el estado en que se encuentre, por la legislatura siguiente (art. 51).

1570 Si se declara que ha lugar a la formación de causa, se procede al enjuiciamiento de los hechos, por parte de los órganos jurisdiccionales, y a tal efecto se remitirán las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Tribunal que conocerá de la instrucción, y del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro. La Cámara convocará a un Magistrado suplente, quien deberá presenciar el juicio y votará en caso de discordia.

Según el art. 236 pf. tercero de la Cn de las resoluciones que pronuncie la Cámara mencionada conocerá en segunda instancia una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y del recurso que dichas resoluciones admitan, la Corte en Pleno. Existe, pues, una remisión del texto constitucional a la legislación procesal, y, en ese sentido, el art. 50, inciso segundo, n° 2 del CPP atribuye a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento del recurso de apelación contra sentencias pronunciadas por las Cámaras de Segunda Instancia cuando conozcan en primera instancia, y contra las resoluciones de dicha Sala de lo Penal cabrá recurso de casación que será conocido por el Pleno de la Corte (art. 50, inciso primero, 3 del CPP).

La decisión de la Asamblea Legislativa no será vinculante para las ulteriores resoluciones judiciales, pues únicamente se limita aquélla a autorizar el procedimiento criminal contra el aforado, sin prejuzgar su responsabilidad que corresponde dirimir, exclusivamente, obtenida dicha autorización, a los órganos jurisdiccionales.

386

PROCEDIMIENTO DE ANTEJUICIO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Recibida la denuncia de antejuicio ante la Corte Suprema de Justicia, ésta podrá ordenar que la Cámara Seccional respectiva practique una investigación sobre los hechos denunciados durante el plazo de ocho días, si el funcionario imputado fuere Juez de Primera Instancia o Gobernador departamental; o que lo haga el Juez de Instrucción que designe, si el imputado fuere Juez de Paz.

Si el tribunal designado no residiere en el lugar del domicilio del funcionario imputado, deberá trasladarse a dicho lugar para cumplir su cometido.

Concluida la investigación se dará cuenta con ella a la Corte Suprema de Justicia, la que si notare vacío o falta sustancial mandará que se repongan o se llenen, posteriormente declarará dentro de tercero día si ha lugar o no a formación de causa contra el funcionario imputado.

1571

Si la resolución de la corte fuere que no ha lugar a formación de causa, ordenará el archivo de las diligencias; y si fuere declarado que ha lugar a formación de causa, ordenará la remisión de las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca de la instrucción y del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 182.6ª y 239
- CPP, 4, 50, 389

II. COMENTARIO

En este caso podemos sistematizar el procedimiento en las fases siguientes:

A) Presentación de la denuncia ante la Corte Suprema de Justicia;

B) Eventual práctica de una investigación sobre los hechos denunciados;

C) Decisión de la Corte Suprema sobre si ha lugar o no a formación de la causa contra el funcionario imputado;

D) Instrucción y decisión de la causa en el supuesto en el que se resolviese haber lugar al antejuicio. Examinemos estas fases:

A) Presentación de la denuncia ante la Corte Suprema de Justicia. Ya hemos visto en qué concretos casos la promoción de antejuicio ante la Corte Suprema de Justicia es requisito necesario para la apertura de una causa criminal contra una persona aforada. Cumplido pues el presupuesto del aforamiento, es necesario la presentación de la correspondiente denuncia de antejuicio, que deberá formularse por escrito, a la cual se acompañarán los documentos y cualquier otro elemento de juicio, que obren en poder del solicitante, para fundar la procedencia de la misma. La Corte Suprema Justicia procederá a su examen, y de cumplirse los requisitos legales para ello, la admitirá a trámite; en otro caso la rechazará de plano, como sucedería, por ejemplo, cuando se refiera a un funcionario público que, por el cargo que desempeñe, carezca del privilegio del aforamiento o cuando el antejuicio le corresponda resolverlo a la Asamblea Legislativa.

1572

El procedimiento igualmente podrá iniciarse como consecuencia de la remisión de actuaciones por parte del juez o fiscal cuando de la investigación de algún delito descubra que el imputado goza de privilegio constitucional, en cuyo caso practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito se abstendrán de todo procedimiento y remitirá las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia para que decida si ha lugar a formación de causa (art. 389).

B) Eventual práctica de una investigación sobre los hechos denunciados. Una vez presentada la denuncia de antejuicio y admitida la misma a trámite, la Corte Suprema, si atendidas las circunstancias del caso, lo considerase procedente podrá ordenar la práctica de una investigación sobre los hechos denunciados. Esta investigación deberá llevarse a efecto en un plazo máximo de ocho días, la misma se practicará, según la condición del funcionario aforado, por la Cámara Seccional respectiva, si el imputado fuera un Juez de Primera Instancia o Gobernador departamental, o que lo haga un Juez de Instrucción que designe la propia Corte, si el imputado fuera un Juez de Paz. Si el tribunal designado no residiera en el lugar del domicilio del funcionario imputado deberá trasladarse a dicho lugar para cumplir su cometido. Concluida la investigación se dará cuenta de la misma a la Corte Suprema de Justicia, la cual procederá a su examen, y si notare vacío o falta sustancial en la investigación ordenará que se complete la misma o que se subsanen los defectos observados en ella.

La práctica de tal investigación previa a la decisión de la Corte es una facultad legal que la misma podrá acordar si lo estima conveniente, sin que constituya un trámite de obligado cumplimiento. En este sentido, es clara la Ley cuando emplea el verbo “podrá” para referirse a la práctica de tal investigación. Serán pues las circunstancias de cada caso, las que conducirán a la Corte Suprema, según su prudente arbitrio, a adoptar una decisión de tal clase. Si del examen de la denuncia y pruebas que la

acompañen entendiera la Corte Suprema que cuenta con suficientes elementos de juicio para formar su convicción sobre la procedencia del antejuicio se abstendrá de ordenar dicha investigación, mientras que, en otro caso, acordará que la misma se lleve a efecto.

Por otra parte, no olvidemos que la precitada investigación previa no es la instrucción judicial que, en su caso, corresponderá llevarla a efecto a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección Centro, sino una mera práctica de diligencias a los únicos efectos de apreciar la solidez y consistencia de la denuncia de antejuicio, y evitar de tal forma que se sigan procesos criminales infundados contra altos funcionarios que gestionan trascendentes intereses públicos y que, por tal razón, se vean azuzados, conminados y coartados en el legítimo ejercicio de su cargo.

C) Decisión de la Corte Suprema sobre si ha lugar o no a formación de la causa contra el funcionario imputado. Practicada, en su caso, la investigación previa, complementada la misma o subsanados los defectos de que adoleciese, por la Corte Suprema se procederá a resolver, en el plazo de tres días, si ha lugar o no a la formación de antejuicio. Dicha resolución, que deberá de ser motivada, sólo admite alguno de dichos pronunciamientos. En caso de que se desestime la petición del antejuicio se ordenará el archivo de las diligencias, y en el supuesto de que se apreciaren la existencia de méritos para proceder se ordenará la formación de causa.

1573

D) Instrucción y decisión de la causa en el supuesto en el que se resolviese haber lugar al antejuicio. Si fuere declarado que ha lugar a formación de causa, por la Corte Suprema se ordenará la remisión de las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para que conozca de la instrucción; y del juicio, en su caso, la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Contra la sentencia dictada por ésta última cabrá recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y contra la decisión de ésta recurso de casación ante la Corte Suprema en Pleno (art. 50 CPP).

La decisión de la Corte Suprema de haber lugar al antejuicio no vincula ni prejuzga las resoluciones jurisdiccionales a adoptar en la fase instructora y decisora del proceso, pues el aforado gozará de todos sus derechos procesales y entre ellos a que se le sobresea la causa si existen méritos para ello. La decisión, pues, de la Corte Suprema, en esta fase del procedimiento, es la de la simple constatación de la existencia de méritos para proceder, sin prejuzgar sobre la responsabilidad penal del imputado aforado, que seguirá gozando de su derecho a la presunción de inocencia durante toda la sustanciación del procedimiento (art. 4 CPP).

387

INTERVENCIÓN DEL JURADO

En caso de proceder la intervención del Tribunal del jurado, la Cámara se servirá de las listas de que disponga el Tribunal de Sentencia del distrito de San Salvador que señale la Ley Orgánica Judicial, y se sujetará en todo lo que fuere pertinente a las disposiciones relativas al jurado.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 72 y 189
- CPP, 52, 53, 366 y ss., 385 y 386
- LCLDA, 26

II. COMENTARIO

1574

Como hemos venido señalando la instrucción contra un aforado corresponde a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, mientras que del juicio conocerá la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro (arts. 385 y 386 del CPP), pues bien en aquellos casos en los que, por razón del delito presuntamente cometido por el aforado, el juicio se deba tramitar por el procedimiento especial de Jurado, lo que sucederá en los supuestos de infracciones delictivas no contempladas en la relación del art. 53 del CPP, según el art. 52 de esta misma disposición legal, ni recogidas en la Ley de Lavado de Dinero y Activos, cuyo art. 26 excluye expresamente del conocimiento del jurado las infracciones criminales contempladas en dicha Ley, la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección Centro se servirá para la constitución del Jurado de las Listas de que disponga el Tribunal de Sentencia del distrito de San Salvador que señale la Ley Orgánica Judicial, y el juicio se sujetará en todo lo que fuere pertinente a las disposiciones relativas al jurado, con lo que existe una remisión a los arts. 366 y ss del CPP, referentes a este procedimiento especial; por ello parece claro que la vista pública será presidida por uno de los magistrados de la Cámara Segunda, por aplicación del art. 372 de la precitada Ley, que indica que el juicio por jurado será presidido por un único juez.

Por consiguiente, el antejuicio supone que el procedimiento se condicione a la obtención de un pronunciamiento previo que autorice haber lugar a formar causa contra el aforado, ahora bien una vez que el mismo se obtenga el procedimiento por el que se tramitará la instrucción y el juicio será el que proceda, con carácter general, según el

CPP, con la salvedad de los órganos judiciales que han de intervenir en estas causas cuya intervención deriva del privilegio del fuero (arts. 385 y 386).

388

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FORMACIÓN DE CAUSA

Desde que la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, declaren que ha lugar a formación de causa, el funcionario público imputado quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones y por ningún motivo podrá continuar en su cargo.

Si la sentencia definitiva es absolutoria, el funcionario suspendido volverá al ejercicio de su cargo, si no ha expirado el período de la elección o del nombramiento. En este último caso, tendrá derecho a recibir los sueldos que dejó de percibir a causa de la suspensión dispuesta, sin perjuicio de la reparación de los daños sufridos.

Si la sentencia definitiva es condenatoria, el funcionario será destituido de su cargo.

1575

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 237

II. COMENTARIO

Este precepto se encuentra, como no podía ser de otra forma, en congruencia con lo normado en el art. 237 de la Cn, conforme al cual “desde que se declare por la Asamblea Legislativa o por la Corte Suprema de Justicia, que hay lugar a formación de causa, el indiciado quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones y por ningún motivo podrá continuar en su cargo. En caso contrario se hará culpable del delito de prolongación de funciones. Si la sentencia fuere condenatoria, por el mismo hecho quedará depuesto del cargo. Si fuere absolutoria, volverá al ejercicio de sus funciones, si el cargo fuere de aquellos que se confieren por tiempo determinado y no hubiere expirado el periodo de la elección o del nombramiento”.

Uno de los efectos que se derivan de la declaración de haber lugar a la formación de la causa contra el aforado, tanto si tal decisión es adoptada por la Asamblea Legislativa como por parte de la Corte Suprema de Justicia, es la de que el funcionario público imputado quedará automáticamente suspendido del ejercicio de sus funciones y por

ningún motivo podrá continuar en su cargo. Se trata de una medida de naturaleza cautelar, directamente derivada de la admisión de la solicitud de haber lugar a proceder.

En definitiva, con buen criterio, lo que la Ley no quiere es que un funcionario objeto de una investigación judicial por existir méritos para ello, apreciados por dos de los más altos organismos de la nación, siga participando en el ejercicio de las funciones públicas, gestionando intereses colectivos, ante la eventualidad de un proceder desleal por su parte. Ahora bien, como tampoco podía ser de otra forma, si el procedimiento penal finaliza con sentencia absolutoria, o igualmente podríamos añadir si la causa es sobreseída al no apreciarse contra su persona la existencia de indicios de criminalidad, el mismo deberá de ser repuesto, reintegrándose en el ejercicio de su cargo, siempre que no haya expirado el periodo de elección o del nombramiento. En cualquier caso, tendrá derecho a recibir los sueldos que dejó de percibir por causa de la suspensión dispuesta y sin perjuicio de la reparación de los daños sufridos.

Por el contrario, si la sentencia definitiva es condenatoria el funcionario será destituido y no tendrá derecho alguno a cobrar los sueldos devengados durante el periodo de suspensión.

1576

389

CASO ESPECIAL DE PARTÍCIPES

Cuando en la investigación de algún delito de acción pública, el juez o fiscal descubra que el imputado goza de privilegio constitucional, practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito, se abstendrá de todo ulterior procedimiento y remitirá las actuaciones a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia según el caso para que decidan si ha lugar a formación de causa.

La misma regla se aplicará cuando de un mismo proceso apareciere que uno o varios imputados gozan de privilegio constitucional y otro u otros no.

Si se declara que no ha lugar a formación de causa contra el o los imputados que gozaren de privilegio constitucional, se remitirán las diligencias al juez competente para que continúe el procedimiento contra los demás.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193, 236, 238 y 239
- CPP, 8

II. COMENTARIO

Este precepto regula la forma en la que el juez o fiscal ha de proceder cuando, tratándose de un delito de acción pública, descubra que el imputado goza de privilegio constitucional, por hallarse comprendido en alguno de los casos previstos en los arts. 236, 238 y 239 de la Cn, en cuyo caso practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia de delito, se abstendrá de todo ulterior procedimiento y remitirá las actuaciones a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de justicia según el caso para que decidan si ha lugar a la formación de la causa contra el aforado.

Ahora bien, la aplicación de tal precepto se encuentra condicionada a la circunstancia de que el aforado tenga la condición procesal de imputado, que se ostenta, conforme al art. 8 del CPP, cuando una persona es señalada ante o por la policía, la Fiscalía de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible. No bastará, pues, la mera atribución hecha por una persona contra un aforado de un hecho punible más o menos infundada, inverosímil o imposible en su contenido para que el juez o fiscal se abstenga de proceder, pues la ley exige, al menos, que se practiquen las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito. No obstante, no cabría realizar, a tales efectos, sin la promoción del antejuicio, actos procesales que impliquen una persecución personal del aforado, so pena de violar su privilegio constitucional.

1577

En segundo término, por una elemental relación de conexidad, cuando en el hecho delictivo aparezcan implicados imputados que ostenten la condición de aforados y otros no, el procedimiento se paralizará hasta la obtención de la autorización de proceder contra los indiciarios que gocen de dicho privilegio constitucional para que el procedimiento se tramite conjuntamente contra todos ellos. Ahora bien, de la misma forma, si se declara no haber lugar a la formación de causa contra los aforados, tal decisión no afecta a los otros imputados, con respecto a los cuales se remitirán las diligencias al juez competente para que continúe el procedimiento contra éstos.

En el supuesto contrario de que se declare haber lugar a la formación de la causa, ésta se tramitará conjuntamente contra los aforados y quienes no lo sean, ante los órganos jurisdiccionales a los que corresponda enjuiciar a aquellos y a los que, por razón de conexidad, quedarán sometidos los individuos que no gocen de dicho privilegio.

390

CASO DE DELITO FLAGRANTE

Si el Presidente, Vicepresidente de la República o un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito, desde el día de su elección hasta el fin del período para el que fueron elegidos podrán ser detenidos por cualquier persona o autoridad, quien estará obligado a ponerlo inmediatamente a disposición de la Asamblea Legislativa.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 13 y 238
- CPP, 288

II. COMENTARIO

1578

Este precepto es transcripción de lo dispuesto en el art. 238, inciso tercero, de la Cn, que se manifiesta en los mismos términos.

El art. 288 del CPP da un concepto de flagrancia señalando que existe la misma “cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido por una o más personas”. En el caso en el que se hubiera practicado la detención dichos aforados deberán ser puestos inmediatamente a disposición de la Asamblea Legislativa. Fuera, pues, de tales casos el Presidente, Vicepresidente de la República o Diputado no podrá ser detenido hasta que se hubiera ordenado haber lugar a la formación de la causa. Temporalmente dicho privilegio regirá desde el día de la elección para dichos cargos hasta el fin del periodo para el que fueron elegidos.

En cualquier caso, habrá de respetarse el art. 13 de la Cn, que señala que la detención administrativa no excederá de 72 horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que se hubieran practicado. Periodo en el cual la Asamblea Legislativa debería dejar en libertad al imputado o ponerlo a disposición del órgano judicial competente previa declaración de haber lugar a proceder contra él. No creemos que le corresponda a la Asamblea Legislativa acordar la detención provisional del aforado en tanto en cuanto tramita el antejuicio prolongando su privación de libertad más allá del plazo constitucional de las 72 horas.

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO

DEL JUZGAMIENTO POR FALTAS

391

SOLICITUD

La solicitud del juicio por faltas, se hará por escrito y contendrá:

- 1) La individualización del imputado, su domicilio y residencia;
- 2) La descripción sintética del hecho imputado, consignando el tiempo y lugar de comisión;
- 3) La cita de las normas legales infringidas;
- 4) La indicación de los elementos de prueba; acompañando los documentos y los objetos entregados o incautados; y,
- 5) La identificación y firma del solicitante.

1579

Basta como solicitud, el formulario que contenga los requisitos antes mencionados.

La policía solicitará al Juez de Paz competente el juicio por faltas sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía General de la República en hacerlo, si lo considera necesario. La solicitud contendrá la intimación a presentarse ante dicho juez dentro del plazo de cinco días. Si la solicitud es presentada por un particular el Juez de Paz intimará al infractor a que comparezca en el mismo plazo. En todo caso se dará copia de la solicitud al infractor.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 1, 18, 54.2, 55.2, 314, 395
- CP, 18, 371

II. COMENTARIO

El CP diferencia, en su artículo 18, los hechos punibles en dos grandes grupos: delitos y faltas, siendo éstas últimas las contravenciones a la ley penal que, por su escasa entidad social y reducida extensión de la pena con que son sancionadas, merecen un tratamiento jurídico distinto. El CP describe tales infracciones en el Libro III, resultando de su art. 371, que a las faltas le son aplicables las disposiciones contenidas en el Libro Primero de dicho Código, con ciertas peculiaridades descritas en tal precepto, entre las que podemos destacar que la Ley penal sólo se aplicará a las faltas cometidas en territorio nacional, y que las penas que se podrán imponer, como consecuencia de su ejecución, serán únicamente las siguientes: el arresto fin de semana, arresto domiciliario, prestación de trabajo de utilidad social y multa.

1580

Pues bien, para el enjuiciamiento de las faltas, el CPP regula un procedimiento específico en los arts. 391 y siguientes, caracterizado por la inexistencia de una auténtica fase de instrucción sometida a control judicial, que es sustituida por la investigación policial o, en su caso, de la fiscalía, lo que es coherente con la circunstancia de que en el juicio de faltas no son susceptibles de ser adoptadas medidas cautelares. Si bien ello no significa que, en la tramitación y resolución de dichos juicios, no sean aplicables las garantías previstas en el referido Código Procesal para el enjuiciamiento de las personas sometidas a proceso criminal, como así resulta del art. 1 de dicho texto legal, que emplea la fórmula “nadie podrá ser condenado”, vigente, pues, tanto para los delitos como para las faltas; por ello principios tales como el de presunción de inocencia, de duda o acusatorio serán plenamente aplicables a este procedimiento penal. No es de recibo, por consiguiente, que por la circunstancia de que en esta clase de juicios se impongan penas de menor entidad implique la inobservancia o disminución de las garantías que rigen el juicio justo. Categórico es al respecto el art. 18 del CPP, cuando señala que “las garantías y principios previstos en este Código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual se pueda aplicar un sanción penal o cualquier disposición restrictiva de la libertad...”.

El procedimiento se inicia a través de una solicitud que podrá ser formulada por la policía, por la Fiscalía General de la República, si lo considera necesario, con lo que rige para el referido ministerio público un principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en tal clase de ilícitos, o por último por un particular. No vemos inconveniente en que el particular denuncie los hechos a la policía para que ésta formule la correspondiente solicitud.

La misma deberá de ser presentada ante el Juez de Paz, que es el competente para la sustanciación y enjuiciamiento de esta clase de infracciones penales (art. 55.2 del CPP), correspondiendo el conocimiento de las mismas, en segunda instancia, al Juez de Instrucción (art. 54.2 y 395 CPP). El particular, a iniciativa propia o en el caso

de que los órganos públicos de investigación no consideren procedente la presentación de la mentada solicitud, podrá hacerlo directamente ante el Juez de Paz.

La precitada solicitud deberá efectuarse a través de un escrito que contendrá los requisitos formales a los que se refiere el art. 391, en el que se identificará al imputado y al solicitante, se describirá el hecho punible con indicación de las circunstancias de tiempo y lugar de su comisión, se efectuará su calificación jurídica y se indicarán los elementos de prueba, acompañando los documentos y objetos entregados y encautados. Bastará como solicitud, el formulario que contenga los requisitos antes mencionados. Con tal solicitud se cumplen las exigencias de una acusación, pues evidentemente cubre los requisitos esenciales de la misma, véase la identidad del art. 391 con el art. 314 del referido texto legal.

La solicitud contendrá la intimación de presentarse ante el Juez de Paz dentro del plazo de cinco días, sin embargo si dicha solicitud es formulada por un particular será el Juez de Paz quien intimará al infractor a que comparezca en el mismo plazo. En todo caso se dará copia de la solicitud al infractor, a los efectos de que conozca los hechos que le son imputados y pueda preparar su defensa.

III. **NOTA DE ACTUALIZACION.**

1581

Cuando se trate de un particular, hay que distinguir si lo hace como directamente perjudicado, en representación de un tercero, de un incapaz, o de una persona desvalida, ya que de acuerdo a la ley, tales supuestos son válidos.

392

AUDIENCIA

El infractor al presentarse ante el Juez de Paz manifestará si admite su culpabilidad o si requiere el juicio. en este último caso, podrá ofrecer prueba o solicitar las diligencias que considere pertinentes para su defensa.

II. **JURISPRUDENCIA**

Efecto de la admisión de culpabilidad. “Que en vista de lo manifestado por el infractor, en su audiencia respectiva en la cual manifestó admitir su culpabilidad en el hecho que se le atribuye, clara, precisa y concretamente, por lo que no se hace necesaria otras diligencias al esclarecimiento del mismo puesto que ello se desprende del propio

protagonista de los hechos lo que fundamenta la existencia y participación en el mismo por parte del infractor siendo prueba legal y suficiente en el presente caso, tal como lo establece el Art. 130 Pr. pn.”(*Juzgado 1° de Paz de Sonsonate, 21-01-03*).

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

En cuanto a la admisión de culpabilidad y sus efectos se considera que, no obstante se omita el juicio, debe dictarse el fallo a través de una sentencia, la que indefectiblemente tendrá que ser de absolución o de condena. En uno u otro caso el juzgador deberá fundamentar su fallo (Art. 130 CPP), en el que consten las cuestiones incidentales si las hubiere; las relativas a la existencia del ilícito de falta; las de la participación del imputado; a la calificación legal que corresponda; a la sanción aplicable, utilizando los criterios de individualización y determinación de la pena; a la restitución, reparación e indemnización demandadas y a las costas, si fuere procedente. La exteriorización de las cuestiones señaladas debidamente razonadas, deviene imprescindible para impugnar la resolución, ya que aunque el reo admita su culpabilidad, ello no implica *per se* una condena. Aun en tal situación conserva la facultad de impugnar la resolución judicial. No obstante, las impugnaciones por faltas son muy escasas.

1582

En la generalidad de los casos sometidos al sistema judicial, el solicitante no acompaña elementos de prueba que sustenten la imputación y los jueces fallan únicamente con la admisibilidad de la culpabilidad del imputado, sin poder confrontarlo con otros elementos probatorios que corroboren o desvirtúen lo afirmado por éste.

393

RESOLUCIÓN

Si el infractor admite su culpabilidad y no son necesarias otras diligencias, el Juez de Paz dictará la resolución que corresponda.

I. COMENTARIO

La Ley simplifica considerablemente el procedimiento con respecto al ordinario, ya hemos visto que no existe una fase de control judicial de las diligencias iniciales de investigación, se suprime la audiencia inicial, y tampoco existe la fase de instrucción formal. El procedimiento se inicia con la presentación de una solicitud que, cumpliendo los requisitos señalados en el art. 399, conduce a una comparecencia judicial, en la

que el Juez preguntará, en modo alguno intimará u obligará al imputado a la admisión de los hechos punibles, si admite la culpabilidad o si requiere el juicio.

La entrega de la copia de la solicitud, y esta comparecencia judicial, posibilitan la efectividad del derecho del imputado al conocimiento de cualquier acusación que se efectúe contra su persona

En el caso que admita su culpabilidad, y no sean necesarias otras diligencias, el Juez de Paz dictará la resolución que corresponda, finalizando el procedimiento.

Por el contrario, si el imputado no admite su culpabilidad, en el sentido de reconocer los hechos imputados en la solicitud y requiere juicio, el Juez de Paz así lo acordará. El imputado podrá ofrecer prueba o solicitar las diligencias que considere pertinentes para su defensa, que deberán ser coordinadas por el Juez de Paz, prestando al imputado el auxilio preciso para su práctica.

394

JUICIO

1583

En caso de juicio, el Juez de Paz convocará inmediatamente al imputado y, si es necesario, al solicitante. Asimismo expedirá las órdenes indispensables para incorporar al juicio los elementos de prueba admitidos.

La audiencia será oral y pública y no se podrá suspender.

El Juez de Paz oír brevemente, a los comparecientes y luego de recibir y analizar la prueba absolverá o condenará por simple auto.

Si no son incorporados medios de prueba durante el juicio, el juez decidirá sobre la base de los hechos constatados y elementos acompañados con la solicitud inicial.

Si el imputado no comparece, igualmente se resolverá, sin más trámite, conforme al inciso anterior.

I. CONCORDANCIAS

- CP, 54.2, 129, 130, 396

- CP, 114, 115, 116, 372

II. COMENTARIO

El juicio se desarrollará en una vista oral y pública, presidida por el Juez de Paz. A ella convocará al imputado, que deberá ser citado en debida forma, pues su falta de citación acarrearía la imposibilidad de iniciar el juicio so pena de generarle indefensión. Ahora bien, la circunstancia de no haber comparecido, sin justa causa, no impedirá la celebración de la vista pública. Se citará igualmente al solicitante si es necesario, en el caso de que el mismo sea un particular, que haya promovido la acción penal, parece imprescindible que sea citado para ejercer su derecho a la acusación, lo mismo podría indicarse del Fiscal si promovió el procedimiento. Igualmente el Juez dará las órdenes indispensables para incorporar a juicio los elementos de prueba admitidos, citando en su caso a testigos y peritos. Se deberá garantizar que la prueba de cargo se practique y reproduzca en el juicio oral, bajo la intermediación judicial.

1584

El Juez de Paz oír brevemente a los comparecientes, y recibirá la prueba admitida, facilitando la contradicción; por consiguiente, las partes podrán interrogar a los testigos y peritos presentados. No olvidemos que en esta clase de juicios rigen las reglas del trámite ordinario, adecuadas a la naturaleza breve y simple de este procedimiento (art. 396 CPP).

Si no son incorporados medios de prueba durante el juicio, el Juez decidirá sobre la base de los hechos constatados y elementos acompañados con la solicitud inicial. Ahora bien, ello no significa que éstos no deban de ser analizados críticamente por el juzgador a los efectos de elaborar su juicio de certeza para poder atribuir los hechos imputados, en dicha solicitud, al presunto contraventor. En definitiva, se viene a dar relevancia como elemento de convicción judicial a una solicitud que, a modo de acusación, debería ser ratificada en juicio, reproduciendo en la vista los elementos de prueba a ella incorporados, siendo conveniente, a tales efectos, que el Juez Paz citara como solicitantes a los miembros de la policía que practicaron las investigaciones que condujeron a la presentación de la solicitud promotora del procedimiento. Por hechos constatados habrá que entender aquellos de naturaleza objetiva, tales como ocupación y recuperación de objetos o instrumentos a través de los cuales se cometió la falta, localización in situ del imputado..., que tenga un valor testimonial, de todas maneras sería conveniente que fueran objeto de auténtica prueba en la vista pública. No olvidemos que la Exposición de Motivos del CPP indica que “este juicio mantiene mínimamente las formalidades del contradictorio: intermediación, publicidad, continuidad, concentración y oralidad”. El art. 351 del CPP señala, por su parte, que los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen, y que los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento.

El hecho de que el imputado no comparezca (art. 394 último inciso) no significa que deba ser condenado, ni que no quepa ni deban practicarse, en tal caso, las pruebas ofrecidas por el solicitante del procedimiento para alcanzar el juzgador el convencimiento que exige una resolución condenatoria.

La Ley señala que el Juez de Paz resolverá por simple auto, con lo que entra en contradicción con lo establecido en el art. 54.2 del CPP, cuando establece, dentro de las competencias de los Juzgados de Instrucción, conocer de “la apelación de las sentencias dictadas en los juicios de faltas”, con lo que está indicando que la resolución judicial que deberá dictarse es una sentencia, lo que parece más correcto en relación con la entidad de un procedimiento que impone penas que, incluso, pueden ser privativas de libertad. Por otra parte, una decisión de tal clase se identifica plenamente con la definición de sentencia que da el art. 129 del CPP, al establecer que la sentencia es la decisión judicial “que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio”. El art. 372 del CP emplea también la expresión sentencia para referirse a la resolución que condene por una falta, y la exposición de motivos del CPP se refiere a la sentencia como la decisión judicial que pone fin a este proceso especial. En cualquier caso, ya sea auto o sentencia, lo que no ofrece duda es que la decisión judicial deberá de ser debidamente motivada, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 130 del referido texto legal. El imputado tiene el derecho a conocer las causas por las que se le condena, y el solicitante aquéllas por las que se absuelve al imputado. Y tal exteriorización del razonamiento judicial deviene imprescindible para impugnar tal resolución, y para el Juez de Instrucción a los efectos de ejercitar su control, decidiendo sobre recurso de apelación que se interponga, pues de no existir tal motivación y reservarse el Juez de Paz para sí mismo las razones de su decisión, las funciones de impugnación y control jurisdiccional no serían factibles.

1585

En el caso de que se hubiera ejercido la acción civil, el Juez de Paz deberá pronunciarse con respecto a la misma (art. 114, 115 y 116 del CP).

El Juez podrá perdonar en la sentencia condenatoria al que, por primera vez, cometiere una falta, previa amonestación, por parte de la autoridad juzgadora. El perdón judicial extingue la pena, el cual no podrá ser condicional ni a término y sólo se concederá una vez para el mismo sujeto (art. 372 del CP).

III. JURISPRUDENCIA

Principio de contradicción. “El proceso penal debe estar precedido del principio de contradicción, en el sentido de que tanto la parte acusadora y acusada o imputado, tenga la posibilidad real y efectiva de comparecer a acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que la fundamentan y su correspondiente práctica de prueba, así como cuando se le reconoce al imputado su derecho a defenderse de las imputaciones formuladas en su

contra, previa a la imposición de una pena privativa de libertad” (*Hábeas Corpus*, HS032897.98).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

1586

El hecho que se tenga que absolver o condenar por simple auto, no significa que puedan omitirse los requisitos formales y de fondo del fallo definitivo, pues son aplicables las reglas del trámite ordinario adecuadas a la naturaleza breve y simple del procedimiento. En ese orden de ideas, resulta que debe cumplirse con la obligación de fundamentar (Art. 130 CPP). En caso de condena, los Arts. 62,63 del Código Penal, se dedican a la fijación de las reglas de medición de la pena en atención a: la extensión del daño y del peligro efectivo provocados; la calidad de los motivos que impulsaron el hecho; la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho; las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor y; las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales. El intérprete lógicamente, se ha de preguntar si acaso el legislador entiende que en la comisión de las faltas pueden darse todas y cada una de esas posibilidades. La respuesta es evidentemente afirmativa, variando únicamente la trascendencia penal. Las circunstancias eximentes son plenamente relevantes para las faltas, que no dejan de ser infracciones penales. Las circunstancias atenuantes y agravantes pueden materialmente estar presentes en la ejecución del hecho constitutivo de faltas. ¿Como distinguir las circunstancias modificativas referentes a las faltas? A través de interpretar la dicción usada por el legislador en el Art. 29 CP “son circunstancias que atenúan la responsabilidad penal”. Este último término es genérico y hace posible la aplicación para ambos ilícitos (delitos y faltas). Distinto es el caso de las agravantes, donde específicamente se hace referencia al delito, en cuyo caso, no serían aplicables a las faltas.

395

IMPUGNACIÓN

La resolución será apelable en el plazo de tres días para ante el Juez de Instrucción, quien resolverá por el mérito de los autos.

El fiscal solicitante no podrá recurrir.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 54.2 (competencia jueces de instrucción), 391 a 394 (juzgamiento por faltas), 406 a 413 (disposiciones generales sobre los recursos), 417 a 420 (recurso de apelación)

II. COMENTARIO

Las resoluciones judiciales solo pueden ser recurribles en los casos expresamente establecidos en la ley, siendo el art. 395 la norma que prevé específicamente el recurso de apelación contra los autos resolutivos de los juicios de falta.

1587

Como señala el art. 418 CPP, el recurso de apelación se interpondrá por escrito debidamente fundado, ante el mismo juez que dictó la resolución dentro del término de cinco días. El referido plazo se limita a tres días en el caso específico de las apelaciones de las resoluciones dictadas en los juicios de faltas. El Juez de Paz tiene la obligación de informar de la interposición del recurso al Juzgado de Instrucción, si ya le hubiere remitido el expediente.

Por lo demás, son de aplicación, en lo pertinente, los arts. 406 a 413, que establecen disposiciones generales aplicables a todos los recursos, y los arts. 417 a 420 CPP, que contiene la regulación específica del recurso de apelación.

Señala el art. 395 que comentamos que la resolución del recurso de apelación por el Juez de Instrucción se hará “por el mérito de los autos”, es decir, por lo ya actuado, lo que quiere significar que no será posible la producción de prueba en la segunda instancia, al contrario de lo establecido con carácter general para las apelaciones en el inciso tercero del art. 418 y en el art. 419 CPP. La improcedencia de la recepción de prueba hace inútil la celebración de una audiencia oral para resolver el recurso, resolución

que, en todo caso, ha de efectuarse motivadamente y con respecto a la garantía de la presunción de inocencia.

Por último, no está legitimado para recurrir el fiscal solicitante, por prohibirlo expresamente el precepto que comentamos, pero sí puede apelar el particular solicitante del juicio de faltas.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

La disposición expresa que el juez de Instrucción, resolverá por el mérito de los autos, sin especificar el plazo en que debe resolver. Al respecto hay que remitirse al Capítulo VI, Art. 155 CPP, regla general que expresa “Los actos procesales se practicarán en el término de tres días, sin perjuicio de que el juez o Tribunal o la ley disponga un plazo mayor”.

396

1588

REGLAS COMUNES

En lo demás, regirán, las reglas del trámite ordinario, adecuados a la naturaleza breve y simple de este procedimiento.

El imputado podrá nombrar un defensor para que lo asista.

No se aplicarán medidas cautelares.

I. **CONCORDANCIAS**

- CPP, 10, 292

II. **COMENTARIO**

La Ley señala, por último, que como régimen supletorio, y en cuanto no contradiga la regulación específica de este procedimiento, se aplicarán las normas del ordinario adecuadas a la naturaleza breve y simple de este procedimiento.

Por otra parte, aunque la ley no exija la defensa obligatoria a través de abogado, estableciendo una excepción con respecto al régimen ordinario del art. 10 del CPP,

tampoco la misma se encuentra prohibida, por lo que si el imputado lo considera procedente podrá designar un defensor que lo asista.

Por último, no se adoptarán medidas cautelares personales ni patrimoniales contra el imputado durante la sustanciación del procedimiento de faltas. La escasa entidad de las penas correspondientes a tales ilícitos motiva que no concurra la duración mínima de la pena anudada a la infracción presuntamente cometida por el imputado para poderse decretar la detención provisional (art. 292 CPP), por otra parte éste último precepto siempre se refiere a delito y no a falta.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

En el juzgamiento por faltas, en la práctica se duda cómo proceder si el requerimiento fiscal de instrucción por delito resulta en una falta durante el curso de la investigación. En la mayoría de los casos los jueces dictaminan declarándola y si se trata de juez de paz archiva el expediente en algunos casos y en otros dictan sentencia por la falta. Si es el de instrucción, lo declara falta y remite el expediente al juez de paz competente. Ante tal situación, es de advertir que si se instruye por delito y sobre la marcha de la investigación preparatoria se advierte que se trata de una falta, el juez respectivo tendrá que sobreseer definitivamente en el procedimiento, por no constituir delito, Art. 208 Ord. 1° CPP, quedando expedito el derecho al fiscal, al agente policial o al particular para que pueda requerir por la falta.

TÍTULO IV

CAPÍTULO UNICO

JUICIO PARA LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

397

PROCEDENCIA

Cuando el fiscal o el querellante, en razón de la inimputabilidad, estimen que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad, requerirán la aplicación del juicio previsto en este título. La solicitud contendrá en lo pertinente, los requisitos de la acusación.

1590

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 13. pf. 4º
- CPP, 1, 90, 314, 399
- CP, 1 a 5, 27.4, 93 y 95

II. COMENTARIO

El Derecho Penal ha ido evolucionando desde un sistema monista, según el cual la pena era la única forma de reacción del Derecho Criminal contra las personas que cometían un hecho delictivo, a un sistema dual basado en penas y medidas de seguridad, cuyo antecedente histórico se encuentra en el anteproyecto de Código Penal suizo de 1893 de STOOS. Así mientras que la pena constituye la respuesta frente a la culpabilidad del autor, la medida de seguridad es la reacción penal frente a la peligrosidad de un sujeto, evidenciada a través de la comisión de una infracción tipificada en la ley como delito.

A la posibilidad de imposición de medidas de seguridad se refiere el art. 13 de la Cn cuando indica que “por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la

sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Órgano Judicial.

No es este el momento y lugar oportuno para referirnos a la teoría general de las medidas de seguridad, pero sí destacar que, dado el carácter aflictivo que las mismas encierran para el sujeto que las sufre, han de hallarse rodeadas de las mismas garantías que rigen para el legítimo ejercicio por parte del Estado del “ius puniendi”.

La nueva regulación de las medidas de seguridad en el CP de El Salvador responde a dicho proceso de asimilación, y así como principios básicos en los que tal normativa se inspira podemos citar los siguientes:

A) Vigencia del principio de legalidad. Se encuentra reconocido en el art. 13 pf. 4º de la Cn, cuando señala que “las medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley”. Según dicho principio en ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en el Código Penal (art. 5 pf. 2º), ni ninguna persona podrá ser sometida a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad (art. 1 pf 1º), sin que quepa imponerlas por aplicación analógica de la ley penal (art. 1 pf 2º). El art. 93 de dicho texto legal establece, por su parte, el catálogo de dichas medidas, cuales son: internación, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia, definiendo en qué consisten cada una de ellas. El principio de legalidad en la ejecución de las medidas de seguridad igualmente se consagra en el art. 2 pf. 2º del CPP.

1591

B) Garantía jurisdiccional: Reconocida en el art. 13 pf 2º de la Cn, que norma que “las medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas en la ley y sometidas a la competencia del Órgano Judicial”, señalando, por su parte, el art. 1 del CPP que: “nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas”.

C) Previa comisión de un delito. El Código Penal sólo admite las medidas de seguridad post-delictuales, es decir las impuestas a aquellos sujetos que han evidenciado su peligrosidad criminal como consecuencia de la comisión de un hecho tipificado en la ley como delito, quedando expulsadas de los ordenamientos legales modernos las llamadas medidas de seguridad pre-delictuales, susceptibles de ser impuestas a individuos con base en un pronóstico de peligrosidad no evidenciado por la comisión de una conducta definida como infracción criminal. Sólo tras la debida constatación en el proceso de la realización por parte del imputado del injusto típico se podrá discutir la imposición de la medida de seguridad. En este sentido, es tajante el art. 5 pf 2º del CP, cuando indica, de forma imperativa, que “en ningún caso podrá imponerse medida de

seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal”.

Ahora bien, por “hecho descrito como delito” no significa únicamente que por parte de un individuo se haya procedido a la realización objetiva de una conducta que se encuentre expresamente prevista en la ley penal como delictiva, sino que es necesario también que la misma sea antijurídica y susceptible de serle atribuida por dolo o culpa. En este sentido, se manifiestan los arts. 3 y 4 del CP, cuando establece el primero de ellos, que “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 en la ley penal”, e indicando el segundo que “la pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada por dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva”.

1592 JESCHECK, y con él la mayoría de la doctrina, considera que la concurrencia de una causa de justificación elimina la imposición de la medida de seguridad, así como la ausencia de dolo, en su concepción de dolo natural, es decir como intención del sujeto de querer la acción. En efecto, si la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad del sujeto, es obvio que ésta no resulta acreditada si ejecuta un hecho lícito, como es el realizado bajo el amparo de una causa de justificación como, por ejemplo, la legítima defensa. Por otra parte, difícilmente se podría establecer el límite máximo de duración de tal medida, que no podrá exceder de la correspondiente a la pena si el sujeto fuera imputable (art. 5 pf.2º CP), si a éste no le correspondiese pena alguna por mor de tal supuesto de exención de la responsabilidad criminal. Tampoco al sujeto inimputable se le puede aplicar una medida en los casos en los que el resultado lesivo se haya producido por mor de un hecho fortuito, ni por lo tanto, tampoco, con base en otros supuestos constitutivos de responsabilidad objetiva.

Ello no quiere decir, sin embargo, que impida la imposición de una medida de seguridad la circunstancia de que el imputado desconozca lo ilícito de su acción u omisión, o que no pueda determinarse de acuerdo a esa comprensión, como consecuencia de su perturbación o enfermedad psíquica (art. 27. 4 CP), pues es precisamente la concurrencia de dichos presupuestos los que definen a una persona como inimputable, y como tal acreedora, en su caso, a la imposición de una medida de tal naturaleza.

D) Principio de proporcionalidad. Se encuentra recogido en el art. 5 del CP, al normar que “las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado”... “En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad... por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia razonablemente el límite máximo de duración”. Por su parte, el art. 27.4 del CP sólo admite la aplicación de la medida de internación cuando al delito cometido por el inimputable le corresponda pena de prisión.

E) *Principio vicarial*. Según el cual, y frente al sistema dualista, la medida de seguridad puede sustituir a la pena e imponerse en vez o a la vez de ella, pero absorbiendo en su cumplimiento la parte alicuota de pena correspondiente. Este criterio fue el sentado en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1926, celebrado en Bruselas. Se encuentra recogido en el art. 95 del CP, al señalar que el juez o tribunal además de una pena puede imponer una medida de seguridad, pero “en todo caso la medida se cumplirá antes que la pena y el término de su duración se computará como cumplimiento de ésta. El juez de vigilancia correspondiente ordenará la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria, pero su duración no podrá exceder el tiempo que correspondería como pena”.

Pues bien, a los efectos de enjuiciar conductas delictivas susceptibles de ser tratadas a través de la aplicación de medidas de seguridad, se regula en el CPP un procedimiento especial, que presentando determinadas peculiaridades con respecto al ordinario, se circunscribe al enjuiciamiento de la conducta de un sujeto inimputable, con respecto al cual las partes acusadoras únicamente solicitan la imposición de medidas de tal naturaleza.

A los efectos de la aplicación de este procedimiento especial es necesario que se den los siguientes requisitos:

1593

A) *Que por la parte acusadora se hubiera requerido la aplicación de este procedimiento*. Si además del fiscal está constituido como acusador un querellante es necesario la solicitud concorde de ambos en tal sentido, por lo que bastaría con que uno de ellos solicitará la imposición de una pena, de forma principal o alternativa, para que no cupiese la incoación de este procedimiento especial. La referida solicitud contendrá, en lo pertinente, los requisitos de la acusación previstos en el art. 314 del CPP, indicando la calificación jurídica del delito cometido por el inimputable a los efectos de fijar la duración de la medida de seguridad a imponer.

B) *Que el supuesto autor del hecho delictivo fuera un sujeto inimputable, conforme al art. 27.4 del CP*, es decir se tratase de un individuo que, en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes: a) enajenación mental; b) grave perturbación de conciencia, y c) desarrollo psíquico retardado o incompleto.

C) *Que la infracción penal se hubiera cometido en tal estado inimputabilidad*, puesto que si la enfermedad mental sobreviene durante el procedimiento, y ésta excluye la capacidad de entender o de querer del imputado, el juez o tribunal, previo dictamen pericial, ordenará la suspensión del procedimiento ordinario hasta que desaparezca la incapacidad en los términos y con las consecuencias previstas en el art. 90 del CPP.

D) Que por las partes acusadoras se solicitara exclusivamente la aplicación de una medida de seguridad, sin que, por lo tanto, se solicitara conjuntamente con la misma la imposición de una pena.

E) La aquiescencia del tribunal en los términos del art. 399 del CPP, que luego comentaremos. El tribunal no podrá de oficio acordar la aplicación de este procedimiento, que deberá de ser solicitado por las partes acusadoras, ni la petición de la defensa del imputado permite su aplicación si no se cuenta con el consentimiento de aquéllas, con los requisitos antes consignados.

III. JURISPRUDENCIA

Garantía del Juicio. "...fundamento esencial es la garantía del juicio previo que dimana del Art.11 Cn., en el cual se concede protección sin discriminación a la persona, pues debe existir un tratamiento igualitario de conformidad al Art. 3 Cn., con respecto de la privación de sus derechos, lo sea mediante un procedimiento regular en el cual se asegura el contradictorio entre partes, regidos por un tribunal jurisdiccional competente e imparcial. Dicha garantía, en el procedimiento especial nominado "Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad", Art. 397 CPP., y siguientes se ha cumplido" (TS 3°. De San Salvador, 18-09-00).

398

REGLAS ESPECIALES

El procedimiento se regirá por las reglas comunes, salvo las establecidas a continuación:

1) Cuando el inimputable sea incapaz, sus derechos serán ejercidos por el tutor o, en su defecto, por quien designe el tribunal, sin perjuicio de aquellos que pueda ejercer el inimputable por sí mismo; el tutor informará sobre el inimputable inmediatamente después de la discusión final;

2) Este juicio no se realizará simultáneamente con otro de trámite ordinario;

3) El juicio se realizará a puerta cerrada; sin la presencia del inimputable cuando a causa de su estado imposibilite la audiencia;

4) La sentencia absolverá u ordenará una medida de seguridad, y en su caso resolverá sobre la responsabilidad civil; y,

1595

5) No regirán las normas referidas al procedimiento abreviado, ni las de la suspensión condicional del procedimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 1, 4, 5, 87, 89, 302, 304, 306, 308.3
- CP, 3, 4, 27 y 117.4

II. COMENTARIO

El procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad se regirá por las reglas comunes del procedimiento ordinario, pero con determinadas peculiaridades por razón de su especialidad.

El sujeto que cometió el delito en estado inimputabilidad gozará de las mismas garantías previstas para cualquier otra persona sometida al proceso penal (art. 1 del CPP), y por ello de los derechos que corresponden a todo imputado (art. 87 del CPP). La ley no obstante prevé que, si se trata de un incapaz, sus derechos sean ejercidos

por el tutor, o, en su defecto, por quien designe el Tribunal, sin perjuicio de aquellos que pueda ejercer el inimputable por sí mismo en relación con su estado. De igual forma se expresa el art. 89 del CPP. Con ello se pretende evitar y, por lo tanto, garantizar el derecho de defensa del inimputable en el proceso criminal.

Es evidente que la circunstancia de que existan indicios de criminalidad con respecto a la comisión de un hecho delictivo contra un sujeto inimputable no significa que no deba de agotarse la investigación criminal, ni probarse, en juicio oral y contradictorio, bajo la intermediación del tribunal sentenciador, la comisión por su parte del ilícito criminal con los requisitos que antes hemos examinado. Cualquier sujeto de derecho sea o no imputable goza de los derechos a la presunción de inocencia y al beneficio de la duda (arts. 4 y 5 del CPP); por consiguiente, comoquiera que condicionante de la aplicación de una medida de seguridad es la comisión por parte del inimputable de un hecho descrito en la ley penal como delito, su participación criminal en el mismo debe acreditarse de igual forma, y con las mismas garantías, que si se tratase de un sujeto imputable, y como tal merecedor de una pena, no olvidemos el carácter afflictivo que supone la aplicación de una medida de seguridad, que incluso puede ser privativa de libertad como la internación.

1596 Durante la tramitación del procedimiento como medida cautelar podrá acordarse la internación provisional del inimputable en un establecimiento asistencial, mediando los requisitos establecidos en el art. 302 del CPP, es decir:

- 1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe;
- 2) Comprobación por dictamen de perito, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás; y,
- 3) Existencia de una presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstaculizará un acto concreto de investigación.

La adopción de tal medida cautelar es susceptible de recurso de apelación (art. 304), y de revisión (art. 306).

Durante la instrucción tampoco podrá decretarse el sobreseimiento definitivo del procedimiento, como dispone el art. 308.3 del CPP.

El juicio oral se llevará a efecto por los trámites del proceso ordinario, si bien teniendo en cuenta una serie de particularidades por razón de su especialidad. En este sentido, existe una restricción al principio de publicidad, y el juicio se celebrará a puerta

cerrada, sin ser precisa la presencia del inimputable, siempre y cuando su estado imposibilite la audiencia. Inmediatamente después de la discusión final, el tutor informará sobre el inimputable.

El juicio finalizará a través de sentencia, en ella podrá absolverse al imputado, cuando no se logre probar su participación en el hecho delictivo objeto de enjuiciamiento, o cuando en su conducta se aprecie la concurrencia de una causa de justificación (art. 3 y 27.1.2 y 3. del CP), o cuando su acción u omisión no haya sido realizada a título de dolo o culpa (art. 4 CP), o cuando no proceda la imposición de una medida de seguridad (art. 27.4 último pf. CP). Por el contrario, en el supuesto en el que se logre acreditar en juicio que el imputado ha cometido uno de los delitos previstos en el CP, y proceda aplicar una medida de seguridad, así se acordará en sentencia, resolviéndose sobre la responsabilidad civil, que puede hacerse extensiva a terceras personas, con carácter subsidiario, a tenor del art. 117.4 del CP, es decir las que tengan a los autores o partícipes bajo su potestad o guarda legal o de hecho, y siempre que exista de su parte culpa o negligencia. En este caso, estas personas deberán ser llamadas al proceso a los efectos de evitar que se produzca indefensión si fueran condenadas sin ser oídas.

La medida de internación sólo se aplicará cuando al delito le corresponda pena de prisión, en tanto en cuanto aquélla es una medida privativa de libertad (art. 27.4 CP). Es evidente que el tribunal tampoco podrá imponer una pena cuando lo solicitado por la acusación sea una medida de seguridad, so pena de vulnerar el principio acusatorio, sin perjuicio en tal caso que proceda conforme señala el art. 399 CPP.

1597

Por último, señalar que no cabrá tramitar este proceso por las normas del procedimiento abreviado, al no existir disponibilidad procesal sobre su objeto, ni cabe la suspensión condicional del procedimiento, ni tampoco su realización simultánea con otro de trámite ordinario. Ello no significa, sin embargo, que seguido un juicio por otra clase de proceso, el mismo pueda terminar con la aplicación de una medida de seguridad si se considera al acusado como inimputable tras el desarrollo de la vista pública.

