

CPP



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
REPÚBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL

Constitucionalización del Proceso Penal

SEGUNDA EDICIÓN

Constitucionalización del Proceso Penal

SEGUNDA EDICIÓN

CLAUDIO A. MEDRANO

Coordinador

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

(SEGUNDA EDICIÓN)

**Félix Damián Olivares Grullón | Miguel Carmona Ruano
Juan Carlos Campo Moreno | Luis Fernández Arévalo
Víctor Orozco Solano | Claudio A. Medrano
Mario Nelson Mariot | José Saúl Taveras
Sarah A. Veras Almánzar | Jorge Jiménez Martín
Ysis Muñiz Almonte | Mirta Duarte Mena**

Prólogo de
Servio Tulio Castaños Guzmán

**ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA
Santo Domingo, 2021**

Constitucionalización del proceso penal (2.ª ed.).

345.05 Constitucionalización del proceso penal / coordinación general
C758 Claudio A. Medrano; Félix Damián Olivares Grullón... [et al.]. -- 2.ª
ed. -- Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2021.
691 p.
Incluye bibliografía e índice.
ISBN: 978-9945-425-56-7
1. Derecho procesal -- República Dominicana. 2. Procedimiento penal.
I. Medrano, Claudio A., coord. II. Olivares Grullón, Félix Damián.

Primera edición 2002

Segunda edición 2021

Consejo Directivo:

Luis Henry Molina Peña (presidente)
Octavia Fernández Cury (miembro)
Bernabel Moricete Fabián (miembro)
Hilda Nieves Sánchez Luna (miembro)
Juan Francisco Puello Herrera (miembro)
Miguel Surun Hernández (miembro)
Dariel Alejandro Suárez Adames (secretario)

Coordinación general de la obra:

Claudio A. Medrano

Autores:

Félix Damián Olivares Grullón
Miguel Carmona Ruano
Juan Carlos Campo Moreno
Luis Fernández Arévalo
Guillermo Moreno
Norma Bautista Castillo
Lorenzo del Río Fernández
Javier González Fernández
Fanny E. Fernández y Ricardo Díaz
José Manuel Maza Martín
Perfecto Andrés Ibáñez
Bernabel Moricete Fabián

Revisado y actualizado por:

Víctor Orozco Solano
Claudio A. Medrano
Mario Nelson Mariot
José Saúl Taveras
Sarah A. Veras Almánzar
Jorge Jiménez Martín
Ysis Muñiz Almonte
Mirta Duarte Mena

Coordinación técnica:

Centro de Documentación e Información Judicial Dominicano (Cendijd)

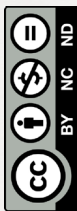
Corrección de texto:

Bismar Galán

Diseño y diagramación:

Kreat Design Visual Communication Studio

Hechos los depósitos de ley



Libro publicado bajo licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), lo cual indica que usted es libre de copiar y compartir el material por cualquier medio o formato y que su uso está sujeto a la condición de citar apropiadamente a los autores de la obra, así como de no alterarla, ni hacer obras derivadas, ni hacer uso comercial de la misma. Detalles de licenciamiento: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
REPUBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL

Calle César Nicolás Penson núm. 59, Gascue
Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana
Tel.: (809) 686-0672
info@enj.org / www.enj.org

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....33

PRÓLOGO.....37

CAPÍTULO 1.....45

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

Autor: Félix Damián Olivares Grullón

1. La potestad punitiva estatal: el triple monopolio oficial.....47

1.1. De la venganza privada a la paz del rey.48

1.2. De súbdito a ciudadano: entre la justicia monárquica y la justicia republicana.53

1.3. Adopción y vicisitudes históricas del Código de Instrucción Criminal en Santo Domingo.54

1.4. Fundamentos de la potestad punitiva estatal. ...59

1.5. La facultad punitiva estatal en el paradigma constitucional.62

1.5.1. El principio de legalidad.66

1.5.2. El principio de favorabilidad en la interpretación de la Ley Penal.71

1.5.3. El principio de juicio previo o estricta jurisdiccionalidad.	75
1.5.4. La presunción de inocencia.	76
1.5.5. El principio del derecho al proceso.	83
1.5.6. La prohibición de la doble persecución penal (<i>ne bis in idem</i>).	86

2. Bases y orientaciones del proceso penal en el Estado social y democrático de derecho 88

2.1. Los principios fundamentales del proceso penal. .89	
--	--

3. El órgano jurisdiccional y el sistema procesal. . .93

3.1. Independencia judicial.	93
3.2. Derecho al juez natural.	95
3.3. Juez imparcial.	98

CAPÍTULO 2.105

EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL MODELO ACUSATORIO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE E INTERAMERICANA