399

DISCONFORMIDAD

Si el tribunal considera que corresponde aplicar una pena, ordenará la acusación según el trámite ordinario. Si el fiscal insiste en su requerimiento, el juez solicitará la opinión del Fiscal Superior conforme lo previsto en este Código.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 4 (carga de prueba); 19, 20, 22 y 26 (ejercicio de la acción); 83 (función de la FGR), 95 y 96 (querella); 247 a 249 (requerimiento fiscal), 258 (disconformidad con requerimiento fiscal) y 321 (disconformidad con la falta de acusación del fiscal)

II. COMENTARIO

1598

A los efectos de que se pueda seguir este procedimiento especial es necesario contar con la conformidad del tribunal que conoce de la causa, y en otro caso se seguirá por las normas propias del procedimiento ordinario. No obstante, si el fiscal insiste en la aplicación de una medida de seguridad en contra del criterio judicial, ratificándose en tal requerimiento, el Juez solicitará la opinión del Fiscal Superior, el cual podrá ratificar lo realizado por el fiscal inferior, en cuyo caso el juez resolverá en el sentido solicitado siguiendo los trámites de este procedimiento especial (art. 258 y 321 CPP).

En efecto, según se afirma en el comentario al art. 321 CPP, la pretensión de la Fiscalía General de la República, que tiene, no obstante, la última palabra sobre si ejerce o no la acusación y en relación al contenido de la misma (sistema acusatorio), puede ser objetada por el juez, a cuyo efecto se establece un mecanismo de control respecto al criterio del fiscal del caso, conforme a lo establecido en el art. 321, a cuyo tenor “cuando el fiscal no acuse, ni lo haya hecho el querellante y el juez considere que procede la apertura a juicio, ordenará se remitan las actuaciones al fiscal superior para que acuse o ratifique el pronunciamiento del fiscal inferior dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones. Si el fiscal superior ratifica la solicitud del inferior, el juez resolverá en el sentido solicitado. Si el juicio se abre sólo por la acusación particular, igualmente el fiscal podrá intervenir en la vista pública. Cuando el fiscal superior formule acusación, se convocará a una nueva audiencia preliminar dentro de los diez días siguientes, procediéndose conforme lo previsto en este Capítulo. Si se ha vencido el plazo de la instrucción, se entenderá prorrogada hasta la fecha de la nueva audiencia; y en aquella continuará con su intervención el fiscal inferior”.

TÍTULO V

CAPÍTULO ÚNICO

PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

400

ACUSACIÓN

Quien pretenda acusar por un delito de acción privada, debe presentar la acusación, por sí o mediante apoderado especial, directamente ante el tribunal de sentencia, cumpliendo con los requisitos previstos en este código para la acusación.

Si se trata de delitos contra el honor y la víctima fuere funcionario público, autoridad pública, jefes de estado extranjeros o representantes diplomáticos acreditados en el país, la acción penal deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República.

1599

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 3, 19, 28, 29, 31.9, 41, 53, 73.9, 239 pf. 2º, 314.
- CP, 177 y ss., 184 y ss., 209, 238, 239, 243

II. COMENTARIO

Con arreglo al art. 19 del CPP, la acción penal se ejercitará de los siguientes modos: 1) Acción pública; 2) Acción Pública, previa instancia particular, y 3) Acción Privada.

Pues bien, para la sustanciación de los ilícitos criminales únicamente susceptibles de ser perseguidos por acción privada, la Ley establece un procedimiento especial por razón de su objeto, cual es el previsto en los art. 400 y siguientes del CPP, en el que prima, en congruencia con su propia naturaleza privada, el principio dispositivo, que se manifiesta en el hecho de que los delitos de tal clase únicamente son perseguibles en virtud de acusación privada (art. 19 último pf., 28 y 400 CPP), dados los bienes jurídicos lesionados como consecuencia de la comisión de aquellos, afectantes a intereses predominantemente personales, y, por otra parte, por razones de política criminal, en

evitación de que una divulgación de estas infracciones criminales, a través de su persecución judicial generalizada y de oficio, incrementara el daño causado por el delito.

Por todo ello, con base en las consideraciones expuestas, el Código Penal sólo protege a las personas cuando éstas se consideran ofendidas por el delito; se establece una conciliación previa (art. 402), que finalizada con avenencia finiquita el proceso criminal; la acción se extingue por la renuncia o abandono de la acusación (art. 31.9, 41 y 405), así como por perdón o retractación (art. 405); y la policía no procederá salvo orden del Juez y en los límites de esa orden, siempre y cuando además sea requerido el auxilio judicial por el acusador particular (art. 239-II y 401).

No obstante lo cual, excepcionalmente, atendiendo a la condición del sujeto pasivo del delito e interés público en la salvaguardia del buen nombre de las instituciones, si se trata delitos contra el honor y la víctima fuera un funcionario público, autoridad pública, jefes de estado extranjeros o representantes diplomáticos acreditados en el país, la acción penal deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República.

1600

Por otra parte, se trata de un procedimiento de estructura sencilla, con supresión de trámites procesales con respecto al ordinario. No existe propiamente una fase de instrucción, sustituida por el denominado auxilio judicial necesario para la preparación de la acusación. Se suprime la audiencia inicial y preliminar, iniciándose con la presentación de la acusación, admitida la cual se convoca a acto de conciliación que, de finalizar sin avenencia, conduce directamente a la vista pública. La regulación del procedimiento, no obstante, es deficiente y deja numerosas lagunas que es preciso integrar.

El art. 28 del CPP enumera las infracciones perseguibles por acción privada, que son las siguientes: 1) Delitos relativos al honor y a la intimidad. 2) Hurto impropio. 3) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela. 4) Cheques sin provisión de fondos. Este precepto habrá de integrarse con el CP, que nos precisa los delitos comprendidos en tal disposición normativa, que son los siguientes: A) *Delitos contra el honor e intimidad* del Título VI del Libro II del CP: 1) capítulo I: calumnia, injuria y difamación (art. 177 y ss.); 2) delitos relativos a la intimidad, capítulo II (art. 184 y ss.): violación de comunicaciones privadas, captación de comunicaciones, revelación de secreto profesional, allanamiento de morada, allanamiento de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público, utilización de imagen o nombre de otro. B) *Hurto impropio* (art. 209 del CP). C) *Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela* (art. 238 y 239 CP). Y D) *Cheque sin provisión de fondos* (art. 243).

La Ley prevé, en el art. 29, la posibilidad de conversión de las acciones públicas en privadas a petición de la víctima, siempre que la Fiscalía General de la República lo autorice, porque no exista un interés público gravemente comprometido en los casos siguientes: 1) Cuando se trate de un delito que requiera instancia particular. 2) En

cualquier delito contra la propiedad. Si en un mismo hecho hay pluralidad de víctimas será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sólo una asuma la persecución penal. 3) Cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe.

Como requisito de procedibilidad para la iniciación de este procedimiento especial se requiere la presentación de escrito de acusación por la persona física o jurídica ofendida por el delito, bien directamente o por medio de apoderado especial. El referido escrito habrá de reunir los requisitos de la acusación establecidos en el art. 314 del CPP, y a tenor de su numeral 1º los datos personales del imputado o en caso de ignorarse los que sirvan para identificarlo, en tal supuesto, o cuando para describir de forma clara, precisa y circunstanciada el delito (art. 314.2), sea imprescindible realizar diligencias, el acusador podrá pedir el auxilio judicial al que se refiere el art. 401 CPP, lo que así deberá solicitar en el mentado escrito de acusación, prestado el cual completará la acusación, cumpliendo todos los requisitos del precitado art. 314.

El órgano competente para tramitar el procedimiento, ante el que se presentará la acusación, decidirá sobre la prestación del auxilio judicial (art. 401), admitirá aquélla, celebrará la conciliación (art. 402), así como el juicio oral, imponiendo, en su caso, la pena correspondiente por el delito cometido (art. 403), será el tribunal de sentencia (art. 400), al que, por lo tanto, la ley le da un excesivo protagonismo en la tramitación de este procedimiento especial, de manera que su implicación en la fase de investigación, decidiendo sobre las pruebas solicitadas (por ejemplo un allanamiento con requisa de papeles impresos con los que se cometió un delito de injuria o calumnia con publicidad del art. 181 CP), e interviniendo en la conciliación previa, en relación directa con las partes procesales, conociendo sus pareceres u opiniones, mediando entre ellas, puede comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador, al ponerle en contacto, antes del juicio oral, con los elementos de convicción precisos para su ulterior enjuiciamiento (véase al respecto el comentario al art. 3 del CPP).

1601

Por ello, el juez de sentencia que hubiera prestado el auxilio judicial o intervenido en la conciliación no debería ser el que presidiera el juicio por esta clase de delitos, lo que es perfectamente factible, pues a tenor del art. 53 CPP la práctica totalidad de los delitos de acción privada serán juzgados por un juez del tribunal de sentencia como órgano unipersonal, mas la cuestión sigue abierta en el caso de las calumnias reiteradas o/y con publicidad (art. 177 CP), en cuyo caso al tratarse de delitos graves el órgano sentenciador deberá estar conformado por los tres jueces de sentencia. El problema podría obviarse en el caso en el que, no habiéndose prestado auxilio judicial o siendo éste irrelevante por su contenido para afectar a la imparcialidad objetiva, se abstuviera o recusara con éxito al juez que intervino en la conciliación a través de una interpretación extensiva del causal 9 del art. 73 CPP, en tanto en cuanto en dicho acto pudo tener una participación relevante manifestando su opinión o intentando conciliar a las partes, en cualquier caso estando en contacto directo con elementos de prueba cuales son el

acusador e imputado, naturalmente que esta situación no se produciría si la conciliación se hubiera efectuado ante un amigable componedor (art. 402 pf. 2º CPP).

III. JURISPRUDENCIA

Subsanación de defectos formales. "Sin embargo se reconocen ciertas posibilidades de subsanación: Respecto de los delitos de acción privada, el Art. 96 Pr Pn., admite la posibilidad de subsanación de los defectos formales observados en la formulación de la querella, pues se trata de favorecer la efectividad del principio *Pro-Actione*, que se vería menoscabado si se realizase una interpretación en exceso rigorista y formalista del cumplimiento de las exigencias procesales para promover la acción penal" (*Cámara de la Tercera Sección del Centro, 19-04-02*).

"Por las razones antes anotadas, en base a los Arts. 130,314 N°. 3 Pr.Pn., y 113 Inc. Final Pr. C., en el ejercicio de la actividad preventiva que asiste a este tribunal, frente a posibles actos irregulares, previo a resolver sobre la admisibilidad o no de la acusación, se provee: Prevenir al Licenciado Hernández Granados, para que en el término de tres días contados a partir de la notificación respectiva: I- Subsane las omisiones que presenta el escrito de acusación presentado en esta sede judicial" (*TS de Sonsonate, 12-02-02*).

1602

Legitimación especial de la FGR. "En ese orden de ideas, se advierte que el legislador en el Art. 400 inciso primero Pr. Pn., establece a vía de excepción, la facultad de la víctima, de acusar directamente y sin la intervención de la Fiscalía General de la República, cuando se trate de delitos de acción privada; sin embargo, esta Sala interpreta que tal excepción no será aplicable, cuando se trate de delitos contra el honor y la víctima fuere un funcionario público, autoridad pública, jefe de Estado extranjero o representante diplomático acreditado en el país, pues en estos casos, según los dispuesto en el inciso segundo de la citada norma, la acción penal privada deberá ser ejercida por la Fiscalía General de la República, sin perjuicio de que la víctima pueda intervenir en forma conjunta con el acusador estatal" (*Casación, 22-05-01*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

En los delitos de acción privada, el Estado no suele tomar a su cargo la promoción de la acción, sino que deja en actividad exclusivamente en manos de la víctima. A ella le competirá lo que el fiscal haría, o sea, preparar su acción (recolectar los medios de prueba) y presentar la acusación. Ello acarrea a la víctima una serie de dificultades en la obtención de elementos de prueba, por carecer de los poderes que el ministerio fiscal tiene. Al respecto LLOBET RODRIGUEZ, afirma (Código de Procedimientos Penales anotado y comentado, p. 501, 2ª. Ed.): "Así, si en los delitos de acción privada se estima que hay un interés predominantemente privado, lo correcto no es establecer

un procedimiento especial, cual es el juicio por delito de acción privada, sino la recriminación...En relación con la inconveniencia que para el ofendido puede representar la investigación de estos delitos lo que deberá hacerse es regularlos como delitos de acción pública a instancia privada, ya que dicha inconveniencia es también la que motiva el establecimiento del obstáculo procesal que se establece en estos delitos”.

La víctima deberá reunir las pruebas, realizar por su cuenta la investigación preliminar y, sobre esa base, presentar su acusación. Sin embargo, en el Art. 401 CPP se ha establecido un auxilio a la víctima, porque como se ha dicho, ésta no tiene posibilidad de reunir alguna prueba, ni tan siquiera de pedir algún informe, en otras palabras, carece de un poder coercitivo. Todas estas circunstancias hacen a veces que la víctima soporte la violación a los bienes jurídicos protegidos, cuya persecución es por medio de la acción privada. Aunado al obstáculo precedente, podemos citar otro, basado en la realidad social: una de las exigencias formales, es que la acusación se presente por sí o mediante apoderado especial, lo que implica que tiene en todo caso tratarse de un abogado particular debidamente autorizado, el cual no está al alcance del bolsillo de todos los ciudadanos salvadoreños, por la precaria situación económica. Esto impide acceder al sistema judicial, y por ende provoca impunidad en esta clase de delitos en el sector social más pobre, frustrándose por consiguiente de un modo absoluto la facultad de querellar que se le confiere a la víctima.

1603

En el supuesto de incapaces, sus representantes legales, podrán promover la acusación por los delitos cometidos en perjuicio de aquellos, pues al no gozar de la plena capacidad civil que la ley requiere para promover la acción, deja la valoración de las circunstancias para hacerlo, en manos de aquellos que por ley deba representarlos.

Se puede ejercer conjuntamente la acción civil emergente del delito por el daño que ha causado, Art. 44 CPP. La acusación que no cumpla con los recaudos exigidos por la ley, debe ser declarada nula, Art. 314 CPP, sin embargo algunos tribunales admiten la posibilidad de subsanación de los defectos formales observados en la formulación de la acusación, antes de declarar su inadmisibilidad, para efectivizar el principio *Pro-Actione*. La doctrina mayoritaria, sostiene que el juez que advierta una causa de nulidad, provee inmediatamente eliminarla, si es posible, pero si no lo es, debe declararla, porque el juez debe atenerse a la letra de la ley: Por ello declarará la nulidad, si no pudo evitar la causa. La mayoría de los tribunales de sentencia no declaran la nulidad de la acusación, sino que la inadmiten sin exponer las razones de orden legal por las cuales no la anulan, no obstante ser tal sanción procesal, y no la inadmisibilidad, la contenida en la disposición legal. No es posible cambiar la sanción procesal, por una interpretación integrada, cuando la disposición es tajante y no vulnera derechos fundamentales. Ello daría lugar a reformar la disposición legal de manera irregular, lo que está reservado al legislador, independientemente de las concepciones doctrinarias de la nulidad y la inadmisibilidad como tipos de sanciones procesales. Núñez (Código Procesal Penal de

Córdoba Anotado, p. 318), sostiene que "la acusación será nula en tanto sus defectos impliquen un perjuicio para la defensa del imputado".

Al declarar inadmisibile el escrito de acusación sobre la base el Art. 422 CPP, daría lugar a la víctima agraviada a recurrir en casación, por tratarse de un auto que hace imposible que continúe el procedimiento. En cambio, si se declarase la nulidad de la acusación como lo estatuye la disposición legal, daría lugar a que la víctima recurra en apelación con fundamento en el Art. 417 Inc. Final CPP. En uno u otro caso cabe la posibilidad de ser recurrida la resolución dictada.

401

AUXILIO JUDICIAL PREVIO

1604

Cuando no se haya logrado identificar o individualizar al acusado; o determinar su domicilio o presidencia; o, cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el delito, sea imprescindible llevar a cabo diligencias que el acusador no pueda realizar por sí mismo, requerirá en la acusación el auxilio judicial, indicando las medidas pertinentes.

El tribunal prestará el auxilio, si corresponde. Luego, el acusador completará su acusación.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 104, 106, 155, 239 pf. 2º, 313. 1 y 2.

II. COMENTARIO

El auxilio judicial tiene la finalidad de prestar la colaboración precisa al acusador privado a los efectos de identificar o individualizar al autor del hecho ilícito, así como para poder describir clara, precisa y circunstancialmente el delito.

Las características del auxilio judicial, condicionantes de su admisibilidad, son las siguientes:

- A) *Carácter subsidiario*, pues sólo cabe su prestación cuando el acusador no pueda realizar por sí mismo las diligencias solicitadas.

- B) *Carácter imprescindible* de las mismas para completar los requisitos de la acusación antes consignados (art. 314. 1 y 2 CPP).
- C) *Indicación por parte de la acusación de las medidas pertinentes* en las que habrá de consistir el auxilio judicial requerido. El juez se convierte en mero auxiliador, que pierde la iniciativa en la investigación, que deja en manos de la parte acusadora, que deberá instar lo que al respecto considere necesario.

El Tribunal decidirá, conforme a los requisitos consignados, la prestación del auxilio requerido, practicando u ordenando practicar las diligencias solicitadas y admitidas. Realizadas las mismas el acusador completará la acusación, presentado nuevo escrito de tal clase, cubriendo los requisitos del art. 314 CPP, la ley no señala plazo al respecto, lo cual es importante, pues la ausencia de acusación genera que se entienda por abandonada la acción por aplicación del art. 104 CPP, al que se remite el art. 106 del mismo texto legal, por lo que no veríamos inconveniente en que el mismo le fuera judicialmente señalado (art. 155), con la advertencia de la precitada consecuencia en el supuesto de no presentarse la nueva acusación en el plazo indicado. Lo que no sería admisible es que una vez promovido el procedimiento quedara éste indefinidamente en manos del acusador, generando una situación de inseguridad jurídica.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

1605

En algunas legislaciones no se contempla el auxilio judicial previo. En su lugar, y con los mismos fines y limitaciones, se ha instituido una investigación preliminar, como excepción al principio de juicio sin instrucción. Este auxilio judicial previo, fundado en el desconocimiento, acerca de la identidad o individualización del acusado, como de su residencia o cualquier otro dato para completar los requisitos de la acusación, tiende a la realización efectiva del derecho de la víctima, protegido por el Estado a través de esa facultad. También puede pedir el auxilio judicial, cuando deban agregarse al proceso documentos que la víctima no haya podido obtener. Si en el escrito de acusación, se acusa a varias personas, pero a una de ellas con generales ignoradas y no se indica otra descripción que sirva para identificarla o dar con su domicilio, procede declarar nula la acusación interpuesta en cuanto a esa persona acusada, no así respecto de las demás.

402

CONCILIACIÓN

Admitida la acusación particular, el tribunal convocará a una audiencia de conciliación que será llevada a cabo por uno de los jueces del tribunal.

Por acuerdo entre acusador y acusado se podrá designar a un amigable componedor para que realice la audiencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 308.1, 314, 404.1, 422

II. COMENTARIO

1606

Una vez presentada, y en su caso complementada la acusación, tras la práctica del auxilio judicial requerido, se deberá decidir sobre la admisión de la acusación, a través de una resolución judicial motivada que deberá revestir la forma de auto. Aquella podrá rechazarse cuando no cumpla los requisitos formales establecidos en el art. 314 del CPP, que no impedirá de nuevo su presentación una vez subsanados dichos defectos; pero también cabría que fuera rechazada por motivos de fondo por entender que los hechos relatados carecen manifiestamente de trascendencia penal, por no ser los mismos constitutivos de delito, en cuyo caso se decretará el sobreseimiento definitivo (art. 308.1 CPP), contra el que podría interponerse recurso de casación al tratarse de auto dictado por tribunal de sentencia que pone fin a la acción o hace imposible que la misma continúe (art. 422 CPP).

Una vez que es admitida la acusación se deberá, con carácter previo y necesario, celebrar una conciliación, pues el legislador, dada la naturaleza privada de los delitos que se tramitan por este procedimiento y por evidentes razones de política criminal, pretende evitar su continuación promoviendo un acuerdo entre las partes.

La conciliación se celebrará ante un juez del tribunal de sentencia, o ante un amigable componedor, designado de común acuerdo entre acusador y acusado.

La víctima o su mandatario deberán acudir necesariamente a la conciliación, de manera tal que de no hacerlo, y no concurrir justa causa que se lo hubiera impedido, se tendrá por abandonada la acusación y se sobreseerá el procedimiento (art. 404.1 CPP);

no obstante, la incomparecencia del acusado no impedirá la continuación del mismo, so pena de dejar la prosecución del delito dentro de su esfera dispositiva.

La conciliación puede terminar con avenencia, en cuyo caso se da por finalizado el procedimiento; o sin ella, de no conseguirse acuerdo alguno entre las partes; o intentada sin efecto, de no acudir a la misma el acusado, supuestos éstos últimos en los que se continuará con el procedimiento especial, citándose a las partes a vista pública.

III. JURISPRUDENCIA

Inadmisibilidad por el fondo. “El tribunal entiende que no existe la configuración de un delito, cuando el cheque es desnaturalizado para hacerlo un instrumento de garantía, la acusación se vuelve inadmisibile conforme a las reglas de la querella, conforme a los Art. 96, en relación con el 106 y 314 CPP” (TS 3°. de San Salvador, 30-06-99).

“Es evidente que en el caso de autos, el tribunal de sentencia se ha excedido en su pronunciamiento al rechazar la acusación basado en consideraciones de fondo relacionadas íntimamente con la pretensión del acusador, circunstancia que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento procesal, pues como ya se dijo líneas arriba, la inadmisibilidad de la acusación únicamente procede ante el incumplimiento de los requisitos de forma enumerados en el Art. 96 Pr Pn.” (Casación, 29-06-01).

1607

Efecto de la conciliación. “Sobre el particular esta Sala advierte: en primer lugar, que la conciliación debe considerarse dentro del proceso penal, como forma de mediación entre delincuente y víctima, en la que el juez tiene la posición de un juez de garantías; que la conciliación en el juicio penal solamente motiva la suspensión del procedimiento” (Casación, 24-01-03).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Antes de ordenar la audiencia de conciliación, debe haber sido admitida la acusación que cumpla con todos los requisitos señalados en el Art. 314 CPP. La mayoría de los Tribunales de Sentencia, inadmiten la acusación *in limine*, por faltar requisitos de fondo, o sea, porque el hecho acusado no es constitutivo de delito. Contrariamente al tratamiento jurídico de inadmisibilidad por este motivo, el autor del comentario sostiene un tratamiento distinto, que es el de sobreseimiento definitivo. Es necesario por parte de los jueces de sentencia, el examen preliminar de la acusación respecto de si los hechos no son constitutivos de delito, con la finalidad de evitar el desgaste jurisdiccional que acarrearía la celebración del juicio, cuya sentencia será siempre de absolución por atipicidad de la conducta del acusado.

La audiencia de conciliación previa al juicio, como una forma anticipada de resolver el conflicto, estaba prevista desde hace mucho tiempo en la mayoría de legislaciones, menos en la nuestra, por no tener formas alternativas de solución de conflictos en materia penal. Generalmente en los delitos contra el honor (Calumnia e Injurias), se ha extendido ahora en todos los delitos de acción privada, y es así como lo adopta nuestra legislación procesal penal. La citación a esta audiencia es personal para las partes. Sin embargo, sobre la base del Art. 32 Inc., final CPP, la víctima y el imputado podrán nombrar apoderados especiales para conciliar en su representación, también podrán simplemente designar de palabra o por escrito, ante el Juez o la Fiscalía General de la República a una persona que los represente para tales efectos. Si el acusado no comparece a la audiencia de conciliación, no obstante estar legalmente citado, se entiende que no tiene interés en la conciliación y, por tanto, el proceso debe seguir su curso. Salvo que justifique su inasistencia, en cuyo caso, deberá volver a realizarse una convocatoria para la celebración de la audiencia de conciliación.

1608

La conciliación entre las partes significa que se pusieron de acuerdo para dar por terminado el conflicto, en virtud de que la víctima acusadora, acepta las manifestaciones, explicaciones o excusas del acusado. Se trata de un acto bilateral, que permite por ello que las partes involucradas negocian las condiciones bajo las cuales se daría por terminado el asunto. Deben en consecuencia determinarse las obligaciones pactadas, entre las cuales se comprenderá la reparación del daño a la víctima o al ofendido; y en su caso se señalará un plazo para su cumplimiento. El problema puede surgir del incumplimiento de las obligaciones pactadas por parte del acusado, en cuyo caso, el Art. 33 CPP., regula que cuando el imputado incumpliere dentro del plazo sin justa causa las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado. La audiencia de conciliación -a diferencia del procedimiento ordinario- en esta clase de procedimiento especial (acción privada) es obligatoria en todos los delitos y está destinada únicamente a ponerle fin al conflicto. Si las partes se avienen en la audiencia de conciliación, la acción penal se extingue (Art. 31.2 CPP), y en consecuencia se debe sobreseerse definitivamente (Art. 308.4 CPP).

403

PROCEDIMIENTO POSTERIOR

Si no se logra la conciliación, el tribunal convocará a vista pública conforme lo establecido en este Código y aplicará las reglas del juicio común.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 316, 324 y ss., 422 y 423
- CP, 183

II. COMENTARIO

Como hemos visto, de no conseguirse la avenencia en la conciliación el tribunal convocará para vista pública, continuándose el procedimiento por las normas de los arts. 324 y siguientes del CPP. Aunque la ley no lo prevé expresamente abría que dar un plazo a la parte acusada que, en congruencia con el art. 316 CPP, parece lógico lo fuera de cinco días, para que proponga las pruebas de las que pretenda valerse en juicio, solicitando en su caso la citación de testigos y peritos, so pena de dejarla en indefensión, y dada la trascendencia que tal actividad probatoria acarrea, pues como resulta del art. 183 del CP, el acusado de delito de calumnia quedará exento de toda responsabilidad penal, probando el hecho punible que hubiere atribuido, e igualmente el acusado de difamación la veracidad de la conducta o calidad atribuida, siempre que sea legítima su difusión.

1609

El procedimiento finalizará por sentencia, contra la que podrá interponerse recurso casación (art. 422 CPP), en el término de diez días (art. 423).

404

ABANDONO DE LA ACUSACIÓN

Art. 404.- Además de los casos previstos, se considerará abandonada la acusación y se debe sobreseer en el procedimiento a favor del acusado cuando:

1) La víctima o su mandatario no concurren a la audiencia de conciliación, sin justa causa; y,

2) Si muerta o incapacitada la víctima, no concurren a proseguir el procedimiento sus herederos o representantes legales, dentro de los sesenta días siguientes, a la muerte o incapacidad, siempre que éstos conozcan la muerte o la incapacidad de la víctima y la existencia del juicio. Caso contrario, el plazo comenzará a correr a partir de este conocimiento o de la notificación que el tribunal les haga sobre estos extremos. En este caso, cuando no se conozca quiénes son los herederos o se desconozca su residencia, el acusado puede pedir al tribunal la notificación por edictos; publicado el último edicto comienza a correr el plazo establecido.

1610 Transcurrido dicho plazo se tendrá por extinguida la acción penal.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 31. 9, 103, 104, 105 y 106

II. COMENTARIO

El CPP señala en este precepto determinados supuestos en los que se entiende, por mor de una conducta procesal de la parte acusadora, por abandonada la acusación, decretándose en tal caso el sobreseimiento del procedimiento en beneficio del acusado, no obstante este artículo hay que integrarlo con los art. 103 y siguientes del CPP, de aplicación a los procedimientos de acción privada, por expresa remisión del art. 106 del referido texto legal, incluyendo en consecuencia también como supuestos de abandono de la acción el hecho de no concurrir el acusador a la vista pública sin justa causa o ausentarse de ella sin autorización del tribunal (art. 104.3 CPP), o cuando citado a prestar declaración testimonial no concorra injustificadamente (art. 104.1). El abandono será declarado de oficio o a petición de parte.

También podrá el acusador desistir de la acusación en cualquier momento del procedimiento (art. 103 CPP).

Tanto el abandono como el desistimiento impedirán toda posterior persecución por parte del acusador, en virtud del mismo hecho que constituyó el objeto de la acusación y en relación a los mismos acusados que participaron en el procedimiento. En el caso de abandono tomará a su cargo las costas propias y quedará sujeto a la decisión general sobre costas que dicte el tribunal al finalizar el procedimiento (art. 105 CPP).

Por su parte, el art. 31.9 del CPP, igualmente dentro de las causas de extinción de la acción penal, hace referencia a la renuncia y al abandono de la acusación, respecto de los delitos de acción privada o que hayan sido transformados en delitos de acción privada.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

En los delitos de acción privada, el titular de la acción penal es el ofendido por el delito o el representante legal en su caso. Existe en ellos un poder de disponibilidad, respecto de la acción penal, en ese sentido como lo establece el Art. 41 CPP, la víctima puede renunciar o desistir de la acusación. El código comprende las dos clases de renuncia o desistimiento, el expreso y el tácito. La renuncia debe ser clara e inequívoca, personal o por medio de apoderado. Admitida la renuncia o el desistimiento expreso, surte todos sus efectos, sin existir posibilidad alguna de retractación por parte del acusador, aun antes de su admisión formal, por no ser necesaria su ratificación. De modo tal que la renuncia o desistimiento de la acción penal provoca la extinción de la acción penal (Art. 31.9 CPP), y consecuentemente el sobreseimiento definitivo. La renuncia o desistimiento de la acción penal, no implica la de la acción civil, ya que ésta se extingue por manifestación expresa del ofendido o de su representante legal en su caso (Art. 45.1 CPP). La renuncia o desistimiento de la acción penal, puede ser tácita al tenor de los Arts. 44 y 404 CPP.

405

PERDÓN Y RETRACTACIÓN

La víctima, sus herederos o representantes legales en su caso, podrán perdonar expresamente al imputado, durante el procedimiento y hasta antes de la vista pública, en cuyo caso se extinguirá la acción penal y el juez sobreseerá.

En los delitos contra el honor el acusado podrá retractarse de una manera pública del delito que hubiere dado lugar a la acusación hasta antes de la vista pública, y si la retractación fuere aceptada expresamente por la víctima, sus herederos o representantes legales en su caso, se extinguirá la acción penal y el juez sobreseerá.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 31.12
- CP, 96.6 y 107

1612

II. COMENTARIO

Dentro igualmente de los supuestos de terminación de este proceso especial, y en congruencia con su naturaleza privada, la ley regula otros dos casos de finalización del procedimiento, cuales son el perdón y la retractación, que deberán producirse en cualquier momento del mismo siempre que lo sean antes de la vista pública, y que producen como efecto común el sobreseimiento del procedimiento. La circunstancia de poner dicho límite temporal merece un juicio positivo, en aras de evitar que esta forma de extinción de la responsabilidad criminal se convierta en factor criminógeno, evitando amenazas y extorsiones sobre el sujeto pasivo del delito.

El perdón habrá de provenir de la víctima, herederos o representante legal, y ha de ser expreso, sin que, por lo tanto, pueda deducirse tácitamente, de expresiones de dudosa significación. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica se le ha considerado como una especie de gracia privada. El perdón se regula como causa de extinción de la responsabilidad penal en los arts. 96.6 y 107 del CP.

La retractación sólo cabe en los delitos contra el honor. Consiste en revocar expresamente lo que se ha dicho o desdecirse de lo manifestado, habrá de hacerse públicamente y ser aceptada por la víctima, sus herederos o representantes legales.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

El perdón procede para todos los delitos perseguibles por acción privada. Es de advertir que la retractación, para que extinga la acción penal requiere expresa aceptación por la víctima, sus herederos o representantes legales en su caso. De lo contrario no extingue la acción y debe proseguirse con el juicio. alguna jurisprudencia extranjera sostiene, que la retractación es confesión del hecho. "Si bien la retractación tiene efecto concluyente en sede penal, no se identifica con el "perdón" ni perjudica en absoluto la acción civil, precisamente porque retractarse implica que se ha faltado a la verdad y reconocer tanto el hecho como la culpa (Cam.Nac. Apel. Civil. Sala D, 24-4-82, selección de jurisprudencia penal, 11, pp. 55/56)".

LIBRO CUARTO

RECURSOS

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

406

REGLAS GENERALES

Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos.

1614 El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas.

Cuando la ley concede un recurso al imputado, deberá entenderse que también lo concede al defensor.

En todo caso para interponer un recurso será necesario que la resolución impugnada cause agravio al recurrente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 13.5, 104, 225, 257, 284, 285.2, 304, 312, 362, 377, 395, 408, 412, 432, 442, 452
- CADH, de San José: art. 8.2 apartado h
- PIDCP, 14.5

II. COMENTARIO

Como afirma el profesor FAIRÉN GUILLÉN (*“Doctrina General de los medios de impugnación y parte general del Derecho Procesal”, en Estudios de Derecho Procesal*),

Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, p.238) “los medios de impugnación nacen de una base procesal común y los principios fundamentales a que obedecen son los mismos casi exactamente”, es decir que existe una teoría general de los recursos predicable y aplicable a los distintos órdenes jurisdiccionales. Así conceptos tales como competencia funcional, efecto devolutivo y suspensivo, segunda instancia, reformatio in peius, adhesión, desistimiento, cosa juzgada etc. son extrapolables a las distintas esferas jurisdiccionales entre las que se encuentra el proceso penal.

Por otra parte, el término recurso es susceptible de cierta equivocidad, puesto que el mismo se emplea con pluralidad de acepciones, así para hacer referencia al acto inicial a través del cual se inicia tal fase de impugnación, al procedimiento de tramitación del mismo, tanto ante el juez a quo como ante el juez a quem, al propio contenido de la impugnación etc.

La doctrina moderna distingue entre medio de impugnación en sentido amplio y recurso, siendo éste último una especie dentro del género de la impugnación. Así no todos los medios de impugnación contra una resolución judicial son susceptibles de ser calificados dentro de la categoría jurídica de recurso, reservándose esta acepción para aquellos actos procesales de parte a través de los cuales se impugna una resolución judicial, que no ha alcanzado el status de cosa juzgada formal, a los efectos de obtener otro pronunciamiento de tal clase que la anule o revoque total o parcialmente, dentro del proceso, abriendo una nueva fase en el mismo.

1615

De esta manera no tendría dicha condición, pese a su denominación legal, la revisión, pues es un medio excepcional de impugnación contra las sentencias firmes, que constituye una acción autónoma, distinta a la que dio lugar al proceso que se revisa (art. 431 del CPP), o la adición o aclaración de resoluciones judiciales (art. 132 del referido texto legal), que no podrá, en ningún caso, bajo pena de nulidad, modificar sustancialmente lo resuelto, o la petición o declaración de oficio de la nulidad procesal al amparo del art. 225 del CPP, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir en apelación la resolución judicial que recaiga al respecto (pf. segundo de dicho precepto).

Se ha mantenido incluso un concepto más restringido de recurso, en el sentido de que tal denominación se reservase al control de las resoluciones judiciales por un órgano jurisdiccional distinto y superior al que dictó la decisión que se impugna, reservándose para las otras impugnaciones carentes de tal efecto devolutivo, como sería la revocatoria, de la que conoce el mismo tribunal que dictó la resolución que se cuestiona (art. 414 CPP), la denominación de remedios; mas no deja de ser cierto que la revocatoria, aún carente de efecto devolutivo, no por ello deja de ser un auténtico recurso.

El precepto que comentamos del CPP regula tanto la denominada recurribilidad de la resolución impugnada o impugnabilidad objetiva, como la legitimación para impugnar o impugnabilidad subjetiva.

La insatisfacción que experimenta la parte que ve sus pretensiones total o parcialmente desestimadas, y la existencia de lo que se ha venido llamando “afán de recurrir”, definido por una sentencia del Tribunal Supremo español como “ética cuando menos equivocada, pero tan frecuente hoy en día que puede afirmarse, con benevolencia, que constituye simple y viciosa realidad social”, nos llevaría a una carrera sin fin. De ahí la necesidad, por elementales razones de seguridad jurídica y consecución de un proceso sin dilaciones indebidas, de poner coto a la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales, determinándose, legalmente, cuáles son susceptibles de ser recurridas y a través de qué concretos recursos. Como escribe DE LA PLAZA (*Derecho Procesal Civil, T. I, p.645, Madrid 1945*), el necesario intento conciliador entre las exigencias de certeza y las no menos respetables de justicia, determina una limitación característica de todos los procedimientos impugnatorios, y así unas veces no se autorizan recursos (caso menos frecuente), o sólo se consienten algunos, y a veces, la limitación se extiende también a los presupuestos con reflejo en la amplitud y ámbito de la discusión ulterior.

1616

En este sentido, el art. 406 del CPP señala que “las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos”. Pueden verse, al respecto, los arts. 13.5, 225, 257, 284, 304, 312, 362, 395, 442 entre otros del CPP. Es decir que, en materia de impugnación de las resoluciones judiciales, rige el principio de legalidad, siendo la ley, en cada caso, la que determina si la decisión judicial es susceptible de ser recurrida, y, en caso afirmativo, a través de qué concreto recurso de los regulados en el libro IV del mentado CPP.

En definitiva, con ello, lo que se pretende es conseguir la celeridad en el proceso, así como impedir posibles abusos en la utilización del régimen de los recursos, evitando que los mismos sean interpuestos con claros fines dilatorios del procedimiento.

Lo único que es preciso destacar es que, conforme a lo establecido en los tratados internacionales, la sentencia condenatoria en materia penal ha de ser susceptible de ser recurrida por el imputado ante un tribunal superior.

En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José (Costa Rica), el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, dispone en su art. 8.2 apartado h), dentro de los derechos que corresponden al inculcado por un delito el de “recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, de la ONU, señala, en su art. 14.5, que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la Ley”.

La doctrina interpretando tal precepto llega a las conclusiones siguientes:

A) Que su ámbito de aplicación se circunscribe al procedimiento penal, por lo que no es invocable en otros órdenes jurisdiccionales distintos.

B) Que el referido derecho a los recursos sólo se refiere a las sentencias, el texto habla de “fallo condenatorio”, y por lo tanto no se extiende a otras resoluciones judiciales de distinta naturaleza dictadas en el proceso penal.

C) El titular de tal derecho es el condenado, por lo que no corresponde el mismo a otras partes como al acusador particular.

D) El contenido de dicho derecho se reconduce a someter el fallo condenatorio a otro tribunal superior “conforme a lo prescrito por la Ley”, de manera que dicha exigencia normativa se encuentra cumplida siempre que al inculpado se le permita el acceso a la instancia legalmente establecida en el ordenamiento jurídico interno o al ejercicio de los recursos establecidos en la ley, sin que tal derecho requiera un recurso de naturaleza determinada, ni que el mismo tenga que ser necesariamente la apelación.

E) En el supuesto de los aforados, cuando el conocimiento de la causa corresponda al máximo órgano jurisdiccional del país, Corte Suprema de Justicia, la imposibilidad orgánica de acceso a un Tribunal superior y las especiales garantías que encierra el aforamiento, justifica que la falta de recurso no se pueda reputar lesiva de tal derecho fundamental.

1617

Por lo que respecta a la impugnabilidad subjetiva, debemos señalar que al igual que sucede en el proceso en que rige la regla “nemo iudex sine actore”, tampoco los recursos pueden ser planteados de oficio por los órganos jurisdiccionales, sino que aquellos exigen siempre la instancia de parte. Ni tan siquiera el indiscutible interés público, que subyace en la justicia penal, permite que la impugnación se abra sin un sujeto postulante, si bien es cierto que en el proceso criminal un órgano estatal, cual es el Ministerio Fiscal, está ordinariamente legitimado para interponer los recursos correspondientes. No podemos calificar como impugnación, ni recurso, la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales declaren de oficio la nulidad de actuaciones procesales (art. 225 y 226 CPP), o la adición o aclaración de resoluciones judiciales (art. 132 del referido texto legal), que no podrá, bajo sanción de nulidad, efectuar “una modificación sustancial de lo resuelto”.

Cuando hablamos de legitimación hacemos referencia al titular del derecho a recurrir. Tal cuestión viene regulada por el art. 406-II del CPP que señala que: “El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas”.

Es decir, que habrá de estarse a lo dispuesto en la Ley para determinar a quién le corresponde la posibilidad de impugnar una determinada resolución judicial. Normalmente son las partes a quien se les atribuye tal derecho, aunque en determinados supuestos se puede extender a otras personas, como por ejemplo es el caso previsto en el art. 432.3 del CPP, regulador de la legitimación para instar la revisión.

De esta manera el CPP nos va indicando a lo largo de su articulado a qué concretos sujetos procesales corresponde la posibilidad de recurrir. Así el art. 13.5 del referido texto legal atribuye a la víctima, la facultad de impugnar el sobreseimiento definitivo o la absolución, aún cuando no haya intervenido en el procedimiento. En otras ocasiones, se excluye de la posibilidad de recurrir a alguna de las partes, cual sería el caso del art. 395, que no admite en el juzgamiento por falta el recurso del Ministerio Fiscal.

La Ley igualmente prevé a quien compete la impugnabilidad subjetiva de una resolución cuando nada se especifique en concreto, en cuyo supuesto “cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas”. En este sentido, podemos citar los arts. 284, 304, 312, etc.

1618 Por último, señalar que el Código atribuye la posibilidad de recurrir no sólo al imputado, sino también a su defensor. Así de tajante se expresa el art. 406-III del CPP, al establecer que: “Cuando la ley concede un recurso al imputado, deberá entenderse que también lo concede al defensor”. Por ello interpuesto por éste el recurso, el mismo deberá de ser admitido. Ahora bien, si ponemos tal precepto en relación con el art. 412 del referido texto legal, la disponibilidad del recurso se encuentra dentro de la esfera jurídica del imputado, al normar dicho precepto que “las partes podrán desistir de los recursos deducidos por ellas o sus defensores...”. Prevalece, por lo tanto, el criterio del imputado, sobre el de su defensor. Ahora bien hay quien sostiene que para ello deberá existir contradicción y no simple diferenciación entre las impugnaciones.

Es igualmente necesario destacar que, a los efectos de poder recurrir, no basta únicamente con hallarse legalmente legitimado para ello, sino que es preciso la concurrencia de un requisito adicional más, cual es la existencia de un gravamen, o lo que es lo mismo que la resolución recurrida produzca un perjuicio en la esfera jurídica del recurrente, que constituya un interés legítimo para abrir la fase de impugnación. Es obvio, pues, que una cosa es el derecho a la impugnación abstractamente reconocido por las disposiciones legales a un determinado sujeto de derecho, y otra muy distinta el derecho mismo que concretamente le corresponde, que viene condicionado por la existencia de un agravio.

Este requisito es exigido expresamente por el último párrafo del art. 406 del CPP, que dispone que “en todo caso para interponer un recurso será necesario que la resolución impugnada cause agravio al recurrente”. Tal elemento se considera como una exigencia que deriva de la propia naturaleza de los recursos, hasta el punto que

juristas italianos han hablado del derecho de gravamen como equivalente al derecho a recurrir. En este sentido CALAMANDREI (*La casación civil*, T. II, p.204), en definición que toma de ROCCO, señala: “que el derecho de gravamen es el derecho a obtener en una fase ulterior del proceso (instancia) una nueva decisión sobre una relación jurídica controvertida, que ha sido objeto ya de una decisión emanada en una fase anterior del mismo proceso, y que el ejercicio del derecho de gravamen en los modos y en los términos establecidos en las leyes procesales constituye el medio de gravamen...”.

Podemos definir el agravio como el perjuicio que se le causa a una parte como consecuencia de una resolución judicial que desestima total o parcialmente alguna de las peticiones o pretensiones ejercitadas. Como señala, con acierto VARELA GÓMEZ (*El recurso de apelación penal*, p. 163), cuando no hay gravamen, porque la resolución es conforme con lo solicitado por la parte, el recurso no es admisible por falta de causa. Se trataría en definitiva de un acto procesal desprovisto de motivación jurídica.

Dicho perjuicio deberá de ser real y efectivo, sin que baste, a los efectos de legitimar la impugnación, un mero interés de naturaleza doctrinal, para conocer el criterio judicial en casos semejantes, que no conforma el agravio exigido legalmente para hacer viable la impugnación.

En ocasiones, se ha identificado el agravio con el concepto de vencimiento, en el sentido de que estará facultado para recurrir aquel sujeto de derecho que haya sido vencido en el proceso, ya sea tal vencimiento total o parcial en alguna de las peticiones formuladas. El gravamen podrá afectar a cuestiones accesorias o secundarias como las relativas a la condena en costas, ver en este sentido el art. 408 del CPP, que en tales supuestos admite la adhesión al recurso.

1619

El perjuicio, que constituye el agravio, puede concurrir en todas las partes procesales, de manera tal que todas ellas ocupen la posición jurídica de recurrentes y recurridos a la vez. Recurrentes, en las peticiones que no han sido acogidas por la resolución jurisdiccional, y recurridos, en aquéllas otras que han merecido la estimación del Juez o Tribunal, pero que perjudican a otras partes procesales. El agravio no es preciso para intervenir en el recurso en el concepto de parte recurrida, pero sí necesario para hacerlo en la posición de recurrente, como venimos destacando.

Se ha discutido si el agravio puede ser de naturaleza moral, o si, por el contrario, ha de afectar a la esfera personal o patrimonial del sujeto, como sería el caso de una condena a una pena privativa de libertad, de carácter pecuniaria o privativa de derechos; e igualmente, dentro de ésta problemática, se ha planteado también la cuestión de si cabe la posibilidad de admitir un recurso en aquellos supuestos en los que el recurrente ha sido absuelto.

En primer lugar, hemos de destacar que únicamente la parte dispositiva de la resolución judicial, esto es lo acordado en ella, es susceptible de causar el agravio que posibilita el ejercicio del derecho a recurrir, sin que el mismo se extienda a la fundamentación o motivación jurídica de la resolución. De manera tal, que si ésta favorece al recurrente, absolviéndolo de la petición de condena, aún cuando lo sea por argumentos distintos de los esgrimidos por el inculcado, éste no podrá impugnar la misma. En este sentido, es categórica la doctrina, señalando MANZINI (*Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V, p.24*), que “la esencia de la providencia del juez, o sea la decisión, reside en la parte dispositiva, la cual, por tanto, es el único y preciso objeto de la impugnación”, añadiendo que “la motivación de la sentencia o de la ordenanza no da lugar por sí misma a impugnación, porque no da providencias, no es manifestación de voluntad, sino demostración y expresión meramente lógica”.

1620

Ahora bien, si esto es exacto no podemos por menos que tener en cuenta que en el ámbito del proceso penal, existen determinados intereses jurídicamente susceptibles de ser tenidos en cuenta que posibilitan la impugnación, pese a que la resolución judicial no produzca aparente perjuicio al recurrente, que es absuelto de la pretensión punitiva formulada. Pensemos por ejemplo en el caso de la persona que ve sobreesida la causa por aplicación de la amnistía, pero quien, pese a ello, ostenta un interés jurídico a los efectos de que se proclame su inocencia con respecto al hecho delictivo objeto de tal causa de extinción de la responsabilidad criminal, o el que es absuelto por aplicación de una causa excluyente de las contempladas en el art. 27 del CP, que siempre vino proclamando su falta de intervención en los hechos enjuiciados.

En este sentido, se admitió la posibilidad de recurrir a quien se vio beneficiado por un indulto, en caso resuelto por el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 79/1987, de 27 de mayo, en la que se hacían entre otras las consideraciones siguientes, en primer lugar se proclamaba que: “desde el punto de vista constitucional, no merece crítica la tesis del Tribunal Supremo de que no puede recurrir, por carecer de interés, el procesado absuelto que pretenda meramente una revisión de los fundamentos de la resolución, pero no inste una alteración de la parte dispositiva de la sentencia de la que no derive perjuicio alguno para él”. Añadiendo, a continuación, que “sin embargo, debemos cuestionarnos si tal tesis podría ser aplicada, como se ha hecho en el presente caso, y sin merma de derecho fundamental alguno al inculcado que es absuelto por aplicación de un indulto y no por la inexistencia o falta de pruebas de los hechos imputados, o porque éstos no fueran constitutivos de delito. Es decir, no es clara la falta de interés cuando justamente declarada la existencia de unos hechos, calificados éstos como punibles e imputados a una persona, ésta luego no resulta condenada por la aplicación de un indulto general”. Y tras razonar, entre otros argumentos, que “ello significa que, como sostiene el Mº Fiscal, no es lo mismo ser absuelto por no haber cometido un delito que ser absuelto por la aplicación de un indulto, pues, de admitirse esta absolución, no con ello quedan satisfechos todos los intereses que se conectan con el valor constitucional de la inocencia; afecta no sólo a la condena penal misma,

sino también a la no consideración de reo de un delito y, por ello, al juicio mismo sobre la inocencia o la no existencia de la imputación del delito, para justificar la existencia del interés en recurrir...” y ponderando igualmente que “los derechos personales al honor y semejantes están expresamente ligados a las vicisitudes de un proceso penal”, teniendo en cuenta las consecuencias inherentes a la responsabilidad civil, no eliminadas por el indulto, concluye que “distinto sería, tal vez, el caso de quien solicitó en la instancia la aplicación del indulto, pues su interés en orden al sentido del pronunciamiento que debía recaer en cualquier instancia se habría visto satisfecho y no subsistiría caso de concederse en la 1ª instancia. Pero cuando no se pidió la aplicación del indulto y el recurrente no lo hizo, manteniendo en todo momento su petición de que hubiese absolución de fondo, no se vio satisfecha su pretensión con una absolución por indulto, que podía, como efectivamente hizo, por tanto, combatir en el recurso, instando en él la absolución de fondo”, para terminar indicando que: “de todo ello cabe concluir que no es sostenible que el hoy solicitante de amparo careciera de interés para recurrir en casación, pese haber sido absuelto, pero por aplicación de un indulto, en una sentencia que parte explícitamente de la existencia del hecho delictivo y de la autoría del inculpado; extremos que él mismo trataba de combatir en ese recurso”; con lo que se le concedió el amparo solicitado, y se ordenó se admitiera a trámite el recurso de casación interpuesto.

Por su parte, el art. 432 del CPP, tratándose de la revisión penal, admite el daño **1621** moral, como agravio bastante para poder recurrir, por parte del cónyuge, compañero de vida o conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos, el adoptado y el adoptante, si el condenado ha fallecido.

Se ha planteado igualmente qué debe entenderse por la existencia de agravio, cuando el recurrente es el Ministerio Público, toda vez que el mismo se rige por el principio de imparcialidad y legalidad (art. 193.2º de la Constitución y art. 84 del CPP), y el interés del Estado tanto se ve satisfecho cuando se dicta una sentencia condenatoria del imputado o cuando el mismo es absuelto por no haberse podido acreditar su participación en los hechos enjuiciados o éstos no revisten las características de delito. En principio, como parte acusadora que es, no parece que exista problema en considerar que concurre tal requisito cuando la resolución impugnada discrepe de la tesis acusatoria postulada por el Fiscal. Igualmente si el Ministerio Público ha solicitado la absolución del inculpado, no formulando acusación (art. 321-III CPP), tampoco parece que quepa duda que puede recurrir la sentencia en beneficio del imputado.

El problema que plantea la doctrina es si el Ministerio Público estaría legitimado para impugnar, en función del interés general y superior de la justicia, independientemente de la pretensión punitiva ejercitada en la instancia y del contenido de la resolución judicial dictada. Cuestión que se responde afirmativamente. En este sentido, se expresa MANZINI (*Op. Cit. supra*, p.29), al señalar que “como el Ministerio Público tiene siempre interés en la exacta aplicación de la ley, se le debe reconocer el

derecho de impugnación por ese interés y en relación a cuestiones de derecho, aunque las consecuencias de la impugnación puedan ceder a favor del imputado. Quien está encargado de vigilar por la exacta observancia de la ley, no puede estar obligado a dejar pasar errores sólo porque el corregirlos llevaría ventaja al inculpado". De igual forma podemos citar a ORTELLS RAMOS, cuando escribe que "en cuanto a los recursos del Ministerio fiscal el sometimiento de la actividad del mismo al principio de legalidad debe excluir la aplicación del requisito del gravamen. El Ministerio fiscal no sufre perjuicio, ni experimenta beneficio por las resoluciones judiciales, sólo persigue el mayor acierto (fáctico y jurídico) de éstas. Al servicio de este objetivo puede utilizar los medios de impugnación y ello aunque la resolución contra la que se dirigen accediera plenamente a las tesis sostenidas por el Ministerio fiscal".

III. JURISPRUDENCIA

Fundamento del derecho a recurrir. "El derecho de audiencia comprende no sólo el que puede considerarse el primer estado en el ejercicio del derecho a la prestación jurisdiccional, sino también el derecho a los grados superiores de la jurisdicción, cuando así lo consagra el sistema procesal, en los supuestos y con los requisitos que el mismo establezca" (*Amparo*, 26-08-99).

1622

Efectos del fundamento del derecho a recurrir. "Es un principio general del derecho procesal, que la facultad de interponer un recurso es una derivación del derecho de acción, lo que se traduce en el predominio del carácter dispositivo del procedimiento que deberá observarse" (*Casación*, 07-02-03).

Error de fondo. "Puede comprenderse en el motivo de casación por error de fondo, la interpretación de determinadas expresiones legales o de conceptos de uso común contenidos en la ley; el error en que incurra el juez de sentencia en ellos, si resuelve en un error de derecho. Debe tratarse de una aplicación determinada de la norma a un hecho concreto con repercusión en el contenido de la sentencia" (*Casación*, 13-05-03).

Opciones de la Sala de lo Penal en Casación. "El tribunal de casación puede resolver anulando la sentencia impugnada cuando remedia vicios formales, o bien como máximo intérprete del derecho, puede ejercer competencia positiva adecuando la interpretación de la ley, que emite en sede del recurso, a los hechos definitivamente fijados en el proveído, sin alterarlos" (*Casación*, 16-05-03).

Taxatividad de los recursos. "Haciendo referencia a la primera condición, rige el principio de taxatividad, en virtud del cual el recurso se concede sólo cuando la ley expresamente lo establece" (*Casación*, 15-10-99).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Partiendo de la definición que hace el autor de lo que debe entenderse por agravio, al comentar la parte final del artículo indicado, considero oportuno ampliar dicho concepto, ya que puede dar lugar a entender que, basta con que la decisión no haya acogido la pretensión para estar legitimado a recurrir. De ser así, no sería indispensable motivar el recurso, como lo exigen los Arts. 415 párrafo primero, 423, 433 párrafo primero CPP. Sólo si la sentencia contiene vicios o errores se estaría legitimado a recurrir. Se trata de los errores que puedan existir, por un lado en los procedimientos, y por otro, al juzgar en el juicio que constituye la decisión, que según la legislación española habla de infracción en el fondo o en las formas, equivalentes a las expresiones latinas *error in iudicando* y *error in procedendo*, respectivamente. El error *in iudicando* consiste normalmente en una violación a la ley, desaplicándola o aplicándola erróneamente, provocando como consecuencia la revocación, el *iudicium rescissorium*, o sea, la corrección directa del error, revocando la decisión que provoca el agravio o injusticia y colocando otra en su lugar. El error *in procedendo*, en cambio es la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso, que provoca la nulidad. La invalidación lleva generalmente, al *iudicius rescindens*, de carácter negativo, que conduce a la anulación del acto en infracción y normalmente tiene como efecto secundario, que el proceso debe retroceder hasta el punto en que se cometió el error.

407

CONDICIONES DE INTERPOSICIÓN

Los recursos deberán interponerse bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determina, con indicación específica de los puntos de la decisión que son impugnados.

Si existiesen defectos u omisiones de forma o fondo, el tribunal que conoce del recurso lo hará saber al recurrente, fijándole un plazo de tres días contados a partir de la notificación, para que subsane los defectos u omisiones de que se trate.

La inadmisibilidad no podrá ser decretada por el juez que emitió la resolución impugnada, sino por el tribunal que conocerá del recurso. (2)

I. CONCORDANCIAS

- 1624**
- CPP, 155 y ss., 409, 415, 418, 421, 423, 431 y 433

II. COMENTARIO

La relación procesal de impugnación tiene dos fases perfectamente definidas. En la primera, se determina si concurren los requisitos legalmente establecidos para la admisibilidad procesal del recurso, y en la segunda de ellas, supuesta la anterior, se decide sobre el fundamento de la impugnación, estimándolo o rechazándolo, total o parcialmente en alguno de sus motivos.

El art. 407 del CPP señala que “los recursos deberán interponerse bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determina, con indicación específica de los puntos de la decisión que son impugnados”.

TREJO ESCOBAR (*Los recursos y otros medios de impugnación en la jurisdicción penal*, p. 45) señala entre las principales características del acto impugnativo las siguientes:

A) *Es un acto jurídico procesal*, en cuanto conforma una manifestación de voluntad formulada por las partes en el proceso, capaz de influir por su implícito poder en la constitución, desarrollo, modificación o extinción de la relación procesal.

B) Es un acto de cumplimiento facultativo, susceptible de renunciarse después de ser realizado, por vía del desistimiento.

C) Es un acto de cumplimiento oportuno, es decir la falta de interposición del acto dentro del término legal, implica consentir tácitamente la resolución impugnada, la cual alcanzará firmeza, sin necesidad de declaración alguna (art. 133 CPP).

D) Es un acto con exigencias formales, o sea que debe satisfacer determinadas formalidades exigidas bajo sanción de inadmisibilidad.

Ahora bien, como señala el párrafo tercero del mentado artículo 407 del CPP, “la inadmisibilidad no podrá ser decretada por el juez que emitió la resolución impugnada, sino por el tribunal que conocerá el recurso”.

La Ley distingue, pues, entre la interposición del recurso, que se hará ante el juez o tribunal que dictó la resolución recurrida (art. 418, 423, 433 CPP), y la decisión sobre la admisibilidad del mismo, que corresponde al órgano jurisdiccional a quien compete su conocimiento.

No obstante, la exposición de motivos del CPP, señala que, “los tribunales cuya resolución sea impugnada, sólo se limitarán a verificar si dicha resolución es recurrible y si el recurso ha sido interpuesto por quien tiene la titularidad del derecho y en el tiempo que señala la ley”, correspondiendo al tribunal de alzada decidir sobre la admisión o rechazo del mismo, disposición que deviene lógica, pues sería absurdo que el juez a quo tuviera que tramitar un recurso, interpuesto meses después del plazo señalado en la ley para su admisión, y cuando la decisión impugnada ya ha sido ejecutada por firme, o cuando no es susceptible de impugnación, o la impugna quien no es parte en el proceso.

1625

No obstante, la última palabra sobre la admisibilidad del recurso corresponde siempre al tribunal a quien compete su resolución, que deberá, con carácter previo, a entrar a conocer sobre el fondo del mismo, decidir sobre si concurren los presupuestos procesales condicionantes de su admisibilidad.

Los causales generadores de la inadmisión del recurso pueden obedecer a distintas causas:

A) Cuando el impugnante carece del derecho a recurrir.

B) Si el recurso se interpone fuera del plazo legalmente establecido.

C) Si no se han observado los requisitos formales exigidos, y éstos no son subsanados en el plazo de tres días fijado por el tribunal que conoce del recurso (art. 407 CPP).

D) Si la resolución impugnada no es susceptible de ser recurrida.

Los defectos u omisiones de forma o fondo pueden y deben ser subsanados, debiendo el Tribunal ponerlos de manifiesto a las partes para que procedan a remediarlos. Así lo dispone el art. 407 párrafo segundo de la referida disposición normativa, cuando indica que “si existiesen defectos u omisiones de forma o fondo, el tribunal que conoce del recurso lo hará saber al recurrente, fijándole un plazo de tres días contados a partir de la notificación, para que subsane los defectos u omisiones de que se trata”. Si transcurrido tal plazo, los referidos defectos no son subsanados por el recurrente el tribunal dictará resolución inadmitiendo el recurso, con lo que la decisión judicial impugnada alcanzará firmeza, y el status de cosa juzgada.

Elementales razones de seguridad jurídica y celeridad procesal exigen que los recursos estén sometidos a los plazos señalados en la ley, debiendo velar los órganos jurisdiccionales, de oficio, por el cumplimiento de los mismos. Si el recurso se interpone fuera del plazo legalmente establecido se pierde el derecho a la impugnación, constituyendo un defecto insubsanable.

1626

Con carácter general, el plazo para la interposición de los recursos es perentorio, y varía según la clase de recurso interpuesto. Así, conforme al art. 415, el recurso de revocatoria se interpondrá dentro de tres días, y en las audiencias de inmediato (art. 409). El de apelación, según refiere el art. 418, en el término de 5 días. El art. 423 señala que el recurso de casación se interpondrá en el término de los diez días contados a partir de la notificación de la resolución; mientras que el recurso de revisión, por su propia naturaleza, podrá ser interpuesto en todo tiempo (art. 431).

La vigencia del principio de igualdad, proclamado en el art. 14 del CPP, exige que el plazo sea igual para todas las partes procesales.

A los efectos del cómputo de los plazos habrá de estarse a lo dispuesto en el libro primero, título IV, capítulo VI del CPP.

La admisibilidad de los recursos viene igualmente condicionada al cumplimiento de los requisitos de forma que señala la ley. La regla general es que los recursos se interpongan, a través de escrito fundado, pero también se admite su formulación verbal. En este sentido, el art. 409 indica que durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocatoria, el que será resuelto de inmediato sin suspenderlas. Pero, como hemos dicho, la regla general es la interposición por escrito debidamente motivado. Así

sucede con la revocatoria, art. 415, con la apelación, art. 418, con la casación, art. 423, y con la revisión, art. 433.

El acto de interposición del recurso deberá contener la manifestación de la voluntad de recurrir y la especificación de los concretos puntos de la decisión que son impugnados, así como habrá de expresar los argumentos en virtud de los cuales se insta la estimación del recurso (motivación), sin que sean factibles escritos en los que únicamente se haga constar la intención de recurrir, que se asemejan, en afortunada expresión de VÉLEZ MARICONDE (*“Exposición de motivos del Código Procesal Penal para la provincia de Córdoba”*) “... a una grito de protesta ciego y vago”, y que, en definitiva, imposibilitan conocer al tribunal superior los motivos en virtud de los cuales se disiente de la resolución que se impugna a los efectos decisorios del recurso formulado.

AYAN identifica los “puntos” de la decisión que son impugnados, siguiendo a LEONE, como cualquier cuestión idónea para una fundamentación autónoma, que tiene por objeto delimitar el thema decidendum del Superior, y evitar la interposición de apelaciones genéricas e indeterminadas (*Recursos en materia penal*, p.137).

En ocasiones, el legislador exige, a los efectos de la admisibilidad del recurso, la concurrencia del requisito de la solicitud de la subsanación o haber hecho constar la protesta, como por ejemplo dispone, para el recurso de casación, el art. 421 del CPP, indicando, por su parte, el art. 409-II de dicho texto legal, que la interposición de la revocatoria durante las audiencias significará también protesta de recurrir en casación si el vicio señalado en él no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente.

1627

III. JURISPRUDENCIA

Prevención. Plazo. “Advierte la Sala, que el recurrente no contestó la prevención hecha por resolución pronunciada a las once horas y treinta minutos del día diecisiete de junio del presente año, agregada a fs. 48, la cual le fue notificada a las quince horas y veinte minutos del día treinta del mismo mes, por lo que de conformidad a la regla general contenida en el Art. 155 Pr Pn., el plazo para evacuarla comenzó a correr al día siguiente y venció el tres de julio, razón por la que el recurso de mérito debe desestimarse, en vista que subsisten las deficiencias inicialmente señaladas” (*Sala de lo Penal*, 08-07-03).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Si el tribunal superior en grado es quien tiene que resolver respecto de la admisibilidad del recurso (excepto cuando se trate del recurso de revocatoria que es el mismo juez quien lo admite o rechaza y lo resuelve), no habría ninguna razón para que

el juez de la resolución recurrida tenga que verificar si dicha resolución es recurrible, y si el recurso ha sido interpuesto por quien tiene la titularidad del derecho y en el tiempo que señala la ley, ya que son supuestos a examinar por el Tribunal que resolverá el recurso.

408

ADHESIÓN

El imputado que tenga derecho a recurrir, podrá adherirse, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a la parte contraria, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

El derecho de adherirse corresponderá a todas las partes cuando se trate de las costas o la reparación del daño.

1628 I. CONCORDANCIAS

- CPP, 412, 426

II. COMENTARIO

Teniendo en cuenta el momento procesal de la interposición del recurso podemos hablar de un recurrente principal, que es el que toma la iniciativa abriendo la fase de impugnación del proceso, ante una resolución judicial que considera perjudicial para sus intereses jurídicos, instando su sustitución por otra; y el recurrente adherido, que aprovecha la impugnación originaria para formular, a su vez, la suya, fuera del plazo ordinario del recurso, pero dentro necesariamente del señalado en la ley procesal para tal adhesión. En definitiva, podemos señalar que la adhesión se configura como secundaria o dependiente, de modo tal que su posibilidad de ejercicio se encuentra condicionada a la interposición de un recurso principal. De esta forma, se viene a dar una nueva oportunidad de impugnación a favor de quien entendió que no le interesaba recurrir dentro del plazo ordinario para ello, configurándose como una especialidad en la interposición del recurso.

En efecto, puede darse el caso de que una de las partes acepte el gravamen ante la posibilidad de que su posición procesal pueda verse agravada por un recurso

interpuesto por la contraparte, ahora bien, una vez formulado éste, la adhesión le permite igualmente combatir el agravio que le causa la decisión judicial que le perjudica.

Se ha criticado la denominación de adhesión al recurso, en tanto en cuanto la palabra adhesión parece implicar la idea de compartir o de coadyuvar con el recurrente principal, cuando no tiene porque ser así, de ahí que otra serie de autores prefieren hablar de acumulación de recursos, entendiendo la adhesión como otro recurso principal tardíamente ejercitado por mor de la ley.

TREJO ESCOBAR (*Op. Cit. Supra*, p.99) entiende que la adhesión no puede nunca ser considerada como un recurso en sentido propio, puesto que carece de autonomía que, desde el punto de vista subjetivo, singulariza a éste. Para demostrar tal aserto indica que basta señalar que si, en el tribunal de alzada, el recurso es declarado inadmisibile la adhesión no subsiste, y, por tanto, se extingue la pretensión impugnativa del adherente que con ella se procura hacer valer. Ahora bien si, por ejemplo, el rechazo del recurso se debe no a su interposición informal, sino a su improcedencia material, es decir, no por acogerse el fondo del asunto, tal rechazo no afecta a la adhesión.

Siguiendo a ALBERTO JORGE BARREIRO (*"Recurso de apelación contra sentencias en el proceso penal: procedimiento abreviado y procedimiento ante el Tribunal del Jurado"*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, monográfico sobre "Recursos en el orden jurisdiccional penal"*; tomo XXI, 1995, pp.85 y 86) podemos distinguir tres clases de adhesión:

1629

A) *La autónoma*, en la que el recurrente adherido puede formular pretensiones independientes y contrarias al principal, sin que el desistimiento de éste haga decaer la pretensión adhesiva.

B) *La adhesión accesorio de segundo grado*, mediante la cual el recurrente adherido puede formular una pretensión autónoma contraria a la del recurrente principal, pero si éste desiste del recurso decae la impugnación adhesiva.

C) *La accesorio de primer grado*, en la que el recurrente adherido no puede formular pretensión alguna distinta a la del recurrente principal, y en el supuesto de que éste desistiera decaería también la pretensión de aquél.

El problema radica, entonces, en resolver la cuestión de cuál de los tres supuestos de impugnación adhesiva, antes expuestos, es el contemplado en el CPP, que regula la adhesión en su art. 408, cuando señala que "el imputado que tenga derecho a recurrir, podrá adherirse, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a la parte contraria, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda", señalando, en su párrafo segundo, que "el derecho a adherirse corresponderá a todas las partes cuando se trate de las costas o la reparación del daño". Regulación

normativa que hay que contemplar relacionándola con el art. 412 del mismo texto legal, cuando norma que “las partes podrán desistir de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas”.

Pues bien, con tal base legal, podemos concluir que la adhesión regulada en el CPP, entraría dentro de la categoría de autónoma, es decir, que una vez interpuesta continúa su tramitación, sin subordinación de clase alguna a la impugnación formulada por el recurrente principal, basada en sus propios e independientes motivos, y sin que le afecte el desistimiento de aquél. Si bien la misma es concebida de forma ilimitada en cuanto a su fundamentación con respecto al imputado, y circunscrita a las costas o la reparación del daño con respecto a las otras partes.

En cualquier caso, la adhesión ha de estar sometida al régimen jurídico de los recursos, en cuanto su admisibilidad viene condicionada a la existencia de agravio, y a la concurrencia de los requisitos de forma y plazo. En relación con éste último, la adhesión deberá interponerse dentro del término del emplazamiento, y en cuando a su forma mediante escrito fundado con indicación de los motivos en los que se basa, y ello bajo pena de inadmisibilidad (art. 407).

1630 El recurrente adhesivo, dada la naturaleza autónoma de su recurso, antes indicada, tendrá derecho a proponer prueba. No creemos que quepa interpretar, ante la tajante disposición del art. 408 del CPP, que la falta de regulación expresa, en el procedimiento de apelación, de la adhesión a la misma, a diferencia de lo que sucede en el recurso casación, en que se fija un plazo de cinco días para contestarla (art. 426), impida su formalización al apelado, siempre claro está que se respeten los requisitos de aquél precepto. Ahora bien, de admitirse tal posibilidad, se deberá dar traslado de la misma a las otras partes para su contestación, so pena de generarse indefensión, violando el principio de igualdad, proclamado por el art. 14 del CPP.

III. JURISPRUDENCIA

Procedencia de la adhesión. “Con relación a la adhesión del querellante, Licenciado Hitler Stanley Santos Dueñas, esta Cámara declara sin lugar lo pedido, por ser facultad exclusiva del procesado, y únicamente por excepción la tienen las otras partes siempre que se tratare de costas o reparación del daño, y éste no es el caso” (*Cámara de la Tercera Sección de Occidente, 11-04-03*).

409

RECURSO DURANTE LAS AUDIENCIAS

Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocatoria, el que será resuelto de inmediato, sin suspenderlas.

La interposición del recurso significará también protesta de recurrir en casación si el vicio señalado en él no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 421

II. COMENTARIO

El CPP asienta su estructura en tres importantes audiencias, cuales son la audiencia inicial (art. 253 y ss.), la audiencia preliminar (art. 313 y ss.) y la vista pública (art. 338 y ss.), aunque no son éstas tres las únicas que se regulan en la Ley (art. 270, 279, 369, 380, 392, 420 etc.); pues bien, el CPP indica que durante la sustanciación de las mismas sólo es posible, cuando se disienta de una decisión judicial adoptada en su desarrollo, la impugnación a través del recurso de revocatoria, que se interpondrá verbalmente en el mismo acto, dándose, en virtud del principio de audiencia bilateral, que posibilita la contradicción sin indefensión, traslado a las otras partes para que puedan efectuar las alegaciones oportunas, resolviéndose inmediatamente sin suspenderlas, evitándose de esta forma dilaciones procedimentales.

La interposición de la revocatoria significará también protesta de recurrir en casación si el vicio señalado en él no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente, precepto que se encuentra en congruencia con lo normado en el art. 421 del CPP, que condiciona la admisibilidad de dicho recurso a la concurrencia del requisito de la solicitud de la subsanación o haber hecho constar la protesta recurrir en casación.

410

EFECTO EXTENSIVO

Cuando existan coimputados el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales.

En caso de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que afecten también a los otros y no en motivos exclusivamente personales.

I. COMENTARIO

1632

Con carácter general todo recurso crea en el recurrente la expectativa jurídica de obtener la modificación o anulación de la resolución impugnada, en congruencia con los motivos articulados en el recurso, y vigencia del principio de la no reformatio in peius, lo que nos introduce en el tema relativo a los efectos de los recursos.

El análisis de dichos efectos puede estudiarse desde tres puntos de vista. En primer lugar, con respecto a la resolución misma, para determinar si es susceptible de ejecución pese a la interposición del recurso (efecto suspensivo). En segundo lugar, en relación con la jurisdicción del juez que dictó la decisión que se impugna, o lo que es lo mismo si como consecuencia del recurso pierde el conocimiento del asunto en favor de otro órgano distinto o superior, o conserva dicho conocimiento para su resolución (efecto devolutivo). Por último, si la decisión dictada por mor del recurso interpuesto afecta únicamente al recurrente u a otras personas ligadas con él en una misma situación jurídica (efecto extensivo o comunicante).

Existe una diferencia sustancial entre los precitados efectos. Así mientras que los dos primeros nacen de la interposición del recurso, el tercero deriva de la propia decisión judicial que estima total o parcialmente el recurso interpuesto por un coimputado.

El efecto extensivo viene a ser una excepción al régimen del principio dispositivo que rige en materia de impugnación, en tanto en cuanto los recursos se conciben como actos de parte, correspondiendo a éstas decidir libremente si se aquietan con la resolución dictada, en cuyo caso adquiere el status de cosa juzgada formal, o si, por el contrario, por considerarse agraviadas por la misma, instan la apertura del proceso impugnación. Lo que sucede es que ante la eventualidad de que en un mismo proceso se produzca una contradicción lógica entre sucesivos pronunciamientos judiciales, la

Ley opta por extender los efectos de la decisión adoptada por el tribunal superior a la dictada por el tribunal inferior y que fue consentida por uno, al menos, de los coimputados.

En estos supuestos, señala CORTÉS DOMÍNGUEZ (*Derecho Procesal, T II, Proceso Penal, 1990, p.649*), que la necesidad de evitar resoluciones judiciales que sean contradictorias en sus efectos es, en sí mismo, considerada de absoluto orden público y prima o debe primar sobre el interés particular de la parte, que no quiere ejercitar sus facultades procesales impugnatorias. La Ley toma partido y hace prevalecer el interés público frente al interés del particular, porque así no sólo se produce una ventaja para el particular que ve su posición mejorada (nunca empeorada), y porque también se evita la contradicción lógica que afecta a la buena imagen de la Justicia y favorece la certeza y seguridad de situaciones jurídicas.

Además el efecto extensivo encuentra su fundamento en razones de estricta justicia, que se resentiría en el caso de que una resolución declarada contraria a derecho por un tribunal superior no afectara a un coimputado por la circunstancia de que se abstuviera de recurrir (piénsese por ejemplo en el dislate que supondría que se declarase que un concreto hecho no es constitutivo de delito, y si lo fuera para quien no impugnó, en tiempo y forma, la sentencia injusta); por otra parte, garantiza otro principio fundamental en el proceso, cual es el de igualdad, que supone que, ante una misma situación fáctica y jurídica, los coimputados reciban el mismo tratamiento por parte de los órganos jurisdiccionales llamados a administrar justicia.

1633

En cualquier caso, el efecto extensivo es siempre en beneficio del coimputado, ya que el principio de la no reformatio in peius impide la extensión de un efecto perjudicial.

La extensión de los efectos beneficiosos, derivados de la estimación del recurso, tanto puede provenir de la infracción de normas de naturaleza procesal (nulidad de prueba de cargo por violación de garantías constitucionales), como de derecho sustantivo o material (conducta penalmente atípica, prescripción etc.).

Su fundamento, como escribe WASHINGTON ÁBALOS (*Derecho Procesal Penal, Tomo III, p.399*), está dado por los motivos que esgrime el impugnante, y que deben ser los mismos que pudo hacer valer aquel imputado que se ve beneficiado por el efecto comunicante.

El efecto extensivo se recoge en el art. 410 CPP, al normar que: “cuando existan coimputados el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales”.

Las condiciones generales para la aplicación del efecto extensivo son, por lo tanto, las siguientes: a) que la impugnación sea interpuesta por un coimputado; b) que se hubiera admitido a trámite y que no se hubiera desistido de la misma por el recurrente;

c) que los motivos de impugnación no sean exclusivamente personales del que recurre. Este último requisito es tan claro que no merece mayor comentario. Es obvio, que no puede extenderse al otro coimputado las causas de impugnación que sean únicamente personales del coimputado recurrente, por ejemplo la apreciación en su persona de una atenuante de inferioridad psíquica por intoxicación (art. 29.1 CP) o una excluyente de responsabilidad criminal como la enajenación mental (art. 27.4 CP); no obstante, la utilización de la fórmula legal de motivos “exclusivamente personales”, no impide que tal efecto surja también del juego de motivos personales, no exclusivos, pensemos en que se cuestiona en un delito especial, la condición de funcionario público del coimputado recurrente a los efectos agravatorios, cuya estimación puede hacerse extensiva al otro coimputado en su misma posición. Por consiguiente, debe existir una identidad de situación fáctica y jurídica entre el coimputado recurrente y el no recurrente para que el efecto extensivo desencadene su eficacia procesal.

Escribe MANZINI (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, p.12) que la absolución del impugnante no importa la absolución también del que no impugnó, cuando la primera se haga por causas distintas de las que desconocen la existencia del hecho, la cualidad del delito en el hecho o la extinción del delito.

1634 La extensión de los efectos de la resolución favorable al impugnante no sólo comprende a los coimputados, sino que puede afectar a otras partes procesales, como por ejemplo a los responsables civiles subsidiarios (arts. 114 y 120 del CP), en el caso de absolverse al imputado del que se deba responderse civilmente, con las excepciones derivadas del art. 117 del referido texto legal.

El párrafo segundo del art. 411 indica que: “En caso de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que afecten también a los otros y no hay motivos exclusivamente personales”.

Como escribe LLOBET RODRÍGUEZ (*Código de Procedimientos Penales Anotado*, 1987, p.534) el hecho de que en los casos de acumulación de causas únicamente se hable de efecto extensivo con relación a errores in procedendo, se debe a que se partió del criterio de que sólo este tipo de errores podría ser no exclusivamente personales en ese supuesto. Sin embargo por excepción en ciertos casos un error *in iudicando* podría llevar a la contradictoriedad entre las sentencias, por ejemplo en los delitos de encubrimiento, el que se cometa uno de esos delitos depende de la existencia de otro delito, por lo que si se dijera que la conducta descrita como cometida por el sujeto que interpuso el recurso no se tipifica en el delito de hurto, debe absolverse también en aplicación del efecto extensivo al supuesto receptor.

Por último indicar que, en razón del fundamento de orden público del efecto extensivo, su eficacia es imperativa y no puede renunciar a ella el coimputado favorecido.

En este sentido, se expresa WASHINGTON ÁBALOS (*Op. cit. supra*, p.399), al señalar que el efecto extensivo es de carácter irrenunciable, pues se otorga en interés de la ley y no en favor del imputado que no ha recurrido.

411

EFECTO SUSPENSIVO

La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 257, 304, 312, 360, 416, 435, 443

II. COMENTARIO

1635

La cosa juzgada formal o firmeza de la resolución dictada nace de que tal decisión sea irrecurrible ab initio, haya precluido el plazo para impugnar, las partes se hayan conformado con ella, o una vez interpuesto el recurso hayan desistido del mismo. El primero, pues, de los efectos que surge del recurso, es la evitación de que la resolución impugnada alcance la autoridad de cosa juzgada formal, y, por consiguiente, la categoría de inmutable, que posibilita la apertura del proceso de ejecución. A tal efecto suspensivo se refiere expresamente el art. 411 del CPP, cuando establece que: “la resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario”.

El efecto suspensivo evita, por consiguiente, que la resolución impugnada sea susceptible de ser ejecutada, prorrogando los efectos de la litispendencia, por ello también se le ha denominado efecto impeditivo, y todo ello con la finalidad de evitar los perjuicios que se pueden derivar de la ejecución de una resolución que, ulteriormente, pueda ser revocada.

El efecto suspensivo opera temporalmente desde que la resolución es susceptible de ser recurrida y mientras se tramita el recurso. La primera hipótesis exige que dicha resolución sea actualmente impugnada, o lo que es lo mismo que se haya abierto el trámite de la formalización del recurso; por consiguiente, si una decisión judicial es susceptible de ser recurrida, pero no antes de que se haya dictado otra ulterior (por

ejemplo, caso de resolución no impugnabile sino conjuntamente con la sentencia definitiva) no puede verificarse el efecto suspensivo por mor de la primera de las resoluciones dictadas, antes de que sea pronunciada la resolución posterior, y haya comenzado a correr para ambas el plazo común de impugnación.

El efecto suspensivo, salvo disposición legal en contrario, es constante y absoluto, y afecta igualmente a las resoluciones irregularmente impugnadas, en tanto en cuanto la inadmisibilidad del recurso no haya sido declarada por el tribunal llamado a conocer del mismo (art. 407-III CPP).

Como resulta de lo normado por el art. 411 del CPP, nace de la interposición del recurso, salvo disposición legal en contrario, o dicho en otras palabras que el mismo admite excepciones, según la clase y naturaleza de la decisión dictada. Así con respecto a las sentencias absolutorias, el art. 360 del CPP señala que las mismas ordenarán la libertad del imputado, siendo tajante, al respecto, el art. 443 del referido texto legal, al normar, por su parte, que “cuando la sentencia sea absolutoria, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquélla sea todavía recurrible”. Naturalmente que la sentencia condenatoria impugnada no impedirá que el imputado continúe privado de libertad durante la sustanciación del recurso, siempre que concurren los requisitos legales para ello (art. 6 del CPP), máxime cuando los indicios existentes contra su persona se han visto reforzados por la meritada sentencia, que apreció su participación criminal en los hechos enjuiciados.

1636

También constituyen excepciones legales al meritado efecto suspensivo, las siguientes:

A) El auto que decreta el embargo de bienes del imputado (art. 257 inciso 1º y 2º).

B) La consignada en el art. 304 del CPP, al normar que “la resolución que imponga la detención o intervención provisional o una medida sustitutiva será apelable”, añadiendo tal precepto, en su párrafo segundo, que “la interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada”.

C) El caso previsto en el art. 312 que, tras proclamar que el sobreseimiento definitivo y provisional durante la instrucción serán apelables, señala que “si el delito mereciere por su naturaleza pena de prisión superior a tres años y se interpusiera apelación del auto de sobreseimiento provisional, el juez deberá sustituir la detención provisional u otra medida cautelar, por una o varias de las medidas cautelares sustitutivas establecidas en el art. 295. En todo caso las medidas sustitutivas, no podrá exceder de un año, contado a partir del momento de la fecha que se pronunció la referida resolución. Si el delito mereciere pena de prisión cuyo máximo sea de tres años o menos, o pena de multa, se levantará inmediatamente cualquier medida cautelar que se haya impuesto, aun cuando se hubiese apelado del sobreseimiento provisional”.

Existe otra manifestación del efecto suspensivo, pero a diferencia de las anteriores no es automática sino que el Código la deja a discreción judicial, como sucede en el caso del recurso de revisión, al normar el art. 435 que: “Durante la tramitación del recurso, el tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad provisional del condenado o la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de la libertad”.

Por último, podemos citar el supuesto previsto en el art. 416 del CPP, que, en relación con la revocatoria señala, que “la resolución que recaiga causará ejecutoria, a menos que el recurso haya sido interpuesto, en el mismo momento y en forma, con el de apelación subsidiaria y éste sea procedente”.

Podemos concluir este comentario haciendo una breve exposición sobre la naturaleza jurídica de la sentencia sometida a impugnación, es decir de la resolución judicial de tal clase, que cerrando definitivamente la causa en la instancia, se encuentra recurrida por alguna de las partes, que solicita su anulación o revocación, existiendo al respecto distintas posiciones doctrinales:

La de determinados autores que consideran que la sentencia recurrida está sometida a condición resolutoria (MORTARA y KHOLER).

1637

Para VASALLI-CALAMANDREI, se trata de un acto sujeto a condición suspensiva.

CHIOVENDA, por su parte, entiende que no nos encontramos ante una auténtica sentencia con valor definitivo, pues no alcanza la condición de tal, en tanto en cuanto no haya transcurrido el plazo de recurrir o haya sido confirmada por el tribunal superior, y mientras no puede atribuírsele virtualmente tal condición.

Rocco sostiene que la sentencia dictada en primer grado es acto jurídico que contiene, en si mismo, todos los requisitos precisos para vivir con vida propia, y desencadenar sus efectos, como resulta del hecho de que a veces la misma sentencia de primer grado queda como el único acto de declaración de certeza de un derecho, con fuerza ejecutiva u obligatoria (sentencia que no haya sido objeto de recurso en tiempo y forma), no obstante está sometida a la eventualidad de su revocación por parte de los órganos jurisdiccionales que hayan de conocer de dicha impugnación. Se trata, según dicho autor, de un estado de pendencia, que no proviene sin embargo de condición suspensiva o resolutoria, sino vinculable a la posibilidad de revocación del acto.

CARNELUTTI considera que se trata de un acto imperativo, pero no inmutable, afirmando “...lo que de aquella aquiescencia o de aquella impugnación depende, es solamente su mutabilidad, es decir, la posibilidad de que aquel mandato se sustituya por otro”.

LEONE viene a compartir la tesis de CARNELUTTI, razonando que la sentencia impugnada es una verdadera y propia sentencia, esto es instrumento de declaración de certeza y de declaración de la voluntad de la ley, sin que quepa que dicho acto al que la ley atribuye tal condición jurídica, por el singular fenómeno ulterior de la impugnación, pierda su naturaleza y se degrade a un simple proyecto o tentativa, salvo que las partes muestren su aquiescencia con la misma, repugnando tal colaboración entre juez y parte con la naturaleza exclusiva de la función jurisdiccional, no susceptible de aportación alguna de otros sujetos en tal momento decisivo del proceso; por ello, únicamente considerando a la sentencia sujeta a impugnación como una verdadera sentencia provista del carácter de la imperatividad, es como se puede explicar su naturaleza jurídica y la circunstancia de que una vez confirmada por el tribunal superior sea la resolución de primer grado la que se ejecuta.

III. JURISPRUDENCIA

1638

Efecto suspensivo de la apelación del sobreseimiento definitivo. "Existe violación contra ley expresa, cuando a pesar de la apelación interpuesta por la representación fiscal en contra del sobreseimiento definitivo, con base a los artículos 312 y 411 Pr.Pn., el juez ordena y hace efectiva la libertad del imputado. Es violatoria tal actuación del juez por cuanto el inciso 2° del artículo 312 Pr. Pn., dispone que si el delito mereciere por su naturaleza pena de prisión superior a tres años y se interpusiere apelación del auto de sobreseimiento provisional, el juez deberá sustituir la detención provisional u otra medida cautelar, por una o varias de las medidas substitutivas establecidas en el artículo 295 Pr. Pn. Como se observa, este beneficio la Ley no lo otorga en el caso del sobreseimiento definitivo, sino únicamente para el provisional, y en tal sentido, para el definitivo opera la regla general del efecto suspensivo que establece el artículo 411 Pr. Pn., el cual dispone que la resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario; y esta salvedad no es aplicable para el sobreseimiento definitivo porque no existe disposición de Ley expresa que así lo determine, como lo es por ejemplo en los casos del inciso 2° de los artículos 257, 304 y 312, así como el caso del artículo 443, todos Pr. Pn., y no puede el juez alegar que hizo efectiva la libertad del imputado porque el sobreseimiento definitivo se asemeja a la sentencia absolutoria, primero porque tal similitud es únicamente en cuanto al efecto de causar estado de cosa juzgada, y nunca en su carácter procedimental, segundo, porque como se ha dicho, de acuerdo al artículo 411 Pr. Pn., sólo cuando existe disposición expresa en su contra puede ejecutarse la resolución recurrida, lo cual no es el caso del sobreseimiento definitivo, y tercero, porque ya el artículo 129 Pr. Pn., define lo que es sentencia y lo que es auto interlocutorio, de lo cual se puede concluir que en el caso de la sentencia absolutoria, la Ley dispone la libertad del imputado de forma excepcional, aún cuando medie impugnación, en razón de que por haberse cumplido a plenitud con la forma normal de ponerle fin al proceso, sería muy remoto que el tribunal superior encuentre un vicio para anular la sentencia,

sin embargo, en el caso del sobreseimiento definitivo, por ser una manera anormal de ponerle fin al proceso, existen reales posibilidades, porque la experiencia judicial así lo expone, de que un tribunal de segunda instancia revoque la providencia, y de ocurrir así no habría garantía que vincule o ate al imputado al proceso, como si lo es en el caso de sobreseimiento provisional, resultando infructuoso el esfuerzo estatal en la investigación del delito, y que difícilmente pudiese recuperarse por la probabilidad de fuga del encausado al conocer las consecuencias de la impugnación de su causa” (*Cámara Primera lo Penal de San Salvador, 29-04-02*).

IV. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

Es necesario aclarar los efectos del sobreseimiento definitivo. Algunos tribunales ejecutan la decisión inmediatamente, no obstante que ésta no ha causado estado de firmeza. En vista que la regla general es el efecto suspensivo, o sea, que las decisiones no serán ejecutadas durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso salvo disposición legal en contrario, esto significa que para proceder a su ejecución debe estar previamente establecido en la ley por tratarse de una excepción. Respecto del sobreseimiento definitivo no lo está, únicamente del provisional, aunque ello parezca inconsecuente, ya que si procede en el sobreseimiento provisional con mayor razón debería proceder en el sobreseimiento definitivo. Sin embargo la realidad legislativa es esa y así debe aplicarse.

1639

412

DESISTIMIENTO

Las partes podrán desistir de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.

Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato expreso de su representado.

I. **COMENTARIO**

PRIETO CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal, T. II, p.432*) define el desistimiento como la declaración formulada por el recurrente, ante el juez a quo o el tribunal superior, de no querer continuar el recurso, ni perseguir ya por tanto los fines a los que el mismo tendía.

En definitiva, se trata de un acto unipersonal, que compete exclusivamente a las partes que se han visto gravadas por la resolución impugnada, que constituye una manifestación del principio dispositivo, en tanto en cuanto aquéllas son libres de formular o no la impugnación, consintiendo, en su caso, la resolución dictada. Es precisamente el carácter extraordinario y dispositivo del desistimiento el que determina que el Código exija al defensor para desistir mandato expreso de su representado, sin que, por consiguiente, produzca efecto alguno el formulado a iniciativa propia por tal profesional del derecho, y sin que, por consiguiente, baste, a tales efectos, el mandato general para litigar. Por consiguiente, las partes podrán desistir no sólo de los recursos incoados directamente por ellas mismas, sino de los formulados por sus defensores o mandatarios, prevaleciendo la voluntad de aquéllas frente a la de éstos, en razón del carácter dispositivo del desistimiento.

Tampoco se ve inconveniente alguno para que la fiscalía pueda desistir de su recurso, e incluso lo puede hacer el fiscal jerárquicamente superior con respecto al formulado por un fiscal de grado inferior, en virtud de la estructura organizativa jerárquica de dicho ministerio público, si bien deberá efectuarse motivadamente de la forma indicada en el art. 83.2 del CPP.

1640 El desistimiento produce la firmeza de la resolución impugnada, salvo que las otras partes hayan recurrido a su vez. No afecta a los otros recursos pendientes, ni siquiera a los interpuestos por vía adhesiva. En virtud del principio extensivo el recurrente desistido puede verse beneficiado por el recurso interpuesto y mantenido por un coimputado. Ahora bien, si es un sólo imputado el recurrente el desistimiento naturalmente afecta al coimputado no recurrente en la misma posición jurídica. El desistimiento llevará consigo la correspondiente condena en costas.

II. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Forma que debe reunir el desistimiento no existe ninguna prescrita por la Ley, por lo que no es necesario que se cumpla. Por otra parte, al no exigirse ninguna formalidad para el nombramiento de defensor, tal como lo expresa el Art. 107 CPP., con mayor razón no debe exigirse para el desistimiento, únicamente debe garantizarse la autenticidad del mandato expreso del imputado.

413

COMPETENCIA. REFORMATIO IN PEJUS

El recurso atribuye al tribunal que lo resolverá el conocimiento del procedimiento sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.

Los recursos interpuestos por el fiscal, el querellante o el acusador permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado.

Cuando haya sido recurrida solamente por el imputado o su defensor, la resolución no será modificada en su perjuicio.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 224, 225, 429

II. COMENTARIO

1641

Este precepto del CPP se preocupa en regular tres concretas reglas derivadas del efecto devolutivo de los recursos, cuales son la de congruencia, expresada en la fórmula latina “*tantum devolutum quantum appellatum*”, la de la imperatividad de la *reformatio in melius*, y, por último, la relativa a la proscripción de la *reformatio in peius*, que pasaremos a analizar.

La primera de las invocadas reglas se fundamenta en la necesidad de congruencia de la resolución judicial que decide el recurso, que no puede contener pronunciamientos “*extra petita*”, no postulados por ninguna de las partes. En este sentido, es gráfico el art. 413 del CPP, cuando señala que el recurso atribuye al tribunal que lo resolverá el conocimiento del procedimiento sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios. La única salvedad a tal principio derivaría de la posibilidad de apreciar de oficio, por el tribunal llamado a conocer del recurso, de las causas generadoras de nulidades absolutas, toda vez que deberán declararse de tal forma, en cualquier estado y grado del proceso, como claramente resulta de lo normado en los art. 224 y 225 del CPP.

El principio de la no *reformatio in peius*, considerado esencial en el régimen jurídico de los recursos, significa que la resolución impugnada no puede ser modificada peyorativamente en contra del recurrente, salvo claro está cuando la misma ha sido igualmente recurrida u objeto de adhesión por las otras partes procesales, en cuyo caso su eventual revocación, en perjuicio de aquél, no provendrá por efecto de su

propio recurso, sino como consecuencia de los concretos puntos de impugnación formulados por las otras partes.

El fundamento de la prohibición de la “reformatio in peius” en materia penal, dado que en tal orden jurisdiccional, a diferencia del civil, rige el principio de la investigación de oficio y de la búsqueda de la verdad material, ha de encontrarse en distintos argumentos. Así la posibilidad de la modificación, en perjuicio del recurrente único, de una resolución judicial, supondría una limitación al principio de libre acceso a los recursos, pues aquél se limitará mucho al interponerlos, si cabe la posibilidad de ver agravada, en su contra, la decisión jurisdiccional que cuestiona, resultando de tal forma penalizado por la circunstancia de haber ejercitado su derecho al recurso, que operaría como auténtico elemento disuasor de la apertura de tal fase de impugnación del proceso.

Por otra parte, su fundamento, en materia criminal, tendría también su origen en la vigencia del principio acusatorio, que impide al Tribunal, llamado a conocer del recurso, empeorar, de oficio, la posición del recurrente convirtiéndose en acusador, cuando las únicas partes acusadoras (Ministerio Público, querellante, acusador privado) se han aquietado con la decisión impugnada.

1642 Se ha sostenido igualmente que, limitado el recurrente a defender en su recurso los puntos en que fundamenta su pretensión impugnativa, sin consideración alguna con respecto a los no controvertidos, se vería indefenso, si éstos son apreciados por el tribunal ad quem, al no tener posibilidad material de rebatirlos.

La violación del principio de la no reformatio in peius, tanto puede provenir por una agravación de la posición jurídica del recurrente de forma cuantitativa (aumentando las sanciones impuestas), o cualitativa (siendo calificada su conducta por un delito del que fue absuelto o por otro más grave, o en una forma de participación o ejecución de la infracción penal más gravosa para su posición jurídica). No obstante, la simple corrección de errores numéricos o puramente materiales no da lugar a reforma peyorativa, véase al respecto el art. 429 CPP, que si la constituirá, por el contrario, cualquier otra clase de reforma que suponga una diferencia en perjuicio del recurrente único.

La vigencia de tal principio se encuentra recogida en el art. 413 del CPP, que señala que: “cuando haya sido recurrido solamente por el imputado o su defensor, la resolución no será modificada en su perjuicio”. Gráficamente la situación que se producía con anterioridad a la vigencia normativa de tal precepto es expuesta por ORLANDO ANTONIO SANTAMARÍA (*Nuevo Código Procesal Penal, 1998, p.703*), en los términos siguientes: “La prohibición de la Reformatio in Peius en el nuevo Código Procesal Penal, permitirá corregir una práctica común por parte de nuestros tribunales (algunos no todos), legalmente permitida por el art. 548 CPP. Vigente, es decir, evitará que se modifique en perjuicio del imputado, la resolución que fue sólo impugnada por él o por su defensor.

La práctica ha demostrado que en muchos casos los tribunales superiores modificaron la resolución judicial en perjuicio del imputado, aumentando en muchos casos la pena impuesta por el tribunal o Juez a quo, aun cuando el defensor o el mismo imputado eran quienes habían recurrido. Lo anterior, por temor a que la resolución perjudicará la situación jurídica del imputado, impidió en muchos casos que se recurriera resoluciones injustas, vulnerando con ello las normas del debido proceso”.

Señalar, por último, que tal principio no impide la reforma de la resolución impugnada en beneficio del imputado, sino que, por el contrario el CPP recoge al respecto el principio de la “reformatio in mellius, y de esta forma se expresa, igualmente, el mentado art. 413, en su párrafo segundo, al normar que “los recursos interpuestos por el fiscal, el querellante o el acusador permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado”.

En este sentido escribe ORTELLS RAMOS (*Derecho Jurisdiccional, T. III, p.419*) que: “así como en la (primera) instancia, el acusado puede ser -salvo excepciones- absuelto o más levemente penado cualquiera que haya sido el contenido de su defensa, porque el órgano jurisdiccional no está vinculado al mismo y puede apreciar de oficio los elementos relevantes para esos efectos, del mismo modo en el recurso contra la sentencia -aunque lo interponga un acusador y pretenda la agravación- debe considerarse admisible la absolución o una condena menor”.

1643

En virtud de tal regla de enjuiciamiento cualquier recurso interpuesto por una parte acusadora permite al tribunal llamado a conocer del mismo modificar la resolución impugnada en beneficio del imputado, toda vez que el principio pro reo que rige en el proceso penal determina que el órgano superior que está decidiendo la impugnación no haya de permanecer insensible ante la apreciación de una indebida aplicación del derecho por parte del juez a quo que perjudique al imputado que se ha visto, de esta forma, injustamente agravado en su posición jurídica.

En definitiva, tal posibilidad de modificar la resolución en beneficio del imputado, incluso aún cuando no abarque a puntos impugnados, tiene su fundamento, en gráficas palabras de TREJO ESCOBAR, en el valor supremo de la justicia que exige como corolario la existencia de un interés público en la aplicación correcta de la Ley.

III. JURISPRUDENCIA

Fundamento de la prohibición de reforma en perjuicio. “Sin embargo el tribunal de alzada, basándose en las facultades conferidas por el Art. 548 Pr. Pn., reformó la sentencia respecto de otros imputados que no tenían la calidad de apelantes, condenándolos por el delito de homicidio en Wilfredo Pérez Muñoz, cuya calificación de agravado a doloso fue también modificada en la expresada sentencia, fijándoles

sendas penas de quince años de prisión y la respectiva responsabilidad civil...Cabe agregar que en anteriores sentencias, y en casos similares al presente, la Sala ha declarado que la reforma de una sentencia en perjuicio del imputado u único impugnante, constituye una transgresión a la garantía de *nec reformatio in peius*, tal como se desprende del principio de obligatoriedad de juicio previo, consagrado en el Art. 8 Nos. 1 y 2 Lits. B,c y d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la imposición de una nueva pena implica un fallo sorpresivo al agravar la situación del imputado, en razón de no haberse discutido contradictoriamente los nuevos cargos formulados y el ejercicio de la defensa que le era inherente" (*Casación, 07-02-03*).

IV. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

El principio aludido está ligado muy estrechamente al principio dispositivo, que viene dado por el interés de una resolución que causa agravio, que surge de la Ley al delimitar la competencia del tribunal de alzada, sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos, Art. 413 CPP.

TÍTULO II

CAPÍTULO ÚNICO

REVOCATORIA

414

PROCEDENCIA

El recurso de revocatoria procederá tan sólo contra las decisiones que resuelvan un trámite o incidente del procedimiento, a fin de que el mismo tribunal que las dictó las revoque o modifique.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 24.2, 297, 320.12, 442

1645

II. COMENTARIO

El Juez durante la sustanciación del procedimiento tiene la posibilidad de proceder a la revocación de determinadas resoluciones, como es el caso de la revocatoria de la suspensión condicional del procedimiento (art. 24.2 CPP), la revocatoria de medidas cautelares (art. 320 inciso 12) o la decisión sobre la detención provisional (art. 297).

No obstante lo cual, la ley otorga también a las partes la posibilidad de interposición de la revocatoria, igualmente denominada reforma, reposición o consideración en otros ordenamientos jurídicos, que es un medio de impugnación ordinario, que puede interponerse contra decisiones que resuelven un trámite o incidente del procedimiento que, por carecer de efecto devolutivo, es decidida por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución que se recurre, y a través del cual se pretende la reconsideración de lo decidido. La circunstancia de que el mentado medio de gravamen carezca de efecto devolutivo ha determinado que cierto sector doctrinal considere más adecuada la denominación remedio en vez de recurso.

COUTURE define a la reposición (revocatoria) como incidente impugnativo nominado instituido como recurso por los códigos procesales, por el cual se pretende que el mismo

tribunal que dictó la resolución impugnada la elimine, modifique o revoque por contrario imperio.

A diferencia de lo que sucede en los casos de los recursos de apelación y casación, en los que el órgano a quo pierde su jurisdicción sobre la causa durante la sustanciación de aquellos, en la revocatoria la sigue conservando, en tanto en cuanto su fundamento radica precisamente en posibilitar una nueva revisión de lo decidido por el mismo juez o tribunal que dictó la resolución que se impugna.

El art. 414 del CPP se refiere a la revocatoria señalando que “procederá tan sólo contra las decisiones que resuelvan un trámite o incidente del procedimiento, a fin de que el mismo tribunal que las dictó las revoque o modifique”. El art. 442, por su parte, señala que “contra las resoluciones de los incidentes de ejecución no procederá recurso alguno, salvo de revocatoria o aquellos previstos expresamente en la ley”.

1646 TREJO ESCOBAR (*Op. cit. supra*, p., 248) define a los trámites o incidentes como cuestiones accesorias a lo principal, generalmente de carácter procesal, aunque eventualmente puedan ser de naturaleza sustantiva, que se suscitan y discuten entre intereses adversos o contrarios y que se deben resolver en el curso del proceso en un trámite algunas veces distinto del principal, citando como ejemplo los art. 277 y 280 del CPP, que regulan las excepciones de previo y especial pronunciamiento, haciendo referencia a que deben tramitarse y resolverse por separado.

La revocatoria no cabe contra sentencias definitivas, pero sí contra sentencias interlocutorias o mejor conocidas como decretos de sustanciación.

III. JURISPRUDENCIA

Revocatoria de la decisión que resuelve un recurso. “El recurso de revocatoria, tal como está regulado en nuestra legislación procesal penal, procede únicamente contra las decisiones judiciales que resuelven un trámite o incidente del procedimiento, a fin de que el tribunal que la dictó la revoque o modifique, según lo dispuesto en el Art. 414 del Código Procesal Penal, disposición de la cual se desprende que el recurso de revocatoria está regulado de manera restrictiva, con la finalidad de evitar que dicho recurso pueda generar mayor dilación procesal al ser resuelto por un tribunal superior. Por otro lado, de lo dispuesto en los artículos 414 y 415 del Código Procesal Penal se deduce que el recurso de revocatoria se admite únicamente en contra de resoluciones interlocutorias dictadas sin sustanciación, entendiéndose como tales, aquellas que resuelven un trámite o incidente sin oír a la parte contraria” (*Cámara de la Segunda Sección de Occidente, 11-02-02*).