Autor: Guillermo Moreno
Revisado y actualizado por: Víctor Orozco Solano

1. Objeto del principio de contradicción.	107
2. Principios conexos: oralidad, inmediación, publicidad.	110

3. Las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre el principio de contradicción 112

4. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio de contradicción en el proceso penal 114

5. Conclusiones. 118

CAPÍTULO 3. 121

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL COMO MANIFESTACIONES DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Autora: Norma Bautista Castillo

Revisado y actualizado por: Claudio A. Medrano

1. Los principios, el sistema de fuentes y el proceso penal. 123

2. Rasgos particulares del proceso derivados de su carácter acusatorio. 132

3. Los poderes y limitaciones del juez en los procesos constitucionales en relación a las pruebas. 133

4. Los derechos fundamentales, límite infranqueable del poder penal. 136

5. Los principios en el proceso penal. 137

6. Principios básicos del debido proceso y de la tutela judicial efectiva contenidos en los instrumentos del bloque de constitucionalidad, anticipados en la Resolución núm. 1920-03 de la Suprema Corte de Justicia. 139

7. Desarrollo normativo de los principios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva desde la resolución 1920-03.	140
8. El principio del juez natural o regular.	143
9. La imparcialidad y la independencia.	145
10. La legalidad de la sanción, condena y del proceso.	148
11. El plazo razonable.	150
12. El principio de única persecución o <i>ne bis in idem</i>	156
13. Garantía de respeto a la dignidad de la persona.	157
14. Igualdad ante la ley.	160
15. Igualdad entre las partes en el proceso.	162
16. Derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no autoincriminación.	165
17. La presunción de inocencia.	170
18. Estatuto de libertad.	174
19. Personalidad de la persecución.	177
20. Derecho a la defensa.	178
21. Formulación precisa de cargos.	181

22. El derecho al recurso efectivo.	183
23. La separación de funciones	189
24. La obligación de decidir.	190
25. Motivación de decisiones.	191
26. Legalidad de la prueba.	196
27. Derecho a la defensa o asistencia técnica.	197
28. Otras precisiones sobre el debido proceso.	198
29. Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	199

CAPÍTULO 4. 205

**LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
GENERALIDADES**

Autor: Miguel Carmona Ruano

1. Origen y evolución histórica.	207
1.1. El sistema de proceso penal del antiguo régimen.	207
1.2. Del principio <i>in dubio pro reo</i> al derecho a la presunción de inocencia.	208
2. Reconocimiento como derecho fundamental en los tratados y convenios internacionales.	209

3. Reconocimiento en la Constitución y en el Código Procesal Penal de la República Dominicana.	213
4. Pluralidad de significados y contenidos atribuidos a la presunción de inocencia.	214
4.1. Consecuencias del reconocimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia.	214
4.2. Dimensión temporal y material del derecho.	217
4.2.1. Eficacia temporal.	218
4.2.2. Eficacia material.	218
5. La crítica doctrinal autoritaria a la presunción de inocencia y supervivencia en la doctrina de la seguridad ciudadana.	218
5.1. Crítica doctrinal a la presunción de inocencia.	219
5.2. El autoritarismo político y la doctrina de la seguridad ciudadana.	220
6. Presunción de inocencia en sentido estricto y su doble función en el proceso penal como regla de juicio y como regla de tratamiento. Concepción psicológica y concepción normativa de la presunción de inocencia: la presunción de inocencia como verdad interina o estado jurídico de inocencia. Su alcance.	222
6.1. La presunción de inocencia. ¿Presunción o verdad interina?	223
6.2. Alcance.	223
6.2.1. Su eficacia respecto al derecho penal sustantivo.	224
6.2.2. Su eficacia en otros ámbitos jurídicos.	226

7. La presunción de inocencia como regla del juicio. Presunción de inocencia y carga material de la prueba: su relación con el derecho del acusado al silencio y a la no inculpación. La relación entre la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*. 229

7.1. Prueba apta para enervar la presunción de inocencia. 229

7.2. La carga de la prueba en el proceso penal. 233

7.2.1. La carga de la prueba de los elementos constitutivos de la infracción penal y de sus posibles agravaciones. 235

7.2.2. Carga de la prueba de los hechos impositivos o extintivos y de las circunstancias atenuantes. 236

7.3. Suficiencia de la prueba. 240

7.4. Prueba válida. 243

7.5. Valoración de la prueba. 247

7.6. Motivación. 249

7.7. Derecho del acusado al silencio y a la no inculpación. 252

7.8. Presunción de inocencia e "*in dubio pro reo*". 255

8. La presunción de inocencia como norma de tratamiento. Los límites de la intervención procesal respecto del inculcado. 256