“El artículo 414 del Código Procesal Penal establece que el recurso de revocatoria procede sólo contra las decisiones que resuelven un trámite o incidente. No puede argumentarse que las resoluciones emitidas por los tribunales superiores de derecho, en apelación, sean sentencias o autos que decidan un trámite o un incidente. El derecho procesal en general entiende que una providencia de trámite, tiene por objeto propender al impulso procesal. Mediante ellas el juez accede a los petitorios de las partes que tienen por fin requerir de éste una resolución de contenido determinado atinente a la marcha del proceso. Accede así, al petitorio de prórroga de un término, al pedido de diligenciamiento de una prueba, etc. Por otro lado, la mayoría de la doctrina procesal dominante, entiende por incidente, todas las cuestiones referentes a las excepciones dilatorias en general, a la condición del juez, o sea, las recusaciones, a la admisión o rechazo de los medios de prueba, a la disciplina del juicio, etc.; nuestro Código Procesal Penal vigente de manera moderna sigue esta tesis en sus artículos 277 a 283 en íntima relación con los artículos 324 Inc. 2°, que literalmente rezan: “Las excepciones que se funden en hechos nuevos y las recusaciones podrán ser interpuestas dentro de los cinco días de notificada la convocatoria a la vista pública y serán resueltas por uno de los jueces del Tribunal. No se podrá posponer la vista pública por el trámite o resolución de estos incidentes.” Concluyendo, debe entenderse que las resoluciones pronunciadas en segunda instancia sobre el fondo del recurso interpuesto ante los tribunales previamente establecidos por la norma administrativa judicial o por la norma procesal del caso son sentencias que resuelven los puntos en discusión entre las partes y no cuestiones de trámite o incidentes, ya que éstos son accesorios y no técnicamente esenciales al *thema decidendum* del medio impugnativo de apelación” (*Cámara de la Tercera Sección de Occidente, 08-01-02*).

1647

Trámite o incidente. “Los trámites o incidentes, a que hace referencia la disposición precitada, son cuestiones accesorias a lo principal, generalmente de carácter procesal, aunque eventualmente pueden ser de naturaleza sustantiva, que se suscitan y discuten entre intereses adversos o contrarios y que se deben resolver en el curso del proceso en un trámite algunas veces distinto del principal. Por trámite ha de entenderse cada una de las diligencias que hay que realizar en un procedimiento determinado; y por incidente algo que sobreviene en el curso de un procedimiento, asunto o negocio y tiene con éste algún enlace” (*Cámara de la Tercera Sección de Occidente, 01-07-02*).

“La resolución atacada por la recurrente por la vía de revocación, es aquella en que se ha conocido de un sobreseimiento definitivo, y sobre la cual se pronunció, y dicha resolución resuelve sobre el fondo del asunto, por lo que no es atacable por la vía impugnativa intentada, ya que como lo sostuvimos anteriormente y así lo sostiene la doctrina, que las resoluciones que resuelven sobre el fondo de la cuestión discutida por las partes no admite dicho recurso por no tratarse de trámites o incidentes” (*Cámara de la Tercera Sección de Occidente, 16-06-03*).

Revocatoria y apelación subsidiaria. "La interposición subsidiaria del recurso de apelación es una forma de impedir que se incurra en caducidad del derecho a recurrir con respecto al mismo, de tal forma que si no es resuelta su pretensión de manera favorable por el juez *a quo*, le queda abierta la posibilidad de examinarse por la vía de apelación en el tribunal de alzada. La falta de apelación subsidiaria no se suple con un recurso de apelación directa, aunque se formule dentro del plazo de apelar, pues elegida la vía de revocatoria, sólo procede la apelación subsidiaria, no en forma independiente" (*Cámara de la Tercera Sección de Occidente, 07-11-01*).

IV. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

En la práctica las partes interponen revocatoria indistintamente se trate desde un trámite, incidente, hasta una sentencia definitiva, por lo que se hace necesario enfatizar los conceptos de trámite e incidente, para examinar la viabilidad del recurso fuera de los casos que se han citado y que expresamente los contempla la ley procesal penal, cuya procedencia objetiva es obvia. De ahí que el recurso de revocatoria no procede cuando se resuelve el asunto principal.

1648

En cuanto a la legitimación, no cabe duda, siguiendo los principios generales, que son las partes quienes pueden interponer este y los otros recursos. Sin embargo, en algunas legislaciones se regula expresamente la facultad del tribunal, para revocar sus propias decisiones, condicionada a que no haya sido notificada a las partes. En el CPP, tal regulación no existe. La doctrina y alguna jurisprudencia extranjera (Cam. 2° C.C. Mercedes, causa 8223, 11-09-69 y causa 227, 15-06-79, Recursos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, p. 9) sostienen que en todos los casos el juzgador tiene la facultad, pues las providencias objeto de este recurso no pasan por autoridad de cosa juzgada, lo que hace posible que el propio tribunal pueda rectificar su propia decisión, siempre que se trate de providencias ordenatorias, de mero trámite, decretos de sustanciación, o cualquier incidente, siempre que no haya operado la preclusión. Es decir, que con tal que por este medio no se haga volver atrás al proceso. Chiovenda (*Cosa giudicata e preclusione*, en "Revista Italiana per le Scienze Giuridici", 1933, p. 1; también Juárez Echegaray, La preclusión, en estudios en honor a Hugo Alsina, ps. 356 y ss.) define la preclusión como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal y resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a) no por haberse observado el orden u oportunidad dados por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad.

415

TRÁMITE

Este recurso se interpondrá dentro de los tres días, por escrito que lo fundamente. El juez resolverá por auto, previa audiencia a los interesados.

Durante las audiencias el recurso se interpondrá verbalmente, inmediatamente después de la decisión recurrida.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 155, 160, 409, 421

II. COMENTARIO

En cuanto a su interposición la revocatoria admite dos modalidades, la escrita, y la verbal, esta última circunscrita a las impugnaciones que se efectúen en las audiencias.

1649

Así en el primer supuesto, como resulta de lo establecido en el art. 415 del CPP, se interpondrá dentro de los tres días, por escrito que lo fundamente. El juez resolverá por auto, previa audiencia de los interesados”.

Por consiguiente, en este caso, los requisitos del recurso son los siguientes: A) Que la resolución que se impugne resuelva un trámite o incidente del procedimiento; B) que se interponga dentro del plazo de tres días; C) que se formule mediante escrito fundado, es decir con expresión concreta de los motivos en los que se fundamenta la impugnación.

En la sustanciación de las audiencias, el recurso “se interpondrá verbalmente, inmediatamente después de la decisión recurrida” (art. 415-III), siendo el único recurso admisible durante la celebración de aquéllas (art. 409).

En este caso, los presupuestos del recurso serán los siguientes: A) que la resolución que se impugne resuelva un trámite o incidente del procedimiento, B) que se interponga inmediatamente después de que se adopte la decisión que se impugna; C) que se formule verbalmente con expresión oral de las razones en las que se base. El carácter verbal, no excluye la necesaria motivación para que el tribunal pueda reconsiderar su decisión y conocer las causas en que se fundamente.

Con respecto al primer caso (revocatoria fuera de audiencia), y conforme el art. 415-I del CPP: “El juez resolverá por auto, previa audiencia de los interesados”. Por consiguiente, del escrito motivado en que se interponga se dará traslado a las otras partes para que efectúen las alegaciones oportunas, y el juez resolverá por resolución judicial motivada que revista la forma de auto. No se señala cual es el término de dicho traslado y resolución, por lo que habrá de acudirse a las normas generales, previstas en los arts. 155 y 160 del CPP, y, por consiguiente entender que el mismo es de tres días, salvo que se disponga otro mayor.

En el segundo supuesto (revocatoria en las audiencias), el recurso se interpondrá inmediatamente después de la decisión recurrida, se oirá en la misma audiencia a las otras partes, y el tribunal resolverá en el acto, sin suspenderlas (arts. 415-II y 409-I del CPP).

En el caso de la revocatoria durante las audiencias, la interposición del recurso significará también protesta de recurrir en casación si el vicio señalado en él no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente (art. 409-II), cumpliéndose de esta forma las exigencias normativas para posibilitar el acceso a dicho recurso extraordinario, como norma el art. 421-II del CPP.

1650

416

EFEECTO

La resolución que recaiga causará ejecutoria, a menos que el recurso haya sido interpuesto, en el mismo momento y en forma, con el de apelación subsidiaria y éste sea procedente.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 407, 411

II. COMENTARIO

La decisión que recaiga en la revocatoria creará estado, es decir que será ejecutoria. No obstante lo cual, la Ley establece una salvedad a tal regla general, cual es el caso en el que conjuntamente con la revocatoria se interponga la apelación subsidiaria, en los supuestos en los que con-tra la decisión impugnada quepa esta

última clase de recurso. Se produce, entonces, el efecto suspensivo derivado de la apelación (art. 411).

En este caso, el recurrente pretende la revisión de la decisión por parte del mismo Juez que la dictó, pero para el caso de que éste no estime la revocatoria interpone una apelación, con carácter simultáneo y subsidiario, a los efectos de conseguir una nueva revisión de lo decidido por otro órgano jurisdiccional superior en grado, aprovechándose, en definitiva, del doble mecanismo de impugnación que le brinda el ordenamiento procesal.

La doctrina y jurisprudencia han resuelto la cuestión relativa a la decisión a adoptar para los casos en los cuales interpuesta conjuntamente la revocatoria con apelación subsidiaria, la primera no pueda admitirse por motivos formales, pero la apelación, por el contrario, reúna los requisitos precisos para su admisibilidad (pensemos, por ejemplo, en que los mentados recursos se interpongan en el plazo de cuatro días, fuera del correspondiente a la revocatoria, pero dentro del concerniente a la apelación). En estos concretos supuestos la decisión a adoptar sería la de rechazar la revocatoria, no dando curso a la misma, pero sustanciar la apelación regularmente interpuesta, como si se hubiera formulado de forma autónoma e independiente.

III. JURISPRUDENCIA

1651

Revocatoria y apelación en subsidio. "Por no haber interpuesto el recurso de apelación subsidiariamente, con el de revocatoria con las formalidades prescritas, y al haber resuelto el juez *a quo* el recurso de revocatoria, la resolución decretada ha causado estado y por lo tanto dicha resolución es irrecurrible de conformidad al Art. 416 Pr.Pn." (*Cámara de la Tercera Sección de Occidente, 31-01-03*).

"El recurso de apelación, en cuanto a su forma escrita de interponerlo no tiene excepción, esto es, que únicamente debe interponerse por escrito, tal condición se vuelve incompatible con la oralidad de las audiencias, es por ello que resulta inútil la interposición de la apelación en subsidio del de revocatoria, cuando éste excepcionalmente se interpone oralmente en las audiencias, de tal suerte que aún dentro del plazo para recurrir en apelación, éste es improcedente por causar estado la resolución objeto de la alzada al tenor del Art. 416 Pr.Pn." (*Cámara de la Tercera Sección de Occidente, 13-05-03*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Las partes litigantes en audiencia oral, cuando quieren hacer uso de la doble vía (revocatoria con apelación en subsidio), ambos recursos los interponen verbalmente. Al respecto existen varias posiciones jurisprudenciales. Por un lado los que no admiten

la apelación por incumplimiento a las formas o condiciones de interposición. En abono a la tesis expuesta el Art. 409 Pr.Pn., establece tajantemente: “Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocatoria, el que será resuelto de inmediato sin suspenderlas”. En tal sentido no cabe otro recurso, porque no tienen excepcionalidad a la forma de la escritura, siendo improcedente interponer apelación en audiencia por su incompatibilidad con la oralidad. Por otra parte, cuando utilizan la apelación en subsidio del de revocatoria, no fundamentan la apelación, constituyendo otra informalidad. Y en otros casos únicamente la anuncian, como protesta de interponerla con posterioridad, lo cual también es incorrecto, por no ser condición de interposición como sucede con el recurso de casación.

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO

APELACIÓN

417

RESOLUCIONES APELABLES

El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los jueces de paz y de los jueces de instrucción, siempre que sean apelables, pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación y además, causen un agravio a la parte recurrente.

También procederá contra la resolución de nulidad, proveída por los tribunales de sentencia, decisiones de la cámara instructora en casos de antejuicio y contra la resolución del tribunal en los casos de liquidación de costas. (2)(6)

1653

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 13.5, 23, 104, 225, 257, 284, 304, 312, 395 y 452
- LP, 34, 47

II. COMENTARIO

El recurso de apelación es un recurso ordinario, de naturaleza devolutiva, que interpuesto ante el tribunal a quo, posibilita que la parte impugnante someta a la decisión de un tribunal superior (órgano ad quem) una resolución judicial dictada por aquél órgano jurisdiccional, que le produce un agravio, solicitando su anulación o su revocación total o parcial.

La palabra apelación proviene de la *appellatio* del derecho romano, y viene a significar provocación, reclamación, llamada o avocación de la causa de un órgano jurisdiccional inferior a otro superior para que decida. En este sentido, HEVIA BOLAÑOS (*Curia Philipica, Madrid, 1797, p.247*), a finales del siglo XVIII, definía la apelación como “querella y provocación del juicio agraviado del juez menor al mayor, para que le desagравie”.

El recurso de apelación sirve, por consiguiente, para denunciar tanto vicios o defectos de naturaleza procesal, como para cuestionar la adecuación de la resolución impugnada a la voluntad de la ley. A través de ella se consigue una nueva revisión del material fáctico y jurídico de la instancia ante un órgano superior, lo que implica un sistema jerárquicamente organizado de tribunales.

Comoquiera que se trata de un recurso ordinario, en él son alegables toda clase de fundamentos de impugnación, tanto de derecho procesal como de derecho sustantivo, sin hallarse circunscrito a motivos o causas tasadas señaladas en la ley.

No obstante, como destaca VARELA GÓMEZ (*Op. cit. supra*, p.67), no cabe confundir recurso de apelación con segunda instancia, “que duda cabe que la apelación es el acto procesal, el recurso, que da origen e inicia la fase procesal que conocemos como segunda instancia, que se desarrolla ante el órgano superior en grado, y que tiene por objeto un nuevo conocimiento del asunto. Pero ello no sucede en todos los casos, sino sólo en aquellos en que se interpone contra una sentencia definitiva que cierra la primera instancia, o una resolución a ella equiparada. No cuando se da contra resoluciones interlocutorias o de dirección del proceso, en cuyo caso no se abre la segunda instancia, pues la competencia del juez superior no alcanza el pleno conocimiento del asunto que le es remitido en función del recurso, sino sólo a resolver sobre el incidente en cuestión, persiguiéndose por el apelante únicamente la reforma o anulación de la resolución recurrida”.

1654

La segunda instancia sólo se da, pues, contra sentencias u otras resoluciones definitivas, que permite al tribunal de alzada conocer íntegramente la cuestión suscitada en la instancia, y no con relación a la impugnación de decisiones interlocutorias o de dirección procesal, en cuya resolución el tribunal ad quem no entra a valorar y decidir sobre el objeto del proceso. Sólo en el primer caso la apelación posibilita la apertura de una nueva instancia procesal, en la que el tribunal ad quem puede conocer, sin limitación de clase alguna, salvo las derivadas de la congruencia con el recurso, sobre todas las cuestiones fácticas y jurídicas suscitadas en el proceso, e incluso, cuando la ley así lo permite, tras la práctica de nuevas pruebas en la alzada.

El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los Jueces de Paz y de los Jueces de Instrucción, siempre que sean apelables, pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación y además, causen agravio a la parte recurrente. También procederá contra la resolución de nulidad, proveída por los tribunales de sentencia, decisiones de la cámara instructora en casos de antejuicio y contra la resolución del tribunal en los casos de liquidación de costas (art. 417).

Entre las resoluciones susceptibles de recurso de apelación que señala la ley podemos citar las siguientes: las de sobreseimiento o absolución, por parte de la víctima, aún cuando no haya intervenido en el proceso (art. 13. 5), las que impongan reglas de

conducta, en la suspensión condicional del procedimiento, que sean ilegítimas, afecten a la dignidad del imputado o sean excesivas (art. 23), las que declaren el abandono de la querella (art. 104), las que decreten nulidades absolutas (art. 225), las de desestimación, sobreseimiento definitivo, detención provisional o embargo, acordadas por el juez de paz en el trámite de la audiencia inicial (art. 257), las resolutorias de excepciones (art. 284), la resolución que imponga la detención o intervención provisional, una medida sustitutiva o la deniegue (art. 304), el sobreseimiento definitivo o provisional durante la instrucción (art. 312), las decisorias del juicio de faltas dictadas por el juez paz (art. 395), la resolución sobre la liquidación de costas (art. 452).

La Ley Penitenciaria establece la competencia de las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de la Ejecución de la Pena, para conocer el recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces de tal clase (art. 34), señalándose como susceptibles de tal recurso las que no concedan un beneficio penitenciario, declaren o denieguen la extinción de la pena, las referentes a la conversión de la pena de multa, a la fijación, modificación o suspensión de las medidas de seguridad, la revocación de la suspensión condicional del procedimiento penal, la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, sin que sean apelables, sin embargo, las resoluciones pronunciadas en los demás incidentes que se susciten dentro de la ejecución de la pena, salvo que exista una grave violación al régimen de privación de libertad (art. 47 LP).

1655

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

Tal como lo indica el comentarista al exponer para qué sirve la apelación, es muy importante plantear con suficiente claridad los agravios, porque no obstante que la resolución sea objetivamente impugnabile, se necesita además que ésta cause agravio al recurrente. En tal sentido, deben indicarse punto por punto, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyan a la sentencia o una demostración de los motivos que se tienen para considerarla errónea, analizando la prueba, señalando los errores de apreciación y la aplicación del derecho, demostrando que está equivocada. En otras palabras, el recurso debe ser una pieza jurídica en la cual se puntualizan los errores de hecho y de derecho y la injusticia de las conclusiones del fallo, mediante articulaciones fundadas y objetivas sobre la resolución recurrida.

Se enfatiza lo siguiente: “A través de ella se consigue una nueva revisión del material fáctico y jurídico de la instancia ante un órgano superior”. De conformidad a la ley Art. 257, 312 Pr.Pn., el sobreseimiento dictado hasta antes del plenario (audiencia inicial y preliminar) puede impugnarse por la vía de la apelación, cumpliéndose así los fines perseguidos (o como lo refiere el autor, “A través de ella se consigue”). Sin embargo, el sobreseimiento dictado por el tribunal de sentencia únicamente puede impugnarse por la vía de la casación, Art. 422 y 417 Pr.Pn. Esto produce desventajas para el impugnante o recurrente, ya que los motivos que hacen procedente el recurso de

casación están limitados a la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, ya sea del derecho sustantivo como adjetivo, Art. 421 Pr. Pn. Con la apelación se consigue la revisión del material fáctico y jurídico de la instancia, lo que hace concluir un examen más amplio de la resolución con la apelación que con el de casación, no obstante ser la resolución de la misma naturaleza. Nada garantiza que el tribunal de sentencia dicte la decisión sin error en el material fáctico, el que está al margen de ser revisado mediante el recurso de casación, según su estructura en la ley.

Con respecto a la apelación en los casos de desestimación, de conformidad al Art. 257 Pr.Pn., la resolución de la Cámara en todo caso dependerá del dictamen del fiscal superior, ya que si el fiscal está de acuerdo con la desestimación, no podrá ordenarle al juez inferior que decrete instrucción, porque violaría el principio *Ne procedat iudex ex officio*, o sea, que ningún magistrado o tribunal puede resolver por iniciativa propia, si no es investido de jurisdicción a través de la promoción de la acción. A lo más que puede aspirar la resolución de la Cámara, es ordenarle al juez *a quo*, que provoque una disconformidad, remitiendo el procedimiento por resolución fundada al fiscal superior, quien dictaminará sobre el requerimiento fiscal, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución. Como puede verse, si el fiscal superior ratifica la desestimación, el juez inferior debe autorizarla, no obstante ello, cabría una nueva apelación, la que sería ineficaz, porque la Cámara no podría revocarla, sólo ratificarla, por las razones explicitadas anteriormente. En conclusión la decisión del tribunal *ad quem* del recurso de apelación de la desestimación, dependerá en absoluto de la representación fiscal.

1656

418

INTERPOSICIÓN

Este recurso se interpondrá por escrito debidamente fundado, ante el mismo juez que dictó la resolución dentro del término de cinco días; teniendo la obligación el juez de informar de la interposición del recurso al Juzgado de Instrucción o al Tribunal de Sentencia, en su caso, si ya le hubiere remitido el expediente.

Cuando el Tribunal de Segunda Instancia tenga su sede en un lugar distinto al de radicación del procedimiento, los recurrentes fijarán, en el escrito de interposición, nuevo lugar para recibir notificaciones.

Cuando el recurrente intente producir prueba en la segunda instancia, la ofrecerá junto con el escrito de interposición, señalando concretamente el hecho que pretende probar. (6)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 407, 420

II. COMENTARIO

La interposición del recurso se efectuará ante el juez a quo, es decir aquél que dictó la resolución que se impugna para ante el tribunal superior, y deberá efectuarse en las condiciones de tiempo y forma señaladas en la Ley y con indicación específica de los puntos de la decisión que son impugnados por aplicación del régimen general previsto en el art. 407.

Característica esencial de este recurso es que a la Ley no le basta con que la parte manifieste su intención de apelar la resolución dictada, sino que le exige la carga de que lo haga por medio de un escrito motivado en el cual el apelante ha de exteriorizar necesariamente los argumentos en los que funda su impugnación, pues es éste el momento preclusivo en el que tiene la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga, toda vez que la celebración de la audiencia a la que se refiere el art. 420, que le confiere una nueva oportunidad para efectuar alegaciones se halla condicionada a la circunstancia de que se solicite la práctica de prueba en segunda instancia y que ésta sea considerada pertinente por parte del tribunal, confiriendo, entonces, la Ley a las partes la posibilidad de valoración crítica de aquélla, así como informar sobre su incidencia en el recurso, en la precitada audiencia que con tal finalidad se celebrará.

1657

La ausencia de motivación genera indefensión en las partes contrarias que desconocerían los concretos motivos en los que el apelante basa la impugnación y no podrían, en consecuencia, rebatirlos, ni proponer prueba al respecto; por otra parte el órgano de apelación ignoraría, igualmente, el fundamento del recurso a los correspondientes efectos decisorios.

La motivación no tiene que ser exhaustiva pero sí contener el mínimo necesario para posibilitar la contradicción, como imprescindible manifestación del derecho de defensa, y del control jurisdiccional de la decisión del juez a quo en la alzada.

Además de los expresados, son requisitos obvios del escrito de interposición del recurso, los relativos a la identificación del apelante y de su condición de parte procesal, la indicación del número y clase de asunto y el delito perseguido, la resolución que se recurre, su fecha y la data en la que fue notificada a los efectos de determinar su interposición en tiempo y forma, y deberá exteriorizar las concretas peticiones que se formulan al tribunal *ad quem*, que deba conocer de la apelación.

El escrito de interposición del recurso delimita, pues, el ámbito del mismo y determinará el juego del principio de la *reformatio in peius* (art. 413).

El plazo de interposición del recurso es de cinco días, imponiendo la Ley al Juez la obligación de informar de la interposición del recurso al Juzgado de Instrucción o al Tribunal de Sentencia, en su caso, si ya le hubiere remitido al expediente para que tenga conocimiento de la necesidad de su tramitación.

El recurrente podrá, junto con el escrito de interposición del recurso, solicitar la práctica de prueba en segunda instancia, dándole, por lo tanto, la Ley una nueva oportunidad para introducir material fáctico en el proceso, en cuyo caso deberá especificar el hecho que pretende probar, e indicar la prueba que intenta producir para que, al respecto, pueda decidir el tribunal superior sobre su pertinencia.

1658 La Ley no limita a la observancia de requisitos formales tal facultad normativa, como sí sucede en otros ordenamientos jurídicos como el español, en los que se condiciona la admisibilidad de su praxis a circunstancias tales como la imposibilidad de haber propuesto la prueba en primera instancia, a las propuestas que le fueron indebidamente denegadas al recurrente, siempre que hubiere efectuado la correspondiente reserva, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión (art. 795.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La Ley exige igualmente un requisito formal relativo al sistema de notificaciones, al indicar que, en el escrito de interposición del recurso y cuando el Tribunal de Segunda Instancia tenga su sede en un lugar distinto al de radicación del procedimiento, los recurrentes fijarán nuevo lugar para recibir las notificaciones que se les deban efectuar durante y a consecuencia de la tramitación de la apelación.

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

En cuanto al aviso regulado en el primer inciso de la disposición, algunos jueces y abogados litigantes sostienen que el hecho de dar aviso al tribunal que se ha remitido el proceso, no vincula a éste con la resolución del recurso ni la obligación de esperar el pronunciamiento de la Cámara. Otros por su parte sostienen que el aviso tiene la finalidad de hacer una pausa respecto al punto recurrido, ello significa que no debe pronunciarse con relación al punto y esperar la resolución de la Cámara, para evitar resoluciones encontradas o contradictorias. No obstante ello, si el juez de la siguiente fase ya se pronunció respecto del punto recurrido y su decisión es contraria a la del tribunal *ad quem* (superior), debe prevalecer la decisión de éste último, lo que implica dejar sin efecto la resolución dictada paralelamente, aunque no sea el juez de la decisión recurrida. En principio hay que aclarar que la disposición del informe del recurso interpuesto al

juez de la siguiente fase se refiere a las resoluciones objeto de la impugnación con efecto no suspensivo, o sea, aquellas que deben ejecutarse, no obstante la interposición del recurso, Art. 411 parte final Pr.Pn. Ahora bien, el informe innegablemente tiene un fin, no sólo de conocimiento de la interposición del recurso, sino que, en efecto para que el juez que tenga que decidir del mismo punto objeto del recurso se abstenga de hacerlo. De lo contrario, ¿qué funcionalidad tendría el informe? Pero, por otra parte, ello acarrea una serie de consecuencias como la producción de un conflicto legal. La regla 266 inc. 1° Pr.Pn., impone la obligación al juez de instrucción de pronunciarse respecto de las medidas cautelares de carácter patrimonial y no patrimoniales impuestas, su modificación o la libertad del imputado. Si espera su pronunciamiento sobre la base del informe, infringe tal disposición imperativa. Ante esa situación, se considera que, debe observarse la disposición del artículo citado, por contener un mandato, y el texto legal del informe (Art. 418 Pr.Pn.), no impone mandato alguno, en conclusión no se infringe tal disposición. Contrario sería, si en base al informe se abstiene de pronunciarse, ello implicaría inobservar el Art. 266 Pr.Pn.

419

EMPLAZAMIENTO Y ELEVACIÓN

1659

Presentado el recurso, el juez emplazará a las otras partes para que en el término de cinco días contesten el recurso y, en su caso, ofrezcan prueba. Luego, sin más trámite e inmediatamente, remitirá las actuaciones al Tribunal de Segunda Instancia para que resuelva.

Sólo se remitirá copia de las demás actuaciones, se formará un legajo especial, para no demorar el trámite del procedimiento.

El Tribunal de Segunda Instancia podrá solicitar otras copias o el expediente principal, para resolver el recurso; ello no implicará la paralización de la marcha del procedimiento.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 143, 302

II. COMENTARIO

La fase de contestación del recurso por la parte apelada se produce también ante el juez inferior, por ello presentado el recurso, el juez a quo lo tramitará, y a tal efecto, para garantizar el principio de audiencia bilateral sin indefensión, emplazará a las otras partes para que, en el término de cinco días, contesten el recurso, y, en su caso, ofrezcan prueba. Se le confiere pues a las partes apeladas, como no puede ser de otra forma, en elemental garantía de tan esenciales derechos procesales, la posibilidad de rebatir los argumentos en los que el apelante funda su impugnación, exponiendo la razones en virtud de las cuales se considera que dicho recurso no es procedente, defendiendo el acierto de la decisión apelada. También se le da una nueva oportunidad a las partes recurridas para introducir material fáctico en la causa, mediante la posibilidad de proponer prueba para su práctica ante el tribunal *ad quem*, que deba resolver la apelación, el cual decidirá sobre su pertinencia.

Las partes recurridas se podrán adherir al recurso dentro del término del emplazamiento, remitiéndonos, al respecto, al comentario al art. 408 del CPP.

1660 Dictado el decreto acordando el emplazamiento, que deberá notificarse a las otras partes dentro de las 24 horas de dictado (art. 143 CPP), y evacuado tal trámite o transcurrido el plazo sin hacerlo, finaliza la actuación del órgano que con la inmediata remisión de las actuaciones ante el tribunal superior llamado a conocer y decidir sobre la impugnación.

En los supuestos en los que el recurso de apelación recae sobre resoluciones interlocutorias que no ponen fin al proceso, la Ley pretende evitar la suspensión del procedimiento durante la tramitación del mismo, en aras de garantizar un proceso sin dilaciones indebidas, a tal efecto se señala, en el precepto que comentamos, que se remitirá al tribunal superior únicamente copia de las actuaciones, junto, claro está, con los escritos de recurso y su contestación, formando un legajo especial; por consiguiente, cuando se apele una resolución tal clase, debe hacerse llegar al tribunal que conozca de la impugnación aquellas concretas copias que se refieran a la cuestión impugnada y no la totalidad del expediente; no obstante lo cual, para asegurar la debida cognición judicial, con todos los elementos de juicio precisos para ello, la Ley señala que el Tribunal de Segunda Instancia puede solicitar otras copias o el expediente principal; si bien advierte que “ello no implicará la paralización de la marcha del procedimiento”.

En concreto, con respecto a la apelación de la resolución judicial que imponga la detención o intervención provisional o una medida sustitutiva, el art. 304 del CPP, contiene una regulación específica al señalar que “la interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento de la medida apelada. El Juez remitirá el escrito de apelación y las copias

necesarias dentro de las veinticuatro horas, y la Cámara resolverá, sin más trámite, dentro de los tres días siguientes”.

La tramitación de la apelación tiene, por consiguiente, dos fases perfectamente definidas. La interposición del recurso y su contestación que se efectuará ante el juez inferior que dictó la resolución que se impugna, que finaliza con la remisión de las actuaciones al órgano *ad quem*, y la decisoria, que se lleva a efecto ante dicho tribunal el cual previamente resolverá sobre la pertinencia de la prueba propuesta, en cuyo caso se celebrará una audiencia con tal finalidad, procediendo a la decisión final del mismo.

IV. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

Con respecto al trámite que debe seguir el juez inferior, cuando la apelación se trate de las enunciadas en el Art. 304 Pr.Pn., no debe emplazar a la parte contraria como procedimiento excepcional, ya que el trámite se agota con la presentación del recurso, luego debe remitirlo dentro de las veinticuatro horas siguientes con las copias necesarias. Respecto de éstas últimas es de aclarar que en ocasiones, cuando se trata de apelación de alguna medida cautelar, algunos jueces no remiten los actos de investigación, ello ocasiona retraso en la resolución del recurso por parte de las Cámaras, ya que sin ellos es difícil establecer el supuesto del ordinal primero del Art. 292 Pr. Pn. Por otra parte, cuando se trate de apelación del sobreseimiento definitivo, no hay razón para remitir únicamente las copias, ya que con ello se le pone fin definitivamente al proceso, en tal sentido no pasa a otra fase, debiendo en dicho supuesto enviar el original al tribunal de alzada.

420

TRÁMITE

Recibidas las actuaciones el Tribunal de Segunda Instancia, dentro de los diez días admitirá o rechazará y decidirá el recurso y la cuestión planteada, todo en una resolución.

Si alguna parte ha ofrecido prueba y el tribunal la estima pertinente para resolver el recurso, fijará una audiencia oral dentro de los quince días de recibidas las actuaciones y resolverá inmediatamente después de realizada la audiencia.

Quien ha ofrecido prueba para la segunda instancia tomará a su cargo la presentación de dicha prueba en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore.

El secretario auxiliará al oferente expidiendo las citaciones o las órdenes que sean necesarias.

1662

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 407, 413

II. COMENTARIO

Una vez que las actuaciones son recibidas por el Tribunal de Segunda Instancia habrá de distinguirse si se propuso prueba o no. En este último caso, o cuando la propuesta no se estima pertinente, en el plazo de diez días, el tribunal decidirá sobre la admisión del recurso o lo rechazará (art. 407 pf. Tercero), y en el primer caso resolverá la cuestión planteada en una misma resolución. En consecuencia, lo primero que ha de efectuar el tribunal *ad quem* es examinar la admisibilidad formal del recurso, y si los defectos observados fueran subsanables se deberá dar la posibilidad de hacerlo (art. 407). No lo serán, por ejemplo, los supuestos en los que el recurso se hubiera interpuesto fuera plazo o por quien carece de legitimación para ello.

Si alguna de las partes ha ofrecido prueba, y el tribunal la estima pertinente para decidir el recurso fijará una audiencia oral, dentro de los quince días de recibidas las actuaciones, en la cual se procederá a su práctica conforme al procedimiento general establecido en el CPP, y a continuación resolverá el tribunal inmediatamente después

de realizada dicha audiencia. Aunque la ley expresamente no lo señale, en ella se oirá a las partes sobre la prueba propuesta y su incidencia en la impugnación.

La parte que haya ofrecido prueba para la segunda instancia tomará a su cargo la presentación de la misma en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore; no obstante el Secretario auxiliará al oferente expidiendo citaciones o las órdenes que sean necesarias a tal efecto.

En su decisión el tribunal *ad quem* ha de resolver motivadamente todos los puntos que hayan sido objeto de impugnación, con sujeción a las reglas generales contenidas en el art. 413 del CPP a cuyo comentario nos remitimos. Acto seguido se remitirá al órgano inferior certificación de la decisión dictada.

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

CASACIÓN

421

MOTIVOS

El recurso de casación procederá cuando la sentencia se basa en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de nulidad no subsanable, cuando se trata de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado.

1664

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 50, 362, 377, 409

II. COMENTARIO

A) Introducción

GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Penal, Madrid, 1975, p.285*) define el recurso de casación penal como la revisión de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia, mediante el cual, y con efecto suspensivo y devolutivo, se pide a un tribunal superior, único en su clase, la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por errores de derecho sustantivo o procesal.

La palabra casación, en su acepción jurídica, proviene del vocablo latino “casso”, que significa quebrantar, anular, destruir, romper y rescindir.

Los antecedentes históricos del instituto los podemos encontrar en la “supplicatio” del derecho romano y en la “querela nullitatis” de la Edad Media, pero su antecedente más próximo y directo se encuentra en el tribunal establecido con tal nombre por la Revolución francesa, por Decreto de la Asamblea Constituyente de 27 de noviembre de 1790. Señala, al respecto, GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil, Madrid, 1976, p.482*), que “originariamente no era ese tribunal un órgano jurisdiccional, ni su actuación estaba condicionada por un “pourvoi” o recurso de parte. Se le atribuía exclusivamente, y a impulso o excitación oficial, la función de anular las sentencias dictadas “en contravención expresa al texto de la ley”. Era la defensa de ésta (para impedir que los jueces, subrepticamente, hicieran obra de legisladores) y no el derecho de las partes, el motivo determinante. Pero con la introducción del derecho de recurrir otorgado a las partes procesales, el órgano pasa muy pronto a integrarse en la jurisdicción, y simultáneamente se amplían sus funciones.

En definitiva, la casación francesa surge originariamente como un mecanismo garantista del principio de separación de poderes, a los efectos de evitar la intromisión del judicial dentro del legislativo, concibiendo a aquél como un poder neutro, o dicho en las conocidas palabras de MONTESQUIEU, como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. En este sentido, la casación más que un recurso se concebía como una denuncia de intromisión.

1665

En su evolución histórica, e integrada ya en el ámbito de la jurisdicción, a la casación se le vienen a otorgar nuevas funciones, y entre ellas la primordial de garantizar la unidad en la interpretación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales, y así señala gráficamente ALMAGRO NOSETE (*Instituciones de Derecho Procesal, T. IV, 1994, p.223*) que se pretendió “conseguir la mejor sujeción de los Jueces al cumplimiento y observancia de las leyes, en su aplicación, mediante el establecimiento de un único órgano, que devino jurisdiccional, del máximo rango y jerarquía, encargado de la referida función, asegurando la uniformidad de la interpretación judicial, con anulación, en su caso, de sentencias recurridas”.

De estas sucintas consideraciones podemos concluir que las finalidades de la casación serían las dos siguientes, fiscalizar la adecuada aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales inferiores (función de nomofilaxia), y, por otra parte, velar por la uniforme aplicación de las normas legales, en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

En este sentido, se expresa CORTÉS DOMÍNGUEZ (*Op. cit. supra, p.674*), al señalar que el recurso de casación “tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales, aunque con el se consigue una clara función de protección o salvaguardia de las normas del ordenamiento jurídico (función nomofiláctica) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

B) Breve reseña histórica

La casación es introducida en la República de El Salvador por la Constitución de 1883, en los arts. 103 a 107. En dicho cuerpo legal se establecía como Supremo Tribunal de Justicia una Corte de Casación, la cual entre sus facultades tenía la de conocer el recurso de casación “conforme a ley”, dicha ley fue la de Casación de 14 de diciembre de 1883; pero su vigencia fue efímera, pues el instituto es derogado por la Constitución de 1886, que, en cambio, estableció la tercera instancia, normando en su art. 95, que: “En la capital de la República habrá una Cámara de Tercera Instancia compuesta de tres magistrados y dos Cámaras de segunda instancia, compuesta cada una de dos. La Cámara de Tercera Instancia será presidida por el Magistrado Presidente, y las otras por el primer Magistrado electo para cada una de ellas. Estas tres Cámaras reunidas, bajo la dirección del Presidente, formarán la Corte Suprema de Justicia...”.

1666

Así las cosas, la Constitución de 1950 suprimió la tercera instancia, señalando en su Exposición de Motivos que: “La Casación ensayada con resultados inciertos por nuestra Constitución de 1886 debe establecerse. Permitirá informar la jurisprudencia de los Tribunales inferiores después de cierto número de sentencias uniformes de la Corte con la consiguiente seguridad de los derechos y litigios”, y en el art. 82 del referido texto constitucional se enuncia la primera de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: “Conocer de los juicios de amparo y de los recursos de casación”. El instituto toma carta de naturaleza en la Ley de Casación de 31 de agosto de 1953, y es modificada por el Código Procesal Penal de 1974, manteniéndose en el ordenamiento jurídico salvadoreño hasta el vigente CPP, que, igualmente, reconoce y regula tal recurso extraordinario de impugnación de las resoluciones judiciales.

C) Naturaleza jurídica

Desde el punto de vista de su naturaleza, se trata de un recurso *extraordinario*, en tanto cuanto los motivos que permiten el acceso al mismo están expresamente contemplados en la ley, sin que se pueda acudir a la casación alegando cualquier clase de vicio que se achaque a la resolución de instancia. Es *devolutivo*, pues su decisión se remite a un tribunal superior, el cual es además el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía del país, cual es la Corte Suprema de Justicia. Produce efectos *suspensivos*, salvo en los casos señalados en la ley, como cuando se interpone contra una sentencia absolutoria, en cuyo supuesto el imputado ha de ser inmediatamente puesto en libertad (arts. 360 y 443).

D) Casación y segunda instancia: problemática

Es evidente que la casación no es una segunda instancia en materia penal, y de tal forma se expresa unánimemente la doctrina, y dentro de ella la autorizada opinión de ALCALÁ ZAMORA (“*Derecho Procesal Penal de la Capital Federal*”, Buenos Aires, 1945,

Tomo III, pp.305 y 306), al enseñarnos que la diferencia esencial entre casación e instancia radica en que ésta última supone, de parte del juzgador, un juicio tanto sobre el contenido de hecho o fáctico, como sobre el aspecto de derecho o puramente jurídico del proceso, en tanto que la casación es siempre un juicio de derecho, aún cuando en ocasiones tenga que revisar los hechos. Es cierto, no obstante, que las legislaciones modernas han aceptado como motivo de casación el error en la aplicación de las leyes reguladoras de la prueba, pero, en tal caso, los hechos son examinados en virtud de una consideración netamente jurídica; si bien se aprecia una tendencia a ampliar el meritado recurso a la fiscalización cada vez mayor del material fáctico, aunque sometido a importantes limitaciones legales, para no desvirtuar la casación y convertirla en una nueva instancia.

Es por ello que la casación suscita la controvertida cuestión sobre la pertinencia de una segunda instancia en materia penal, esto es la posibilidad de someter la sentencia dictada a un recurso de apelación, a través del cual el órgano ad quem, y sin perjuicio de un ulterior recurso de casación contra la decisión de éste, pueda revisar no sólo la aplicación del derecho efectuada por el inferior y la observancia de las normas procesales que rigen el procedimiento, sino también el hecho probado, es decir la posibilidad de modificar el relato fáctico efectuado por la sentencia de primera instancia, cuando se denuncia una valoración inadecuada de las pruebas practicadas bajo su intermediación.

1667

Los principios de única y doble instancia se encuentran vinculados a la posibilidad de interposición del recurso de apelación contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral y público. En este sentido, señala GIMENO SENDRA (*Derecho Procesal, Tomo II, Proceso Penal, 1990, p.82*), que un ordenamiento procesal está regido por el principio de la única instancia, cuando con independencia de los recursos especiales y extraordinarios, la sentencia no puede ser impugnada a través del recurso de apelación; por el contrario está regido por el principio de doble instancia o doble grado de jurisdicción, cuando las resoluciones definitivas pueden ser trasladadas a un Tribunal superior mediante la interposición de un recurso de apelación.

MARTÍNEZ ARRIETA (*“Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional”, en Cuadernos de Derecho Judicial, monográfico sobre “Recursos en el orden jurisdiccional penal”; tomo XXI, 1995, p.34*) señala que la doctrina procesalista reclama que el enjuiciamiento penal se asiente en la doble instancia y conseguida la revisión de la sentencia a través de los recursos ordinarios, quede el extraordinario de casación como un recurso de nulidad que limite su actuación a constatar el error de derecho producido, en su caso, en la sentencia impugnada.

Es cierto que el principio de control de las sentencias penales opera plenamente en la doble instancia, debilitándose en los sistemas de única instancia con posibilidad de casación. Ello deriva de la diferencia existente entre ambos regímenes de impugnación. Así a través de la casación se pretende velar por la adecuada aplicación

de la ley sustantiva y procesal hecha por el tribunal inferior, mientras que la segunda instancia posibilita “reproducir el juicio”, y por consiguiente también la revisión del hecho probado.

Las objeciones que se han efectuado frente al establecimiento de la doble instancia son su colisión con respecto a los principios de inmediación, oralidad y libre valoración de la prueba, indicándose que aquélla obligaría a reproducir el debate y la prueba ante el tribunal que conoce de la apelación, puesto que, en otro caso, la revisión únicamente por medio de las actas levantadas en juicio, podría suponer la paradoja de hacer prevalecer la opinión del juez “peor informado” (juez ad quem), con respecto al “mejor informado” (juez a quo). Se ha afirmado igualmente la imposibilidad del doble grado de jurisdicción tratándose del juicio por jurado, así como las mayores dilaciones que supondrá su instauración en la administración de justicia.

1668

Contra tales argumentos se puede aducir las mayores garantías que supone la apelación frente a la casación, en materia tan sensible a los derechos fundamentales como es el proceso criminal, en el que los ciudadanos se juegan bien tanpreciado como es su libertad, dada además la posibilidad, hoy en día real, de conseguir la reproducción del juicio en la alzada, por la introducción de los modernos medios de protocolización de lo acontecido en el plenario, como por ejemplo el video, las cintas magnetofónicas etc., que han convertido, en gráficas palabras de GIMENO SENDRA (*Op. cit. supra*, p.83), la única instancia “en un mito jurídico que merece ser revisado”.

Recientemente el Comité de Derechos Humanos previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU emitió dictamen de 20 de julio de 2000 contrario al Estado español por entender que en el caso sometido a su consideración la fiscalización de la sentencia dictada por un tribunal de lo penal (Audiencia Provincial) a través del recurso de casación, vulneraba dicho Tratado Internacional, concretamente en su art. 14.5, que establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la Ley”.

Los hechos que motivaron la queja del condenado por un delito de asesinato frustrado, es que su condena no pudo ser objeto de una revisión total, toda vez que contra la sentencia de la Audiencia Provincial sólo cabía recurso de casación y en éste no era factible proceder a una nueva valoración de las pruebas practicadas. En efecto recurrida la condena ante el Tribunal Supremo, en la sentencia de casación de 9 de noviembre de 1993, se contenían argumentos del siguiente tenor: “... *siendo también de destacar en este orden de cosas que tales pruebas corresponde ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal a quo, de acuerdo con lo establecido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... El recurrente, por tanto, reconoce la existencia de múltiples pruebas de cargo y sus razonamientos únicamente se concretan en interpretarlas a su modo y manera dialéctica impermisible cuando se alega este*

principio de presunción de inocencia, pues si tal se aceptase sería tanto como desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndolo en una segunda instancia... del principio in dubio pro reo, la resolución desestimatoria es la misma pues olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que, como hemos dicho y repetido, nos es impermissible”.

El Comité decidió: “En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del art. 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo cinco, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del art. 14 del Pacto”.

1669

En el dictamen de 20 de mayo de 1998 (DOMUKOSVSKY y otros C. GEORGIA) el Comité dijo: “El Comité observa que, de conformidad con la información que obra en su poder, los autores no podían apelar el fallo condenatorio y la pena, puesto que la ley prevé únicamente una revisión judicial, que aparentemente se realiza sin una audiencia pública y versa únicamente sobre cuestiones de derecho. El Comité opina que esta clase de revisión no reúne los requisitos previsto en el párrafo 5 del art. 14 del Pacto, en que se requiere una evaluación plena de las pruebas y de las incidencias del juicio y que se vulneró esta disposición respecto a cada uno de los autores”

La meritada resolución, si bien generalmente bien aceptada, fue también objeto de crítica en la doctrina, llegándose a defender la compatibilidad de la casación española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales (JAÉN VALLEJO, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, n^{os} 453 y 462, de 24 de septiembre y 23 de noviembre de 2000). Entendiendo tal autor que dicho recurso extraordinario, no está limitado a la revisión de aspectos formales o legales de la sentencia, sino que permite igualmente el control de las pruebas con las que contó el Tribunal que dictó la sentencia en primera instancia, a través de la verificación de la estructura racional del juicio de valoración de las pruebas practicadas bajo su inmediación, toda vez que la Constitución garantiza el

derecho a no ser juzgado arbitrariamente; puede apreciar a través de la alegación de la violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia si existió una mínima prueba que pueda considerarse racionalmente de cargo para emitir un fallo condenatorio; también puede fiscalizar la violación del principio de duda (in dubio pro reo) si se manifiesta que el tribunal pese a haber tenido duda ha condenado al acusado; por último, por la posibilidad de recurrir alegando como causal el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del tribunal de instancia, sin ser contradichos por otros elementos probatorios, por lo que concluye, dicho autor, que no es correcto afirmar que sólo se puede recurrir en casación por razones jurídicas muy limitadas y que no hay posibilidad que el Tribunal Supremo vuelva evaluar las pruebas.

La sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de abril de 2001 con respecto al control casacional sobre la actividad probatoria señala:

1670 “En lo que respecta a la supuesta lesión del derecho a la presunción de inocencia la reiterada doctrina de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha dejado sentado, entre otros extremos relativos a su contenido, que el referido derecho fundamental comporta, en primer lugar, la necesidad de que toda condena penal vaya precedida de una válida actividad probatoria de cargo practicada en el juicio oral con la observancia de las garantías procesales (SSTC 105/1986 y 44/1987) y, en segundo lugar, la asunción de la carga de dicha prueba incriminatoria por parte de la acusación, de manera que en los supuestos en que ésta no es válidamente ejercitada la única solución constitucionalmente posible es la absolución del acusado (SSTC 62/1985, 109/1986 y 145/ 1987).

Como dice la Sentencia de esta Sala, de fecha 10 de octubre de 2000, el derecho a la presunción de inocencia, según doctrina jurisprudencial, alcanza solamente a la totalidad de ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales (Sentencias de 7 de abril de 1992, 21 de diciembre de 1999, etc.). Igualmente, en reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el seno del juicio oral sólo es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observancia por parte del Tribunal de los hechos, sobre las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario, ha dicho esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (SSTS de 22.9.92., 30.3.93, 29.12.97 y 16.4.99).

En razón de lo expuesto, existió prueba de cargo que se tradujo en la valoración probatoria sobre el testimonio de los testigos policías acerca de la identidad de los autores del hecho punible (como en caso idéntico ya declaramos en Sentencia de esta Sala 479/2000, de 20 de marzo), y por la percepción directa de los fotogramas que se extrajeron de la cámara de seguridad de la entidad bancaria, fotografías incorporadas a los autos y que fueron analizados por los propios componentes del Tribunal “a quo”, toda vez que la documental se dio por reproducida al finalizar el acto del juicio oral, pudiendo los magistrados, en el curso de su deliberación, estudiar personalmente tales fotografías, que arrojaron la convicción que exponen en su resolución judicial”.

Por su parte, la sentencia de 27 de noviembre de 2000 de dicho Alto Tribunal español indica:

“El derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido, aparte de en nuestra Constitución, en los más caracterizados Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2) y objeto de una detallada elaboración por la doctrina del TC. (SS 3/81, 807/83, 17/84, 174/85, 229/88, 138/92, 303/93, 182/94, 86/95, 34/96 y 157/96) y de esta Sala (SS. de 31.3 y 19.7.88, 19.1 y 30.6.89, 14.9.90, 15.11 y 4.3.91, 20.192, 8.2.93, 30.9.94, 10.3.95, 203, 727, 754, 821 y 882 de 1996, y 798/97 de 6.6), significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la Acusación y de la intervención en los mismos del inculpado.

1671

En trámite de casación, al alegarse la vulneración de la presunción de inocencia, la Sala del Supremo deberá ponderar:

- a) las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para atribuir unos hechos delictivos a una persona;
- b) si las pruebas fueron practicadas en el juicio con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad;
- c) si de haber sido practicadas en el sumario (*fase de instrucción*), fueron introducidas en el debate del plenario (*juicio oral*) por la vía de los arts. 714 y 730 de la LECRIM;
- d) si las pruebas se practicaron con observancia de las normas procesales y respeto a los derechos fundamentales;
- e) si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia o de las ciencias”.

El CPP optó por el principio de única instancia en el enjuiciamiento de los hechos delictivos. Así en su exposición de motivos se señala que “se simplifica el recurso de casación y se elimina el recurso de apelación para la sentencia definitiva por chocar abiertamente contra el principio de inmediación y contra todo el sistema del juicio oral y público diseñado”. No obstante, se admite recurso de apelación contra sentencias pronunciadas por las cámaras de segunda instancia cuando conozcan en primera instancia, ante la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (art. 50.2 CPP).

Ahora bien, la posibilidad de recurrir en casación que ofrece el art. 362 del CPP posibilita un cierto control casacional de la actividad probatoria desplegada en la instancia, cuando la sentencia se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio (nº 3); cuando existe una falta de motivación con respecto a la apreciación de las pruebas practicadas que lleven al tribunal a la atribución del hecho enjuiciado al acusado (motivación fáctica), y, cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo (nº 4). O también cuando se sostenga la violación de precepto legal (art. 421), por lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 4 CPP) o al principio de duda (art. 5).

1672 Por ello, no podemos compartir plenamente la opinión de TREJO ESCOBAR (*Op. cit. supra*, p.159), cuando escribe que al establecer el CPP el juicio de instancia única, la decisión sobre las cuestiones de hecho resulta definitiva; sólo las cuestiones de derecho, sean de fondo o de forma, son revisables por vía del recurso de casación.

Conocerá del recurso que nos ocupa la Corte Suprema de Justicia en pleno en el caso del recurso de casación cuando la Sala de lo Penal conozca en segunda instancia (art. 50, inciso primero, número 3), y ordinariamente la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (art. 50, inciso segundo, número 1).

E) Motivos de la casación

El ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador el DR. RAFAEL IGNACIO FUNES (*“El recurso de casación en materia penal”, Revista Judicial, Tomo LXII, San Salvador, 1958*), con respecto al alcance del recurso que nos ocupa señalaba que: “podemos pues afirmar que, en realidad, el recurso de casación es una verdadera demanda contra el fallo y que, fundamentalmente, en él no se persigue la decisión de la controversia planteada y discutida en las instancias, sino el averiguamiento de si al proceder el juez se ha atendido a las reglas fundamentales que determina la forma en que él debe desarrollar su actividad en el proceso y si, al decidir, lo ha hecho sin infringir de modo patente las normas jurídicas aplicables al caso concreto. No es pues, fundamentalmente, este recurso una litis entre las partes, sino como afirma un autor *una lucha entre la sentencia misma y el recurso que la combate*”.

Podemos hablar de dos sistemas con respecto a la forma en la que la ley tipifica las causales de casación. Uno de ellos (sistema de *numerus clausus*) vendría constituido por una prolija y exhaustiva enumeración de los motivos que permiten el acceso a dicho recurso extraordinario, a los efectos de evitar un uso abusivo del instituto, delimitando legalmente los concretos supuestos en los que cabría acudir a dicho medio de impugnación. Ejemplo de tal sistema lo podemos encontrar en el derogado art. 29 de la Ley de Casación salvadoreña, de 31 de agosto de 1953, que enumera, en quince apartados, los supuestos por los que “se entenderá hay infracción de ley”, o el art. 571 del CPP de 1974, que entró en vigor el 15 de junio, que establecía nueve supuestos de “motivo de fondo, por violación, aplicación indebida o errónea interpretación de la ley sustantiva”, de los cuales, el noveno, relativo al error en la apreciación de la prueba, contenía, a su vez, otros tres apartados (letras a, b y c), concernientes a error en la apreciación de la prueba testimonial.

Por el contrario, en el otro sistema, las causales de casación son normativamente descritas de forma amplia, a través de un enunciado abierto (sistema de formulación genérica), cuyas ventajas son obvias, en cuanto permite el acceso a casación a determinadas infracciones de legalidad no previstas expresamente en las limitadas figuras establecidas por el Legislador, al tiempo que da una mayor libertad al Tribunal de Casación para conocer de violaciones legales que, de otro modo, tendría un difícil encaje en el corsé legal, evitando las injusticias de las que podría adolecer la resolución impugnada.

1673

El actual art. 421 del CPP sigue, con acierto, éste último sistema, si bien es más prolijo en la descripción de los vicios de la sentencia y de las causales de nulidad del veredicto del jurado contemplados, respectivamente, en los arts. 362 y 377 de su articulado como motivos de casación.

El recurso de casación tradicionalmente admite dos modalidades: por infracción de ley, es decir por vulneración de ley material o sustantiva, o por quebrantamiento de forma, esto es por violación igualmente de la ley pero de carácter adjetiva. En este último caso, se han infringido las normas de derecho procesal que garantizan el juicio justo, lo que no significa que la sentencia dictada no lo sea.

La infracción de ley sustantiva puede tener su origen en la inobservancia, esto es en la falta de aplicación de un precepto de la misma, así como también de su errónea aplicación, produciéndose esta última cuando se haya aplicado una norma en vez de la procedente, o cuando habiéndose aplicado correctamente se hizo con arreglo a una interpretación inexacta de la misma. A través de este motivo pueden obtenerse una revisión del “error in iudicando in iure”, lo que significa que sobre la base de los hechos declarados probados, que han de permanecer inalterables, por el motivo de casación elegido, se sostiene que los mismos no son constitutivos de delito, o lo son de un precepto penal distinto de mayor o menor gravedad.

El artículo 421 del CPP indica que el recurso de casación procederá cuando la sentencia se basa en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal (casación por infracción de ley), así como “cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto de procedimiento” (recurso de casación por quebrantamiento de forma). En este último caso el recurso sólo será admisible “si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o ha hecho protesta de recurrir en casación salvo en los casos de nulidad no subsanable (artículos 224 y 225), cuando se trata de los vicios de la sentencia (art. 362 CPP) o de nulidad del veredicto del jurado (art. 377 del CPP).

Conforme al art. 409 del CPP durante las audiencias sólo será admisible el recurso de revocatoria, que será resuelto de inmediato, sin suspenderlas. La interposición de tal recurso significará también protesta de recurrir en casación si el vicio en él señalado no es subsanado y la resolución provoca un agravio al recurrente. Por otra parte, el art. 228 señala cuando las nulidades relativas quedarán subsanadas indicando que ello sucederá así: 1) cuando las partes no las opongan oportunamente; 2) cuando quienes tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; y 3) si no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

1674 III. JURISPRUDENCIA

Límites de la casación en materia de hechos. “Prescindiendo de cuestionar los hechos que se tuvo por acreditados, así como las condiciones y valoraciones obtenidas por el sentenciador, ya que en el ámbito meramente psicológico, la labor del juzgador es incensurable....y nunca ha de pretenderse modificar las conclusiones obtenidas por el juzgador exclusivamente a nivel de los hechos o las convicciones psicológicas generadas en el ánimo del sentenciador en razón de los elementos fácticos” (*Casación, 27-06-03*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Una de las características que debe reunir la sentencia de condena para acceder a la impugnación, es que ésta no haya causado estado, esto es, que no puede ejecutarse entre tanto no haya adquirido firmeza (Arts. 411 Pr. Pn., y 43 Ley Penitenciaria), salvo disposición legal en contrario. En la práctica sucede que al imputado no se la ha impuesto medida cautelar de detención provisional durante todo el procedimiento, y así es juzgado en vista pública, sin embargo en la sentencia se le condena y es apresado sobre la base de esa condena. Tal detención es ilegítima, por no haber causado firmeza la condena, ello quiere decir que no podría ejecutarse inmediatamente. Algunos Tribunales de Sentencia lo que hacen es, decretarles detención provisional en la misma sentencia de condena o con posterioridad, lo que considero inadecuado, por los fines de las

medidas cautelares, que son asegurativas de las resultas del juicio, además porque con el dictado de la sentencia, debe cesar toda medida cautelar, siendo improcedente dictar una detención provisional cuando ya existe una sentencia de condena.

El hecho de dictarse una sentencia condenatoria, que haya sido recurrida, no ha de acarrear necesariamente la revisión de la situación personal del imputado dictando contra él auto de detención, el cual sigue gozando de su derecho a la presunción de inocencia (Art. 4 Pr.Pn.). Distinto sería que antes del juicio, al procesado se le decreta detención provisional inmediatamente antes de comenzar la vista pública, únicamente para los efectos de las resultas del juicio, aunque podría alegarse que en cuyo caso la detención operaría como regla general, y por ende inconstitucional. Sin embargo, no se considera así, ya que seguiría cumpliendo fines asegurativos y su aplicación no pierde su excepcionalidad. ¿Que problemas acarrearía la disposición cautelar? ninguno. ¿Que afectación a los derechos del acusado se produciría?, ninguno. Si la sentencia es de condena, el condenado continuaría en detención sobre la base de la detención provisional, ya que sus efectos se extienden hasta que la condena cause ejecutoria, al causar estado de firmeza la sentencia, entonces cesa la detención provisional y el reo continuará privado de libertad, sobre la base de la condena.

La casación como cualquier otro recurso que constituye un medio de impugnación cuyo objetivo es el restablecimiento del derecho violado, y cuya violación ha causado un perjuicio o agravio a una de las partes, con el objeto de garantizar sus derechos. Raúl Washington Abalos (Derecho Procesal Penal, Tomo III. Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 387), define el recurso: "Entendemos por recurso el medio típico de impugnación de las resoluciones judiciales. Consiste en la actividad procesal de las partes destinada a señalar los vicios de una resolución jurisdiccional y a solicitar que se apliquen las consecuencias o sanciones previstas por la ley para esos efectos".

1675

Dentro del proceso dispositivo, los recursos constituyen un derecho individual para reclamar contra los mencionados vicios del proceso en busca de su perfeccionamiento y de la obtención de la satisfacción de sus pretensiones. Cualquiera definición, es concluyente, en el sentido de los fines de los recursos, el reexamen por un tribunal superior para obtener la reparación sobre la irregularidad o injusticia del fallo del inferior. En otras palabras obtener una resolución distinta a la impugnada, pero consecuente con la pretendida. En tal sentido los fines tradicionales de la casación ya no deben prevalecer, porque al impugnante no le interesa la unificación de la jurisprudencia o la unidad en la interpretación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales, sino, la defensa de sus derechos conculcados con la decisión. En palabras de Jaime Guasp, los fines políticos, no corresponden a un instituto procesal. El proceso, dice, no está destinado ni a la protección del ordenamiento jurídico ni a la uniformidad en la aplicación de la ley. Siendo en consecuencia, que el fin que debe perseguir la casación es el mismo que todos los recursos, esto es, la de hacer justicia

del caso concreto. Aparece entonces como un medio impugnativo clasificado entre los recursos, impulsado por la parte que sufre un agravio en la sentencia.

La calificación como ordinario o extraordinario depende del punto de vista que el doctrinario tome de base. Así algunos toman en cuenta la atribución de competencia al órgano jurisdiccional que debe resolver la impugnación. Si el tribunal tiene la posibilidad de examinar *in totum* (toda) la resolución recurrida, dicho recurso será clasificado como ordinario. Por el contrario si la atribución de competencia del *ad quem* (juez de alzada) está limitada a determinados motivos previstos por la ley para dictar su resolución (casación), estamos en presencia de los recursos extraordinarios. Otro punto de referencia para hacer la clasificación en ordinario, como lo indica su nombre, es que se da con cierto grado de normalidad dentro del proceso, tanto por la facilidad con que es admitido (caso de la revocatoria, apelación, que difícilmente se inadmiten), como por el mayor poder que se le atribuye al tribunal *ad quem* (superior), encargado de resolverlo. El extraordinario por el contrario, aparece más de modo excepcional y limitado, por exigirse para su interposición motivos concretos taxativos, por cuanto le impide al tribunal que lo resuelve pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos sectores de ella, que por la índole del recurso se establezca particularmente. Otros autores basan la distinción en la estructura misma del procedimiento de impugnación y su función. Tal es la opinión de Carnelutti, quien parte de la base de la distinción sobre la eficacia del procedimiento impugnativo. Excluido dice que pueden coexistir con la misma eficacia dos sentencias contrarias pronunciadas en el procedimiento impugnado y en el impugnativo, se entiende que la segunda tiende a sustituir a la primera, por lo cual tiene una doble eficacia negativa (rescisión de la sentencia anterior) y positiva (sustitución de aquella). En los procedimientos de impugnación ordinarios, concluye, se confunden la rescisión (*iudicium rescindens*) y la sustitución (*iudicium rescissorium*); en los extraordinarios, la rescisión es limitada a ciertos requisitos causales, y sólo si ésta se decide, cabe avocarse a la otra (*rescissorium*, sustitución), a veces por otro tribunal (casación francesa) (F. Carnelutti. Instituciones..., cit., Tº II ps.182-183). Existen otras circunstancias que sirven de fuente para hacer más clasificaciones, sin embargo no es la finalidad del presente trabajo agotarlas todas, sino exponer que no existe una única clasificación.

1676

Con propósitos de provocar una reflexión y fortalecer la corriente que demanda un cambio en la estructuración del recurso de casación en cuanto a los motivos que hacen de su procedencia, como la facilidad que debe tener para su interposición, es que se hará una relativa exposición al respecto. Una de las implicaciones de un Estado de Derecho, es la actuación de la jurisdicción en su plenitud, ello significa la aplicación efectiva y total de la ley al caso concreto. Llevado al ámbito del recurso de casación, es que el saneamiento o corrección de los vicios de la sentencia o resolución judicial, se controle de manera plena por una instancia superior.

La Constitución de la República en el Art. 12, reconoce el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, declaran el derecho fundamental a un recurso breve y sencillo al condenado por delito y, específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Art. 14.5 expresa: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito en la ley." Tal disposición puede tener múltiples interpretaciones, lo cierto es que, sobre la base del Art. 17 Pr.Pn., debe interpretarse de forma extensiva por serle favorable al ejercicio de su derecho a recurrir. En tal sentido debe interpretarse en su manifestación más amplia posible, esto es, de una revisión total del fallo, por comprender éste, tanto cuestiones fácticas y jurídicas, y no sólo por errónea aplicación de la ley, como está organizado en nuestro ordenamiento procesal penal. Si al procesado le asiste el derecho a la presunción de inocencia, ello debe permitirle al tribunal de casación, revisar las razones que justifican el fallo por el tribunal de juicio, lo que conlleva al examen del plexo probatorio examinado y valorado en el acto del juicio, para estimar o desestimar, si la argumentación o motivación del tribunal es o no racional. El control democrático, como afirma Igartúa Salaverría (valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, pág. 216), no versa sobre el acierto o el error de la decisión, si no sobre las razones que la justifican. Sin embargo tales razones están al margen de revisarse por la casación. Por lo que tal limitación motivacional podría contradecir las disposiciones internacionales al respecto. En tal sentido el Comité de Derechos Humanos previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, emitió dictamen el 20-07-2000. A través del recurso de casación, se vulnera el Tratado Internacional, concretamente en su Art. 14.5. Actualmente existe una corriente doctrinal muy fuerte, para lograr ampliar los motivos de la casación. ¿Quién garantiza, que el Tribunal de Sentencia no pueda equivocarse en el juicio sobre el juicio (un control en la justificación)?

1677

La justicia para su eficacia, implica la exclusión de cualquier posible arbitrariedad en las decisiones judiciales, e impone el mayor grado posible de verdad, en sus extremos fácticos y jurídicos. En palabras de Hans Kelsen (*¿Qué es la Justicia?* Córdoba. 1962. Pág. 84). "La justicia es aquella bajo cuya protección pueda florecer....la verdad". Así lo afirma el Código Penal nuestro, al reprimir con prisión, el que diere, ofreciere o prometiере dinero o cualquier otra ventaja a testigo, jurado, abogado, asesor, perito, interprete o traductor, con el objeto de lograr una afirmación falsa o una negación u ocultación de la verdad, en todo o en parte, en una actuación judicial (Art. 307 Pr.Pn.). Igual es para el juez, que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o formulada en hechos falsos (Art. 310 Pn.). Sin embargo, el proceso penal no persigue el descubrimiento de la verdad como un fin institucional, sino, para determinar si es posible que el juzgador logre un convencimiento sobre la verdad de la acusación, fundado en pruebas y explicable racionalmente. Pues si aflora la duda sobre la verdad de la acusación, originada en la ausencia, insuficiencia o falta de contundencia conviccional de las pruebas de cargo, consecuentemente no cabe la posibilidad de penarlo. Las normas jurídicas

(Art. 421 Pr.Pn.) son incapaces de resolver la cuestión de la verdad en el proceso penal, sólo la convicción firme, fundada en evidencias y explicada, sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá que se le aplique la pena prevista. Si tal grado de convencimiento no se alcanza, no se puede condenar al acusado, en respeto al principio *"in dubio pro reo"*, habrá indefectiblemente que absolver.

1678 Hablar de convicción no significa, de modo alguno, una remisión al puro subjetivismo, o a lo que íntima y simplemente crea o decida el juzgador, haciendo prevalecer el interés de no desvirtuar la casación, para no convertirla en una nueva instancia, frente al interés saneador de los vicios que pueda contener la parte fáctica, a consecuencia de una valoración inadecuada de las pruebas practicadas bajo su inmediación. Los motivos de la casación, aún obedecen a la concepción tradicional, con justicia tildada de cómoda y mezquina, en tanto se aferra a la dicotomía "hecho y derecho" cuyo propósito es servir para repulsar la admisibilidad como sucede en la práctica actual. De tal suerte que los recurrentes ven truncadas sus aspiraciones de corrección de los vicios y por ende las injusticias producidas que se ven imposibilitadas de ser examinadas por las estrictas exigencias de requisitos que a veces no obstante estar legalmente establecidos, son insustanciales, pero que sirven de justificación al tribunal casacional para inadmitir en masa las casaciones interpuestas. En el estado constitucional, la dogmática de la casación penal debe aceptar el derecho fundamental del imputado a reprochar la sentencia condenatoria, atender a la regulación del derecho internacional de los derechos humanos y tener en cuenta la opinión de los órganos internacionales de protección de los derechos fundamentales, pudiendo sin necesidad de reforma legal, sino, interpretando integralmente conforme a la constitución y en cumplimiento al principio de legalidad como una unidad de todas las disposiciones legales. El recurso de casación debe desformalizarse y para ello es necesario entre otras cosas dispensar al impugnante la denuncia de la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal, y aceptar el recurso en su ejercicio material predominantemente no técnico como se hace con la apelación. En todo caso debe recordarse que la protección internacional de los derechos humanos exige un segundo grado de control. La organización judicial, me decía un consultor extranjero en derechos humanos, "debe asegurar el derecho al recurso conforme a los compromisos internacionales y doctrinas de los organismos de ese orden". La revisión de la sentencia debe ser integral, sin que pueda utilizarse la sobrecarga de trabajo para restringir la efectiva fiscalización de las sentencias condenatorias. Es preferible desintegrar la estructura de tres jueces (que disminuyen las posibilidades de error, pero que no las extinguen) si el control de la sentencia va a ser más amplio, o sea, que alcanzará a las cuestiones de hecho sin límite alguno. La conclusión suena audaz, pero la experiencia diaria sobre el funcionamiento del recurso de casación, impone la reflexión.

La casación no es segunda instancia, sino un juicio de control sobre la correcta aplicación de la ley y correcta observancia del procedimiento. El doble grado de jurisdicción, constituye en nuestro medio un principio constitucional. A través de la

Segunda Instancia, se aumentan las garantías de acierto de los fallos y se procuran fallos más justos en beneficio del interés público. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, OEA 1969, en el Art. 8.2 "h". Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas h) derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior. Siendo necesario para cumplir con la garantía que el recurso de casación sea ordinarizado. J.J. Calmon de Passos, lo considera un aspecto del principio constitucional del debido proceso, señalando que es de esencia del Estado de Derecho su existencia dentro de la necesidad general de que existan controles para los actos de los órganos detentadores del Poder. (*O devido processo legal e o duplo grau de jurisdicao*, separata de la "Revista de Procuraduría Geraldo Estado" N° 17, S. Paulo, 1981).

Ada Pellegrine Grinover, por su parte, lo considera también un principio constitucional, sea autónomo o derivado del de igualdad. Desde este punto de vista violaría la regla constitucional, para la autora brasileña, no sólo una ley que negara el doble grado de jurisdicción en general, sino también aquella que lo reservara especialmente a algunos procesos. (*As garantías constitucionales do directo de acao*. Sao Paulo, Revista de *dos Tribunais*, 1973, pp. 31 y ss.). "Todos aquellos que ingresen en juicio deben tener, en igualdad de condiciones, la posibilidad de plantear la revisión de la sentencia, por un tribunal jerárquicamente superior a aquel que profirió la decisión. Si tal posibilidad estuviere reservada solamente a algunos, ese privilegio, en cuanto a otros estaría vedando ese derecho, no pudiendo recurrir o recurriendo solamente al propio órgano del cual emanó la sentencia; se estará de alguna manera, no respetando el principio constitucional de isonomía". No puede mezquinarse el doble grado de jurisdicción penal invocándose la defensa de la inmediación que sólo es tal, respecto de un tipo de prueba. El límite radica en no renovar el juicio desde la acusación.

1679

Se ha sostenido en el presente comentario que los vicios o motivos de la impugnación son los a) Vicios *In Procedendo* y b) Vicios *In Iudicando*, que pueden ser sobre los hechos y sobre el derecho. Es necesario distinguir los errores de hecho y de derecho para así, poder identificarlos en la sentencia, y ser más eficaz en el recurso. La norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta (es el derecho); la concreción de la conducta supuesta en un acontecimiento real (es el hecho). Todo lo que sea valoración, inteligencia, o interpretación de un concepto o de un instituto jurídico penal, constituye un motivo de derecho, que daría lugar a recurrir en casación. Son derecho pues, los conceptos, institutos establecidos por la ley penal que constituyen su contenido. Son hechos, los acontecimientos históricos ocurridos en la vida real, todo lo que se da en el mundo materialmente, comprendidas las circunstancias de modo, tiempo y lugar. En cuanto a las normas procesales, en tanto las formas están consagradas por la ley, su inobservancia constituye una errónea aplicación del derecho. Su violación se traduce en una contravención al comportamiento exterior que el juez o las partes debían observar al cumplir su actividad. ¿Qué debe determinarse? a) Que no se ha realizado; o b) Que no se ha realizado en las formas establecidas la actividad procesal. Es de

aclarar que la errónea aplicación o interpretación de una norma adjetiva, que no determine formas, no autoriza el recurso. Generalmente las normas procesales que hacen posible el recurso, son las previstas bajo sanción de nulidad o inadmisibilidad, caso contrario no abre el recurso. El incumplimiento de las normas constitucionales relativas al procedimiento, debe entenderse prescrito bajo pena de nulidad absoluta, en razón de la jerarquía que es ley suprema de aplicación preferente, por lo que habilita el recurso de casación si son desconocidas.

Aplicar una norma jurídica a un caso que reclama la aplicación de otra, implica siempre una inobservancia de esta última y, tanto la inobservancia como la aplicación errónea configuran violaciones de ley. Pudiera suceder que el error realmente exista, pero no ha sido influyente en el fallo, en cuyo caso es improcedente el recurso. ¿Cómo identificar si el error ha sido influyente?, haciendo una supresión mental del error, y si suprimiéndolo el fallo no varía, es que no ha sido influyente. Los poderes discrecionales dados por la ley al sentenciador, son incontrolables en casación. Existen circunstancias relativas a la determinación de la pena, que no se pueden discutir en casación, tales como: a) su mayor o menor rigor; b) su falta de relación con la conducta que tuvo el imputado en ocasión del hecho y con su sinceridad en el debate, c) valoración incorrecta de las circunstancias del Art. 63 Pn., porque son cuestiones de hecho. Pero sí se puede controlar, si el poder de aplicar discrecionalmente la pena ha sido ejercido dentro de los límites fijados por la ley.

1680

422

RESOLUCIONES RECURRIBLES

Además de los casos especiales previstos por la ley, sólo podrá interponerse este recurso contra las sentencias definitivas, los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena, dictados por el tribunal de sentencia y contra la resolución que ponga término al procedimiento abreviado. (2)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 129, 362, 377

II. COMENTARIO

El art. 422 del CPP recogiendo la salvedad de los casos especiales previstos en la Ley, indica cuales son las resoluciones que tienen acceso a casación.

A) Las sentencias definitivas. Por sentencia definitiva hay que entender aquélla que ponga término al juicio y a un procedimiento abreviado (art. 129.2) y contra las que no cabe ningún recurso ordinario. Tanto pueden ser objeto de este recurso la sentencia absolutoria como la condenatoria. WASHINGTON ABALOS (*Op. cit. supra*, p.484) señala que sentencia definitiva “supone una decisión que resuelve el fondo del asunto en forma que no puede volverse contra ella por otra vía, siempre que posea la virtualidad para terminar la causa haciendo imposible su continuación, y que sea dictada por el Tribunal de única instancia”.

Como casos especiales establecidos por la ley se encuentra el art. 362 que indica que: “Los defectos de la sentencia que habilitan la casación, serán los siguientes:

- 1) Que el imputado no esté suficientemente identificado;
- 2) Que falte la enunciación del hecho objeto del juicio y la determinación circunstanciada de aquél que el tribunal estimó acreditado;
- 3) Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio;
- 4) Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo; se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo; **1681**
- 5) Que falte o sea incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- 6) Que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los Jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos en este Código;
- 7) La inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; y
- 8) La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio.

Por su parte, el art. 377 indica que, además de las causales de nulidad establecidas en este Código, el veredicto del Jurado será nulo y así podrá ser declarado mediante el recurso de casación, en los casos siguientes:

- 1) Cuando no sea de la competencia del jurado;
- 2) Cuando con posterioridad se compruebe que alguno de los jurados fue sobornado, presionado, no reunía los requisitos para ser jurado o estaba afectado por alguna incapacidad y ello era desconocido al momento de la selección;
- 3) Cuando haya intervenido como jurado alguien no comprendido en la lista parcial respectiva, que no fue sorteado o hubo irregularidad en el sorteo;
- 4) Cuando las instrucciones del juez sean de tal naturaleza que claramente hayan inducido a error al jurado o motivado en determinado sentido; y,
- 5) Cuando falte la firma de alguno de los jurados.

1682 Declarada la nulidad se realizará el juicio nuevamente, y no podrán intervenir los jurados que votaron el veredicto nulo.

- B) Los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena, dictados por el tribunal de sentencia
- C) Resolución que ponga fin al procedimiento abreviado.
- D) Los casos especiales previstos en la ley.

III. JURISPRUDENCIA

Resoluciones contra las que procede la casación. "Sólo podrá interponerse el recursos de casación contra las sentencias definitivas, los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena, DICTADOS POR EL TRIBUNAL DE SENTENCIA y contra la resolución que ponga término al procedimiento abreviado" (*Casación, 15-10-99*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El Art. 129 Pr.Pn., define lo que son las sentencias definitivas, autos y decretos. Puede decirse que la sentencia definitiva por antonomasia es la que pone fin a la

controversia pronunciándose sobre el fondo del asunto que debe resolverse jurisdiccionalmente. Por añadidura podrían serlo también las que refiriéndose a puntos diversos, obturan o impiden el tratamiento de dicho asunto. En ese orden, y en el derecho penal, la sentencia definitiva entonces es, en general y en principio, la que resuelve sobre la condena o la absolución, añadiéndose en tal carácter otras resoluciones de fondo o de procedimiento, por cuya virtud queda vedada la posibilidad de pronunciarse sobre ello. El recurso de casación alcanza a las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva (Los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena), esto es, aquellas que, aunque no resuelven sobre lo principal, por su naturaleza ponen fin al proceso. En consecuencia, salvo las excepciones a texto expreso, la casación procede contra todas esas sentencias. Lo que sí se puede afirmar sin lugar a dudas es que procede contra toda sentencia definitiva. Quedan excluidas entonces, las restantes interlocutorias simples, sean ordenatorias, o decretos de sustanciación.

La descripción, aunque genérica de las decisiones recurribles por esta vía, constituyen una limitante al derecho fundamental de recurrir. Sin embargo, otra limitante sería el tribunal que las dicta, ya que en la misma disposición se advierte que tales resoluciones sean dictadas por el Tribunal de Sentencia, ello significa que, si son dictadas por un tribunal distinto, no es posible la vía de la casación, sino otra, que podría ser revocatoria o apelación. Excepcionalmente procede la casación cuando se trate del pronunciamiento que ponga término al procedimiento abreviado, en cuyo caso puede dictarse por un tribunal de paz o de instrucción, que por la naturaleza de la decisión es viable la vía de la casación. Por lo dicho puede concluirse, que de las resoluciones que dicte la Cámara de Segunda Instancia, en el conocimiento de un recurso, no cabe recurrir en casación.

1683

Otra distinción que es necesario hacer, vista la limitante por el tribunal que las dicta es que, el sobreseimiento definitivo dictado hasta antes del plenario, sólo puede impugnarse con apelación, no así el dictado en esta fase plenaria, que sólo cabe casación. La inadmisibilidad del requerimiento fiscal por faltar algunos de los requisitos, para su admisibilidad, constituye un auto que imposibilita continuar con el procedimiento, en cuyo caso, cabe ser recurrido con apelación, después de la reforma de dicho artículo (según Decreto Legislativo N° 418,426 y 428 D.O. N° 198. T° N°341 del 23-10-1998), ya que antes de la reforma, y sobre la base del Art. 422 Pr.Pn., dicha resolución, era recurrible mediante casación. En general podemos decir, que quedan excluidas de ser impugnadas por la vía de la casación toda sentencia o auto con carácter provisional. Tal es el caso de las decisiones dictadas en materia de instrucción penal, pues su contenido puede ser revisado en cuanto se produzca un cambio en la situación de hecho que motivó el fallo. Se trata de las providencias que están sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus*. Algunos litigantes se preguntan con qué clase de recurso pueden impugnar el rechazo o admisibilidad de prueba ofrecida en la audiencia preliminar para la vista pública, tal decisión por ser incidental, debe impugnarse por la vía de la

revocatoria, ya que de no ser subsanado el vicio señalado, la interposición de la revocatoria significará también protesta de recurrir en casación.

Las sentencias casables son por lo general las dictadas en última instancia, por entender que es un recurso último, extremo, que se debe admitir cuando los demás recursos se han agotado. No obstante nuestro sistema admite, “la casación *per saltum*”, que implica justamente saltar los otros recursos o instancias, inobservando la garantía de la doble instancia, simplificando el recurso, y eliminado el recurso de apelación para la sentencia definitiva, por ser éste muy amplio su examen (de hecho y de derecho), y por confrontar, como se ha afirmado en la exposición de motivos, abiertamente contra el principio de inmediación y contra todo el sistema de juicio oral y público diseñado.

423

INTERPOSICIÓN

1684

El recurso de casación se interpondrá ante el tribunal que dictó la resolución, en el término de los diez días contados a partir de la notificación mediante escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 133, 155, 426, 428

II. COMENTARIO

El órgano jurisdiccional ante el que debe interponerse el recurso de casación será el tribunal que dictó la resolución que se impugna. El plazo para hacerlo, so pena de que tal decisión alcance firmeza, convirtiéndose en auténtica (art. 133 CPP), es de diez días contados a partir de la notificación. El cómputo de dicho término es individual (art. 155 inciso segundo).

Desde el punto de vista formal, el recurso ha de interponerse por medio de un escrito fundado, en el que se expresará, concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos respectivos y la solución que se pretende. Sin que sea posible alegar otro motivo fuera de tal oportunidad.

MANZINI (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, p.167) define a los motivos de impugnación como aquellos que constituyen “no sólo el límite, sino también la condición para el juicio de casación, pues es necesario para la admisibilidad del recurso, no sólo que estén regularmente formulados y presentados y que no sean distintos de los consentidos por la ley, sino también que no aparezcan manifiestamente infundados”. WASHINGTON ABALOS (*Op. cit. Supra*, p.452) se refiere a ellos diciendo que son las “las condiciones indispensables e inmutables de la viabilidad de la casación”.

Las características de los motivos de impugnación son sistematizadas por LLOBET RODRÍGUEZ (*Op. cit. supra*, p.581) de la forma siguiente: A) esencialidad, al ser un requisito de admisibilidad del recurso. B) única oportunidad, pues conforme al art. 423, sólo podrán alegarse en el escrito de interposición. C) efecto limitador de la competencia, en tanto en cuanto determinan el conocimiento del tribunal, sin que quepa apreciar otros agravios de oficio salvo en los casos de nulidad absoluta o de extinción de la acción penal.

Distinto de los motivos son los fundamentos que constituyen la argumentación encaminada a la persuasión del tribunal llamado a conocer del recurso de la concurrencia del motivo de casación alegado. A través de la fundamentación se pretende, pues, convencer al órgano *ad quem* de que la resolución impugnada adolece de algún vicio *in procedendo* o *in iudicando* previsto en la ley como causal de su casación. Constituye un requisito esencial a los efectos de la admisibilidad formal del recurso, que posibilita la contradicción, y por consiguiente que las otras partes puedan argumentar en contra de la impugnación formulada y posibilita al órgano de casación el conocimiento de los concretos razonamientos por *mor* de los cuales se considera que la resolución del tribunal vulneró la legalidad sustantiva o adjetiva. Es obvio, que debe existir una relación causalidad entre el motivo aducido y su fundamentación, de manera tal que cada uno de aquellos ha de contar con su individualizada y concreta motivación, que determinará la congruencia del tribunal de casación.

1685

La Ley confiere a las partes con respecto a la fundamentación de la casación una doble oportunidad de formular alegaciones, esto es tanto al tiempo de interponer, contestar o adherirse (art. 426), como en la audiencia para la “fundamentación oral y discusión del recurso”, que será obligatorio convocarla cuando alguna de las partes la haya solicitado (art. 428), ahora bien, lo que no es factible, en tal audiencia, es invocar motivos casacionales distintos de los aducidos en el escrito de interposición o adhesión, pues con respecto a éstos, como ya se indicó, rige el principio de oportunidad única.

Los motivos de casación con su correspondiente fundamentación deberán exponerse separadamente y se deberá indicar la solución que se postula del tribunal de casación.

III. JURISPRUDENCIA

Falta de claridad de motivos. "Al desarrollar el motivo en cuestión hace referencia a otra infracción, pues alude al defecto de la sentencia contemplado en el número 4 del Art. 362 Pr.Pn., ya que en su discurso expone pormenorizadamente los aspectos fácticos que según su criterio cada elemento probatorio habría permitido demostrar, agregando comentarios en torno a la mayor o menor veracidad y credibilidad derivada de cada uno, y finalmente califica de arbitraria la motivación de la sentencia en cuanto excluye valorar medios y elementos probatorios de valor decisivo" (*Sala de lo Penal, 27-06-03*).

Requisito de la "solución que pretende". "Además para expresar en debida forma la solución que se pretende, deberá indicar las disposiciones legales aplicables para solventar el vicio alegado, desarrollando su sentido y alcance" (*Sala de lo Penal, 17-06-03*).

"Sin embargo, deberá expresar en debida forma la solución que se pretende para el motivo invocado, este Tribunal es del criterio, y así lo ha sostenido en diferentes resoluciones, que la referida formalidad se observa indicando las disposiciones legales que debieron aplicarse, así como su sentido y alcance" (*Sala de lo Penal, 17-12-02*).

1686

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

El recurso de casación se interpondrá, en el término de los diez días contados a partir de la notificación, siendo necesario reparar que cuando se trate de la forma excepcional señalada en el segundo párrafo del Art. 358 Pr.Pn. cuando se lea únicamente la parte dispositiva, y la relación sintética de los fundamentos, el plazo para recurrir no inicia aquí, sino, en tanto no se haya pronunciado la sentencia integralmente, que es lo que vale como notificación, ya que si se presenta el recurso fuera del plazo perentorio señalado es inadmisibile.

El escrito debe bastarse a sí mismo, bajo pena de inadmisibilidad, de manera que no son permitidas remisiones a resoluciones, dictámenes o manifestaciones hechas por el recurrente durante el debate. El recurso de casación, se interpondrá expresando cada motivo con sus fundamentos, de lo contrario deviene en inadmisibile, o que éste no se describa específicamente, haciendo una exposición genérica del motivo. Asimismo es inadmisibile el recurso, cuando el motivo invocado es incongruente con las argumentaciones desarrolladas en torno al mismo. Cuando se invoquen violaciones a las reglas de la sana crítica, debe expresarse, cuáles normas resultaron vulneradas, de lo contrario deviene el recurso en inadmisibile. El derecho está constituido por las reglas legales que deben presidir el razonamiento del juzgador, esto es, el ámbito que corresponde a la casación. El Art. 356 Pr.Pn., determina que el tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de

la sana crítica, es decir, de la lógica, psicología y experiencia común. El sistema de la libre convicción, equivale al de la sana crítica racional, en el cual el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, con el límite único de que su juicio sea razonable. Es decir, que al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, observe las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, que deben siempre informar el desenvolvimiento de la sentencia. A manera de ejemplo se expone el siguiente caso. En el recurso de casación de las 9:30h., del 27-06-03. El impugnante expuso como motivos del recurso (se hace referencia únicamente al motivo admitido): "Existencia del vicio alegado, razonamientos del sentenciador violatorios del principio de razón suficiente –Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo" argumentado el motivo en que "La individualización del imputado que es un elemento de valor decisivo, es carente o insuficiente de la fundamentación de la conclusión lógica obtenida"... "Sin embargo, no obstante que afirma que el dicho del testigo no se descalifica *per se*, por la calidad personal de quien declara, sino por las armonías e inconsistencias de ese testimonio; contradice tales postulados para desacreditar los testimonios veraces, contestes y concordantes entre sí de los anteriores, los agrupa bajo el rubro de una agrupación deportiva y los descalifica *per se* por ello. El fundamento de la descalificación de por sí es una fundamentación contradictoria a los postulados expuestos.....Sin embargo esta fundamentación no la aplica al testimonio de la víctima y sus parientes, con suficiente razón para ser descartados por ser mayores los vínculos de sangre y ni en el de la presunta víctima su sentimiento de solidaridad y protección con ella misma que los deportivos."

1687

La Sala de lo Penal, censura al recurrente de no hacer mención de proposiciones concretas desarrolladas en la sentencia donde pudiese residir cada uno de los vicios denunciados, pues el tribunal entiende que lo único que habilita casación por la inobservancia de las reglas de la sana crítica, es el incumplimiento de las normas del correcto entendimiento humano esto es, falta de coherencia y derivación de los juicios desarrollados en cada decisión jurisdiccional, siendo irrelevante si el material probatorio ha generado una distinta convicción personal en las partes procesales. Dice la Sala, que cuando el casacionista haga referencia al motivo de violación a las reglas de la sana crítica por falta de coherencia, se debe señalar textualmente los enunciados contenidos en el propio texto de la sentencia, de donde resulte que las afirmaciones, deducciones y conclusiones, no guardan correlación entre sí, o indicando los juicios contradictorios contenidos en ella. De tal manera que el análisis de la motivación sentencial, es propiamente un ejercicio crítico del silogismo sobre cuya base se concluye el fallo, y nunca ha de pretenderse modificar las conclusiones obtenidas por el juzgador exclusivamente a nivel de los hechos, o las convicciones psicológicas generadas en el ánimo del sentenciador en razón de los elementos fácticos. Sin embargo el recurrente denunció violación a la regla de la sana crítica, por faltar a la razón suficiente, lo que comprende una fundamentación contradictoria, o sea, cuando la proposición negada

es exactamente igual que la proposición afirmada. El casacionista, alegó que el juzgador descalificó *per se*, a sus testigos por agruparlos bajo el rubro de una agrupación deportiva, por no entrar a valorar sus dichos, no obstante, que el mismo tribunal manifestó en los considerandos de su sentencia que el dicho del testigo no se descalifica *per se*, por la calidad personal de quien declara, sino, por las armonías e inconsistencias de ese testimonio. En efecto existe contradicción al argumentar el tribunal la no descalificación del testigo *per se* por una condición personal, y el tribunal hacerlo con los testigos del impugnante. En otro orden de ideas, la omisión de valorar una prueba que, de haber sido considerada, hubiera impedido llegar a la conclusión a la que se arribó, o hubiera determinado una distinta, constituirá un caso típico de selección arbitraria del material probatorio, afectando el principio de razón suficiente, aspecto que sí, no puede escapar al control de la casación, sin embargo debe alegarse y fundamentarse, porque las omisiones del recurrente no pueden ser solventadas por el tribunal. En el sistema de la libre convicción, o sana crítica, constituyendo un mecanismo racional impuesto para que triunfe la verdad, confiado a la imparcialidad, habilidad y prudencia de los jueces, no puede prefijarse el valor que pueda o no tener un testigo, basado en circunstancias personales, con exclusión de apreciar el contenido de su testimonio, ya que ello podría ocasionar el riesgo de descalificar *a priori* un buen testigo, veraz, siendo del examen de su testimonio, confrontado con otras probanzas, que se concluye su veracidad o mendacidad.

1688

Cuando el recurso es fundado en falta de motivación por ilogicidad del pronunciamiento, la casación no es revaloración sino juicio de existencia; por ella no se puede, usurpar facultades propias de una Segunda Instancia que no constituye el recurso de casación, como lo es el de la apelación, revisar la valoración de los elementos probatorios de la sentencia, para declarar el acierto o desacierto de la conclusión de la sentencia en orden a los hechos que ella fija, sino que procura, controlando la observancia de las reglas supremas del pensamiento humano, ver si la motivación en el plano fáctico ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional.

El escrito debe presentarse por un abogado autorizado si el imputado no lo fuere, o estuviere suspendido, por la característica del recurso de ser técnico, el asesoramiento jurídico es obligatorio. El Art. 10 Pr.Pn., regula que todo imputado gozará del derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un abogado. En el escrito se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos, de lo contrario el recurso será inadmisibles. Asimismo es inadmisibles el recurso, si no se identifican por separado cada motivo invocado. Debe distinguirse la expresión de los motivos de la de los fundamentos. Motivos, son la inobservancia o errónea aplicación por el fallo de determinadas normas de derecho sustantivo o procesal. Fundamentos, son las argumentaciones tendientes a demostrar la existencia del vicio o error que configura el motivo, indicándose cuál es la norma que debió ser aplicada y con qué alcance y sentido.

Aunque los magistrados adviertan la existencia de otros agravios, no pueden declararlos de oficio, en base al principio "*Ne Procedat iudex ex officio*" (no proceda el juez de oficio), salvo en los casos de nulidad absoluta, Art. 225 Pr.Pn. Además el escrito debe contener la solución que se pretende, al respecto la Sala ha inadmitido por este requisito formal muchos recursos. Debe decirse, qué es lo que se pide que el tribunal de casación resuelva. Me parece violatorio al derecho fundamental de recurrir, el que se inadmita el recurso por no cumplir satisfactoriamente con la solución que se pretende, si el recurrente ha hecho una exposición clara y detallada motivo por motivo denunciado y bien argumentados, de los vicios contenidos en el fallo, que es lo que importa, dándole prevalencia a las cuestiones formales que a las sustanciales o de fondo. No obstante, que para cumplir con las disposiciones internacionales, no deben implementarse formalidades excesivas, por exigir éstas un recurso breve y sencillo.

Se considera que tal exigencia formal, quedaría satisfecha, proponiendo la resolución solicitada, por ejemplo: si el vicio alegado es por errónea aplicación del derecho a los hechos, basta que se pida la anulación del fallo y se dicte la que corresponda, aplicando la disposición legal correcta (debe mencionarse) . Si se tratare de inobservancia de normas procedimentales, la pretensión correcta sería pidiendo a la Sala que anule el pronunciamiento y ordenar el reenvío para la nueva sustanciación. Aunque se afirma que las omisiones o errores de derecho en que incurren las partes pueden ser suplidas por el juzgador. La aplicación del derecho corresponde a los jueces, por lo que cuando el impugnante expresa la disposición legal aplicable y su correspondiente alcance y sentido, no está haciendo más que una propuesta al tribunal, no se trata de una imposición. Desde el viejo Derecho Romano, hasta nuestros días, gravita el axioma *IURA NOVIT CURIA* (El Tribunal conoce el derecho), ¿Por qué entonces la exigencia de expresar las disposiciones aplicables, con su debida interpretación (alcance y sentido), y la solución que se pretende) cuando los jueces saben como juzgar, cuya misión específica es velar por la recta aplicación del derecho objetivo?

424

FIJACIÓN DE LUGAR. AUDIENCIA

Cuando el procedimiento provenga de un lugar distinto al de la sede de la Corte Suprema de Justicia, el recurrente, en el escrito de interposición, y los demás al contestar el recurso o adherirse a él, deberán fijar lugar para notificaciones en la sede de la Corte Suprema de Justicia.

Si se pretende realización de una audiencia sobre el recurso, se la solicitará al interponerlo, contestarlo o adherirse a él.

Cuando no se fije lugar para notificaciones, la citación a la audiencia quedará notificada por la emisión de la providencia con quince días de anticipación a la fecha señalada para ella y las resoluciones se notificarán en el lugar de radicación del procedimiento.

La notificación se podrá delegar en el tribunal cuya resolución fue recurrida.

1690

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 428

II. COMENTARIO

En el escrito de interposición se podrá solicitar la celebración de audiencia, con ello se da a las partes la posibilidad de argumentar de nuevo en aras a la procedencia o impugnación del recurso. Su celebración podrá ser solicitada tanto por las partes recurrentes como recurridas sean o no adheridas, e incluso puede ser acordada de oficio por el tribunal cuando lo estime útil o pertinente. La solicitud de la vista es potestativa para las partes y obligatoria su convocatoria para el tribunal si alguna de ellas la hubiera solicitado (art. 428).

Cuando el procedimiento no provenga de la CSJ, las partes deberán fijar lugar para notificaciones en la sede de dicho tribunal. Con ello se les da la oportunidad de señalar un lugar a los efectos de que sirva de cauce de comunicación con el tribunal casación. Por ejemplo, para el caso en que se acuerde la celebración de la audiencia a la que se refiere el art. 428. El riesgo que la parte incurre en el caso en el que no cumpla con tal requisito es que la citación a la audiencia quedará notificada por la emisión de la

providencia con quince días de anticipación a la fecha señalada para ella y las resoluciones se notificarán en el lugar de radicación del procedimiento. Es evidente que no se podrá alegar indefensión por desconocimiento de la citación, cuando la parte propició tal situación al no proceder a la mentada designación. La Ley confiere al tribunal de casación la posibilidad de delegar la notificación en el tribunal cuya resolución fue recurrida.

425

PRUEBA

Cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado por el acta de la vista pública o por la sentencia, se podrá ofrecer prueba con ese objeto.

La prueba se ofrecerá al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él.

En el caso de producción de prueba regirán las reglas previstas en el trámite del recurso de apelación.

1691

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 365, 420

II. COMENTARIO

Una verdadera novedad viene constituida por tal precepto que abre la posibilidad de ofrecimiento de prueba con la finalidad de justificar la existencia de un defecto de procedimiento constitutivo de un causal de casación por error “in procedendo”. En este supuesto, el tribunal ad quem actúa como un juez de hecho, pero circunscrito a los únicos y exclusivos efectos de comprobar las irregularidades procedimentales aducidas como motivo de tal recurso, dejando bien a salvo que no es el hecho histórico el que puede ser objeto de prueba, por ser el mismo intangible para el tribunal de casación, sino los defectos formales elevados a la consideración legal de legítimos motivos de procedencia de tan extraordinario recurso.

Con este precepto ha triunfado el sector doctrinal que postulaba la viabilidad de la práctica de prueba en casación (FERNANDO DE LA RÚA, JORGE CLARÍA OLMEDO entre otros).

Señalando este último autor que "se advierte que no se prevé oportunidad alguna para el ofrecimiento de prueba. Ello es una consecuencia evidente de la naturaleza de los motivos que pueden ser invocados: solamente de derecho. Los hechos de la causa no pueden ser revisados por el tribunal de casación... Sin embargo, pueden darse... situaciones en las cuales se hace necesario diligenciar algunas medidas probatorias como paso previo a la discusión final de la vista, a saber: cuando el recurso se motive en un vicio in procedendo (casación) que exija analizar hechos del proceso (no de la causa) cuya existencia o inexistencia no surja en forma evidente de los elementos acumulados en el expediente. Específicamente se tratará de demostrar casos de omisión o de falsedad en el trámite procesal, oportunamente invocados para motivar el recurso".

Por su parte DE LA RÚA (*El recurso de casación en el Derecho Positivo Argentino*, 1968, p.126) indica: "desde este punto de vista el tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico, en tanto debe examinar la conducta observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las circunstancias relativas a los actos de procedimiento. Los actos del proceso constituyen aquí para la Corte el *thema decidendum*, respecto del cual tiene que comprobar si es verdad (*quaestio facti*) que no se ha realizado, o que no se ha realizado en las formas debidas, la actividad procesal..."

1692

Conforme al art. 365 CPP "el acta del juicio demostrará, en principio, el modo como se desarrolló la audiencia, la observancia de las formalidades previstas para ella, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo"; no obstante lo cual se indica a continuación que "la falta o insuficiencia de las enunciaciones previstas, no producirá, por sí misma, motivo de casación de la sentencia; sin embargo, se podrá probar un enunciado faltante o su falsedad, cuando sea necesario para demostrar el vicio que invalida la decisión", si bien en este supuesto se exige que se indique "la omisión o la falsedad al interponer el recurso de casación".

La Ley indica igualmente el momento procesal para proponer la prueba que se hará en los escritos de interposición, contestación o adhesión a la casación.

La producción de prueba se regirán por las reglas previstas en el trámite del recurso de apelación con lo que existe una remisión al art. 420, según el cual se señalará la celebración de una audiencia para su práctica y quien ha ofrecido prueba tomará a su cargo la presentación de la misma en la referida audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore, no obstante lo cual el Secretario auxiliará al oferente expidiendo las citaciones o las órdenes que sean necesarias.

426

EMPLAZAMIENTO Y ELEVACIÓN

Interpuesto el recurso, el tribunal que dictó la resolución impugnada emplazará a las otras partes para que, en el término de diez días, contesten el recurso. Si se ha producido una adhesión se emplazará a contestarla dentro de los cinco días. Vencidos los términos o producidas todas las contestaciones el tribunal elevará inmediatamente las actuaciones a la Sala de lo Penal o a la Corte Suprema de Justicia, sin más trámite.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 423, 424

II. COMENTARIO

El precepto que comentamos, y como podía ser de otra forma, garantiza la contradicción, de manera tal que del recurso de casación se dará traslado a las otras partes para que tengan la oportunidad de contestar al mismo y adherirse, en cuyo caso, y a los mismos efectos, se emplazará para contestar a la adhesión, en el plazo de cinco días. Con tal actuación termina la tramitación del recurso ante el tribunal que dictó la resolución impugnada, tras la elevación de las actuaciones, que habrá de hacerse de forma inmediata, ante el Tribunal de Casación, una vez vencidos dichos términos o producidas todas las contestaciones, por lo que no es preciso agotar los plazos si con antelación ya obran éstas en poder del tribunal a quo.

Igualmente en los escritos de contestación y adhesión se deberá fijar lugar para notificaciones en la sede de la Corte Suprema de Justicia si el procedimiento proviene de lugar distinto al de la sede de dicho tribunal (art. 424).

Los referidos escritos deberán de ser motivados, con expresión de la fundamentación correspondiente con base en la cual la parte funde su posición con respecto al recurso interpuesto. La adhesión al recurso deberá contener los mismos requisitos formales relativos a la interposición de la casación regulados en el art. 423, con indicación concreta y separada de cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

La disposición legal establece que si se ha producido una adhesión se emplazará a contestarla dentro de los cinco días. Tal plazo parece que transgrede el principio de igualdad, en el sentido que una vez que se ha producido la adhesión, ésta se vuelve un recurso con autonomía propia, y como tal, siendo un verdadero recurso, también quien la contestará debe tener el mismo plazo que señala la ley para contestar el recurso principal (diez días).

427

RESOLUCIÓN

Recibidas las actuaciones, la Sala de lo Penal o la Corte Suprema de Justicia, según el caso, examinarán el recurso interpuesto y las adhesiones, debiendo decidir sobre su admisibilidad dentro de los quince días siguientes.

1694 Si se declara inadmisibile se devolverán las actuaciones.

Si se declara admisible y ninguna de las partes ha solicitado la audiencia, o el tribunal no la considera necesaria, en la misma resolución se pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley o, cuando sea imposible repararla directamente, anulando total o parcialmente la sentencia o el auto impugnado y ordenando la reposición del juicio o de la resolución por otro tribunal.

Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución.

I. **CONCORDANCIAS**

- CPP, 406, 407, 414, 420, 422, 423, 425, 428

II. **COMENTARIO**

Recibidas las actuaciones por la Sala de lo Penal o la Corte Suprema de Justicia lo primero que se hará por parte de dichos tribunales es proceder al examen del recurso

y, en su caso, de las adhesiones, a los efectos de decidir sobre su admisibilidad, lo que hará dentro de los quince días siguientes.

TREJO ESCOBAR (*Op. cit. supra*, p.267) expone adecuadamente cuáles son los puntos a examinar sobre la admisibilidad del recurso por parte del Tribunal de casación, que son, entre otros, los siguientes: a) Si la resolución es recurrible por vía de casación (art. 422 y 406); b) Si el recurso ha sido interpuesto por quien tiene derecho (art. 406); c) Si se ha interpuesto dentro del plazo de diez días de notificada la resolución recurrida (art. 423 y 407); d) Si se indican los puntos de la decisión impugnados (art. 407); e) Si se expresan e indican separadamente los motivos de la impugnación (art. 423); f) Si el escrito contiene cada motivo en forma separada con sus fundamentos y la resolución que se pretende (art. 423).

El Tribunal por medio de auto, susceptible de recurso de revocatoria (art. 414), deberá pronunciarse, en primer término, antes de conocer sobre el fondo de la impugnación, sobre la admisibilidad formal del recurso. Si el defecto observado fuera subsanable deberá procederse, conforme a lo establecido en el art. 407 del CPP, confiriendo a las partes un plazo de tres días, a partir de la notificación de la resolución que así lo acuerde, para proceder a dicha subsanación. Si se deja transcurrir dicho término sin hacerlo o el defecto no fuera subsanable se devolverán las actuaciones al tribunal a quo. La resolución recurrida alcanza entonces firmeza.