8.1. Presunción de inocencia y prisión preventiva. . . 256

8.2. Efectos respecto de otras medidas cautelares y restrictivas de derechos. 263

8.3. El límite temporal de la presunción de inocencia. Efectos en decisiones posteriores. 264

8.4. Prohibición de doble incriminación. 268

9. Alcance extraprocesal del derecho. 269

CAPÍTULO 5.275

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: SU FUNCIÓN COMO REGLA PROBATORIA O DE JUICIO

Autor: Lorenzo J. del Río Fernández

Revisado y actualizado por: Mario Nelson Mariot

1. Origen y consagración constitucional.277

2. Construcción dogmática de la presunción de inocencia. Concepto constitucional y notas que lo caracterizan.280

2.1. Distintos significados del término.280

2.2. Notas que caracterizan a la presunción de inocencia.281

2.3. Delimitación de otros principios o reglas del proceso.282

3. Ámbito de aplicación de la presunción de inocencia.284

3.1. Su referencia fáctica.284

3.2. Supuestos excluidos.284

4. Estructura del principio de presunción de inocencia y requisitos para su enervación.287

4.1. Carga material de la prueba.288

4.2. Existencia de actividad probatoria auténtica y suficiente.290

4.2.1. Actividad probatoria existente, auténtica

ogarantizada. La cuestión de las diligencias policiales y sumariales. Prueba preconstituida y prueba anticipada.	290
4.2.2. Actividad probatoria mínima o suficiente de cargo.	293
4.3. Con todas las garantías legales: prohibiciones probatorias absolutas y relativas.	301
4.3.1. Doctrina general. Prueba ilícita.	301
4.3.2. Primera consecuencia: distinción entre ilicitud constitucional e irregularidad procesal.	303
4.3.3. Segunda consecuencia: no es aplicable a las relaciones interindividuales.	303
4.3.4. Tercera consecuencia: necesaria conexión causal entre los distintos resultados probatorios.	303
4.3.5. Cuarta consecuencia: distinción entre prohibiciones probatorias absolutas y relativas.	304
4.4. Razonamiento de la prueba.	321
4.5. Consideración especial de la prueba indiciaria.	323

CAPÍTULO 6. 329

EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN SENTIDO ESTRICTO

Autor: Javier González Fernández

Revisado y actualizado por: José Saúl Taveras

1. La aparición del proceso penal moderno: los sistemas procesales.	331
2. El principio acusatorio en sentido estricto: su relación con el sistema acusatorio y su diferencia del mismo.	333
2.1. Distinción.	333

2.2. Contenido del principio acusatorio.	334
2.3. Fundamento del principio acusatorio.	335
3. Configuración constitucional del principio acusatorio como integrante del derecho a un juicio justo (proceso debido).	338
3.1. Rango constitucional.	338
3.2. Ámbito internacional.	339
3.3. Vulneraciones del principio: especial protección derivada de su naturaleza constitucional.	340
4. Notas esenciales del principio acusatorio.	341
5. Distinción entre órganos de acusación, de investigación y de enjuiciamiento y división del proceso en fases.	342
5.1. Significado.	342
5.2. Alcance de la distinción: importancia de la fase de investigación con relación al principio acusatorio. . .	343
5.3. Alcance subjetivo.	343
5.4. Alcance objetivo.	345
5.5. Órgano específico de acusación: el acta de acusación y el objeto del proceso.	345
6. Correlación entre acusación y sentencia condenatoria. Vinculación del tribunal al acta de acusación. Excepcionales posibilidades de variación: el criterio de la homogeneidad.	347
6.1. Posturas doctrinales sobre el alcance de la correlación.	347
6.2. Límites que el principio acusatorio impone al tribunal del juicio.	349
6.3. Excepciones: posibilidades que el tribunal tiene para	

modificar el objeto de la acusación. 350
6.4. Supuestos en que la valoración probatoria del tribunal discrepa con la de la acusación. 353

7. Principio acusatorio y práctica de la prueba, facultades de aportación probatoria de oficio del tribunal. 354

7.1. Introducción. 354
7.2. Intervención del tribunal en la práctica de las pruebas propuestas por las partes: supuestos. 355
7.2.1. Orden de práctica de las pruebas. 356
7.2.2. Interrogatorio de los testigos por el tribunal. . . 356
7.3. Aportación de oficio de medios probatorios por el tribunal. 357

CAPÍTULO 7. 359

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

Autores: Fanny E. Cervantes y Ricardo Díaz
Revisado y actualizado por: Sarah A. Veras Almánzar

1. Principio de legalidad. 361
2. El principio de oportunidad. ¿Es resultado de la evaluación crítica al principio de legalidad o la otra faceta del principio de legalidad? 364
3. Desarrollo jurisprudencial del principio de legalidad en lo procedimental: de lo formal a lo material. . . 369

CAPÍTULO 8.375

**MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN
RESTRICTIVA DE DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Autor: Juan Carlos Campo Moreno

1. Consideraciones previas. 377

**2. Principios generales: especial referencia al de legalidad,
proporcionalidad, motivación y exclusividad
jurisdiccional.** 380

3. Derechos fundamentales afectados. 384

3.1. El derecho a la dignidad de las personas y la
prohibición de tratos inhumanos o degradantes. 384

3.2. El derecho a la integridad física, psíquica y
moral.387

3.3. El derecho a la libertad ambulatoria.388

3.4. El derecho a la intimidad personal.390

3.5. La inviolabilidad del domicilio. 392

3.6. El secreto de la correspondencia y las comunica-
ciones. 393

**4. Intervenciones corporales: cacheos y registros
personales.**393

4.1. Concepto y naturaleza.393

4.2. Presupuestos. 395

**5. Reconocimientos médicos e intervenciones
corporales.**397

5.1. Fin constitucionalmente legítimo.	397
5.2. Otras exigencias específicas.	399
5.3. El consentimiento del sujeto afectado: presupuesto habilitante.	400
5.4. Caso concreto: la prueba de alcoholemia.	400

**6. Visita domiciliaria: la inviolabilidad del domicilio
y sus límites; concepto constitucional de domicilio.**
. 401

6.1. El concepto constitucional de domicilio.	401
6.2. Lugares asimilados al domicilio.	402
6.2.1. Las habitaciones de hoteles, posadas y fondas.	402
6.2.2. Las «roulottes» o autocaravanas y las tiendas de campaña.	402
6.3. Los presupuestos para el allanamiento de domicilios y lugares asimilados.	402
6.3.1. El consentimiento del titular.	403
6.3.2. Los supuestos de delito flagrante.	403
6.3.3. Razones de urgencia: el allanamiento por motivos asistenciales.	404
6.3.4. Resolución judicial.	404

**7. Intervención de la correspondencia y las teleco-
municaciones.** 406

7.1. Intervención de la correspondencia.	407
7.2. Intervenciones telefónicas.	409
7.2.1. Introducción, principios generales y regulació.	409
7.2.2. La resolución judicial, motivación y forma.	411
7.2.3. Desarrollo de la medida.	411
7.2.4. Efectos probatorios.	413

8. Otros medios de injerencia en la intimidad:

filmaciones y escuchas microfónicas. 413

8.1. Cámaras de control y filmación de las vías públicas. 413

8.1.1. La filmación videográfica como instrumento de la seguridad ciudadana. 414

8.1.2. Límites constitucionales de las filmaciones videográficas. 414

8.1.3. Garantías procesales de la prueba videográfica 415

8.1.3.1. Incorporación de la filmación videográfica al proceso judicial. 415

8.1.3.2. Eficacia probatoria de la filmación videográfica. 416

8.2. Grabaciones magnetofónicas o en otros soportes. 416

CAPÍTULO 9. 419

LA PRISIÓN PREVENTIVA

Autor: José Manuel Maza Martín

Revisado y actualizado por: Jorge Jiménez Martín

1. Generalidades: las medidas de coerción personales en general y la prisión preventiva como medida cautelar. 421

1.1. Concepto y finalidad de las medidas de coerción personal. 421

1.2. Fundamento de las medidas de coerción personal, en general. 423

1.3. Características de las medidas de coerción personal.	425
1.4. Clases de medidas cautelares penales.	426
1.5. Requisitos comunes a todas las medidas cautelares penales.	427

2. Medidas de coerción personales: la prisión preventiva. 428

2.1. Las medidas cautelares penales de carácter personal.	428
2.2. La prisión preventiva en concreto.	430
2.2.1. Introducción.	430
2.2.2. Requisitos para su aplicación.	433
2.2.3. Contenido.	441
2.2.4. Duración.	442
2.3. Libertad provisional.	444
2.3.1. La libertad provisional como complemento y alternativa a la prisión provisional.	444
2.3.2. Requisitos para su aplicación.	444
2.3.3. La fianza «carcelaria».	446
2.3.4. Contenido.	447
2.3.5. Efectos.	447

CAPÍTULO 10. 449

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Autora: Norma Bautista de Castillo