1695

Si, por el contrario, se declara admisible el recurso. El tribunal decidirá sobre la celebración de la audiencia, que será obligatoria cuando alguna de las partes la hubiera solicitado (art. 428) o cuando deba procederse a la práctica de prueba si el tribunal de casación la considera pertinente (art. 425 en relación con el art. 420), en cuyo supuesto, y lo mismo sucederá cuando su convocatoria se estime, de oficio, necesaria por el tribunal para su adecuada fundamentación y discusión, se indicará el día y hora de celebración de la misma, citando con tal fin a las partes.

Si ninguna de éstas ha solicitado audiencia, o el tribunal no la considera necesaria, en la misma resolución se pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley o cuando sea imposible repararla directamente, anulando total o parcialmente la sentencia o el auto impugnado y ordenando la reposición del juicio o de la resolución por otro tribunal. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio o resolución, en este último caso el tribunal deberá señalar la parte de la resolución impugnada que quedará firme por no depender ni hallarse en relación conexa con la parte que hubiera sido objeto de anulación.

En la decisión del recurso de casación se vienen distinguiendo, pues, dos fases bien delimitadas, La primera de ellas es la denominada de "*iudicium rescidens*", cuyo

objeto es decidir si se acoge o rechaza el motivo de casación aducido por la parte recurrente, y la otra es la del “*iudicium rescissorium*”, en virtud de la cual, estimada la casación, la resolución impugnada es sustituida por la decisión procedente en derecho. Y con respecto al *iudicium rescissorium*, cuando el defecto es de forma, y no es susceptible de reparación, se anulará total o parcialmente la sentencia o auto recurrido, ordenando la retroacción de actuaciones, al momento en que se produjo la infracción de la legalidad adjetiva; mientras que si se trata de casación por infracción de ley, como dice el art. 427 del CPP, en la “misma resolución se pronunciará sentencia enmendando la violación de ley”, sin necesidad de acudir al mecanismo de reenvío del proceso al órgano jurisdiccional a quo, para que dicte nueva sentencia o auto conforme a la decidido por la Corte Suprema, aligerándose de tal forma el procedimiento, cerrando definitivamente el juicio, y superando, de tal forma, las antiguas reminiscencias del juicio de reenvío, que tenía su razón de ser cuando el Tribunal de Casación era un órgano eminentemente político de control, “establecido junto al cuerpo legislativo” y no un organismo jurisdiccional.

III. JURISPRUDENCIA

1696

Enmienda directa del vicio. “De lo expuesto se advierte la existencia del vicio de derecho consistente en la errónea aplicación señalada, razón por la cual, esta Sala, estima procedente declarar que ha lugar el recurso interpuesto por el motivo expresado. Por tanto con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 50 inc. 2º., N° 1, 357, 421, 422,423 y 427 Pr.Pn., en nombre de la República de El Salvador esta Sala FALLA: 1) Cásase la sentencia definitiva de mérito por el motivo de fondo basado en la errónea aplicación de ley sustantiva; 2) Absuélvase de la responsabilidad penal y civil al señor Jorge Bahhaia Giha. 3) Remítase el proceso al tribunal de origen” (*Sala de lo Penal*, 27-07-99).

Reenvío. “Por tanto: Con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas, y Arts. 421, 422, 423, y 427 Pr.Pn. En nombre de la República de El Salvador, esta Sala FALLA: 1) Ha lugar a casar el auto donde se declaró la inadmisibilidad de la acusación presentada por el doctor Arturo Ramiro Méndez Azahar, ante el tribunal de sentencia de Ahuachapán, decisión pronunciada en audiencia especial, celebrada a las once horas y treinta minutos del día dieciocho de julio de dos mil. 2) Anulase el auto impugnado a que se refiere el numeral anterior, así como el que aparece a fs. 12 del proceso pronunciado por el tribunal remitente a las quince horas del día doce de julio de dos mil, mediante el cual se señaló día y hora para la celebración de la audiencia especial, de conformidad al Art. 427 inc. 3º Pr.Pn. En consecuencia, devuélvase el proceso al tribunal de origen para que éste convoque a audiencia de conciliación como lo ordena el Art. 402 Pr.Pn., y cumpla con las disposiciones relacionadas con el procedimiento por delito de Acción Privada, Art. 400 y siguientes Pr.Pn.” (*Sala de lo Penal*, 29-06-01).

“En consecuencia, el Tribunal de Casación no puede menos que anular los actos procesales pertinentes y ordenar el juicio de reenvío a fin de que un tribunal distinto incluya la prueba anticipada ilegalmente excluida y con base al sistema de la sana crítica racional, decida el impacto probatorio de la misma, motivando el fallo que a derecho corresponda” (*Sala de lo Penal*, 28-02-03).

IV. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

La Sala de lo Penal, al advertir alguna informalidad en los requisitos del escrito de casación, le previene al recurrente para que los subsane, caso contrario le declara inadmisibile el recurso intentado. Pero si se deja transcurrir dicho término sin subsanar los defectos de forma o si cumpliendo con el término éstas no fueren subsanadas satisfactoriamente, la Sala inadmite el recurso. Se ha afirmado que la Sala, debe efectuar un primer análisis limitado a los requisitos formales del recurso y, sin incursionar sobre la razón del fallo o el acierto de los fundamentos de la impugnación, sino sólo concederlo o negarlo. Si ocurre esto último, está impedida de conocer. Principio aplicable a las Cámaras de Segunda Instancia, cuando conozcan en apelación. Sin embargo, existen algunas Cámaras que no obstante que inadmiten el recurso, se pronuncian por las nulidades absolutas cuando las advierten, siendo fuera de su competencia, ya que ésta se abre en tanto se admita el recurso, que es lo que habilita su conocimiento jurisdiccional, o sea, que no estando habilitada la jurisdicción, no hay competencia para pronunciarse.

1697

Se ha dicho líneas anteriores, que el examen del tribunal de casación está limitado a la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, sea éste de derecho sustantivo o de procedimiento. La prohibición de inmiscuirse en los hechos no impide al Tribunal la facultad de interpretar la sentencia para determinar las consecuencias jurídicas que de ellos derivan, a condición de no alterar el contenido histórico del fallo. En cuanto la sentencia que debe pronunciar el tribunal, el Art. 427 Pr.Pn., dispone: “En la misma resolución se pronunciará sentencia enmendando la violación de ley”. En el caso citado, se ha suprimido el reenvío. Es de aclarar que no siempre que se resuelve el recurso de casación se produce reenvío. En el caso de que se acojan los motivos del recurso, decretando la casación, entonces se trata de una sentencia constitutiva. Esto es, que cuando se casa sobre el fondo, la Sala debe, a su vez, anular la sentencia, casarla y dictar la nueva sentencia, acorde con la doctrina, por la que corresponde dictar, por exigencia legal, al referir la disposición citada “en la misma resolución se pronunciará sentencia enmendando la violación de ley”.

Enrique Véscovi (Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Ed. Depalma. Buenos Aires. p. 290) expone: “Es decir, que se trata en este caso de una sentencia compleja. La primera (o la primera parte, digamos, dado que se realiza en un solo acto, aún cuando se trataría en puridad de dos), que anula, es

la constitutiva; la segunda será declarativa, constitutiva o de condena, según el contenido.” El reenvío sólo se produce cuando la sentencia recurrida se casa por defectos de forma o de procedimiento, anulando la sentencia, y reenviando el proceso para la nueva sustanciación a partir del acto anulado. Tal conclusión se extrae de la misma disposición al expresar: “o cuando sea imposible repararla directamente, anulando total o parcialmente la sentencia o el auto impugnado y ordenando la reposición del juicio o de la resolución por otro tribunal.”

428

AUDIENCIA

Se podrá convocar, aún de oficio, a una audiencia oral para la fundamentación oral y discusión del recurso; será obligatorio convocarla cuando alguna de las partes la haya solicitado.

En esa audiencia los magistrados podrán interrogar a los recurrentes sobre los puntos insuficientes de la fundamentación o de la solución que proponen.

1698

La audiencia se realizará dentro de los quince días siguientes a la fecha de su convocatoria y luego de realizada se resolverá dentro de los cinco días.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 427

II. COMENTARIO

La audiencia, a la que se refiere el art. 427, se convocará, con carácter obligatorio, cuando alguna de las partes la haya solicitado, o bien de oficio cuando el tribunal lo considere necesario. Su finalidad es proceder a la fundamentación oral y discusión del recurso. En la misma los magistrados podrán interrogar a los recurrentes sobre los puntos insuficientes de la fundamentación o de la solución que proponen. La audiencia se realizará dentro de los quince días siguientes a la fecha de su convocatoria y luego de realizada se resolverá dentro de los cinco días (art. 428).

El CPP señala, pues, dos términos para decidir el recurso de casación. En el caso de que no se celebre audiencia en el término de los quince días siguientes a la recepción

de las actuaciones y siempre que el mismo sea admisible (art. 427), o en el término de cinco días si tal vista se ha celebrado (art. 428).

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

En párrafos anteriores se ha afirmado que el recurso de casación debe desformalizarse en aspectos menos sustanciales, como por ejemplo la solución que se pretende, la mención de las disposiciones aplicables, etc., por las razones explicitadas en su momento. De la redacción del artículo en comento tales formalidades, pueden suplirse en audiencia oral como por ejemplo: insuficiencia en la fundamentación, o de la solución que se propone. Ello significa que si el casacionista no hizo una suficiente argumentación de los motivos, o lo hizo inadecuadamente, o no propuso la solución que pretende, ello no determina el rechazo *in limine* del recurso. La Sala, además de prevenirle al impugnante, y éste no satisfacer la prevención, bien puede aquélla, oficiosamente, ordenar una audiencia oral para tales efectos, y así efectivizar el derecho fundamental de recurrir. Esto es, lo que en la práctica se debería hacer, para evitar la inadmisibilidad en masa del acceso al recurso de casación.

429

1699

RECTIFICACIÓN

Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia o resolución impugnada, que no hayan influido en la parte resolutiva, no la anularán, pero serán corregidos, así como los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.

I. **CONCORDANCIAS**

- CPP, 132 (aclaración de resoluciones judiciales), 143 a 151 (sobre las notificaciones); 223 y siguientes (nulidad y anulabilidad), 358 (notificación de la sentencia por su lectura)

II. **COMENTARIO**

Los errores de derecho que motivan la nulidad de la resolución impugnada son los que sean susceptibles de influir en su parte dispositiva, de manera tal que el CPP advierte que cuando se trata de errores de tal clase que no influyen en el contenido de la decisión impugnada no generan su anulación, sin perjuicio, claro está, que se proceda

a su corrección por el tribunal *ad quem*. La misma solución procede en el caso de que los precitados errores materiales lo sean en la designación o en el cómputo de las penas (art. 429).

Entendemos que para la rectificación de los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas no debe regir el plazo de tres días que establece el art. 132 CPP, a cuyo tenor “en cualquier momento anterior a la notificación, se podrá aclarar de oficio los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones, o adicionar su contenido si se ha omitido resolver algún punto controvertido en el procedimiento. Será nula la aclaración o adición que implique una modificación sustancial de lo resuelto. Las partes podrán solicitar la aclaración o adición dentro de los tres días posteriores a la notificación. La solicitud de aclaración o adición suspenderá el término para interponer los recursos que procedan”.

1700 Por último, como señala DURO VENTURA al comentar el precepto transcrito, “la resolución que sea adopte para proceder a una aclaración deberá revestir la forma de auto, con su necesaria fundamentación que exprese la procedencia de la aclaración en el supuesto, siendo así que el párrafo final del precepto expresa la suspensión del término para interponer recursos que la solicitud de aclaración supone, lo que es razonable ya que de lo contrario la parte que se sintiera perjudicada tendría que recurrir la resolución si la aclaración no se hubiera resuelto antes del vencimiento del plazo para recurrir, lo que resulta a todas luces antieconómico desde el punto de vista procesal”.

III. JURISPRUDENCIA

Caso en que no se justifica la casación de una sentencia. “Hay que tener en consideración que no se produce invalidación de la sentencia cuando el vicio no es decisivo, como cuando se trata de una cuestión no esencial o si la contradicción carece de interés jurídico o de una circunstancia irrelevante o intrascendente” (*Casación*, 25-04-03).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

No procede la nulidad ya que no habría interés en la declaratoria de ésta. Quedan comprendidos los errores que por descuido se cometieron en cuanto al nombre o designación de la pena o en cuanto a la suma de las penas, tratándose en este último caso de un concurso de delitos. Si en la designación del lugar del hecho existe un error material, éste debe corregirse, toda vez que no ocasiona ninguna nulidad insubsanable, en cuyo caso debe declararse sin lugar el recurso de casación.

Se busca una verdadera economía procesal, porque la ley permite que los errores de derecho en la fundamentación, que no hayan influido en la sentencia, no la anulan y

pueden y deben ser corregidos por el Tribunal de Casación, lo mismo que los errores materiales relacionados con la designación o el cómputo de las penas. Es decir, que no se casa la sentencia recurrida en estos supuestos, que se refieren a cuestiones de poca importancia, desde el momento en que no han influido en la decisión de aquella. Y en cuanto a los últimos casos se trata de simples errores materiales, que no merecen el reenvío.

430

LIBERTAD DEL IMPUTADO

Cuando por efecto de la resolución del recurso deba cesar la detención del imputado, el tribunal ordenará directamente la libertad.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 45.3 (extinción de la acción civil por la sentencia absolutoria), 380 (absolución en procedimiento abreviado), 388 (sentencia absolutoria en antejuicio), 394 (sentencia absolutoria en juicio de faltas), 398 (sentencia absolutoria en el juicio para la aplicación de medidas de seguridad), 430 (orden de libertad en recurso de casación), 438 (sentencia absolutoria en revisión), 443 (ejecución inmediata de la sentencia absolutoria), 449 (imposición de las costas)

1701

II. COMENTARIO

Es evidente que, en tal caso, y en virtud del principio *favor libertatis*, el tribunal de casación, sin demora, acordará la libertad del imputado. Ello sucederá en el supuesto en que se dicte sentencia absolutoria, o cuando la pena impuesta por el tribunal de casación sea igual o inferior al tiempo que el imputado llevase detenido por méritos de la causa objeto de tal recurso extraordinario. De esta forma se configura una razonable excepción a la regla general de que la resolución sea ejecutada por el tribunal que dictó la pronunciada en primera instancia.

Resulta de aplicación, asimismo, lo establecido con carácter general para las sentencias absolutorias en el art. 360 CPP, a cuyo tenor “la sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las restricciones impuestas

provisionalmente, la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos a comiso, lo referente a la responsabilidad civil, las inscripciones necesarias y fijará las cuotas”.

En concreto, sobre la orden de libertad del imputado, MARCO COS, en el comentario al indicado precepto, indica “La orden de libertad del imputado es única y exclusivamente por el proceso que acaba de finalizar con la sentencia absolutoria, pero no puede afectar a otros distintos ni, por lo tanto, a la detención provisional ó prisión para cumplimiento de una condena privativa de libertad en que pueda encontrarse el imputado al que acaba de absolverse. El tribunal que absuelve ha de ser extremadamente cuidadoso, puesto que el imputado no puede quedar libre si, pese a que acaba de ser absuelto, debe permanecer privado de libertad por otras causas. Por lo general, esta cautela exigirá que el absuelto regrese a la prisión, ya que en el centro penitenciario constará si aquel se encuentra privado de libertad en otros procedimientos y cuáles son éstos. En caso afirmativo, es claro que la absolución y puesta en libertad por un determinado juicio no podrá suponer que el absuelto quede libre, puesto que deberá quedar a resultas de los restantes procesos en que esté implicado”.

TÍTULO V

CAPÍTULO ÚNICO

REVISIÓN

431

PROCEDENCIA

La revisión procederá contra la sentencia condenatoria firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado, en los casos siguientes:

- 1) Cuando los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos en ésta o por otra sentencia penal firme;
- 2) Cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme; 1703
- 3) Cuando la sentencia haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra forma fraudulenta, cuya existencia se ha declarado en fallo posterior firme;
- 4) Cuando la sentencia violenta de manera directa y manifiesta una garantía constitucional;
- 5) Cuando después de la sentencia sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible; y,
- 6) Cuando corresponda aplicar una ley penal más favorable.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 7, 432.3
- CP, 15, 153, 154, 214, 283 y ss., 305, 306, 310, 330, 331, 335

II. COMENTARIO

A) Introducción

La revisión se configura como un instrumento de impugnación de las sentencias firmes, lo que determina la dificultad de encuadrar este medio extraordinario de rescisión dentro de la categoría jurídica de recurso. En efecto, lo que pretende el recurso es evitar que la sentencia adquiriera firmeza, instando, dentro del plazo fijado en la ley, una nueva consideración de lo decidido judicialmente, dentro del mismo proceso, en una fase del mismo: la de impugnación; mientras que la revisión lo que procura, por el contrario, es anular una sentencia firme, dictada en un proceso penal ya agotado, por lo que se configura como una acción independiente, distinta de la que dio lugar al proceso criminal que se revisa.

1704 El recurso se fundamenta en la existencia de un error in procedendo o in iudicando, mientras que la revisión no se basa en la alegación de un error judicial que se pretenda corregir, sino en la consideración de hechos ajenos al proceso, que provocan la lesión o gravamen que propicia tal medio extraordinario de anulación de las sentencias judiciales.

TREJO ESCOBAR (*Op. cit. supra*, p.173), con cita de HERRARTE, distingue la revisión de los recursos en general, por lo siguiente:

- A) Procede solamente contra las sentencias condenatorias, en tanto que los recursos proceden contra toda clase de resoluciones o sentencias;
- B) Por no formar una fase del proceso no existe limitación de tiempo para su interposición;
- C) Su incoación no está limitada a las partes del anterior proceso, teniendo en algunos casos legitimación para interponer la revisión los parientes del condenado u otra persona;
- D) Las cuestiones a dilucidar generalmente, son de hecho producidas o conocidas con posterioridad a la sentencia y cuestiones jurídicas.

Entre la colisión que es susceptible de producirse entre dos valores fundamentales en un ordenamiento legal, cuales son el de la seguridad jurídica y la justicia, conlleva que éste último haya de prevalecer sobre el primero en situaciones de clamorosa injusticia, que el Estado no puede tolerar; surgiendo, para tales supuestos, este mecanismo de rescisión de las sentencias firmes. A tal fin, la revisión se configura como un medio hábil para atacar la cosa juzgada.

Señala, al respecto, VALENTÍN CORTÉS (*Op. cit. supra*, p.694) que: “un Estado Democrático debe buscar salidas o soluciones democráticas para la resolución de problemas que afectan a la libertad y los derechos individuales; no cabe, obviamente, parapetarnos en construcciones formales que son válidas para la generalidad de los casos, pero no para todos, pretendiendo solucionar problemas de forma totalitaria. El Estado, pues, debe hacer frente al escándalo que supone el mantenimiento de la sentencia condenatoria injusta para así preservar la libertad del individuo. Ese remedio es, hoy en día, el llamado recurso de revisión”.

La sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de noviembre de 1998 se refiere el recurso de revisión en los términos siguientes: “es de naturaleza extraordinaria y tiene unas características especiales en cuanto se enfrenta al principio de “cosa juzgada” e implica la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error. Su finalidad, por tanto, está encaminada a que, sobre la sentencia firme, prevalezca la auténtica verdad y con ello la justicia material sobre la formal (v.ss. de 18 de octubre de 1985 y de 11 de junio de 1987, entre otras), de ahí que el mismo ha de estar sujeto a unas determinadas condiciones que, a modo de cautelas, están diseñadas para mantener el equilibrio entre las exigencias de la justicia y las de la seguridad jurídica”.

1705

La revisión sólo es factible tratándose de sentencias condenatorias, por lo que no cabe pedir a su amparo la anulación de sentencias absolutorias igualmente injustas. Al respecto es tajante el art. 431 del CPP, cuando indica que “la revisión procederá contra la sentencia condenatoria firme”. Elementales razones de seguridad y prestigio del Estado, impiden que el imputado absuelto esté sometido a la posibilidad de sucesivos procesos e investigaciones judiciales para probar su participación en un ilícito criminal. No es comparable el daño que sufre la sociedad al condenar a un inocente que el que se experimenta al absolver a un culpable en un proceso legal y regularmente seguido, en el que rige como principio fundamental el de única persecución, proclamado en el art. 7 del CPP, según el cual “nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”. En este sentido, señalaba HIPPEL, que una condena injusta, en cualquier caso que se muestre, quebranta la confianza en la administración de justicia por el Estado y hiere el sentido social de lo justo más intensamente que una absolución equivocada

Por otra parte, la revisión de sentencias absolutorias multiplicaría las impugnaciones de tal clase, pues a diferencia de los supuestos de sentencia condenatoria, en que el condenado debe destruir o al menos debilitar muy significativamente por medio de una contraprueba los elementos de cargo que motivaron su condena, por el contrario, tratándose de revisar resoluciones absolutorias, bastaría a las partes acusadoras la simple aportación al proceso de nuevos elementos inculpatorios.

El recurso de revisión no está sujeto a un plazo preclusivo, sino como se dispone en el art. 431 del CPP podrá interponerse “en todo tiempo”, y sólo cabe a favor del imputado, por lo que no es legalmente posible la revisión contra reo instada por una parte acusadora por muy injusta que haya sido la sentencia dictada en el proceso. Escribe HAUS, al respecto, que: “La justicia y la razón mandan que el condenado que se haya en situación de demostrar su inocencia con pruebas nuevamente descubiertas, pueda sin límite reclamar la revocación de la condena de la que ha sido víctima”. La Ley incluso posibilita que la revisión se interponga después del fallecimiento del imputado (art. 432.3 CPP). No tiene ninguna trascendencia que se haya cumplido o no la pena, o que se haya extinguido la pretensión penal por cualquier causa, lo importante es la existencia de interés jurídico para promover la revisión.

B) Motivos de revisión

1706

Los supuestos de revisión son *numerus clausus*, es decir una relación cerrada en la cual el legislador ha tenido que conciliar el conflicto entre la cosa juzgada y la injusticia patente, que pretende remediar tan excepcional medio de impugnación, señalando al respecto GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Penal, op. cit. supra, p.300*), que varían las soluciones en las distintas legislaciones, pero lo que puede afirmarse resueltamente es que ninguna ha adoptado el dogma absoluto de la cosa juzgada frente a la injusticia patente, ni la revisión incondicional de toda sentencia frente a la cosa juzgada.

Los motivos de revisión están contemplados en el art. 431 del CPP y son los siguientes:

- 1) “Cuando los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos en ésta o por otra sentencia penal firme”

Este motivo de revisión se basa en la existencia de una contradicción interna entre los hechos que fundamentan el fallo de la resolución recurrida y los establecidos en la misma, que constituye un supuesto anómalo de revisión, dado que tal defecto no se funda en circunstancias no susceptibles de ser desconocidas por las partes y corregidas a través del recurso de casación por vicios de la sentencia, al amparo del art. 362.4 del CPP. No obstante, existen otros supuestos en los que la no aplicación del efecto extensivo podría justificar la revisión, cuando tras señalarse que un hecho no

existió, absolviendo del mismo a un imputado, se mantenga la condena del coimputado que no recurrió.

En segundo lugar, comprende también tal motivo de revisión la existencia de una contradicción entre los hechos que fundamentan el fallo de dos sentencias penales firmes, de manera tal que dos personas hayan sido condenadas por el mismo hecho que únicamente haya podido ser cometido por una de ellas, o cuando una persona es condenada dos veces por el mismo hecho, con vulneración del principio “non bis in idem”.

En el primero de los casos anunciados nos encontramos ante dos sentencias irreconciliables y hace presumir la inocencia de uno de los condenados, que es preciso determinar. El motivo es igualmente aplicable cuando se trate de tres o más condenados por unos hechos que sólo pudieran haber cometido uno o dos ellos, y así sucesivamente.

En el segundo supuesto, se produce una violación de la santidad de la cosa juzgada. La solución jurídica al mismo puede ser doble, dando prevalencia a la sentencia más beneficiosa para el reo, dejando sin efecto la que le sanciona de forma más grave, o la solución, que se adopta por la jurisprudencia española, cual es anular la resolución posterior, independientemente de la pena que haya impuesto al condenado, dado que es esta última resolución la que ha quebrantado la cosa juzgada, al condenar por unos hechos que ya habían sido enjuiciados.

1707

Sin embargo, en el caso de que una de las sentencias fuera absolutoria, comoquiera que la misma no es susceptible de revisión, deberá prevalecer y dejar sin efecto la otra condenatoria.

En cualquier caso, se exige la más perfecta identidad de los hechos fijados en ambas sentencias, independientemente de su calificación jurídica.

LEONE (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. III, p.264) escribe que “la inconciliabilidad significa la imposibilidad absoluta de coexistencia de las dos reconstrucciones de hecho: la una no puede estar en presencia de la otra. Por eso, si el contraste es entre aspectos de detalle o marginales, cuya eliminación no haga caer la correspondiente reconstrucción de los hechos, no hay inconciliabilidad. Es necesario, pues, que se presente la siguiente alternativa: una u otra reconstrucción de hecho responde a la verdad, pero no ambas”.

En la doctrina italiana se ha resuelto que no conforma este motivo de revisión la circunstancia de la inconciliabilidad de una sentencia penal con otra civil o administrativa, pero si se ha admitido tal posibilidad en el caso de que éstas fueran prejudiciales en sede criminal; mas, en tal supuesto, no sería el causal que analizamos el que se debería

invocar en el derecho salvadoreño, sino el numeral cinco del art. 431, relativo a nuevos hechos o nuevas pruebas.

2) *Cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme*

Es necesario en este concreto caso que se haya dictado una sentencia firme que condene por falsedad documental o falso testimonio (hecho jurídico determinante de la revisión). Así como que la sentencia que se revisa se haya fundado en dicho documento o testimonio falso, aunque no se exige que éstos hayan sido las únicas pruebas determinantes del fallo, bastaría con que hayan concurrido causalmente. A los efectos de comprobar tal relación causal el examen de la motivación de la resolución que se pretende revisar deviene fundamental. Un testimonio o documento falso intrascendente para formar la convicción judicial de los hechos enjuiciados, y no tenido en cuenta por el juzgador, no conduciría nunca a la viabilidad de la revisión. El propio legislador exige expresamente que la sentencia se “haya fundado” en la prueba falsa.

3) *Cuando la sentencia haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra forma fraudulenta, cuya existencia se ha declarado en fallo posterior firme*

1708

Es necesario para que entre en juego tal motivo de impugnación que se haya dictado una sentencia firme condenatoria por alguno de los mentados delitos. El prevaricato está contemplado en el art. 310 del CP, el cohecho en los arts. 330, 331 y 335 CP. El fraude procesal en el art. 306. Por último la violencia no es un delito concreto, sino la forma de comisión de una infracción penal, dentro de ésta podemos comprender la coacción (art. 153 CP), la amenaza (art. 154 CP: vis psíquica), la extorsión (art. 214 CP) etc.

En el caso de tribunales colegiados bastaría la condena por cohecho de uno sólo de los magistrados, en cuanto la decisión jurisdiccional se habría formado irregularmente por la concurrencia de tal motivo de revisión.

En el caso de la violencia, es indiferente que la misma provenga directamente de alguna de las partes como de un tercero ajeno al proceso, así como que se haya ejercido directamente sobre los magistrados del tribunal que dictaron la sentencia, o sobre alguna de la partes procesales a la que, mediante la conminación del acto violento, se le impidió el ejercicio de algún derecho procesal, como por ejemplo proponer prueba, que hubiera incidido en el resultado del juicio.

La aplicación en principio de esta causa de revisión no sería difícil en cuanto se precisaría la condena firme por alguno de dichos ilícitos, pero WASHINGTON ABALOS (*Op. cit. supra*, p.555) plantea un problema de difícil solución: ¿qué ocurre si la pretensión penal

de los delitos que dan cuenta los textos de los artículos se encuentra extinguida - muerte, prescripción, a modos de ejemplo- O queda paralizada por mediar obstáculo constitucional que no ha podido ser removido?, inclinándose por la posibilidad de encajar tales supuestos en el causal relativo a nuevos hechos o nuevos elementos de prueba, y darles dicho tratamiento jurídico.

4) Cuando la sentencia violenta de manera directa y manifiesta una garantía constitucional

Es necesario que se haya producido una violación, que ha de reunir los requisitos de directa y manifiesta, de una garantía de las establecidas en la Constitución de El Salvador, que conforma una infracción que, por su gravedad, podrá ser alegada en cualquier momento. Lógicamente no debería tratarse de la vulneración de una garantía, que ya haya sido alegada y tratada en la sentencia firme, pues en tal caso ya estaría juzgada, so pena de posibilitar la infinita alegación de tales motivos de revisión. Un supuesto, por ejemplo, que posibilitaría la fundamentación, con éxito, de la revisión por esta causa, sería la confesión del reo arrancada a través de torturas.

5) Cuando después de la sentencia sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió, o que el hecho cometido no es punible

1709

En este caso se conocen nuevos hechos o elementos de prueba que por sí solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento evidencian la inocencia del acusado, bien porque el hecho no existió (en un delito de homicidio se descubre que esta viva la persona que se supone había matado al penado), que el imputado no lo cometió (caso de suplantación de personalidad: una persona se hace pasar por otra), o que el hecho cometido no es punible (el imputado al desarrollarse los hechos enjuiciados era menor de edad penal). Evidenciar significa, según el Real Diccionario de la Lengua Española: “hacer patente y manifiesta la certeza de una cosa; probar y mostrar que no sólo es cierta, sino clara”.

No es necesario que los elementos fácticos que se introducen en revisión sean posteriores a la sentencia, bastando que no hayan sido tenidos en cuenta por el tribunal sentenciador. Pero lo que desde luego no cabe, al amparo de este motivo, es pretender una nueva valoración de las pruebas apreciadas por el tribunal, sosteniendo la equivocación en tal función de apreciación probatoria. Esta causa de revisión no se da, pues, para valorar pruebas ya valoradas en el proceso por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución cuya revisión se insta.

6) *Cuando corresponda aplicar una ley penal más favorable*

El art. 15 del CP señala que “si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena de acuerdo a las disposiciones de la nueva ley. Si la condena hubiere sido motivada por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación”. Supone la consagración del principio de la aplicación retroactiva de la ley más favorable para reo, que puede suponer que la condena quede sin efecto en el caso de destipificación del hecho por el que fue condenado, o una disminución de la penalidad anudada a su comisión. El Tribunal competente para llevar a efecto la revisión será el que dictó la sentencia cuya revisión proceda.

III. NOTA DE ACTUALIZACIÓN**1710**

Como lo sostiene la doctrina, (Clariá Olmedo, Jorge A.; Derecho Procesal Penal T° II, pág. 302 Lerner, Córdoba, 1985. Vásquez Rossi, Jorge E., Pessoa, Nelson R. y Chiara A. Código Procesal Penal de la Nación-Ley 23,984, p.146.) la revisión es un recurso dirigido a modificar una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada que supone la verificación de alguna circunstancia nuevo hecho, sentencia o ley —que permita la revisión y la que sólo procede cuando se verifica alguno de los supuestos previstos en el Art. 431 Pr.Pn. Éstos son específicos e inextensibles, sin que puedan ser ampliados por el tribunal de sentencia, órgano habilitado para su conocimiento y resolución. La sujeción a lo que taxativamente dispone la ley, tiene como factor determinante la seguridad jurídica. El principio rector del recurso de revisión, reside en la renuncia a la cosa juzgada cuando la sentencia sea manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia (Roxin, Claus: Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, agosto 2000, p. 492.). No es necesario para la admisibilidad del recurso concluir en que nos encontramos frente a un supuesto de injusticia. Este extremo será la materia propia del pronunciamiento que decida no ya sobre su admisibilidad, sino respecto de su procedencia.

Al expresar la disposición comentada “y únicamente a favor del imputado” por tal expresión no podría interponerse recurso de revisión en contra del condenado como una consecuencia del principio *non bis in idem*. Tampoco cabría un recurso de revisión del sobreseimiento, aun cuando impongan una medida de seguridad, porque el artículo regula “contra la sentencia condenatoria firme”, no pudiéndose hacer una interpretación extensiva ni analógica al respecto como resultado del principio de taxatividad objetiva de los recursos. El recurso de revisión es de carácter excepcional, que viene dado porque de prosperar, priva de efectos a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo prevalecer de esta manera el valor “justicia” sobre el de “seguridad jurídica”. La pretensión de que se modifique un cómputo de pena no constituye materia

de revisión; debiendo la cuestión pretendida tramitarse incidentalmente ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena Art. 37.5 de la Ley Penitenciaria. La crítica sobre el valor probatorio conferido a los distintos elementos de juicio en los que se apoyó el tribunal de sentencia, no se puede atacar por la vía de la revisión. También hace improcedente el recurso de revisión, cuando está orientado a lograr un nuevo examen de cuestiones que han recibido adecuado tratamiento en la sentencia.

La incompatibilidad debe existir entre los hechos tenidos por probados en dos sentencias penales firmes, no entre una sentencia penal y otra civil. No cabe la revisión cuando la diferencia entre las resoluciones estriba en la interpretación de la ley penal. No es necesario que exista divergencia entre las partes dispositivas de las sentencias. Hay incompatibilidad si alguno de los hechos en que se basa la sentencia recurrida para la condena, es contradicho por alguno de los fijados en otra sentencia penal firme. Por ejemplo en un mismo hecho, la declaración de un testigo, favorable en un caso y desfavorable en el otro, produce dos efectos jurídicos contradictorios, porque en una causa es el fundamento de la absolución y en la otra de la condena. Hay incompatibilidad por cuanto no pueden coexistir simultáneamente sin anularse una a la otra en virtud del principio lógico de no contradicción. La otra sentencia con la que tenga que confrontarse la sentencia de condena que se pretende revisar puede ser absolutoria, con la característica que esté firme, lo importante es que esta última descarte la hipótesis fáctica y la responsabilidad de su autor contenida en la primera.

1711

Sobre el tercer motivo, dice Fernando de la Rúa, (La casación penal. Ed. Depalma. p. 374.) “Es necesario, pues, que la condena haya obedecido al prevaricato o al cohecho. Si el imputado resulta absuelto a pesar del cohecho ejercido para la condena, o si resulta condenado y el cohecho se hizo para favorecer a otro imputado que de esa manera resultó absuelto, el recurso debe ser rechazado.”

En la realidad no hay diferencia en las expresiones utilizadas por la ley; “nuevos hechos o elementos de prueba”, que ambos comprenden todo material probatorio adquirido legalmente e ingresado de igual manera al proceso.

La casación italiana ha sostenido (Giovanni Leone, ob. Cit. T, III, p. 269, nota 24): “La novedad del elemento de prueba debe referirse, no al momento en que surge o al momento de la posibilidad de adquirirlo, sino al de la efectiva adquisición procesal de él”; también ha dicho: “A los fines de la revisión, los elementos de prueba propuestos deben considerarse nuevos, aunque hubiesen sido ofrecidos por la defensa en el debate, pero no hubieran sido considerados por el juez ni fueran valorados en la decisión cuya revisión se pide. Cuando se trata de un hecho-delito complejo, constituido por una pluralidad de episodios integradores del elemento material de un delito único, la revisión puede admitírsela también si las nuevas pruebas tienden a excluir la responsabilidad del condenado por uno sólo de tales episodios, cuando sea él de tal entidad, que tenga una influencia decisiva en la valoración de la gravedad y de la fisonomía misma del

hecho-delito y en la consiguiente irrogación de la pena”. Por eso son “Elementos útiles, a los fines de la revisión, no solamente los “sobvenidos y descubiertos”, antes de una condena y, en general, ignorados del condenado y, por tanto, aunque la no producción de un medio de prueba en el juicio de mérito se haya debido, a negligencia del imputado, no por ello desaparece el derecho a producirlo mediante el recurso de revisión. Puede suceder que los hechos no sean nuevos por haber sido alegados en el proceso, pero que los elementos de prueba (medios), si lo sean, por ejemplo: si el imputado alegó el hecho, más éste no pudo ser corroborado por falta de testigos; y viceversa puede pasar que los elementos de prueba no sean nuevos, pero si los sean los hechos que se trata de probar a través de ellos, por ejemplo si el testigo ya había declarado durante el proceso, pero con posterioridad de la condenatoria está dispuesto a deponer sobre hechos a los que no había hecho referencia antes. La novedad implica que los hechos o elementos de prueba no hayan sido analizados por el tribunal, por lo que es indiferente que preexistan al dictado de la sentencia, puesto que lo que interesa es que no hayan sido analizados ni considerados por el tribunal.

La validez de la nueva prueba no requiere que sea decisiva para determinar la anulación de la sentencia condenatoria, porque la ley no lo exige, pues basta que los nuevos hechos o elementos de prueba, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma penal mas benigna.

1712

Ley penal más benigna, sólo alude a la modificación de una sentencia impuesta por la ley de fondo, no procesal. Por este motivo, a raíz de la entrada en vigencia de la nueva normativa (20-04-98), se produjo una revisión masiva oficiosa por los jueces de instrucción (antes de lo Penal) de todos los procesos instruidos con la normativa anterior, constituyendo una excepción a los sujetos que están legitimados para interponer este recurso, Art. 405 Pn., siendo susceptible la resolución dictada de ser recurrida por apelación.

432

LEGITIMACIÓN

Podrán promover la revisión:

- 1) El condenado, su representante legal o su defensor;**
- 2) El Ministerio Público; y,**
- 3) El cónyuge, compañero de vida o conviviente, los ascendientes, descendientes o hermanos, el adoptado y el adoptante, si el condenado ha fallecido.**

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 193.2

II. COMENTARIO

1713

Promover la revisión significa tanto como interponer la misma, señalando la Ley quien se encuentra legitimado para ello, no circunscribiendo la misma al condenado, sino extendiéndola otras personas.

El numeral primero del precepto que comentamos se refiere, en primer término, al condenado, éste evidentemente es el que goza del máximo interés para promover la revisión. Es indiferente que se encuentre cumpliendo condena, o que haya extinguido ya la misma, lo trascendente es que contra su persona se haya dictado una sentencia penal condenatoria. También puede ejercitar la revisión el representante jurídico del penado, es decir su defensor, así como su representante legal, por ejemplo cuando el condenado con posterioridad a la sentencia devenga incapaz.

En el caso de que el condenado hubiera fallecido la legitimación se atribuye por la ley al cónyuge, compañero de vida o conviviente, los ascendientes, descendientes o hermanos, el adoptado y el adoptante, sin que se fije en tal caso un orden excluyente, sino que cualquiera de ellos puede interponer el recurso de revisión. No se exige la condición de heredero, sino que es bastante el acreditamiento del vínculo de parentesco al que se refiere este precepto.

También se confiere la legitimación al Ministerio Público, dado el interés general de que prevalezca la verdad real y la justicia frente a un pronunciamiento judicial firme injusto, y, por consiguiente, contrario a la legalidad. El art. 193.2º de la Cn señala que corresponde al Fiscal General de la República “promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad”.

Carece, por el contrario, de posibilidad de promover la revisión el tercero responsable civil, sin perjuicio de su derecho de restitución en el caso de que el condenado por motivo de la revisión hubiera sido declarado inocente.

433

INTERPOSICIÓN

El recurso de revisión se interpondrá por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se funda y las disposiciones legales aplicables, ante el tribunal que pronunció la sentencia.

1714

Junto con el escrito se ofrecerá la prueba pertinente y, en lo posible, se agregará la prueba documental o se designará el lugar donde ella puede ser requerida.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 50 inc. 1º No 4º e inc. 2º no. 3; 51.2º; 53 inc. 2º; 73.1; 407 inc. 2º; 431.3; 432; 437

II. COMENTARIO

La revisión deberá ser pues interpuesta, por las personas legitimadas, por medio de un escrito motivado, con proposición de pruebas, adjuntando los documentos que obren en poder de la parte o, en otro caso, se designará el lugar donde se encuentran aquellos en los que se funda la revisión. Deberá efectuarse la indicación concreta de los motivos en que se funda y las disposiciones legales aplicables, bajo pena de inadmisibilidad, salvo que proceda su saneamiento conforme a lo señalado en el art. 407, inc. 2º del CPP. La parte recurrente a través de las pruebas que proponga deberá acreditar la concurrencia del motivo o motivos de revisión alegados.

El escrito deberá de ser ordenado con separación de las causas de revisión y con la respectiva motivación de cada una de ellas; debiendo igualmente contener la solicitud correspondiente que se insta del tribunal de revisión, por ejemplo la anulación de la sentencia y el reenvío a un nuevo juicio, que se dicte sentencia absolutoria porque el hecho no existió o no fue cometido por el recurrente, que el hecho por el que fue sancionado deviene atípico etc. También podrá solicitarse del tribunal la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida mientras se trámite la revisión (art. 435).

En el derecho español la interposición del recurso de revisión debe hacerse ante el Tribunal Supremo, solución que igualmente adopta el art. 362 del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, al señalar que la misma deberá ser promovida por escrito ante la secretaría del Tribunal de Casación o de la Corte Suprema, sin embargo en el art. 432 del CPP de El Salvador se opta por su interposición ante el tribunal que pronunció la sentencia, tal y como se prevé en el art. 50 inc. 1º No 4º con respecto a la Corte Suprema de Justicia; en el inc. 2º no. 3 de dicho precepto en relación con la Sala de lo Penal de dicho Tribunal; el art. 51.2º hace lo propio en lo referente a las Cámaras de Segunda Instancia, y dispone lo mismo el art. 53 inc. 2º para los Tribunales de Sentencia.

Tal solución es viable, dado que la revisión, en principio, no se funda en error alguno en el juzgador, puesto que no se le pide que repita una operación sobre la que ha errado y en la que podría volver a equivocarse, sino que valore nuevos hechos y circunstancias no tenidas en cuenta. En el caso del art. 431.3 serán excluidos del tribunal de revisión los juzgadores que formaron parte del tribunal que dictó la resolución y que fueron condenados por la comisión de tales ilícitos criminales, ya que la perpetración de dichas infracciones criminales les inhabilita para desempeñar funciones jurisdiccionales. El art. 437 del CPP se señala que si, al estimarse la revisión, se reenvía a nuevo juicio, no podrán intervenir los jueces o jurados que conocieron en el anterior, en congruencia con el art. 73.1 del referido texto legal, que señala que estará impedido de conocer una causa el juez que en el mismo procedimiento haya pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia, con ello lo que se pretende es excluir del enjuiciamiento de la causa a aquellos jueces que ya se han formado juicio sobre la misma como consecuencia de haberse manifestado con antelación sobre ella, lo que consciente o inconscientemente les produce determinados prejuicios que contrastan con la asepsia valorativa que ha de corresponder a los juzgadores al asumir el enjuiciamiento de un proceso criminal.

434

PROCEDIMIENTO

Admitido el recurso se notificará a las partes que hubieren intervenido en el proceso o procesos. Diez días después de la última notificación se celebrará una audiencia en la que se discutirán los argumentos expuestos por las partes y se recibirán todas las pruebas que hayan sido ofrecidas.

El tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias preparatorias que crea útiles y delegar su ejecución en alguno de sus miembros, pero cuando la prueba no sea tan sólo documental, la incorporará en audiencia pública.

Concluida la audiencia el tribunal inmediatamente después resolverá lo pertinente.

I. CONCORDANCIAS

- 1716** • CPP, 353 y ss.; 407, 420, 433

II. COMENTARIO

Interpuesto el recurso de revisión con los requisitos formales a los que se refiere el art. 433, o subsanados los defectos observados por el tribunal, éste dictará un auto admitiéndolo a trámite y ordenando se notifique el mismo, a todos aquellos que hubieran sido parte en el proceso cuya revisión se insta, lógicamente habrá de hacerse con traslado de una copia a los efectos de posibilitar la defensa de sus pretensiones. Debiéndose, acto seguido, celebrar una audiencia diez días después de la última notificación, con la finalidad de que las partes discutan, ante tribunal, los argumentos en los que fundan su posición frente al recurso interpuesto y se proceda igualmente a recibir todas las pruebas que hayan sido ofrecidas.

La Ley posibilita al Tribunal, a los efectos de descubrir la verdad material, que acuerde la práctica de cuantas diligencias preparatorias crea útiles y delegar incluso su ejecución en alguno de sus miembros, pero la prueba, cuando no sea tan sólo documental, la incorporará en audiencia pública, lógicamente con intervención de las partes.

Aunque se guarde silencio sobre la forma en que se hayan de recepcionar las pruebas parece oportuno que se aplique el mismo régimen que rige en las audiencias orales en el recurso de apelación (art. 420).

Concluida la audiencia el tribunal inmediatamente resolverá lo pertinente, lógicamente a través del procedimiento de deliberación y sentencia al que se refieren los arts. 353 y ss del CPP. La expresión “inmediatamente” no significa que el tribunal no deba retirarse a discutir sobre la procedencia del mismo o que deba precipitarse en la emisión del fallo, pronunciándolo en el acto tras la finalización de la audiencia.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

Algunas legislaciones rechazan el recurso de revisión cuando el condenado se encuentre prófugo de la justicia. Sentencia de la Sala III. C.N.C.P Riggi, Tragant, Madueño. Causa 52, “Falestchi, Jorge- recurso de revisión”. “Corresponde rechazar el recurso de revisión toda vez que como consecuencia de la condena recaída en autos se libró orden de captura respecto al procesado, circunstancia que obsta a la procedencia de la vía extraordinaria que se intenta pues quien voluntariamente se constituye en prófugo de la justicia, carece del derecho para invocar su intervención aún a través de su asistencia técnica”. Sin embargo entre nosotros considero que no es procedente rechazar el recurso, por no existir norma expresa que lo prohíba, ni tampoco podría hacerse una interpretación restrictiva de tal derecho.

1717

435

EFFECTO SUSPENSIVO

Durante la tramitación del recurso, el tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad provisional del condenado o la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de la libertad.

I. **CONCORDANCIAS**

- CPP, 133, 295

II. COMENTARIO

En el caso del recurso de revisión nos encontramos ante una sentencia firme y por consiguiente directamente ejecutiva (art. 133 CPP), no obstante lo cual la Ley posibilita al tribunal que conoce de tal recurso extraordinario a que suspenda dicha ejecución durante la tramitación del mismo, disponiendo la libertad provisional del condenado o la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de libertad (ver art. 295 CPP).

En este caso, el acusado ha sido declarado culpable por una sentencia firme con lo que su presunción de inocencia ya se ha visto desvirtuada, no obstante lo cual la Ley permite la suspensión de la ejecución de aquélla; sin embargo la decisión en tal sentido no es automática, sino que requerirá por parte del tribunal el examen previo de la consistencia de los motivos de revisión invocados, la documentación aportada y las consecuencias que se derivarían de su estimación. Dicha resolución habrá de ser motivada y revestir la forma de auto (art. 129 y 130). Cuando existan indicios sólidos de la procedencia de la revisión, la suspensión sería procedente para evitar mayores perjuicios al recurrente de los ya sufridos. Tal situación se produciría en los casos en los cuales la documentación aportada con el recurso de revisión agota todas las posibilidades reales de acreditamiento del motivo invocado y éste devenga diáfano o sólido en su procedencia.

1718

436

ANULACIÓN O REVISIÓN

El tribunal, al resolver la revisión, podrá anular la sentencia remitiendo a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciando directamente la sentencia del caso.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 407, 410, 437, 438, 439 y 440

II. COMENTARIO

Las posibilidades que se le ofrece al tribunal de revisión ante un recurso de tal naturaleza son las cuatro siguientes:

- A) Rechazar el recurso por motivos de naturaleza formal, por ejemplo, por basarse en causas no previstas en la ley, carecer de legitimación el recurrente, o no subsanar defectos de tal clase en el plazo concedido por el tribunal (art. 407).
- B) Desestimar el recurso, entrando en el fondo del mismo, por no haberse acreditado o no concurrir los motivos de revisión invocados como fundamento de su procedencia, con imposición de costas al recurrente (art. 440 inc. 2º).
- C) Estimar el recurso de revisión interpuesto, anulando el fallo firme, y dictando a continuación el procedente por parte del mismo tribunal que conoció la revisión.
- D) Acoger el recurso de revisión, anular el fallo dictado, y remitir el enjuiciamiento de la causa a un tribunal que necesariamente habrá de estar compuesto de jueces distintos que los que dictaron la sentencia anulada (art. 437).

Ello es así dado que, en el proceso de revisión, habrán de distinguirse dos fases perfectamente definidas *el iudicium rescindens*, en el que se estima o no la revisión, el *iudicium rescissorium*, que se abre cuando se haya anulado la sentencia atacada.

1719

La Ley no indica en qué concretos supuestos el Tribunal de revisión habrá de proceder a dictar sentencia por sí mismo, o cuando, tras anular el fallo, ha de reenviar a un nuevo juicio para que decida un tribunal distinto. Ello es algo que deberá resolverse caso por caso atendiendo a las circunstancias concurrentes; dejando, pues, la ley libertad a los juzgadores para que decidan al respecto, en vez de encorsetarlos en determinados supuestos legales previamente indicados, que pudieran ser contraproducentes o contraindicados a las peculiaridades del motivo de revisión examinado.

En principio, podría sostenerse que cabe la anulación sin reenvío en aquellos casos en los que la prueba aportada o practicada en la tramitación del recurso agota de tal forma las posibilidades de acreditamiento del motivo de revisión invocado, que el tribunal puede decidir al respecto, evitando de tal forma la demora consiguiente a la remisión y celebración de un nuevo juicio.

La revisión sin reenvío se podría dar en el caso de la inconciliabilidad del fallo de dos sentencias penales (art. 431.1), por ejemplo cuando una de ellas sea condenatoria y otra absolutoria, en cuyo caso por una elemental aplicación del principio pro reo el tribunal procederá a anular la primera de ellas dando valor jurídico a la segunda.

Igualmente en el supuesto del número 5 del art. 431, cuando los nuevos hechos o elementos de prueba evidencien la procedencia de la revisión, como sucedería en el caso de que se demuestre indubitadamente en un delito de homicidio consumado que

la víctima vive, y, por consiguiente, tal infracción penal no existió y no pudo ser cometida por el condenado.

También no ofrecería duda que se da tal supuesto cuando el motivo alegado sea el nº 6º del art. 431 del CPP, en cuyo caso por el tribunal de revisión se dictará la sentencia que proceda aplicando la ley penal más favorable.

Por el contrario, procederá la anulación con reenvío, cuando existan sólidos indicios de error judicial o de la injusticia de la decisión, que declara la comisión por el recurrente del delito por el que fue condenado; pero, en tal caso, el tribunal de revisión no se pronuncia sobre la inculpabilidad de éste último, aunque reconoce una grave duda al respecto, ante la cual anula la sentencia, pero la subordina a la condición suspensiva de que en el juicio de reenvío se compruebe efectivamente las dudas albergadas en la sentencia que decreta haber lugar a dicha revisión; por consiguiente, el juicio de reenvío, cuando proceda, se dirige, únicamente, a comprobar si la sentencia anulada, por sospechosa de injusticia material, condenó en efecto a un inculpable.

1720 Como escribe WASHINGTON ABALOS (*Derecho Procesal Penal, Tomo III, p.570*), cualquier motivo podría dar lugar a una comprobación de hecho, sí es de fácil investigación, el Tribunal puede delegar la tarea en uno de sus miembros; por el contrario si requiere un cúmulo de diligencias, podrá deducirse la anulación con reenvío, si el Tribunal está convencido de la necesidad de un nuevo juicio de mérito.

Parece claro que procederá el reenvío en los supuestos del art. 431. 2 y 3 del CPP. En éste último caso, a los efectos de celebración de un nuevo juicio, por un Tribunal constituido por jueces que no se hallen inmersos en alguna de dichas causas que les inhabilitan plenamente para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Por mor de la anulación inherente a la estimación de la revisión, el condenado pierde su status de penado y se convierte de nuevo en imputado, y como tal sometido a las medidas cautelares personales procedentes para garantizar su presencia en juicio, y a los límites legales que posibilitan la aplicación de las mismas.