Revisado y actualizado por: Ysis Muñiz Almonte

CAPÍTULO 11.467

LA SENTENCIA PENAL

Autor: Perfecto Andrés Ibáñez

Revisado y actualizado por: Claudio A. Medrano

1. La exigencia de la legitimación racional de la sentencia como acto de poder privado. 472

2. Morfología de la sentencia penal. 474

2.1. El modelo preconstitucional. 474

2.2. El modelo constitucional. 476

3. El contenido de la sentencia. 482

3.1. La insuficiencia del modelo silogístico. 482

3.2. Juicio de hecho y juicio de derecho. 483

3.3. Decisión y justificación. 484

4. El desarrollo de la actividad decisoria. 485

4.1. El juicio de hecho. 485

4.1.1. Naturaleza de lo fáctico en el proceso. 485

4.1.2. Tratamiento procesal de la cuestión de hecho: generalidades. 487

4.1.3. Observaciones sobre la valoración de la prueba. 488

4.1.4. La inferencia inductiva del juez. 489

4.1.5. Las máximas de experiencia. 492

4.1.6. Observaciones sobre la redacción de los hechos probados. 493

4.2. El modo de proceder en la cuestión de derecho . 495

4.2.1. Generalidades. 495

4.2.2. Observaciones sobre la interpretación judicial.	496
5. La motivación como justificación.	498
5.1. Generalidades.	498
5.2. Requisitos de la motivación.	500
5.3. Particularidades de la motivación de los hechos.	502
5.4. La motivación en derecho.	505
5.5. Algunas clases particulares de motivación.	507
5.5.1. Motivación implícita.	507
5.5.2. Motivación por remisión.	508
5.5.3. Motivación aparente.	509
6. A manera de conclusión: propuesta de estructura y contenido de la sentencia.	510

CAPÍTULO 12.

SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA Y LA CONSTITUCIÓN

Autor: Luis Fernández Arévalo

1. Ejecución penal: concepto y naturaleza.	515
2. Contenido de la ejecución penal en atención a la pluralidad de los pronunciamientos contenidos en las sentencias penales.	521
2.1. Las consecuencias penales principales del delito: penas y medidas de seguridad.	521
2.1.1. Penas.	521
2.1.1.1. Penas privativas de libertad.	522
2.1.1.2. Penas privativas de derechos.	523

2.1.1.3. Penas de multa.	524
2.1.1.4. Medidas de seguimiento judicial.	524
2.1.1.5. Penas imponibles a las personas jurídicas. . .	525
2.1.1.6. Penas accesorias.	525
2.1.2. Medidas de seguridad.	529
2.2. Las consecuencias accesorias de los delitos. . . .	530
2.3. Las consecuencias jurídicas civiles del delito. . .	531
3. Título de la ejecución penal.	533
4. Principios fundamentales de la ejecución penal. . .	537
4.1. Principio de jurisdiccionalidad.	537
4.2. Principio de legalidad.	537
4.3. Principio de oficialidad.	539
5. Órganos y sujetos intervinientes en el sistema de ejecución penal.	540
5.1. Tribunal sentenciador.	540
5.2. Juzgados de vigilancia penitenciaria españoles y juzgados de ejecución penal dominicanos.	542
5.2.1. Juzgados de vigilancia penitenciaria españoles.	542
5.2.2. El juez de ejecución penal dominicano.	544
5.3. El Ministerio Público.	545
5.4. El condenado.	548
5.5. La administración penitenciaria.	550
5.6. Las víctimas.	550
6. Examen especial del marco competencial del juez de ejecución.	553
6.1. Competencia.	554

6.1.1. Competencia territorial.	554
6.1.2. Competencia objetiva.	554
6.1.3. Competencia funcional.	557
6.2. Procedimientos de la ejecución penal.	557
6.2.1. Ejecutoriedad o apoderamiento: art. 438 CPP	557
6.2.2. Procedimiento del cómputo definitivo de la pena: art. 440 CPP.	559
6.2.3. Procedimiento de la unificación de penas o condenas.	561
6.2.4. Procedimiento para condiciones especiales de ejecución: art. 342 CPP.	563
6.2.5. La libertad condicional.	566
6.2.5.1. Requisitos legales.	567
6.2.5.2. Procedimiento de concesión.	568
6.2.5.3. Efectos de la libertad condicional durante el periodo que resta de cumplimiento de la pena.	571
6.2.5.4. Conclusión de la libertad condicional. Examen especial del procedimiento de revocación.	571
6.2.5.5. La libertad condicional en el sistema español.	573
6.2.5.6. Ejecución de la pena de multa: art. 446 CPP	575
6.2.5.7. Penas accesorias, como entrega de objetos secuestrados, decomiso y destrucción.	577
6.2.5.8. Ejecución de medidas de seguridad.	578
6.2.5.9. Prescripción de las penas.	581
6.2.5.10. Cumplimiento de la pena en el extranjero.	581
6.2.5.11. Recurso de revisión.	583
6.2.5.12. Suspensión condicional del procedimiento.	583
6.2.5.13. Suspensión condicional de la pena.	586
6.2.5.14. Perdón judicial.	587
6.2.5.15. Tramitación de los incidentes.	589
7. Actividad penitenciaria.	592

7.1. Principios fundamentales de la actividad penitenciaria.....	593
7.1.1. El principio de administratividad.....	593
7.1.2. El principio de oficialidad.....	595
7.1.3. El principio de legalidad.....	595
7.1.4. El principio de conservación de derechos fundamentales.....	596
7.1.5. El principio de reeducación y reinserción social como finalidad primordial de las penas y medidas de seguridad.....	597
7.1.6. El principio de control judicial de la actividad penitenciaria.....	598
7.2. La relación jurídica penitenciaria.....	599
7.2.1. Concepto de relación jurídica penitenciaria..	600
7.2.2. Naturaleza jurídica de la relación jurídica penitenciaria.....	600
7.2.3. Fundamento.....	601
7.3. Los derechos de los reclusos.....	602
7.3.1. Derechos de los internos: principio de conservación de derechos.....	602
7.3.2. Límites de los derechos de los internos.....	606
7.3.3. Sistema de protección y régimen de garantías.....	607
7.3.3.1. Garantía normativa.....	607
7.3.3.2. Garantía institucional.....	607
7.3.3.3. Garantía jurisdiccional.....	608
7.3.3.4. Garantía constitucional.....	608
7.3.3.5. Garantías internacionales.....	608
7.4. Deberes de los internos.....	608
7.5. El régimen penitenciario.....	609
7.6. El tratamiento penitenciario.....	614
7.7. La actividad asistencial penitenciaria.....	619

8. Control judicial de la actividad penitenciaria. . .	620
--	-----

CAPÍTULO 13.	627
-------------------------------	-----

LA PERSONA MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL

Autor: Bernabel Moricete Fabián

Revisado y actualizado por: Mirta Duarte Mena

1. Problemática del menor de edad infractor.	629
--	-----

2. Tratamiento de la justicia penal de la persona adolescente de la situación irregular a la protección integral.	630
---	-----

2.1. Tratamiento de la persona menor de edad infractor en la doctrina de la situación irregular.	631
---	-----

2.2. El derecho penal garantista de la persona adolescente: doctrina de la protección integral.	633
--	-----

2.3. Tratados internacionales.	636
--	-----

3. Administración de justicia penal de la persona adolescente.	636
---	-----

3.1. Responsabilidad penal de la persona adolescente.	637
--	-----

3.2. Edad penal.	640
--------------------------	-----

3.3. Jurisdicción Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes.	642
--	-----

4. Principios fundamentales en el proceso penal de la persona adolescente.	645
---	-----

4.1. Principios particulares del proceso penal de la persona adolescente.	647
--	-----

4.1.1. Principio de la protección integral del niño, niña o adolescente infractor.	648
4.1.2. Principio del interés superior del niño.	648
4.1.3. Principio de respeto a los derechos de la persona menor de edad infractora.	651
4.1.4. Principio de formación integral y reinserción.	651
4.1.5. Principio de presunción de minoridad.	652
4.1.6. Principio de confidencialidad y el derecho a la privacidad.	654
4.2. El debido proceso en los tribunales de niños, niñas y adolescentes.	655
4.3. Presunción de inocencia.	659
4.3.1. <i>In dubio pro reo</i>	660
4.3.2. Derecho a la prueba (<i>onus probandi</i>).	661
4.3.3. <i>Non bis in idem</i>	662
4.4. Inviolabilidad del derecho de defensa.	663
4.4.1. Derecho al silencio y a la no-autoincriminación.	663
4.4.2. Derecho a la asistencia letrada.	664
4.4.3. Derecho de intervención.	665
4.5. Principio de legalidad.	666
5. La acción de hábeas corpus en la justicia penal de la persona adolescente.	667
6. Principio de impugnación.	670



PRESENTACIÓN

Dariel Alejandro Suárez Adames

La Escuela Nacional de la Judicatura tiene el honor de poner a disposición de la comunidad jurídica nacional e internacional una nueva edición de la obra *Constitucionalización del Proceso Penal (2021)*.

La obra original, realizada en el año 2002, constituyó un esfuerzo conjunto del Poder Judicial de la República Dominicana y del Consejo General del Poder Judicial de España, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Fue puesta en circulación el mismo año en que se promulgó el nuevo Código Procesal Penal dominicano que, como es sabido, dio un giro reformador y garantista a la justicia penal dominicana; su objetivo era constituirse en la obra base del curso "Constitucionalización del Proceso Penal", impartido por la Escuela Nacional de la Judicatura, y del proceso formativo que contempló la transformación de la justicia dominicana a inicios de este siglo.

Transcurridos 19 años, y a partir de la trascendental reforma constitucional del año 2010, urgía su actualización. Hoy, sumergidos en un nuevo proceso de reforma de la Justicia, con la implementación del Plan Estratégico del Poder Judicial dominicano, Visión Justicia 20|24, la Escuela Nacional de la Judicatura reúne nuevamente a expertos nacionales e internacionales, con el objetivo de revisar y actualizar esta obra, a fin de renovar su contenido e incluir los avances que ha tenido esta rama del derecho, fruto de los avances que trajo como consecuencia la Constitución de 2010 y el fortalecimiento de la justicia constitucional que hemos experimentado.