La Ley no se pronuncia expresamente sobre el efecto extensivo del recurso de revisión, pero obviamente no existirá inconveniente alguno en la aplicación del régimen general de los recursos, y, por consiguiente, lo normado en el art. 410 del CPP, piénsese, por ejemplo, en el dislate que supondría la circunstancia de que se decretase la inexistencia de un hecho al acogerse el recurso de revisión, y por el mismo estuviera cumpliendo condena otra persona distinta del recurrente.

En la sentencia el tribunal se pronunciará además sobre la restitución (art. 438) y resolverá de oficio sobre la indemnización de los daños y perjuicios causados por la sentencia anulada (art. 439).

437

REMISIÓN

Si se reenvía a nuevo juicio, no podrán intervenir los jueces o jurados que conocieron en el anterior.

En el nuevo juicio no se podrá absolver ni modificar la sentencia como consecuencia de una nueva apreciación de los mismos hechos del primero, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 73.1, 78.4, 82, 86, 360, 368 inc. final, 438, 439, 440, 443
- CP, 110 y 111

II. COMENTARIO

1721

Con la finalidad de evitar la indeseable situación de un juez prevenido, que tenga un criterio ya formado sobre los hechos enjuiciados, la ley excluye, a los efectos de resolver el juicio de reenvío, a los jueces y jurados que conocieron del primer juicio cuya anulación se decreta por mor de la estimación de la revisión, precepto que se encuentra en congruencia con el art. 73.1 del CPP, que señala que estará impedido de conocer una causa el juez que en el mismo procedimiento haya pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia, supuesto extendible a los jurados por mor del último inciso del art. 368 del referido texto legal. Con respecto al representante del Ministerio Fiscal y del secretario judicial habrá de estarse a lo dispuesto en los arts. 82 y 86 del CPP.

Este juicio de reenvío se dirige, únicamente, a comprobar si la sentencia anulada, por sospechosa de injusticia material, condenó a un inculpable; pero a tales efectos se advierte, por el legislador, que en el nuevo proceso que habrá de iniciarse con la citación a juicio de las partes, no se podrá absolver ni modificar la sentencia como consecuencia de una nueva apreciación de los mismos hechos del primero, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión, es decir que el tribunal de reenvío no puede resolver independientemente de los motivos que determinaron, en su momento, la admisión de tan extraordinario remedio, sino que, por el contrario, se encuentra vinculado a ellos.

Si tras el análisis de las nuevas pruebas o hechos sobrevenidos que solos o unidos a los ya examinados en el procedimiento, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible, el tribunal de reenvío dictará sentencia absolutoria, con todos los pronunciamientos inherentes a la misma a los que se refieren los art. 438 y ss, entre los cuales, y como fundamental, acordará la libertad inmediata del imputado (art. 360 y 443).

Igualmente la sentencia estimatoria de la revisión traerá consigo la rehabilitación del condenado, así se expresa el art. 111 del CP, cuando indica que “en caso de revisión de sentencias, si se llegare a establecer un error judicial en relación con el condenado, el tribunal lo comunicará al organismo competente, para los efectos que señalan los art. anteriores”, y conforme al art. 110 del referido texto legal la rehabilitación produce, los efectos siguientes: 1) la recuperación de los derechos de ciudadano y la desaparición de toda otra inhabilitación, prohibición o restricción por motivos personales; y 2) la cancelación de antecedentes penales en el Registro de condenados que lleve el organismo correspondiente.

Por el contrario, si el Tribunal de reenvío entendiera que la sentencia anulada es correcta ratificará la misma, con imposición de las costas al recurrente (art. 440 pf. 2º).

1722

438

RESTITUCIÓN

Cuando la sentencia sea absolutoria, se ordenará la restitución de la cantidad pagada en concepto de pena pecuniaria y los objetos decomisados, cuando sea posible.

I. CONCORDANCIAS

- CP, 45.4 y 51
- CPP, 42, 43, 444, 446

II. COMENTARIO

En este precepto se pretende la restitución de la situación jurídica del condenado por mor de la estimación de la revisión, reponiéndole de las consecuencias penales de la sentencia revisada, en cuanto tal reposición es factible in natura: devolución de la multa y de los objetos decomisados, pues en otro caso, como por ejemplo con respecto a la privación de libertad sufrida, tal reparación no puede ser otra que la de una

indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el error judicial (art. 439). No obstante, tal error no existiría en el supuesto en que la revisión procediera como consecuencia de una reforma penal que favoreciera al penado, *verbi gracia* declarando atípico un hecho que lo era en el momento de su comisión por el condenado (art. 431.6).

En cuanto a la devolución de los objetos decomisados, deben aplicarse, en lo que sea posible, las prescripciones establecidas en los arts. 444 a 446 CPP, que prevén las siguientes situaciones, según exposición literal de J. M^a. CASADO PÉREZ al comentar el art. 184 CPP: “1) Devolución de los objetos secuestrados a quienes se le secuestraron, salvo cuando sean de ilícito comercio o relacionados con el crimen organizado, debiendo en este caso cumplirse con lo dispuesto en el inciso 2º. del art. 184, que estamos comentando (DL 487/2001, de 18 de julio); 2) Retención, es decir, continuación del deposito, de los que sean propiedad del imputado para garantizar el pago de las costas y de la responsabilidad civil; 3) Formalización de un incidente para decidir la controversia sobre la titularidad del bien, conforme a lo previsto para las excepciones de previo y especial pronunciamiento; 4) Venta en pública subasta de los bienes no reclamados, transcurrido un año de concluido el procedimiento y previa notificación a su propietario, si se conociese. El producto de la venta se ingresará por tres meses en calidad de Fondos Ajenos en Custodia y, si nadie reclamase en ese tiempo, se ingresará en el Fondo General de la Nación; y 5) Entrega en propiedad a la PNC por ministerio de la ley, en el supuesto anterior (no reclamación, etc), de los objetos vinculados, directa o indirectamente, al crimen organizado”.

1723

439

DAÑOS Y PERJUICIOS

La nueva sentencia resolverá de oficio sobre la reparación de los daños y perjuicios causados por la sentencia anulada. Estos serán pagados por el Estado, salvo que el imputado haya contribuido dolosa o culposamente al error judicial.

La reparación civil sólo podrá acordarse a favor del imputado o de sus herederos.

I. CONCORDANCIAS

- CP, 304
- Cn, 2 último inciso, y 17

- CADH, 10
- PIDCP, 14.6

II. COMENTARIO

1724

La existencia de error judicial da lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se fijará en la nueva sentencia dictada al acogerse la revisión. Dicha indemnización tiene base constitucional, al señalar el art. 17 de la Cn que “en caso de revisión en materia penal el Estado indemnizará conforme a la ley a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados”. Igualmente su fijación viene establecida en distintos tratados internacionales suscritos por la República de El Salvador, cuales son el art. 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que “toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”, y en el mismo sentido se expresa el art. 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, al normar que “cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”, tal tratado internacional fue ratificado por El Salvador por Decreto N° 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno de 23 de noviembre de 1979, y publicado en el Diario Oficial n° 218 de la misma fecha.

Rocco (*La riparazione alle vittime degli errori giudiziari, cit; II; pp.418 y 419*), refiriéndose a las consecuencias del error judicial señala que: “de este modo junto al interés individual en la reparación, surge y le acompaña un interés social en que los daños de los errores judiciales sean indemnizados; interés social que está en correspondencia con el daño, precisamente, que se sigue de un error y se une al daño del individuo. Este interés, mejor esta necesidad social, es precisamente la fuente de donde, mediante la intervención del derecho objetivo que sirve para reconocerla, brota la relación jurídica de la reparación: esto es, la obligación jurídica del Estado y el derecho subjetivo del individuo referente a ella. Este derecho a la reparación es, ya lo dijimos, un derecho público subjetivo individual”. En este sentido, el CPP señala que el tribunal de oficio fijará el importe de la indemnización, sin necesidad, por consiguiente, de petición de parte, sin perjuicio de que ésta exista y se formule una pretensión cuantitativa concreta al respecto.

La indemnización comprende tanto los daños materiales como los morales sufridos, posibilitando el resarcimiento de éstos últimos el art. 2 de la Cn, al reconocer expresamente la indemnización, conforme a ley, por daños de carácter moral.

La Ley establece una excepción al derecho del condenado a la revisión, es decir cuando el mismo hubiera contribuido dolosa o culposamente al error judicial. El dolo no tiene porque identificarse con el penal, bastará con la conciencia e intencionalidad del condenado de engañar al juez, conduciéndole a la confusión determinante de la sentencia indebida, incluso en ocasiones su propia conducta pudiera ser constitutiva de un ilícito contra la administración de justicia, como es la simulación de delito, previsto y penado en el art. 304 del CP; lo que evidentemente carece de toda justificación es que la persona que provocase el error judicial, atribuyéndose falazmente un delito con fines espúreos, por ejemplo para encubrir a otra persona, ocultar una infracción punible de mayor entidad, retrasar una extradición etc., tuviera derecho a ser resarcido económicamente por mor del fallo de una sentencia propiciada y buscada por el referido sujeto. Esta conducta dolosa tanto puede ser activa como omisiva, ocultando consciente y voluntariamente datos trascendentes a los efectos del debido enjuiciamiento de la causa con la aviesa intención de producir el error judicial.

Tampoco se tiene derecho a la indemnización correspondiente cuando el error se deba a una conducta culposa del condenado. Es cierto que el imputado en el proceso penal goza de la presunción de inocencia, correspondiendo a las partes acusadoras la carga de la prueba de la comisión por su parte del ilícito penal, pero no deja de ser menos cierto que el imputado pudo haber contribuido decisivamente al mismo como consecuencia de su propia conducta negligente guardando, por ejemplo, silencio sobre un determinado hecho importante o decisivo, o de alguna circunstancia que le hubiera eximido de responsabilidad. La doctrina, no obstante, se inclina a entender que tal culpa debe ser grave a los efectos de privar del derecho indemnizatorio.

1725

En cualquier caso, lo que no cabe duda es que debe mediar una relación de causalidad entre la conducta dolosa o culposa del condenado y el resultado del juicio en el que se dictó la sentencia revisada. No obstante, tampoco veríamos mayores problemas, en los casos en los que hubiera habido una contribución con causal de la conducta del condenado en la génesis del error, que no fuera decisiva o determinante, a que la misma se tuviera en cuenta por el tribunal a los efectos de moderar el importe cuantitativo de la indemnización correspondiente, en atención a la mayor o menor incidencia de aquélla en la génesis de la sentencia objeto de la revisión estimatoria.

El beneficiario del derecho a la indemnización es el imputado y en caso de fallecimiento del mismo sus herederos.

440

RECHAZO Y COSTAS

El rechazo de la solicitud de revisión no impedirá la interposición de un nuevo recurso fundado en motivos distintos.

Las costas del recurso rechazado estarán siempre a cargo de quien lo interpuso.

El fallo que se dicte en el nuevo juicio no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 413

II. COMENTARIO

1726

Por último, el CPP regula otras consecuencias jurídicas de la revisión de naturaleza heterogénea, referentes a la imposición de las costas, a los límites de la cosa juzgada y al principio de la *reformatio in peius*.

En primer lugar, hay que destacar que la desestimación de la revisión no impedirá, el planteamiento de la misma, basada en distintos motivos de los invocados al interponerla con antelación.

TREJO ESCOBAR (*Los recursos y otros medios de impugnación en la jurisdicción penal*, p.187) señala que “por motivos distintos” deben entenderse hechos generadores diferentes a los planteados en el libelo del recurso que se declaró sin lugar y, también, cuando se trate del mismo motivo, aquellos distintos en sus fundamentos o elementos de juicio.

Por su parte, WASHINGTON ABALOS (*Op. cit. supra*, p.580) indica que “entonces, deberá hacerse el trámite nuevamente, no teniendo ninguna influencia el pedido de revisión interpuesto con anterioridad, salvo que el nuevo recurso se fundare en elementos que, unidos al primer pedido, coadyuvaren de tal manera que la prueba anterior resulte complementada con la nueva. Así de la unión de los dos recursos, podrá concluirse acabadamente en la inexistencia del hecho delictuoso o que el imputado no lo cometió

o no tuvo participación en el mismo. De la integración de ambos pedidos resultará un nuevo motivo que autoriza la interposición del segundo recurso”.

Es obvio que el rechazo de la revisión por motivos puramente formales no impedirá su planteamiento posterior una vez subsanados los defectos de tal clase apreciados por el tribunal llamado a conocer sobre ella.

Con respecto a las costas del recurso se acoge el criterio del vencimiento objetivo en el sentido de que se impondrán las mismas al promovente de la revisión en el caso de que sea rechazada, precepto que deberá de aplicarse tanto en los casos de que tal desestimación lo sea por motivos formales como de fondo.

Por último, se termina la sección correspondiente a la revisión con la consagración específica de una manifestación de la *reformatio in peius* (art. 413), cuando se norma que “el fallo que se dicte en el nuevo juicio no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia.

LIBRO QUINTO

EJECUCIÓN

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

441

COMPETENCIA

1728

Las resoluciones judiciales serán ejecutadas, salvo lo previsto en la Ley Penitenciaria y aquéllas que sean de competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, por el juez o tribunal que las dictó, quien tiene competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y debe hacer las comunicaciones que por la ley correspondan.

El tribunal puede comisionar a uno de sus jueces para que practique las diligencias necesarias.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 14, 27 pf. 3º y 172
- LP, 2 a 8, 18, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 52, 87, 95, 124
- CP, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 64, 65, 74, 77, 78, 79, 80, 84, 85, 86, 87, 93, 95, 112 y 113
- CPP, 1, 22, 23, 24, 55 A), 101, 129, 300, 304, 312, 361, 441-A y 443.
- CPC, 443
- Decreto 257 y 262 de 23 de marzo de 1998

II. COMENTARIO

A) Concepto y naturaleza jurídica del proceso de ejecución

El ejercicio exclusivo del “ius puniendi” le corresponde al Estado, que lo ejercerá a través del proceso penal, y concretamente por medio de los órganos jurisdiccionales. Al respecto es categórico el art. 14 de la Cn, cuando señala que “corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas”, añadiendo que “no obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad”; por consiguiente, si bien existe una potestad sancionadora de la Administración está queda limitada, tratándose de sanciones que impliquen privación de libertad, a las de arresto con duración máxima de cinco días. Por su parte, el art. 1 del CPP indica que “nadie puede ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en juicio oral y público...”.

Es evidente que la potestad jurisdiccional no finaliza con la fase declarativa del proceso, ya que comprende también la ejecución de lo juzgado, esto es el empleo de la coacción estatal para llevar a efecto los pronunciamientos de las sentencias u otras resoluciones jurisdiccionales, lo que claramente resulta de lo normado art. 172 de la Cn, al establecer que corresponde exclusivamente al Órgano Judicial “la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

1729

MORENO CATENA define a la ejecución penal como “la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución (sentencias firmes de condena dictadas en procesos penales)”. Y, por su parte, HINOJOSA SEGOVIA, como conjunto de actos atribuidos a los órganos del Estado, facultados legalmente para ello, que tienden a dar cumplimiento, dentro de los límites establecidos por la ley y los reglamentos, a los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de las resoluciones judiciales ejecutables recaídas en un proceso penal. Cuando se trate de la ejecución de penas privativas de libertad se deberá tener en cuenta que éstas están orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados”.

El CPP parte de la separación de las tres funciones esenciales del proceso penal que atribuye a órganos jurisdiccionales diferentes, cuales son la investigadora, la enjuiciadora y la de ejecución, atribuida ésta última a los JVPEP y a las Cámaras correspondientes.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la ejecución penal se ha discutido como consecuencia de que en la misma no sólo interviene el Juez o Tribunal sentenciador, sino también y fundamentalmente otros órganos jurisdiccionales como son los Juzgados y las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena (art. 33 de la LP), así como la Administración Pública, habida cuenta que la custodia y tratamiento de los penados, hasta el cumplimiento efectivo de la condena, corresponde a las Instituciones Penitenciarias.

No ofrece duda la naturaleza jurisdiccional de los actos procesales de ejecución llevados a efecto por el órgano judicial sentenciador, hoy en día fundamentalmente circunscritos a la ejecución de las responsabilidades pecuniarias dimanantes de la infracción penal, así como los llevados a efecto por los JVPEP (art. 37 LP). El Tribunal Constitucional español ha considerado a éstos Juzgados como órganos especializados dentro del orden penal de la jurisdicción ordinaria (STC 2/1987, de 21 de enero).

En definitiva, podemos concluir, con HINOJOSA SEGOVIA, que la naturaleza jurídica de la ejecución penal tiene un carácter mixto jurisdiccional- administrativo, con claro predominio del jurisdiccional, ya por la actuación directa de los órganos de este carácter, ya por el control de la actividad de los órganos administrativos a través de los Tribunales de lo Contencioso o los Juzgados de Vigilancia.

1730

B) Principios por los que se rige el proceso de ejecución

Como principios por los que se rige la ejecución de sentencias podemos citar los siguientes:

a) De legalidad. Proviene de la vinculación de los órganos jurisdiccionales al imperio de la Ley, en su actividad procesal (art. 172. pf. 3º de la Cn). El art. 1 del CP indica que nadie “podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la Ley no haya establecido con anterioridad”. El art. 4 de la LP dispone, al respecto, que “la actividad penitenciaria se deberá fundamentar en la Constitución de la República, en esta Ley, en los reglamentos dictados conforme a ella y en las sentencias judiciales”. En la exposición de motivos de la LP se hace constar expresamente que “la ejecución de las penas no puede quedar librada al arbitrio de la administración penitenciaria, sino que habrá de aplicarse o practicarse con arreglo a la ley, o sea, en la forma y con las modalidades y circunstancias que ella establezca. De lo contrario caeríamos en un absolutismo de los funcionarios penitenciarios”.

b) De iniciación de oficio. A diferencia de lo que sucede en el proceso civil (art. 443 del Código de Procedimientos Civiles), la ejecución de las sentencias penales se lleva a efecto de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales, sin necesidad de petición de

parte (art. 43 LP). Esta circunstancia ha llevado a MORENO CATENA a considerar que toda ejecución de una sentencia penal es ejecución forzosa.

c) *De judicialización.* El art. 6 de la LP señala que “toda pena se ejecutará bajo el estricto control del JVPEP y la Cámara respectiva, en su caso, quienes harán efectivas las decisiones de la sentencia condenatoria. El Juez también controlará el adecuado cumplimiento del régimen penitenciario”, en el mismo sentido los arts. 35 y 37.1 de la LP. A tal principio se hace igualmente referencia en la exposición de motivos de la LP, al señalar que el mismo “es vital dentro de la ejecución de la pena, en razón del total desvinculamiento que de hecho se viene dando, entre el condenado y el sistema judicial. Sucede que una vez dictada la sentencia, los jueces se alejan de las consecuencias de sus decisiones y de los graves problemas que existen en las cárceles...”, y concluye “en suma, por medio del principio de judicialización se persigue el activo control judicial de todos los derechos y garantías de las personas detenidas en los centros penitenciarios”.

d) *Principio de reeducación y resocialización.* El art. 27.3 Cn indica que: “El estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de delitos” El Tribunal Constitucional español, interpretando el similar art. 25.2 de la Constitución española, ha señalado que de tal precepto no derivan derechos subjetivos del penado, sino que conforma un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (ATC 15/1984, de 11 de enero, ATC 486/85, de 10 de julio; STC 2/1987, de 21 de enero etc.). Igualmente esta misma finalidad es plasmada en los arts. 2 y 3 de la LP, y en el art. 124 de dicha disposición, que indica que “el tratamiento penitenciario está formado por todas aquellas actividades terapéutico asistenciales encaminadas a la reinserción social de los condenados...”.

1731

e) *Respeto de los derechos fundamentales del penado,* salvo los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio. En este sentido, se manifiesta el art. 5 LP, que señala que “queda terminantemente prohibida la utilización de las torturas y de actos o procedimientos vejatorios en la ejecución de las penas. No se discriminará a ningún interno por razón de su nacionalidad, sexo, raza, religión, tendencia u opinión política, condición económica o social o cualquier otra circunstancia”. Los derechos fundamentales de los penados se encuentran bajo el control del JVPEP, de manera tal que los internos podrán dirigirle al respecto las quejas oportunas (art. 45 LP).

f) *Cumplimiento de la sentencia penal, en sus estrictos términos,* aunque se pueda originar una transformación del objeto de ejecución por imposibilidad material del cumplimiento específico, caso de incapacidad de pago de la pena de multa impuesta (art. 54 del CP), o en virtud del juego de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 77 y ss. del CP), o de la sustitución de las penas privativas de libertad (art. 74 y ss.). Por

su parte, el art. 55 LP admite la posibilidad de que el JVPEP pueda modificar o suspender las medidas de seguridad conforme establece el Código Penal (art. 52 LP).

g) De celeridad, ya que si la sentencia es absolutoria “el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquélla sea todavía recurrible” (art. 443 CPP). El art. 43 de la LP indica, por su parte, que “las penas se ejecutarán al quedar firmes las sentencias, inmediatamente, el tribunal que declare firme la sentencia, ordenará las comunicaciones que correspondan”.

h) Variabilidad del título de ejecución, ya que el contenido del mismo no permanece inmutable, en cuanto la ley fija determinados incentivos y medidas de reducción con la finalidad de favorecer la reeducación o resocialización del penado, lo que es connatural con el sistema progresivo al que se refiere los arts. 95 y ss LP. Así por ejemplo la libertad condicional anticipada del art. 86 CP.

i) Reconocimiento del derecho de defensa de los penados, en cualquier incidente que se suscite durante la ejecución de la pena (art. 9.12 LP).

La LP recoge como principios básicos, el de la función de las instituciones penitenciarias (art. 3), de legalidad (art.4), de humanidad e igualdad (art. 5), de judicialización (art. 6), de participación comunitaria (art. 7) y de afectación mínima (art. 8).

C) Los órganos de la ejecución y sus funciones

Los órganos de la ejecución son:

a) El Juzgado o Tribunal que dictó la resolución que se ejecuta.

b) El Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de las Penas, cuyos antecedentes legislativos se encuentran en la Ley Federal de Brasil de 1922 y después en el Código de Procedimiento Penal de 1940 y disposiciones ulteriores. En Portugal se crea, por Ley de 16 de mayo de 1944 y Decretos de 27 y 30 de abril de 1945, el Tribunal de Ejecución de Penas. En Italia, el Juez de Vigilancia se regula, por primera vez, en el Código Penal de 1930, y en Francia aparece la figura del “juez encargado de seguir la aplicación de las penas” en el Código de Procedimiento Penal francés de 1958. En España, es introducido por la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979. En la República de El Salvador se consagra, por primera vez, en la Ley Penitenciaria de 1997.

El Decreto No. 262, de 23 de marzo de 1998, señala la competencia territorial de cada JVPEP con respecto a los centros que se les asigna, pero también conocerán de los asuntos de su competencia que hayan sido tramitados por determinados tribunales.

Con la mentada Ley, la ejecución de las sentencias corresponde a los nuevos órganos jurisdiccionales, salvo el periodo regido por la Ley Transitoria “para regular la tramitación de los procesos penales y recursos de gracia iniciados antes del 20 de abril de 1998” (Decreto n° 257, de 23 de marzo de 1998).

c) *Las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena*, que conocerán de los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los JVPEP (art. 34 LP).

d) *El Ministerio Público*, con sus tres componentes Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, que actuarán en los incidentes de ejecución de la pena en cumplimiento de sus respectivas atribuciones (art. 40 y ss. LP). El querellante, por el contrario, no participará durante la fase de la ejecución de la pena (art. 101 CPP).

e) *El Departamento de Prueba y Libertad Asistida*, el cual estará conformado por un cuerpo de Inspectores y Asistentes de prueba que nombrará la Corte Suprema de Justicia, y estará al servicio del JVPEP en las tareas de control de las condiciones o reglas de conducta impuestas en los casos de suspensión condicional del procedimiento penal, medidas de seguridad, libertad condicional, suspensión condicional de la ejecución de la pena en cualquiera de sus formas, y el cumplimiento de penas que no impliquen privación de libertad (art. 39 LP).

1733

f) *La Administración Penitenciaria*, en cuanto que la ejecución de las penas privativas de libertad se efectuará en establecimientos penitenciarios de la forma prescrita en la Ley y Reglamentos. Son organismos administrativos penitenciarios: 1) la Dirección General de Centros Penales, 2) el Consejo Criminológico Nacional, 3) los Consejos Criminológicos Regionales y 4) la Escuela Penitenciaria (art. 18 LP).

El precepto que comentamos del CPP establece una norma reguladora de la competencia funcional, en cuanto indica que las resoluciones judiciales, que pueden revestir la forma de sentencias, autos y decretos (art. 129 CPP), deben ser ejecutadas por el Juez o Tribunal que las dictó, al cual le corresponde llevarlas a efecto y resolver las cuestiones e incidentes que se susciten durante su ejecución. El título de ejecución no tiene que ser necesariamente una sentencia, pues puede ser un auto o providencia, ni tampoco tiene que ser firme o su contenido de condena. Así cuando la sentencia es absolutoria, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquélla sea todavía recurrible (art. 443 CPP). En relación con las medidas cautelares la interposición de un recurso contra las mismas no suspenderá su ejecución, como resulta del art. 304 del referido texto legal, o como sucede igualmente en el supuesto de recurso contra los autos de sobreseimiento del art. 312. Pf. 3° CPP.

No obstante, la atribución de la realización del título ejecutivo al órgano jurisdiccional que lo dictó, se hace la salvedad de la competencia que le puede corresponder al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien pertenece, con carácter general, el control y ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas por sentencia judicial, véase al respecto los art. 55 A) del CPP, 35, 37 y concordantes de la LP, así como los art. 49, 50 CP (arresto domiciliario), 52, 53 CP (multa), 55, 56 y 57 CP (trabajo de utilidad pública), 84 CP (suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena), 85, 86, 87 y concordantes CP (libertad condicional), 93 y 95 CP (medidas de seguridad).

Los incidentes que se refieran a la suspensión de la ejecución de la pena, a la libertad condicional en cualquiera de sus formas, a la conversión de la pena de multa por las que permite el Código Penal, a la rehabilitación, a la extinción de la pena, de las medidas de seguridad, a suspensión condicional del procedimiento penal, así como todos los que por su importancia el JVPEP lo estime necesario, deberán de ser resueltos en una audiencia oral a realizarse dentro de un plazo de cinco días, a la cual convocará a todas las partes, y que se resolverá en la misma audiencia, siendo tal resolución apelable (art. 46 LP).

1734

Corresponde al juez o tribunal sentenciador, además de la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia condenatoria, la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 77 CP), fijando el periodo de prueba con las condiciones del art. 79 y límites del art. 80, así como la concesión de la suspensión condicional extraordinaria de la ejecución de la pena (art. 78) y la suspensión condicional del procedimiento (art. 22 CPP), fijando el periodo de prueba (art. 23), sin perjuicio del control que compete al JVPEP (art. 24).

La firmeza de la sentencia será declarada por el tribunal sentenciador, el cual ordenará las comunicaciones correspondientes, remitiendo la certificación oportuna al JVPEP, y al Director del Centro Penal donde el reo esté detenido, y si estuviere en libertad ordenará inmediatamente su detención (art. 43 LP), o requerirá al fiador para que comparezca o cumpla la condena impuesta (art. 300 CPP). Expedirá la orden de ingreso del penado en el centro penitenciario para cumplimiento de condena (art. 87 LP).

Recibida la certificación de sentencia por el JVPEP, éste ordenará su cumplimiento, practicando la liquidación de condena, abonando el tiempo que el penado estuvo privado de libertad (ver comentario al derogado art. 441-A CPP) y señalando la fecha en la que cumplirá la totalidad de la condena (art. 44 LP).

La liquidación de condena será notificada al penado, a su defensor, a la Fiscalía General de la República, a los efectos de que puedan solicitar su revisión, en el plazo de tres días, a contar desde su notificación. El cómputo quedará aprobado al vencer el plazo, sin haber sido impugnado, o al decidir el juez sobre la impugnación. En cualquier

tiempo podrá rectificarse el cómputo practicado, a solicitud de parte o de oficio (art. 44 LP).

Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal inscribirá en él y en el registro donde se halle, una nota marginal sobre su falsedad, con indicación del tribunal, del procedimiento en el cual se dictó la sentencia y de la fecha de su pronunciamiento (art. 361 CPP). Igualmente al Juez o Tribunal que dictó la sentencia condenatoria le corresponde comunicar, a la autoridad competente para su ejecución, la pena de inhabilitación impuesta al condenado (art. 64 LP), disponiendo, en su caso, el decomiso de los documentos que autoricen el ejercicio de la profesión, arte, oficio, o actividad a que se refiere la misma (art. 65 LP), así como comunicar la sentencia condenatoria y medidas de seguridad impuestas a los registros correspondientes (art. 112 y 113 CP).

III. JURISPRUDENCIA

Véase la jurisprudencia relacionada en el Art. 43.

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

1735

De acuerdo al Art. 441 Pr.Pn., las resoluciones judiciales (se comprenden las sentencias que imponen alguna medida de seguridad) serán ejecutadas, salvo lo previsto en la ley penitenciaria y aquellas que sean de competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, por el Juez o Tribunal que las dictó. En ese sentido, la Ley Penitenciaria, en el Art. 52, le otorga competencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, para el pronunciamiento sobre la fijación, modificación o suspensión de las medidas de seguridad, conforme establece el Código Penal. Referirse a la “fijación” de las medidas de seguridad, me parece que es contradictorio, y no debería atenderse, ya que la fijación de una medida de seguridad es consecuencia del debate en un juicio público. El Art. 397 Pr.Pn., establece “Cuando el Fiscal o el querellante, en razón de la inimputabilidad, estime que sólo corresponde aplicar una medida de seguridad, requerirán la aplicación del juicio previsto en este título...”. El Art. 95 Pn., “...El Juez de Vigilancia correspondiente, ordenará la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria...”. Por otra parte el Art. 1 Pr.Pn., determina que “Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad, sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público.....” Siendo competencia funcional del Tribunal de Juicio la fijación de la medida de seguridad, y no del Tribunal de Vigilancia Penitenciaria.

Para la ejecución de las resoluciones judiciales cuando éstas se refieran a sentencias definitivas de condenas o absoluciones, habrá que tomar en cuenta si se tratase de las primeras, de las clases de penas que regula el código penal en su título

tercero del Art. 44 y siguientes, y así será su ejecución con las variables que cada una de ellas impone. Cuando se trate de penas no privativas de libertad, el control del cumplimiento estará a cargo del JVPEP (Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena), a través del Departamento de Prueba y Libertad Asistida, como su organismo colaborador (Art. 54 LVP). De todos los incidentes que se susciten en la ejecución de las penas tanto privativas de libertad como no privativas, conocerán en apelación las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia penal (hasta en tanto no sean creadas las Cámaras de Vigilancia Penitenciarias), siempre y cuando la resolución que dictaren los JVPEP, sea objetivamente impugnables por la vía de la apelación.

En el Código Procesal Penal no existe un capítulo específico que regule la ejecución de la condena civil. La sentencia crea un título ejecutivo civil dirigida al condenado para que entregue una suma determinada de dinero. Puede suceder que el condenado voluntariamente abone la suma reclamada, agotándose de esa manera la pretensión del actor civil. También puede ocurrir que existan embargos preventivos, en cuyo caso, si se trata de sumas de dinero, el tribunal pueda librar la respectiva orden de pago, y agotarse así la pretensión resarcitoria. La ejecución civil, tiene lugar cuando no ha sido satisfecha voluntariamente la pretensión hecha valer en sede penal y reconocida por la sentencia. La ejecución ha de versar sobre la restitución, reparación e indemnización de daños, y satisfacción de costas.

1736

441-A

CONVERSIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

ARTICULO DEROGADO. (3)(9)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 6, 17, 157, 289, 292, 297, 303
- LP, 37.5, 44, 87, 88

II. COMENTARIO

Este precepto ha sido expresamente derogado por el Decreto No. 487, dado en San Salvador, el día 18 de julio de 2001; no obstante, hacemos un breve comentario al mismo dado que, en virtud del juego de la irretroactividad, el mismo sería de aplicación en relación con las causas en tramitación antes de su entrada en vigor.

No ha de ofrecer dudas que, en cualquier caso, el tiempo de detención provisional deberá de ser abonado a los efectos del cumplimiento de la condena, siempre que no le hubiera sido aplicado a otra causa, como acontecería en el supuesto de que el imputado hubiera estado detenido simultáneamente por dos o más hechos delictivos, circunstancia de que deberá de ser tenida en cuenta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena cuando, al amparo del art. 44 de la LP, proceda a la liquidación de la misma, señalando dicho precepto que recibida la certificación de la sentencia aquél practicará el cómputo del tiempo que ha estado privado de libertad el condenado. Desaparecido el art. 441-A) del CPP, el abono será día por día, es decir cada uno de los que el penado haya estado privado de libertad antes de la sentencia firme se computará como un día de condena a los efectos de determinar la fecha de cumplimiento total de la pena.

Durante la sustanciación del proceso penal la ley posibilita la adopción de medidas cautelares, de carácter instrumental, a los efectos de garantizar el sometimiento a juicio del imputado y la ejecución de una eventual condena. Entre el elenco de medidas de tal clase figura, ocupando una posición primordial, la detención provisional, regulada en los arts. 292 y ss. del CPP. NOBILI pone en evidencia el uso abusivo que se hace de este instituto, refiriéndose al progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción, y a la consideración real de que, en numerosas ocasiones, “el proceso se convierte en pena”. La privación de libertad del imputado, como escribe CARRARA, está subordinada a “las necesidades del procedimiento”, “ha de ser brevísima”, “no es tolerable sino en graves delitos” y hay que procurar suavizarla mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación sólo para atender a estas tres necesidades: a) de justicia, para impedir la fuga del reo; b) de verdad, para impedir que entorpezca las investigaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos, c) de defensa pública, para impedir a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno.

1737

A tales efectos el CPP establece limitaciones con respecto a la detención provisional, proclamando que no podrá desnaturalizarse su esencia convirtiéndose en pena anticipada, en cuyo caso el JVPEP lo comunicará de inmediato al juez del procedimiento (art. 303), y fijando limitaciones en cuanto a su adopción (art. 292) y duración (art. 297 en relación con el 6).

Pues bien, con base en dichas consideraciones, debemos interpretar, el hoy derogado, art. 441-A del CPP, que deja sin efecto el art. 48 del CP, derogado por decreto 425, de 24 de septiembre de 1988, trasladando su contenido a dicho precepto del CPP, mediante decreto No. 426 de la misma fecha que el anterior.

En primer lugar, es necesario destacar que el abono de la detención provisional sufrida no responde a razones de benignidad, sino de estricta justicia, habida cuenta la homogeneidad existente entre la privación de libertad inherente a la aplicación de tal

medida cautelar con la pena de prisión, pues en ambas el imputado se encuentra privado de tan esencial bien jurídico consustancial a la naturaleza humana. El mal que la aplicación de la detención y pena implican, en el sujeto pasivo que las sufre, es el mismo, por lo que deben merecer igual tratamiento jurídico. No es óbice, para ello, el hecho de que el CPP señale que la detención se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de pena (art. 303), pues una cosa es su régimen y limitaciones legales de ejecución, y otra cosa distinta la identidad existente entre ella con la pena privativa de libertad, en cuanto que la anulación de ésta última es igualmente la esencia de la precitada medida cautelar.

1738 Por otra parte, y dada la preferencia de pronta terminación que han de gozar las causas en las que el imputado se encuentra privado de libertad, el CPP establecía unas reglas para el cómputo del abono de la detención provisional, de carácter progresivo, según el tiempo que el imputado se encontrase privado de libertad antes de recaer sobre su persona la condena penal. Parece igualmente que debe considerarse incluido dentro del mentado cómputo el tiempo que se hallara privado de misma por mor de la detención administrativa practicada por el fiscal conforme al art. 289 del CPP, al darse igual identidad de razón, y, por la misma causa, y pese a que el precepto hable solamente de detención, debería abonarse el tiempo en que el imputado estuvo sometido al régimen de internación provisional al que se refiere el art. 302 del CPP. El art. 17 pf. segundo de dicha ley admite la interpretación extensiva y analógica si favorecen la libertad del imputado.

El cómputo del abono de la detención provisional sufrida será efectuado por parte del JVPEP, conforme resulta de los art. 37.5 y 44 de la LP, por días continuos, y, por lo tanto, incluirá en tal cómputo los de asueto, descanso semanal y días inhábiles (art. 157). Lógicamente, en el caso de que el imputado sufriera simultáneamente detención provisional por dos o más causas, el referido abono sólo le sería computable en una de ellas, salvo en el supuesto en el que, por aplicación del mentado art. 441 A) CPP, el abono procedente excediese de la pena impuesta al enjuiciar alguno de tales hechos, en cuyo caso el excedente podría aplicarse a la otra causa. A tales efectos el JVPEP debe pedir la información correspondiente al centro penitenciario en el que el penado ingreso como consecuencia de las detenciones provisionales simultáneamente sufridas (art. 87 y 88.1 de la LP).

El máximo de abono de la detención provisional, teniendo en cuenta el límite legal de duración de dicha medida cautelar en los 24 meses, no prorrogables (art. 157), que establece el art. 6 del CPP, es de 54 meses (los primeros 6 meses de detención 6 meses de abono, los 6 meses siguientes 12 meses de abono, y los 12 meses últimos 36 meses de abono), de los que, por lo tanto, 30 de ellos serán en compensación al imputado por la dilación en el enjuiciamiento de su causa, sin que respondan, por consiguiente, a una efectiva privación de libertad sufrida por el mismo.

442

INCIDENTES DE EJECUCIÓN

Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por las partes y serán resueltos, oyendo a la parte contraria, en el plazo de cinco días.

Contra las resoluciones de los incidentes de ejecución no procederá recurso alguno, salvo el de revocatoria o aquellos previstos expresamente en la ley.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 160, 441, 445
- LP, 46 y 47

II. COMENTARIO

El CPP no da una definición de lo que debe entenderse por incidente de ejecución, pudiendo considerarse como tal, a los efectos de dicho precepto, todas las cuestiones que pueden surgir en el curso de la ejecución de una resolución judicial, que estando íntimamente ligadas o en conexión con la misma, sean suscitadas por alguna de las partes procesales y que requieran una decisión del órgano ejecutor.

MANZINI los define como aquella particular relación procesal contenciosa, promovida por el ministerio público o por el particular interesado, que surge con ocasión de la ejecución de una sentencia penal hecha irrevocable, o de otra providencia del juez en orden a la cual esté expresamente previsto el procedimiento de que se trata; incidente que tiene por contenido una de las cuestiones específicamente previstas por la ley u otra controversia referente a la interpretación o a la aplicación de la cosa juzgada, o a providencias no discrecionales emitidas para la ejecución de dicha cosa juzgada". Por su parte, CARNELUTTI entiende por tales a las "cuestiones penales no decididas en el proceso de cognición, en cuanto surjan después de la conclusión de él".

Debe quedar fuera del incidente de ejecución toda cuestión que explícita o implícitamente haya sido resuelta en la resolución que se ejecuta, so pena autorizar una nueva revisión de lo decidido con eficacia de cosa juzgada. Tampoco cabría discutir en su seno cualquier cuestión relativa a la concurrencia de vicia in procedendo en el proceso de adopción de la resolución firme que se ejecuta. MANZINI, insistiendo en tales ideas, señala que presupuesto de todo incidente de ejecución es que la sentencia se

haya hecho irrevocable, en otro caso hay que proveer con la impugnación ordinaria. LEONE admite la promoción de un incidente de ejecución relativo a la inexistencia de cosa juzgada en el título que se ejecuta.

La competencia funcional para su decisión viene atribuida al juez o tribunal que dictó la resolución que se ejecuta (art. 441 CPP), y la ley fija su forma de tramitación, garantizando el principio de contradicción, al exigir traslado a la parte contraria por el plazo de cinco días para que, al efecto, pueda realizar las alegaciones correspondientes. El Juez o Tribunal decidirá el incidente dentro de los cinco días siguientes (art. 160 CPP). Contra su resolución cabe siempre interponer la revocatoria, pero la apelación u otra clase de recursos sólo son posibles en los casos que la ley expresamente los establezca.

Los incidentes que se susciten ante el JVPEP tienen una regulación específica establecida en el art. 46 de la LP, y su régimen de impugnación viene regulado en el art. 47 de dicha disposición. Por su parte, los incidentes sobre la restitución de los objetos secuestrados son objeto de concreta regulación en el art. 445 CPP.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

1740

Si bien es cierto que la disposición no expresa que el incidente pueda plantearse y resolverse oficiosamente, sí cabe la posibilidad, si se adquiere conocimiento de la cuestión que debe resolverse, ya que el planteamiento por las partes es facultativo.

443

SENTENCIA ABSOLUTORIA

Cuando la sentencia sea absolutoria, el tribunal ordenará inmediatamente la libertad del imputado y la cesación de toda medida cautelar, aunque aquélla sea todavía recurrible.

I. **CONCORDANCIAS**

- CPP, 4, 6, 360, 376 pf. 2º, 411

II. COMENTARIO

El primero de los efectos que surgen del recurso, es la evitación de que la resolución impugnada alcance la autoridad de cosa juzgada formal, y, por consiguiente, la categoría de inmutable, que posibilita la apertura del proceso de ejecución. A tal efecto suspensivo, también denominado por ello impeditivo, se refiere expresamente el art. 411 del CPP, cuando establece que: “la resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición legal en contrario”.

Pues bien, dentro de tales excepciones, y como no podía ser de otra forma, se encuentra la sentencia absolutoria, cuyo pronunciamiento ha de traer consigo la inmediata puesta en libertad del imputado que, en virtud de una resolución judicial, y tras ser sometido a un juicio oral y público, en donde se han practicado o podido practicar todas las pruebas, aportadas por las acusaciones, para demostrar la ejecución por su parte de un ilícito criminal, un órgano jurisdiccional lo ha reputado inocente de los cargos que le fueron imputados, por lo que la persistencia de la detención provisional conformaría una flagrante vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al desvanecerse en una decisión judicial los indicios de criminalidad existentes contra su persona, por lo que ha de primar, en tal caso, la libertad del imputado, ejecutándose la parte dispositiva de una resolución judicial carente de firmeza y susceptible como tal de revocación.

1741

En congruencia con el precepto comentado, el art. 360 del referido texto legal, establece, por su parte, que “la sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos a comiso, lo referente a la responsabilidad civil, las inscripciones necesarias y fijará las cuotas”. Naturalmente que la sentencia condenatoria impugnada no impedirá, por el contrario, que el imputado continúe privado de libertad durante la sustanciación del recurso, siempre que concurren los requisitos legales para ello (art. 6 del CPP), máxime cuando los indicios existentes contra su persona se han visto, en este caso sí, reforzados por la meritada sentencia, que apreció su participación criminal en los hechos enjuiciados. Ahora bien, en este supuesto, el mantenimiento de la privación de libertad del imputado no es consecuencia de la ejecución del fallo condenatorio, impugnado y no firme, sino del mantenimiento de la medida cautelar de la detención provisional. Igualmente hay que dejar claro que el hecho de dictarse una sentencia condenatoria, que haya sido recurrida, no ha de acarrear necesariamente la revisión de la situación personal del imputado dictando contra él auto de detención, el cual sigue gozando de su derecho a la presunción de inocencia (art. 4 CPP).

MANZINI señala que las sentencias absolutorias se ejecutan apenas pronunciadas, sin aguardar a que se hagan irrevocables en lo que respecta a su parte dispositiva

penal. Por su parte LEONE indica que la llamada ejecución de la sentencia de absolución no es una verdadera y propia ejecución, sino cesación de una medida cautelar precedentemente aplicada. Naturalmente si la sentencia de absolución contiene condena en costas, es evidente que no se trata de ejecución de la sentencia de absolución, sino de ejecución de la condena a costas.

Dictada sentencia absolutoria se procederá a la cancelación de las medidas cautelares personales y reales adoptadas durante la tramitación del proceso.

La absolución del imputado por falta de culpa, no tiene autoridad de cosa juzgada respecto a la culpa exclusivamente civil. Por ello, la absolución penal no impide el pronunciamiento sobre la acción civil deducida (art. 360).

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

Si preexistiera la medida cautelar de detención provisional, ante el dictado de una sentencia absolutoria, pierde legitimidad y por lo tanto debe cesar de inmediato. De otro modo, se gestaría el riesgo de causar perjuicios irreparables e injusticias para el justiciable privado de su libertad a pesar del pronunciamiento de la solución absolutoria.

1742

444

OBJETOS SECUESTRADOS, RESTITUCIÓN Y RETENCIÓN

Los objetos secuestrados que no estén sujetos a comiso, restitución o embargo serán devueltos a quien se le secuestraron, salvo cuando sean de ilícito comercio o relacionados con el crimen organizado, debiendo en este caso cumplirse con lo dispuesto en el inciso segundo del Art.184 de este Código. (9)

Los que sean propiedad del condenado podrán ser retenidos en garantía de las costas del procedimiento y de la responsabilidad pecuniaria.

I. **CONCORDANCIAS**

- CPP, 180, 184, 305, 361 pf. 5
- CP, 22 A, 115, 123, 127
- CPC, 612
- LRARD, 68

- LRCMDRA, 25

II. COMENTARIO

Durante la fase de investigación del delito corresponde al Juez disponer que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquellos que pueden servir como medios de prueba, ordenando el correspondiente secuestro. En casos urgentes esta medida podrá ser ordenada por la policía o la Fiscalía General de la República, sometida a la ratificación judicial (art. 180 CPP).

Por otra parte, el art. 305 de dicha disposición general regula las medidas cautelares patrimoniales que el Juez puede acordar, a petición de parte, para garantizar la multa o la responsabilidad civil, que se regirán por las normas del Código de Procedimientos Civiles, definiéndose en éste al embargo como secuestro judicial de bienes (art. 612).

El art. 127 del CP se refiere al comiso señalando que el juez o tribunal ordenará el comiso o pérdida a favor del Estado, de los objetos o instrumentos de que se valió el condenado para preparar o facilitar el hecho, el cual no podrá acordarse en el caso de los delitos culposos. El comiso sólo procederá cuando los objetos o instrumentos sean de propiedad del condenado o estén en su poder sin que medie reclamo de terceros. Cuando la pérdida resulte desproporcionada con la gravedad del hecho que motive la condena, el juez o tribunal podrá dejarla sin efecto, restringirla a una parte de la cosa u ordenar un pago sustitutivo razonable al Estado.

1743

Conforme al art. 182 del CPP cuando la orden de secuestro recaiga sobre bienes caídos en comiso tales como vehículos de motor, naves, aeronaves, idóneos y apropiados u objetos útiles para el combate del crimen organizado, el juez, previa solicitud de la Fiscalía General de la República, podrá obtener su depósito a favor de la Policía Nacional Civil, quien deberá destinarlo inmediatamente y en forma exclusiva al combate del crimen organizado. Si el juez estimare que tales bienes u objetos no son idóneos o apropiados para la Policía Nacional Civil, podrá ordenar su depósito a favor de la Fuerza Armada para sus fines institucionales

Por su parte, el comiso igualmente aparece regulado en el art. 68 de la Ley Reguladora de las actividades relativas a las drogas y en el art. 25 de la Ley Represiva del contrabando de mercaderías y de defraudación de la renta de aduanas.

Aunque el art. 314 CPP no se refiera al comiso como contenido de la acusación deberá incluirse en ella para ser objeto del correspondiente debate. El Tribunal Supremo español ha señalado con reiteración que el comiso es una pena accesoria unida a la imposición de la pena principal, pero no es nunca imperativa de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral, a través de petición de alguna

de las partes acusadoras (sentencias de 20 de enero y 28 de abril de 1997, y 6 de marzo de 2001). Es cierto que el art. 127 del CP se manifiesta en términos imperativos, pero su inciso segundo posibilita, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, no acordarlo, por lo que lo procedente, en garantías del derecho de defensa, es someter tal cuestión a debate en el plenario.

En el campo de la doctrina LEONE distingue entre el secuestro (embargo) conservativo penal y el secuestro penal, éste último se dirige a la conservación de las pruebas y puede disponerlo no sólo el juez, sino el ministerio público y los mismos órganos de la policía judicial, y está regulado por las normas particulares de ejecución; en cambio, el secuestro (embargo) conservativo penal tiende a actuar en garantía de las obligaciones provenientes del delito.

Las cosas secuestradas que tengan interés para el procedimiento penal, como las que constituyan el instrumento de ejecución del delito o sean elemento necesario para demostrar su perpetración serán mantenidas en secuestro mientras sea necesario para el procedimiento. Por el contrario, las que carezca de tal interés podrán ser restituidas. El art. 184 del CPP se refiere a tal devolución.

1744 La sentencia que ponga fin al procedimiento penal decidirá sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan a los tribunales civiles, y decidirá sobre el comiso y la destrucción previstos en la ley penal (art. 361 CPP). Precepto que deja, pues, a salvo las reclamaciones que sobre propiedad se puedan hacer ante los jueces del orden jurisdiccional civil. La restitución forma parte de las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en sentencia (art. 115 del CP y art. 361 CPP).

Por último, en fase de ejecución, el art. 444 CPP señala el destino que habrá de darse a los objetos secuestrados, que serán entregados a las personas en cuyo poder se hallaban, por entenderse que son los legítimos poseedores de los mismos (presunción derivada de la apariencia posesoria), excepto que estén sometidos a comiso, restitución o embargo, y salvo claro está también que sean de ilícito comercio o estén relacionados con el crimen organizado, norma esta última introducida en el CPP por Decreto No. 487, dado en San Salvador a 18 días del mes de julio de 2001.

El concepto de crimen organizado viene dado por el art. 22 A) del CP, al cual habrá de acudir a los efectos de determinar si nos hallamos ante un supuesto legal de tal clase.

En estos casos, podrán ser objeto de decomiso no sólo el objeto material del delito como serían, por ejemplo, las drogas intervenidas, sino también los instrumentos del mismo, como vehículos, buques o aeronaves, que haya servido para la comisión del hecho delictivo, pero también el producto del delito, quedando comprendidas las

ganancias obtenidas a través de la realización del mismo, refiriéndose la Ley, en este sentido, a los “bienes que estén relacionados con el crimen organizado”.

En cualquier caso, habrá de cumplirse lo establecido en el inciso segundo del art. 184, es decir que los vehículos secuestrados que sean solicitados por la Autoridad Central del Tratado Centroamericano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente, le será entregados, a la mayor brevedad posible.

Los objetos que sean propiedad del condenado podrán ser retenidos a los efectos de garantizar sus responsabilidades pecuniarias dimanantes de la causa y para el abono de las costas, estableciéndose en el art. 123 del CP el orden de preferencia en la satisfacción de tales responsabilidades: 1) indemnización y reparación de daños y perjuicios, 2) el pago de la multa; 3) el resarcimiento de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en el proceso.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

La disposición legal hace alusión a la devolución de los objetos, que no estén sujetos a comiso, restitución o embargo, a quienes se les secuestraron. Vale resaltar que la ley no toma en cuenta la calidad de propietario o poseedor para devolverlos, sino que tiene en cuenta la mera tenencia al momento del secuestro. En tales casos, aquellos que aleguen derechos sobre las cosas secuestradas, deberán discutirlos ante el Juez Civil.

1745

445

CONTROVERSIA

Si se suscita controversia sobre la restitución, se dispondrá la formación de un incidente, conforme a lo previsto para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

I. **CONCORDANCIAS**

- CPP, 278 y siguientes, 361 pf. 5º, 441
- CP, 127

II. COMENTARIO

En ejecución de una resolución judicial se pueden suscitar controversias con respecto a la restitución de la cosa, que siempre que no haya sido resueltas en una sentencia con eficacia de cosa juzgada, pueden motivar la promoción de este incidente que resolverá el mismo juez ejecutor (art. 441), tal sería el caso, por ejemplo, de reclamaciones efectuadas por terceros adquirentes de buena fe a título oneroso (art. 127 CP), o bienes que sean de titularidad compartida con el condenado.