La actualización de los contenidos ha sido una labor coordinada por el destacado juez y constitucionalista dominicano, magistrado Claudio Aníbal Medrano, quien, con el auxilio de los expertos internacionales Jorge Jiménez Martín, Víctor Orozco Solano, Miguel Carmona Ruano, Juan Carlos Campo Moreno y Luis Fernández Arévalo, además del equipo de juristas nacionales, integrado por los magistrados Mario Nelson Mariot, José Saúl Taveras, Sarah Veras Almánzar, Ysis Muñiz y Mirta Duarte Mena, ha desarrollado una valiosa labor de revisión y modernización de este libro.

Esta publicación se pone a disposición de la comunidad jurídica como parte del compromiso de la Escuela Nacional de la Judicatura de compartir el resultado de su labor académica a través de su Biblioteca Virtual, Base del Conocimiento Jurídico que recientemente ha sido lanzada por nuestra Institución, con el objetivo de constituirse en fuente de consulta obligatoria para jueces, juezas y juristas nacionales e internacionales.

Agradecemos la labor de los destacados juristas encargados de la actualización de la obra y de todo el equipo envuelto en su elaboración, sin cuyo esfuerzo hubiera resultado imposible esta publicación académica. Esperamos que la misma contribuya a la formación de la judicatura nacional y de los miembros de la comunidad jurídica, permitiéndonos seguir construyendo, juntos, una mejor justicia para todos y todas.

PRÓLOGO

Servio Tulio Castaños Guzmán

Hasta hace algún tiempo, la Constitución no era más que una especie de referente teórico que esbozaba un estado de cosas, que se limitaba al ideal, sin que se llegara necesariamente a materializar en el entramado jurídico. En ese contexto, hablar de proceso penal era perfectamente posible, sin tener que profundizar en la Constitución; bastaba con citar la regla contenida en la ley procesal, acompañándola quizás de la interpretación más plausible, bien fuese la realizada por los jueces o la plasmada en el texto doctrinal.

Hoy día se trata del ordenamiento jurídico por antonomasia, que constituye el fundamento de un verdadero Estado de derecho. A raíz de este proceso de constitucionalización, todas las ramas del derecho se han visto transformadas con el desarrollo del constitucionalismo, cuyo punto álgido tuvo lugar a partir de la evolución de casi todos los estados del mundo a una estructura de Estado social, democrático y de derecho, obligando a todas las disciplinas jurídicas a avanzar en este sentido.

Una concepción verdadera de Estado social, democrático y de derecho implica una norma suprema dotada, además de disposiciones de aplicación directa e inmediata, así como fuerza vinculante para otras normas, de un amplio catálogo de derechos fundamentales, garantías y principios, con los cuales se asegura la tutela judicial efectiva en todo procedimiento jurídico, tomando especial relevancia en el proceso penal.

Y es que, en la actualidad, la integralidad del derecho procesal penal no se concibe alejado de la perspectiva constitucional, sino que, como bien lo hace notar Louis Joseph Favoreu:

«(...) bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero Derecho» .

La constitucionalización del derecho penal y, de manera singular, del proceso penal constituye una expresión categórica de la vigencia de un auténtico Estado democrático de derecho centrado en la dignidad humana, con la consecuente humanización de la administración de justicia. El aparato de justicia penal no puede buscar la verdad material a cualquier precio a los fines de tramitar la imposición de la pena, si la hubiere.

En efecto, la constitucionalización del proceso ha devenido en uno de los principios cardinales del sistema penal acusatorio. Esto implica que el proceso penal sea irradiado por el fundamento expresado en la Constitución, condicionando con ello la interpretación jurídica y las actuaciones de los actores del proceso. Así, también supone la protección y aplicación, de manera irrestricta, de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales.

En este sentido, el profesor Félix Tena De Sosa apunta que es «de común acuerdo en la doctrina contemporánea que existe una estrecha relación entre la Constitución y el proceso penal» o, planteado en términos más acertados, entre derecho constitucional y derecho procesal penal. Resulta especialmente ilustrativa la caracterización de Goldschmidt, considerando al «proceso penal de una nación» como «el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución» o, con idéntico significado, por Roxin, «como el sismógrafo de la Constitución estatal», e igualmente Baumann, para quien «el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado» .

En lo que respecta al Estado mismo, puede establecerse que el fundamento del proceso penal deviene en un termómetro importante, pues se trata de uno de los instrumentos más vívidos para verificar una de sus características más trascendentales: el ius puniendi o facultad

sancionadora del Estado, al ostentar su poder legítimo en aras de lograr la imposición del orden público.