La posibilidad de promoción del incidente debe estar condicionada a la circunstancia de que por parte del juez penal no se haya resuelto ya sobre la devolución de la cosa y entregado la misma, en cuyo caso quien se considere perjudicado le queda abierta la reclamación ante el juez civil (art. 361 pf. 5° CPP).

Para la decisión de tal incidente se remite dicho precepto a la tramitación de las excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 278 y siguientes CPP).

1746

446

OBJETOS NO RECLAMADOS

Cuando después de un año de concluido el procedimiento, nadie se presente a reclamar los objetos secuestrados, aun cuando estuvieren en depósito, el tribunal notificará al propietario, si se conociere, que el objeto será vendido en pública subasta, para que en el término de tres días se presente a reclamar los objetos. Transcurrido dicho plazo sin que se presentare el dueño el tribunal procederá a vender los objetos en pública subasta, previa citación de las partes, y su producto ingresará en calidad de Fondos Ajenos en Custodia por el término de tres meses, transcurrido los cuales sin que nadie se presente a reclamar dicho valor, éste ingresará al Fondo General de la Nación.

En el caso del inciso tercero del Artículo 184, dichos objetos pasarán por Ministerio de Ley a la Policía Nacional Civil. (9)

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 182 y 184
- CP, 126 y 127

II. COMENTARIO

Este precepto regula el destino de los bienes secuestrados cuando no existe reclamación sobre su entrega en el plazo de un año desde la finalización del procedimiento penal, estableciéndose, en tal caso, su venta en pública subasta, y su ulterior ingreso al Fondo General de la Nación.

No obstante, la reforma de tal precepto por Decreto No. 487, de 18 de julio de 2001, establece una excepción a tal régimen normativo conforme a la cual, cuando se trate de objetos vinculados directa o indirectamente al crimen organizado, los mismos pasarán por ministerio de ley a la Policía Nacional Civil a los efectos de que se destine a la lucha con-tra la criminalidad.

TÍTULO II

CAPÍTULO I

COSTAS

447

CONTENIDO

Las costas consistirán en el pago de los honorarios devengados en el procedimiento y de los otros gastos que se hayan originado durante su tramitación.

I. CONCORDANCIAS

- 1748**
- Cn, 172 pf. 4º y 181
 - CPP, 188, 209 y 210
 - CP, 115 y 116
 - CPC, art. 439

II. COMENTARIO

Es evidente que todo proceso genera una serie de gastos, que serán de mayor o menor entidad según su duración y complejidad, y que plantean siempre el problema de su forma de satisfacción. Así existen gastos para el Estado a quien corresponde organizar el servicio de la administración de justicia, para las partes procesales, que intervienen en el proceso a través de sus representantes jurídicos, y causados a terceros (testigos, peritos), cuya participación es requerida a los efectos del adecuado enjuiciamiento de los hechos criminales.

En otro orden de cosas, es necesario distinguir el concepto de gastos procesales del más específico de costas procesales. Dentro del primero se comprenderían todos aquellos desembolsos económicos que se generan a consecuencia de la sustanciación de un proceso, y que tienen su origen más o menos remoto en el juicio como su causa productora. FENECH agrupaba tales gastos en tres categorías: gastos judiciales, extraprocesales y procesales.

Los gastos judiciales serían aquellos precisos para sufragar el mantenimiento del aparato estatal de la administración de justicia, comprendiendo, en su ámbito, los gastos de naturaleza económica para llevar a efecto la función jurisdiccional, y, en consecuencia, el coste real del aparato judicial (locales, empleados judiciales, medios materiales etc.).

Los gastos extraprocesales serían aquellos que efectúan las partes fuera del proceso a los efectos de procurar el éxito de sus pretensiones. Con respecto a éstos últimos se ha planteado la problemática de si son incluíbles, dentro del concepto de costas, los gastos ocasionados “por el proceso” o sólo deberían serlo los causados “dentro del proceso”. La primera de dichas posiciones es defendida por CHIOVENDA, el cual señala que la exigibilidad de costas “no depende de que se hayan causado durante el pleito, es decir entre la primera y la última de sus actuaciones, ya que el pleito no sólo motiva actuaciones que le constituyen propiamente, sino también cuantas son necesarias para poderlo iniciar”. La segunda restringe el concepto de costas a los gastos que se devenguen siempre “dentro del proceso”, excluyendo los gastos extraprocesales (MUÑOZ GONZÁLEZ, PRIETO CASTRO, HERCE QUEMADA).

El tercer grupo vendría constituido por los gastos procesales que son los dispendios de carácter económico que las partes han de efectuar de forma necesaria en un proceso para conseguir la obtención o defensa de sus derechos. Sin embargo, no podemos afirmar que serían aquellos necesarios para satisfacer los gastos ocasionados para la realización de los actos procesales, entendiendo por tales según PRIETO CASTRO: “los que realizan las partes y el órgano jurisdiccional para preparar, iniciar, impulsar y terminar el procedimiento, logrando el fin que el proceso se propone”, dado que, como hemos visto, abría que excluir los actos procesales de los órganos jurisdiccionales por su naturaleza gratuita a cargo de los presupuestos generales del Estado, por otra parte quedarían igualmente excluidos los gastos extraprocesales efectuados para preparar la iniciación del procedimiento, por ejemplo a los efectos de recabar información precisa para obtener los datos para formular una querella.

1749

Las costas conformarían un concepto restringido dentro de los gastos procesales, que podemos definir como aquellos desembolsos que han de satisfacer las partes, y que tienen su origen directo e inmediato en un proceso, de los cuales les corresponde el derecho a resarcirse si se produce la condena en costas de la contraparte.

Las características de las costas procesales serían a juicio de GUASP las tres siguientes:

- A) Constituyen una parte de los gastos procesales, una especie de un género más amplio que abarca todos los desembolsos de carácter económico que el proceso puede producir.

- B) Esta parte de los gastos procesales tiene otra nota característica adicional, cual es que su pago recae directamente sobre las partes.
- C) Y, por último, han de tener al proceso como causa inmediata y directa de su producción.

CHIOVENDA, autor del estudio más completo efectuado sobre las costas procesales, considera “indispensable que éstas estén con respecto al pleito en la relación de causa a efecto, así como en la necesidad o finalidad”, manejando pues dos elementos configuradores para delimitar su contenido. Uno el de la causalidad, que no es por sí mismo bastante, pues muchos gastos tienen su origen en el proceso, con motivo de su iniciación o desarrollo, pero no pueden considerarse como costas, por lo que se requiere combinar tal criterio con el de la necesidad, reputándose como tales los desembolsos que teniendo su origen o razón de ser en el proceso, son precisos para su tramitación.

1750 GUTIÉRREZ ZARZA define a las costas procesales como “el conjunto de desembolsos de carácter dinerario efectuados dentro de un proceso determinado que guardan con éste una relación de causalidad y necesidad, cuyo pago corresponde normalmente a quienes ocupan la posición de parte y de los que una de ellas puede resarcirse si se produce la condena en costas de la contraria. Siendo sus notas características para dicha autora las siguientes: 1) pertenencia al género de gastos procesales; 2) causalidad y necesidad y 3) imputabilidad a las partes.

Estas tres notas son las configuradoras del concepto de costas en el CPP, cuando señala que consistirán en el pago de los honorarios devengados en el curso del procedimiento y los otros gastos que se hayan originado precisamente durante su sustanciación, y lógicamente como consecuencia directa del mismo; señalando el art. 449 que serán de cargo de la parte vencida. Al emplear el Código (art. 447) las expresiones “en el procedimiento”, y originados “durante su sustanciación”, es claro que se excluyen los gastos extraprocesales, como por ejemplo los generados para la promoción de una querella (investigaciones privadas, pericias previas), por otra parte, la propia naturaleza del proceso penal, en que la fase de investigación corresponde a órganos estatales: fiscalía de la república, policía, órganos jurisdiccionales, hace que los gastos de aquélla naturaleza sean realmente excepcionales.

No podemos confundir las costas procesales con la indemnización de daños y perjuicios (art. 115, último pf. y 116 CP), pues si bien ambas responden a una finalidad resarcitoria de un perjuicio patrimonial sufrido, las costas sólo comprenden un concreto daño emergente, cual es el desembolso económico que una parte tuvo que efectuar por mor de un proceso al que fue indebidamente conducida, mientras que la segunda comprende no sólo un daño emergente, incluido el daño moral, sino también el lucro cesante. Por otra parte, el Secretario es el que liquida las costas procesales, mientras que la indemnización por daños y perjuicios causados la fija directamente el Juez en

una resolución judicial. Sin embargo, determinados ordenamientos jurídicos, entre los que se encuentra el salvadoreño, admite una indemnización de daños y perjuicios procesales, consistente en la cantidad que por resolución ha de pagar una de las partes como consecuencia de la actividad maliciosa o de mala fe de la contraparte, al accionar o resistirse a la pretensión. Así el art. 96.1 del Código Procesal Italiano habla, en estos casos, de la “responsabilidad agravada”, y el art. 439 del Código de Procedimientos Civiles de El Salvador señala que “si de la causa aparece que una de las partes no sólo no probó su acción o excepción, sino que obró de malicia o que aquélla es inepta, será además condenado en los daños y perjuicios”, no obstante lo cual el CPP guarda silencio al respecto, lo que planteará el problema de sí con dicho silencio quiso excluir tal indemnización o por el contrario hay que integrar tal concepto con el art. 439 del Código de Procedimientos Civiles, inclinándome a falta de previsión concreta por la primera interpretación.

Tampoco cabe identificar las costas con la condena al abono de una multa, pues esta es una pena impuesta a quien comete una infracción criminal, o una corrección disciplinaria por incumplimiento de determinadas obligaciones legalmente impuestas (art. 185 CPP), mientras que las costas es un mero resarcimiento de unos concretos gastos procesales devengados, no obstante, se pueden imponer como sanción a los representantes jurídicos que litiguen con temeridad o realizando trámites manifiestamente dilatorios (art. 450 CPP).

1751

Dentro del concepto de costas se incluirán, pues, los honorarios de abogados, de consultores técnicos, peritos (art. 210), salvo cuando reciban un sueldo como peritos permanentes, traductores e intérpretes con la misma salvedad (art. 210), viáticos y gastos de testigos (art. 188), entre otros causados de forma directa e inmediata por el proceso penal y dentro del mismo. Por el contrario, no se incluirán los gastos derivados de la administración de justicia, que es gratuita por mandato constitucional y a cargo de los presupuestos generales del Estado (art. 172 pf 4º y 181 Cn).

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

En los procesos penales la situación es diferente de los civiles, aunque responde a los mismos principios. Lo que ocurre es que ciertos rubros comprendidos en las costas son soportados por el Estado durante su curso, como ocurre con las remuneraciones de fiscales, defensores públicos y peritos oficiales. Las costas se imponen en las resoluciones que terminan el proceso, o bien aquellas que finalizan un incidente, en cuyas oportunidades el tribunal ha de resolver qué parte es responsable, y está obligada a pagarlas o resarcirlas a la contraparte.- El criterio general sobre la base del Art. 449 Pr.Pn., es la parte vencida. Sin embargo, este principio tiene una importante modificación en el proceso penal, porque los fiscales, defensores y los mandatarios que intervengan en el procedimiento, no podrán ser condenados en costas

en forma autónoma, salvo que litiguen en forma temeraria o realicen trámites manifiestamente dilatorios. Por lo demás ha de recordarse que el fiscal no tiene que hacer erogación alguna durante el curso del procedimiento, de modo que nada puede reclamar del condenado.

Las costas importan una especie de sanción resarcitoria, de modo que deben ser impuestas expresamente en las sentencias definitivas, y cualquier otra que ponga fin a un proceso o incidente, y según el caso, pueden ser discutidas por la parte condenada a pagarlas por vía del recurso de apelación (Art. 452 Pr.Pn.) ante tribunal de alzada. La imposición de costas a cargo de una parte, da derecho a la contraparte a reclamarlas, cuando hubiese hecho las erogaciones respectivas, comprobándolas con los medios de prueba con que cuente.

448

RESOLUCIÓN NECESARIA

1752 Toda resolución que ponga término a la causa o resuelva un incidente o la reparación del daño contendrá la condena al pago de las costas.

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 130, 361 pf. 4º
- CP, art. 115

II. COMENTARIO

La ley exige que el juez o tribunal al dictar sentencia u otra resolución que ponga fin a la causa, o al decidir sobre un incidente, o con respecto a la reparación del daño haga expreso pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales. Tal decisión habrá de ser debidamente motivada (art. 130 CPP), expresando los concretos argumentos en virtud de los cuales, y atendiendo a los criterios legales señalados en el art. 449 CPP, se resuelve sobre su imposición.

En congruencia con tal precepto el art. 361. Pf 4º, igualmente, obliga al tribunal a decidir sobre la imposición de las costas, que el art. 115 del CP las comprende dentro de las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en sentencia.

Por lo tanto dicho procedimiento no está condicionado a una petición de parte, sino que la Ley exige directamente dicho pronunciamiento judicial.

III. JURISPRUDENCIA

Gratuidad de la justicia.”XVI-Costas Procesales. En cuanto a las costas procesales éstas corren a cargo del Estado, ya que la administración de justicia es gratuita” (*TS de San Vicente, 21-09-2000*).

IV. NOTA DE ACTUALIZACIÓN

Como se ha afirmado, las costas corren a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá eximir las, total o parcialmente, cuando haya existido razón suficiente para litigar (circunstancia que debe ser apreciada o valorada por el juez). Cabe aclarar que en el proceso penal, la acción generalmente es ejercida por el Ministerio Fiscal, quien sólo puede condenársele en costas, si litiga en forma temeraria o realiza trámites manifiestamente dilatorios (circunstancias estas que debe valorar el juez sobre su existencia). Las costas procesales, de acuerdo al contenido del Art. 447 Pr.Pn., difícilmente proceden en los casos de acción penal pública, comprendida la de instancia particular. Distinto sería en los delitos de acción privada, en los que las costas comprenden además las relativas a la acción penal. La condenatoria en las costas si es procedente casi siempre cuando en el proceso penal se ha ejercido la acción civil y en lo relativo a ésta. El Art. 447 Pr. Pn., se refiere a las costas personales y procesales, imponiéndose su pronunciamiento de forma oficiosa, al haber utilizado el legislador en la disposición comentada el título de “Resolución Necesaria”, o sea pues, que para su pronunciamiento no es necesario petición de parte. Ante tal situación existen posiciones que censuran el pronunciamiento oficioso, y dicen que en tal caso, se incurre en *ultra petita*.

449

IMPOSICIÓN

Las costas serán a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando haya existido razón suficiente para litigar, declarando, en ese caso, quien tomará a su cargo el total o el resto de las costas.

I. COMENTARIO

Es inevitable, al respecto, partir de la cita de CHIOVENDA, cuando afirmaba que si nos planteamos, de forma genérica, el problema de la regulación del pago de las costas procesales se nos ofrecen tres sistemas, de los cuales dos de ellos lo son de carácter radical: a) que cada litigante pague sus costas; b) que pague todas el litigante vencido; c) que las costas sean reintegradas al vencedor por el vencido en función de determinadas circunstancias.

1754 Ello nos conduce al concreto tema relativo a la fundamentación de la condena en costas. Al respecto existen distintas teorías.

a) *Teoría de la pena.* Constituye la explicación más antigua de la condena en costas, según la cual la misma se debería imponer como sanción a aquella de las partes, que abusando del proceso, litigó con mala fe (dolo), promoviendo procesos carentes de razón que los justificasen.

b) *Teoría del resarcimiento.* La condena en costas se justificaría por la obligación de resarcir a la contraparte, pues al ser la misma víctima de la actuación maliciosa o temeraria del litigante contrario, surgiría el deber jurídico de éste de reparar el mal causado. Su fundamento podría encontrarse en el art. 2080 del Código Civil, cuando indica que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

c) *Teoría del vencimiento.* Conforme a la misma las costas deberían de ser abonadas por la parte que pierde el proceso. Su fundamento radicaría, según CHIOVENDA, en el dato objetivo de la derrota procesal. Las costas deben ser abonadas no porque el vencimiento sea una pena ni por haber actuado uno de los litigantes negligentemente, sino porque, aún actuando con buena intención, es la causa del perjuicio patrimonial sufrido por la parte contraria. La necesidad de valerse del proceso para la tutela de los derechos legítimos no debe generar una disminución del derecho mediante el pago de los gastos procesales.

d) *Teoría de la causalidad*. Surge fundamentalmente en Alemania por obra de ROSENBERG, y en Italia representante de la misma fue CARNELUTTI. La formulación de esta doctrina es clara. El presupuesto de la obligación de abonar las costas es una responsabilidad objetiva, derivada de la relación causal entre el daño económico y la actividad desarrollada por una de las partes. VÁZQUEZ SOTELO se refiere al mismo indicando que el vencimiento supone que el vencedor ha hecho uso lícito del proceso; por lo tanto no procede la condena en costas si consta que el pleito ha sido provocado innecesariamente por el vencedor, sin que el vencido haya sido en modo alguno causante del mismo.

EL CPP parte como fundamento de la condena en costas del criterio del vencimiento como determinante de su imposición, serán, por lo tanto, las costas procesales a cargo de la parte que haya sido vencida en el proceso, es decir cuyas pretensiones fueran desestimadas. No obstante existe una excepción en tal sistema, según la cual, y condicionada a la circunstancia de “haya existido razón suficiente para litigar”, podrá ser eximida total o parcialmente de su abono, declarando, en tal caso, quien tomará a su cargo el total o el resto de las costas”.

Por consiguiente, es al órgano jurisdiccional al que compete mediante resolución judicial, que ha de ser necesariamente motivada, explicitando las razones que conducen a tal decisión, resolver al respecto. El criterio decisivo sería el de delimitar, según las concretas circunstancias concurrentes, si ha existido “razón suficiente para litigar”, a cuyos efectos habrá que apreciar la conducta procesal y extraprocesal de las partes, el resultado del proceso, y, por consiguiente, la relación entre la acusación y la sentencia (homogeneidad entre lo pedido y concedido), la complejidad jurídica del caso enjuiciado (carencia de jurisprudencia, cambio de criterio jurisprudencial), la absolución por alguno de los delitos imputados y la condena por otro u otros, entre otras cuestiones decisivas al respecto.

1755

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

En la mayoría de los casos en que ha habido condena penal no se ha condenado en costas, fundamentando los jueces esta decisión en la gratuidad de la justicia penal.

450

PERSONAS EXENTAS

Los fiscales, los defensores y los mandatarios que intervengan en el procedimiento, no podrán ser condenados en costas en forma autónoma, salvo que litiguen en forma temeraria o realicen trámites manifiestamente dilatorios.

I. CONCORDANCIAS

- Cn, 12
- CPP, 98 (querellante), 104 (abandono del querellante), 112 (mandatarios), 278 a 280 (excepciones), 284 (recurso), 450 (litigar en forma temeraria o dilatoria)

II. COMENTARIO

1756

Como hemos señalado, anteriormente, la condena en costas se impone a las partes procesales: querellante, imputado, actor o responsable civil, y no a sus representantes jurídicos, los cuales no podrán ser condenados en costas; sin embargo, la ley establece una excepción, cuando litiguen de forma temeraria o realicen trámites manifiestamente dilatorios, es decir, con total ausencia de lealtad procesal, utilizando el proceso de forma espuria o manifiestamente abusiva, lo que exigirá una motivación judicial al respecto, apreciando tales circunstancias en la actuación procesal de fiscales, defensores y mandatarios, y siempre y cuando dicha actuación procesal sobrepase el legítimo ejercicio del derecho de defensa, que no deber judicialmente limitado o impedido (art. 12 Cn).

El art. 115 CPP, a cuyo comentario realizado por J. MA. CASADO PÉREZ nos remitimos, establece que “las facultades sancionadoras de los jueces y tribunales sobre los defensores y mandatarios en razón de su indebida intervención en el proceso, existiendo al respecto una remisión (implícita y explícita) a otras normas del Código Procesal Penal y del Código de Procedimientos Civiles, tanto en lo que se refiere a la tipificación de las infracciones y sanciones como al procedimiento aplicable para su determinación. La sanción prevista para los defensores y mandatarios que incumplan sus obligaciones profesionales será la de *multa de hasta cien días*, cuyo importe diario se fijará conforme las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado al momento de la sanción. El día multa importará como mínimo una tercera parte del

menor salario diario vigente en el lugar al tiempo de la sentencia y como máximo cinco veces dicho salario (art. 51 CP)".

III. JURISPRUDENCIA

Condena especial en costas. "Que por haberse ejercido, seguido y fenecido el presente proceso en forma oficiosa tanto por la Fiscalía General de la República y Defensoría Pública, no se observó de parte de éstos, realización de actos procesales sin fundamento, o actitud tendiente a dilatar o entorpecer los trámites del procedimiento, por lo que no se pronunciará condena especial en costas" (*TS 1°. de San Miguel, 18-06-01*).

451

DISTRIBUCIÓN DE COSTAS

Cuando sean varios los condenados al pago de costas, el tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil.

1757

I. CONCORDANCIAS

- CP, 115.4 y 118

II. COMENTARIO

El art. 115.4 del CP, dentro de las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en la sentencia figuran las costas procesales. La responsabilidad civil tiene carácter solidario entre los declarados penalmente responsables como autores o partícipes, debiendo el juez o tribunal fijar la cuota que corresponde civilmente a cada uno de ellos en proporción al resultado (art. 118 CP).

El artículo que comentamos exige, pues, fijar en caso de pluralidad de condenados, y teniendo en cuenta las circunstancias del art. 449, la parte que cada uno de ellos habrá de satisfacer para su abono. En circunstancias normales, tal condena será por partes iguales, pero pueden concurrir otras que exijan pronunciamientos distintos, como por ejemplo proceso en el que se acuse por varios delitos y en los que los imputados no hayan participado en la totalidad de ellos (acumulación por conexidad, art. 63 y ss.

CPP), en cuyo caso la fijación de la proporcionalidad es inevitable y habrá de contenerse en la sentencia o resolución judicial.

III. **NOTA DE ACTUALIZACIÓN**

Con base a la solidaridad establecida por la ley civil, el vencedor puede exigir el pago de la totalidad a cualquiera de los condenados, aún cuando el tribunal hubiera fijado para éstos partes proporcionales. El artículo se funda en razones de equidad al establecer partes proporcionales, respecto de aquellos que deben pagar las costas. Ninguna disposición legal autoriza a dictar una condena en costas, confundiendo en una sola imposición las penales y las civiles. En la condena en costas del proceso penal no cabe incluir proporción alguna de las costas civiles.

452

LIQUIDACIÓN

1758 Las partes presentarán al secretario la liquidación de las costas. Los interesados podrán objetarla dentro del plazo de tres días y resolverá el tribunal. La resolución será apelable.

Si nadie objeta la liquidación, quedará firme.

I. **COMENTARIO**

La liquidación de costas se presentará ante el Secretario, lógicamente por la parte acreedora a su satisfacción, lo deberá hacer por medio de un escrito detallado, con aportación de los correspondientes documentos justificativos, en el que se indicarán las concretas partidas que se reclaman y su cuantificación, pues de omitirse tan esenciales datos la eventual oposición de la contraparte sería imposible, generándose una vedada indefensión.

De tal escrito se dará traslado a las partes interesadas a los efectos de que puedan impugnarlo, haciendo las alegaciones oportunas. Es necesario destacar que sólo cabe oponerse al concepto y montante económico que se reclama, y no la concreta condena en costas, en la forma y proporción señalada, que ya quedó fijada en la resolución firme que se ejecuta, y que decidió sobre dicha cuestión con eficacia de cosa juzgada. Tal impugnación, pues, quedará circunscrita a la oposición derivada de entender que

alguna de las partidas que se reclaman son indebidas, al no constituir gastos incluibles dentro del concepto de costas antes delimitado (por ejemplo ser extrapocesales, superfluas o excluirse en la condena judicial que se ejecuta, entre otros motivos legítimos) o por ser aquellos excesivos. Acto seguido resolverá el tribunal, siendo su resolución apelable. Si nadie objeta la liquidación esta quedará firme, y se procederá a su realización.

Contra la resolución del tribunal en materia de liquidación de costas cabrá recurso de apelación ante las Cámaras de Segunda Instancia (art. 417 pf. 2º, en relación con el art. 51.1 CPP).

CAPÍTULO II

DISPOSICIONES FINALES, DEROGATORIA Y VIGENCIA

453

APLICACIÓN PARA PROCESOS FUTUROS

Las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que sea la fecha en que se hubiere cometido el delito o falta.

I. CONCORDANCIAS

1760

- CPP, 34 a 39 (prescripción de la acción penal), 455 (vigencia)
- Leyes transitorias sobre procesos iniciados antes del 20/4/98
- CPP 1973, 145 a 147 (iniciación del proceso)
- CP, 99 a 103 (prescripción de la pena), 407 (ley más favorable)
- CP 1973, 125 a 128 (prescripción de la acción penal y de la pena)

II. COMENTARIO

El precepto prevé la continuidad de los procesos pendientes en el momento de la entrada en vigor del Código, que solo se aplicará a los procesos futuros, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito o falta.

El Código entró en vigor el día 20 de abril de 1998, tras la modificación del art. 455 (DL 203/1998, de 8 de enero), que en su redacción original establecía la entrada en vigor un año después de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, que fue la del 20 de enero de 1997 (D. O. No. 11, tomo No. 334).

Por consiguiente, para determinar la aplicabilidad del nuevo Código, habrá que tener en cuenta si, en relación con un determinado delito o falta, se había iniciado el proceso con anterioridad al día 20 de abril de 1998, a cuyo efecto hay que tomar en consideración el Código derogado de 1973.

Conforme al referido CPP de 1973, el proceso penal se inicia “por denuncia, por acusación y de oficio” (art. 145). Cuando se proceda por denuncia o por acusación, “la resolución que admite una u otra contendrá la orden de proceder a la averiguación del

hecho denunciado o acusado y la indicación de las diligencias que se considere necesario o conveniente practicar” (art. 146 CPP 1973). A la iniciación del proceso de oficio se refiere el art. 147 CPP 1973, a cuyo tenor “el juez de primera instancia o el de paz, luego que tenga noticias de haberse cometido un delito perseguible de oficio, procederá a instruir diligencias para la averiguación del mismo, sus autores y cómplices. En los casos de diligencias remitidas por órganos auxiliares, la instrucción judicial comenzará con las actuaciones y diligencias practicadas por los mismos, si antes no se hubiere iniciado procedimiento”.

En relación con los delitos y faltas cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código, habrá que tener en cuenta la regulación de la prescripción en la nueva normativa penal y en la legislación derogada, debiendo aplicarse la norma más favorable (art. 407 CP). En los nuevos Códigos, la prescripción de la acción penal se regula en los arts. 34 a 39 CPP y la prescripción de la pena en los arts. 99 a 103 CP. Por el contrario, en los Códigos derogados, el instituto de la prescripción, en sus dos variantes -de la acción penal y de la pena-, viene regulada en los arts. 125 a 128 CP de 1973.

Por último, a partir de la vigencia del nuevo Código, se han venido promulgando sucesivamente *Leyes transitorias para regular la tramitación de los procesos penales y recursos de gracia iniciados antes del 20 de abril de 1998* (DL No. 257, de 23 de marzo de 1998; DL No. 794, de 2 de diciembre de 1999, y DL 225, de 14 de diciembre de 2000), estando prevista que la actualmente en vigor (DL 225/2000 de 14 de diciembre) tenga vigencia hasta el 31 de diciembre de 2001. En la indicada ley se establece, por lo que aquí interesa, normas sobre tramitación de procesos anteriores a la entrada en vigor del Código, revisión de los procesos en trámite y con sentencia condenatoria firme y cuestiones varias: lista general de jurados, defensores que no fueren Abogados, etc.

1761

El art. 1, en concreto, dispone que “los procesos iniciados antes del veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, con base en la legislación procesal penal respectiva, continuarán tramitándose hasta su finalización conforme a la misma y por los tribunales que determine la Ley Orgánica Judicial.

Si a partir de la fecha mencionada en el inciso anterior se dictare sentencia definitiva condenatoria, al quedar firme ésta, el tribunal que hubiese conocido en primera instancia certificará lo conducente y lo remitirá dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles, para los efectos legales consiguientes, al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y al Director del Centro Penal donde el reo esté detenido”.

453-A

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los Auxiliares del Fiscal General de la República y los Defensores Públicos de la Procuraduría General de la República que no sean abogados, podrán ejercer las funciones que les establece este Código, durante un período de dos años a partir de la vigencia de este Decreto. (2) NOTA:

INICIO DE NOTA:

POR D.L. N° 158, del 5 de octubre de 2000, publicado en el D.O. N° 205, Tomo 349, del 1 de noviembre de 2000, SE PRORROGA HASTA UN AÑO MAS LA VIGENCIA QUE SUFRIO ESTE ARTICULADO CON EL D.L. N 418, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998, EL CUAL SE TRANSCRIBE LOS ARTICULOS A CONTINUACIÓN:

1762

Art. 1.- Prorrogase por un año más, la vigencia del Art. 453-A, a fin de que los Auxiliares del Fiscal General de la República y los Defensores Públicos de la Procuraduría General de la República, que no sean abogados, ejerzan las funciones que establece el Código Procesal Penal.

Art. 2.- Los Auxiliares del Fiscal General de la República y los Defensores Públicos de la Procuraduría General de la República, que vencido el plazo a que hace referencia el Art. 1 de este decreto no hayan sido autorizados como abogados, podrán ser reubicados dentro de dichas instalaciones, previa su evaluación y comprobación que han continuado su proceso de estudio y autorización.

Art. 3.- A partir de la vigencia de este decreto, se prohíbe a la Fiscalía General de la República y a la Procuraduría General de la República, contratar los servicios de Agentes Auxiliares y Defensores Públicos del Procurador que no sean abogados de la República.

FIN DE NOTA

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 10 (defensa técnica), 183 (fiscales), 110 (defensores públicos)
- LOPGR, 58 a 63
- LOMP, 7, 14 y 83 (Auxiliares del Fiscal General de la República)

II. COMENTARIO

Los Auxiliares del Fiscal General de la República (art. 7-A LOMP) son personas delegadas por el mismo para el cumplimiento de sus atribuciones, entre las que destaca el ejercicio de la acción penal. A tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, los Agentes Auxiliares del Fiscal General deberán ser “salvadoreños, mayores de edad, Abogados de la República o estudiantes de Derecho de cualquiera de las universidades autorizadas por el Estado que por lo menos hayan aprobado la asignatura de Derecho Procesal Penal o su equivalente, de moralidad y competencia notorias” (art. 14 LOMP). Sin embargo, en las poblaciones en que no hubiere abogado o estudiante de Derecho que reúna las condiciones señaladas en el anterior precepto, podrá ser nombrada cualquier otra persona que reúna los requisitos restantes (art. 83 LOMP).

Con independencia de si se han cumplido o no los mencionados preceptos de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que fueron reformados por DL de 9 de noviembre de 1989, es lo cierto que han podido seguir actuando como Auxiliares del Fiscal General de la República, por un periodo de dos años a partir de la publicación del DL 418/1998, de 24 de septiembre, que adicionó el art. 453-A CPP, quienes carecían del título de Abogados. El plazo para la regularización de la anómala situación venció el 23 de octubre de 2000, ya que el mencionado Decreto se publicó en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1998. No obstante, al parecer, dicho plazo ha sido prorrogado un año más, en virtud del DL 158/2000, de 13 de octubre, publicando en el D.O. No. 205, de 1 de noviembre de 2000, que en su art. 3º. establece la prohibición de que, a partir de su entrada en vigor, la Fiscalía General de la República y a la Procuraduría General de la República contraten los servicios de Agentes Auxiliares del Fiscal y de Defensores Públicos del Procurador que no sean abogados de la República.

1763

Para los defensores públicos, la promulgación del Decreto 158/2000, de 13 de octubre, ha coincidido prácticamente con la entrada en vigor de la LOPGR, como luego veremos. El art. 10 CPP otorga a todo imputado el derecho irrenunciable a la asistencia y defensa de un *abogado*, por lo que, a partir de la vigencia del Código, solo podrían actuar como defensores públicos quienes tuviesen el título de Abogado y no se encontrasen inhabilitados para el ejercicio de la profesión. Téngase en cuenta que el art. 12 Cn y los propios tratados internacionales sobre la materia utilizan el término *defensor*, de lo que cabe deducir que, en virtud de esas normas superiores del ordenamiento jurídico, no es preciso tener el título de abogado para ejercer la defensa en juicio, salvo, claro está, que una ley secundaria así lo exija, como ocurre con el art. 10 CPP.

Por consiguiente, con su entrada en vigor, quedaron derogados los arts. 14 y 83, inciso 2º., LOMP que permitía el ejercicio de la defensa pública en determinadas circunstancias a los estudiantes de derecho e incluso a quienes no lo eran. En esta

misma línea, el art. 41, último inciso, de la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR), aprobada por DL 212/2000, de 7 de diciembre, exige que los defensores públicos, en su condición de Agentes del Procurador, sean “Abogados de la República en ejercicio de su profesión”, precepto cuya vigencia ha quedado demorada, como hemos visto, por el DL 158/2000, de 13 de octubre. La LOPGR distingue entre la figura del defensor público, que deberá ser abogado de la República, y el “agente auxiliar” que no cumpla el anterior requisito, quien podrá ejercer sus funciones durante un período de dieciocho meses, a partir de la entrada en vigor de la Ley.

Con referencia al ejercicio de la defensoría pública con anterioridad al nuevo Código, la Sentencia (Sala de lo Constitucional de la CSJ) de 6-VI-95, HC 21-R-94, sostuvo que “no existe violación al derecho de defensa garantizado en el artículo 12 de la Constitución, por el hecho que el imputado sea asistido por un estudiante de derecho, en calidad de defensor de oficio, pues tal es el desarrollo que actualmente realiza la ley secundaria de dicha garantía, lo cual no obsta para que, al variar la ley en su contenido, se le atribuya otros caracteres a la defensa técnica”.

1764 *En los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Código* (20 de abril de 1998), con base a la legislación penal respectiva, podrán continuar representando a los imputados, es decir, asistiéndolos y defendiéndolos, los defensores que no fueren Abogados y que estuvieren acreditados en tales procesos. Así lo establece el art. 7 de las sucesivas leyes transitorias dictadas para regular la tramitación de los procesos penales iniciados antes del 20 de abril de 1998. La actualmente en vigor fue aprobada por DL 225/2000, de 14 de diciembre, con plazo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2001.

Por último, al lector interesado le recomendamos la lectura de sendos artículos de Salvador Soriano, aparecidos en la Revista Proceso de la UCA (Nos. 832 y 833 de noviembre y diciembre de 1998), sobre la afectación del principio de igualdad en el proceso como consecuencia de la intervención de fiscales o defensores no letrados.

454

DEROGATORIA

Desde la entrada en vigencia del presente Código, queda derogado el Código Procesal Penal vigente emitido el día once de octubre de mil novecientos setenta y tres, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo 241, de fecha 9 de noviembre de mil novecientos setenta y tres y todas sus reformas posteriores, así como las leyes y demás preceptos legales contenidos en otros ordenamientos que de alguna manera contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente Código.

455

VIGENCIA

El presente Código entrará en vigencia el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho. (1)

1765

I. CONCORDANCIAS

- CPP, 453 (no aplicación a los procesos pendientes)
- Leyes transitorias sobre procesos iniciados antes del 20/4/98

II. COMENTARIO

Ambos preceptos contienen sendas normas de derogación de la anterior normativa procesal penal (art. 454 CPP) y de vigencia del nuevo Código (art. 455 CPP).

En cuanto a la *norma derogatoria*, se deroga específicamente el Código Procesal Penal de 1973, con sus reformas posteriores, y se establece una prescripción general derogatoria respecto a cualquier otra norma que, sea cual fuere la ley secundaria o reglamento en que se ubique, se oponga a las disposiciones del nuevo Código. Como es natural, ello puede requerir una más o menos compleja labor de interpretación jurídica, tarea que en el Derecho procesal penal, donde se admite la analogía -salvo para las normas procesales que impliquen una sanción (medidas cautelares-, ha de partir de la concepción del proceso como un todo orgánico y del papel hermenéutico de los principios básicos que lo inspiran.

Sobre este particular, aunque el Código Procesal Penal no lo mencione, en materia de interpretación de normas habrá que acudir al “espíritu que informa el sistema”, a la regulación de lo previsto para la instrucción en supuestos análogos no previstos en las normas reguladoras del plenario y, tratándose de instituciones comunes, a las normas reguladoras del proceso civil, de las que debe proclamarse su carácter subsidiario (GÓMEZ ORBANEJA, pp.25 a 27, Derecho Procesal Penal, Madrid, 10ª. Edición, Madrid, 1987).

Respecto a la vigencia, el Código (art. 135 y 140 Cn) se publicó en el Diario Oficial del 20 de enero de 1997, preveyéndose inicialmente en su art. 455 que entrase en vigor un año después de dicha publicación. Sin embargo, por DL 203/1998, de 8 de enero, se modificó el referido art. 455, fijándose el día 20 de abril de 1998 como fecha de entrada en vigor del Código.

Por último, debe tenerse en cuenta lo dicho en el comentario al art. 453 CPP en relación con los procesos iniciados conforme al Código Procesal Penal de 1973, que seguirán regulándose por la vieja normativa procesal.

1766

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los cuatro días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

MERCEDES GLORIA SALGUERO GROSS,
PRESIDENTA.

ANA GUADALUPE MARTINEZ MENENDEZ,
VICEPRESIDENTA.

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA,
VICEPRESIDENTE.

JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
VICEPRESIDENTE.

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA,
VICEPRESIDENTE.

JOSE EDUARDO SANCHO CASTANEDA,
SECRETARIO.

GUSTAVO ROGELIO SALINAS,
SECRETARIO.

CARMEN ELENA CALDERON DE ESCALON,
SECRETARIA.

WALTER RENE ARAUJO MORALES,
SECRETARIO.

RENE MARIO FIGUEROA FIGUEROA,
SECRETARIO.

D.L. N° 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el D.O. N° 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997.

REFORMAS:

- (1) D.L. N 203, del 8 de enero de 1998, publicado en el D.O. N 5, Tomo 338, del 9 de enero de 1998.
- (2) D.L. N 418, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.
- (3) D.L. N 426, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.
- (4) D.L. N 428, del 24 de septiembre de 1998, publicado en el D.O. N 198, Tomo 341, del 23 de octubre de 1998.
- (5) D.L. N 665, del 22 de julio de 1999, publicado en el D.O. N 157, Tomo 344, del 26 de agosto de 1999.
- (6) D.L. N° 704, del 9 de septiembre de 1999, publicado en el D.O. N° 183, Tomo 345, del 4 de octubre de 1999.
- (7) D.L. N° 752, del 28 de octubre de 1999, publicado en el D.O. N° 239, Tomo 345, del 22 de diciembre de 1999 **1767**
- (8) D.L. N° 281, del 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.
- (9) D.L. N° 487, del 18 de julio de 2001, publicado en el D.O. N° 144, Tomo 352, del 31 de julio de 2001.
- (10) D.L. N° 122, del 4 de septiembre del 2003, publicado en el D.O. N° 198, Tomo 361, del 24 de octubre del 2003.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 1 A 7 Y 11 A 18)

- BINDER A. M. "Introducción al Derecho procesal penal". Buenos Aires. 1993.
- CARROCCA PÉREZ A. "Garantía constitucional de la defensa procesal". Barcelona. 1999.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I. "Garantías procesales" en Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo III.
- ESPARZA LEIBAR I. "El principio del proceso debido". Barcelona. 1995.
- FERRAJOLI L. "Derecho y razón". Madrid. 1995.
- GIMENO SENDRA V. "Constitución y proceso". Madrid. 1988.
- LÓPEZ ORTEGA J. J. "Principios y garantías en el proceso penal" en Derecho procesal penal salvadoreño. San Salvador. 2000.
- MAIER J. B. J. "Derecho procesal penal. Fundamentos". Buenos Aires. 1996.
- MAIER J. B. J. "La víctima y el sistema penal" en "De los delitos y de las víctimas". Buenos Aires. 1992.
- 1768** MONTERO AROCA J. "Principios del proceso penal". Valencia. 1997.
- MORENO CATENA V. "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal". Poder Judicial II – 1987.
- MORENO CATENA V. "La defensa en el proceso penal". Madrid. 1982.
- PÉDRAZ PENALVA E. "Principios de Derecho procesal penal". Madrid. 2000.
- RAMOS MÉNDEZ. "El proceso penal. Lectura constitucional". Barcelona. 1993.
- TOMAS y VALIENTE F. "In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia". Obras Completas III. Madrid. 1997.
- VÁZQUEZ SOTELO J. L. "Presunción de inocencia del inculcado e íntima convicción del tribunal". Barcelona. 1984.
- VEGAS TORRES J. "Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal". Madrid. 1993.
- VÉLEZ MARICONDE A. "Derecho procesal penal". Buenos Aires. 1969.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 48 A 72)

ASENCIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1998.

- BASSIOUNI, M. Cherif. Derecho Penal Internacional. Editorial Tecnos. España 1984.
- BELING, Ernst. Derecho Procesal Penal. Editorial Labor, S.A. Barcelona, España. 1943.
- BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- CAFFERATA NORES, Jose I. Temas de derecho procesal penal. Buenos Aires. Depalma, 1988. 310 p.
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana. Colección Clásicos del Derecho, México. 1994.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.
- CERVINI, RAUL. Análisis Criminológico del fenómeno del Delito Organizado. Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1987.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL. Modelo para Iberoamérica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. Abril. 1989.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (director); DÍAZ MARTÍNEZ, Pilar. Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y Jurisprudencia. Tres tomos. Editorial Trivium, S. A., Madrid, España. 1998.
- COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Suscrita el 15 de noviembre de 2000.
- Convención Interamericana contra La Corrupción. Suscrita en Carácas, Venezuela el 29 de marzo de 1996 y ratificada por El Salvador el 9 de Julio de 1998 (OEA).
- Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones de Derecho Procesal Penal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Abril. 1994.
- Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Febrero. 1995.
- Cuadernos de Derecho Judicial. Vinculación del Juez a la Ley Penal. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Junio. 1995.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andres; ARAGONESES MARTÍNEZ, ara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio. Derecho Procesal Penal. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España. 1999.
- Derecho Procesal Penal salvadoreño. Editorial Justicia de Paz CSJ-AECI. San Salvador, El Salvador. 2000
- ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de Derecho Procesal Penal, Editorial ABC. Bogota 1983. Tomo I.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional; conferencias de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un Corte Penal Internacional. Roma, 17 de julio de 1998.

FENECH, Miguel. El proceso penal. 4ª. ed. Madrid, Editorial Agesta, 1982-1986.

FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1933. 514 p.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Derecho Procesal. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 1993.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. El proceso penal Aleman: Introducción y normas básicas. Barcelona, Bosch, 1985. 628 p.

GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., Derecho Procesal Penal. 8ª Edición. Madrid.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. Derecho Procesal Penal. /Emilio Gómez Orbaneja, y Vicente Herce Quemada. 10ª ed. Madrid, Agesa, 1987. p.430

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. 3ª edición. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, España. 1968. Tomo I.

HASSEMER, Winfred. Límites del Estado de Derecho para el Combate con-tra la Criminalidad Organizada. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1997. Año 9, No.14.

1770

Instituto de Derechos Humanos (IDHUCA). Documentos más importantes sobre los Derechos Humanos. San Salvador, El Salvador. 1986. Fascículo III.

LEVENE (hijo), Ricardo. Código Procesal Penal de la nación; comentado y concordado por Ricardo Levene (hijo) y otros. Buenos Aires, Depalma, 1992. 579 p.

MAIER, Julio B.J., El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987.

MANZINI, Vicente. Tratado de derecho procesal penal. Argentina, Ediciones Jurídicas-América, 1951-1954. 5 v.

MARTÍNEZ LÁZARO, Javier; RACIONERO CARMONA, Francisco. La Ejecución de la Sentencia Penal. Editorial Justicia de Paz CSJ-AECI, San Salvador, El Salvador. 1999.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de los Tratados. 2ª edición. Editorial Leyer. Santafé de Bogotá, Colombia. 1995.

MONTERO AROCA, Juan, y otros. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. 8ª. Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1999.

MORENO CARRASCO, Francisco; RUEDA GARCÍA, Luis; Código Penal de El Salvador comentado. Editorial Justicia de Paz CSJ-AECI, San Salvador, El Salvador. 1999.

Normas Internacionales básicas sobre Derechos Humanos. Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador. 1998.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 24ª edición. Editorial Heliasta. Argentina. 1997.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Ediciones Lerner, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina. Tomo II.

WASHINGTON ABALOS, Raúl. Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza. Argentina.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 223 AL 228)

AA. VV. "La nulidad de actuaciones en el proceso civil". Madrid. 1993.

ANTÓN BLANCO y MARCO COS. "La nulidad de actuaciones" en Derecho procesal salvadoreño. San Salvador. 2000.

BERNALDO DE QUIRÓS y RODRÍGUEZ. "Nulidades en el proceso penal". Mendoza. 1982.

CASADO PÉREZ. "La prueba penal en el proceso penal salvadoreño". San Salvador. 2000.

CREUS. "Invalidez de los actos procesales penales". Buenos Aires. 1992.

DE LA RÚA. "La casación penal". Buenos Aires. 1994.

DESIMONI y TARANTINI. "La nulidad en el proceso criminal". Buenos Aires. 1988.

FENECH. "El proceso penal". Barcelona 1982.

LEONE. "Tratado de Derecho procesal penal". Buenos Aires. 1963.

MAIER. "Función normativa de la nulidad". Buenos Aires. 1980.

SERRA DOMÍNGUEZ. "Nulidad de actuaciones procesales". Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XVII. Barcelona. 1982.

VERGÉ GRAU. "La nulidad de actuaciones". Barcelona. 1987.

1771

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 229 AL 237)

ANTÓN BLANCO, Marco Cos. "La nulidad de actuaciones" en Derecho procesal penal salvadoreño. San Salvador. 2000.

EDGARDO LEMUS. "Los actos procesales" en Derecho procesal penal salvadoreño. San Salvador. 2000.

ESCALANTE SARAVIA "La instrucción (I)" en Derecho procesal penal salvadoreño. San Salvador. 2000.

GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ. "Derecho procesal penal". Madrid, 1999.

GÓMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA. "Derecho procesal penal". Madrid 1987.

MONTERO AROCA. "La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento penal" en primeras Jornadas sobre problemas actuales de justicia penal. Granada. 1994.

ROXIN. "Derecho procesal penal". Buenos Aires. 2000.

TORRES ROSELL. "La denuncia en el proceso penal". Madrid. 1991.

WASHINGTON ABALOS. "Derecho procesal penal". Buenos Aires.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 238 AL 246)

AA. VV. "Ensayos nº 1. Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso". San Salvador. 1999.

CAMPOS VENTURA. "El sistema de ejercicio de la acción penal pública y el diseño de la investigación preliminar" en "Ensayos doctrinarios del nuevo Código Procesal Penal". San Salvador. 1998.

CASADO PÉREZ. "La prueba en el proceso penal salvadoreño". San Salvador. 2000.

BARCELONA LLOP. "El régimen jurídico de la policía de seguridad". Oñati. 1998.

BARCELONA LLOP. "Policía y Constitución". Madrid. 1997.

HUMBERTO QUINTANILLA. "Los sujetos procesales" en Derecho procesal penal salvadoreño". San Salvador. 2000.

LLERA SUÁREZ-BÁRCENA. "Derecho procesal penal (Manual para criminólogos y policías)". Valencia. 1997.

QUERALT. "Manual de Policía Judicial". Madrid. 1989.

ROXIN. "Derecho procesal penal". Buenos Aires. 2000.

VÉLEZ MARICONDE. "Derecho procesal penal". Buenos Aires. 1968.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 247 AL 252)

AA. VV. "Ensayos nº 1. Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso". San Salvador. 1999.

ESCALANTE SARAVIA. "La instrucción (I)" en Derecho Procesal Salvadoreño. San Salvador. 2000.

NELSON RAUDA. "Diligencias iniciales de investigación" en "Ensayos doctrinarios del nuevo Código Procesal Penal". San Salvador. 1998.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 253 AL 258)

- AA. VV. "Ensayos nº 1. Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso". San Salvador. 1999.
- ANTONIO SANTAMARÍA. "Los recursos" en "Ensayos doctrinarios del nuevo Código Procesal Penal". San Salvador. 1998.
- ESCALANTE SARAIVA. "La instrucción (I)" en "Derecho procesal Salvadoreño". San Salvador. 2000.
- NELSON RAUDA. "Diligencias iniciales de investigación" en "Ensayos doctrinarios del nuevo Código Procesal Penal". San Salvador. 1998.
- SEOANE SPIEGELBERG. "Los recursos" en "Derecho procesal Salvadoreño". San Salvador. 2000.
- SERRANO - RODRÍGUEZ - CAMPOS y TREJO. "Manual de Derecho procesal penal". San Salvador. 1998.
- TREJO ESCOBAR. "Los recursos y otros medios de impugnación en la jurisdicción penal". San Salvador. 1998.
- WASHINGTON ABALOS. "Derecho procesal penal". Buenos Aires.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 265 AL 268 Y 272)

1773

- BERTONI, BOVINO, GUARIGLIA Y GULLCO. "Libertad de prensa y proceso penal". Buenos Aires. 1997.
- CASADO PÉREZ. "La prueba en el proceso penal salvadoreño". San Salvador. 2000.
- DEL MORAL GARCÍA Y SANTOS VIJANDE. "Publicidad y secreto en el proceso penal". Granada. 1996.
- ESCALANTE SARAIVA. "La instrucción (I)" en "Derecho procesal Salvadoreño". San Salvador. 2000.
- GARCÍA. "Juicio oral y medios de comunicación". Buenos Aires. 1995.
- LÓPEZ ORTEGA. "Libertad de prensa y proceso. La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia" en "Justicia, información y opinión pública". Revista Poder Judicial. Número Especial XVII. Noviembre. 1999.
- RODRÍGUEZ BAHAMONDE. "El secreto de sumario y la libertad de información en el proceso penal". Madrid. 1999.
- SERRANO - RODRÍGUEZ - CAMPOS y TREJO. "Manual de Derecho procesal penal". San Salvador. 1998.
- WASHINGTON ABALOS. "Derecho procesal penal". Buenos Aires.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 277 AL 284)

DE LA OLIVA. "Sobre la cosa juzgada". Madrid. 1991.

ESCALANTE SARAVIA. "La instrucción (II)" en "Derecho procesal Salvadoreño". San Salvador. 2000.

GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ. "Derecho procesal Penal". Madrid. 1999.

MAIER. "Derecho procesal penal". Buenos Aires. 1996.

ROGEL ZEPEDA. "La instrucción" en Ensayos doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. San Salvador. 1998.

SERRANO - RODRÍGUEZ - CAMPOS y TREJO. "Manual de Derecho procesal penal". San Salvador. 1998.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 308 AL 312)

BINDER. "Introducción al Derecho procesal penal". Buenos Aires. 1993.

1774 GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ. "Derecho procesal penal". Madrid. 1999.

HUMBERTO QUINTANILLA. "El sobreseimiento" en Derecho procesal penal salvadoreño. San Salvador. 2000.

MASCARELL NAVARRO. "El sobreseimiento provisional en el proceso penal español" Valencia. 1993.

SERRANO, RODRÍGUEZ, CAMPOS, TREJO. "Manual de Derecho procesal penal". San Salvador. 1998.

BIBLIOGRAFÍA (ARTS. 313 AL 323)

CASADO PÉREZ. "La prueba en el proceso penal salvadoreño". San Salvador. 2000.

ESCALANTE SARAVIA. "La instrucción (II)" en "Derecho procesal Salvadoreño". San Salvador. 2000.

ROGEL ZEPEDA. "La instrucción" en Ensayos doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. San Salvador. 1998.

SERRANO - RODRÍGUEZ - CAMPOS y TREJO. "Manual de Derecho procesal penal". San Salvador. 1998.

WASHINGTON ABALOS. "Derecho procesal penal". Buenos Aires.



Este libro se terminó de imprimir
en la Imprenta Nacional
en el mes de mayo de 2004,
la edición consta de 1000 ejemplares.