Lo anterior representa la relación indisoluble que existe entre Constitución y proceso penal, lo cual se enuncia en la llamada constitucionalización del proceso penal; esto es, en la consagración de principios constitucionales del proceso penal. Tal y como afirma Binder, se trata de «un derecho constitucional del proceso penal» el cual redefine el paradigma del proceso penal en relación al marco constitucional, procurando garantizar la vigencia, respeto y protección de los derechos fundamentales, como límites del ejercicio del poder estatal.

Autores como Ricardo Guastini (2008), quien ha dedicado gran parte de su obra al tema de cuestiones estructurales, de argumentación e interpretación del derecho desde su dimensión constitucional, han visualizado la constitucionalización del ordenamiento jurídico, entendiéndola «como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado de la norma constitucional », la cual se refleja en la creciente absorción de los principios constitucionales del proceso en las reglas procesales.

Deviene ineludible reconocer que ninguna norma puede edificarse de espaldas a la Constitución, resultando indiscutible que, a partir de la reforma procesal, las garantías constitucionales y las garantías mínimas de los tratados internacionales de derechos humanos o, en una palabra, el debido proceso, ha sido receptado en la norma adjetiva, dejando atrás la separación que había caracterizado a las relaciones entre la norma constitucional y la norma procesal penal.

Con la impregnación por el derecho constitucional de las normas que tienen que ver con el desarrollo del proceso, adquiere mayor vigencia la afirmación del profesor Juan Carlos Carbonell cuando señalaba que «(...) la Constitución es la norma que define y escoge los valores; por tanto, no solamente delimita el campo de acción del Derecho penal, sino que además fundamenta [...irradia] y limita la actuación de los poderes públicos». En este contexto, el *ius puniendi* está supeditado por los cauces constitucionales que se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

En República Dominicana, al igual que en otros países de Latinoamérica, la constitucionalización del derecho ha sido un proceso sostenido que ha encontrado picos de desarrollo en las reformas cursadas en las últimas décadas. En nuestro caso, estas reformas han resultado en la adaptación de los códigos procesales, así como de las prácticas jurisdiccionales en función de los principios y reglas provenientes del Derecho constitucional y lo referente a los convenios internacionales en materia de derechos humanos. Es decir, supuso, más que un reforzamiento de sus vínculos, una impregnación de la Constitución —y los tratados internacionales de derechos humanos— en el derecho procesal penal.

Resulta imposible abundar sobre el proceso de constitucionalización del proceso penal sin mencionar lo que significó en ese sentido la reforma procesal penal, la cual no solamente permitió la adopción de un nuevo código procesal, sino que dio paso a la transición desde un modelo inquisitivo a uno acusatorio, modificando por completo la filosofía jurídica que hasta ese entonces dominaba el proceso penal.

Desde la adopción del código procesal penal, en los albores de la década del 2000, ha sido significativo el avance en materia de garantías procesales; encontrándose a gran escala superado el recuerdo de aquellos juicios con manifiestos tintes de arbitrariedad, así como aquellas instancias en las que eran constantemente lesionadas las garantías del ciudadano. De ahí que, de forma paulatina, la normativa se haya encaminado a acoplarse a las corrientes contemporáneas de constitucionalización del proceso —modelo iberoamericano—, adentrándose finalmente en el amparo de los principios rectores del proceso que constituyen la base de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Se trató de una transformación sustancial que trazó la reforma de nuestro procedimiento, logrando el tránsito de un modelo puramente inquisitivo al acusatorio y adversarial, y con ello a un proceso penal verdaderamente garantista.

El hito que representó la reforma procesal penal para el ordenamiento jurídico dominicano consideramos se describe cabalmente, desde la perspectiva del jurista Luigi Ferrajoli, respecto del efecto transformador del garantismo penal:

«(...) el derecho penal es el terreno sobre el cual se han elaborado y edificado —a partir del pensamiento ilustrado y las batallas civiles

de su comportamiento contra las arbitrariedades y los abusos del antiguo régimen— todas las principales garantías de los derechos de libertad: el respeto de la persona, el principio de la estricta legalidad penal, la rígida sujeción del juez a la ley y su separación de la parte acusadora, los principios de ofensividad y materialidad de los delitos, el carácter personal de la responsabilidad penal, la tutela de la libertad de conciencia y de pensamiento, la presunción de inocencia salvo prueba en contrario, la inmunidad de los arrestos arbitrarios y de los tratamientos contrarios a la dignidad de la persona, el valor de la confrontación de las partes y de los derechos de la defensa ».

Otro punto referente en materia de constitucionalización del proceso penal lo es la Constitución de 2010, la cual receptó en la norma adjetiva el marco amplio del debido proceso, estableciendo también un catálogo amplio de los derechos del ciudadano y los mecanismos de protección para la defensa de estos derechos.

El impacto de la Constitución de 2010 puede resumirse en el otorgamiento, de manera expresa e inequívoca, al ciudadano y a los actores del sistema de justicia, los instrumentos necesarios para que sean exigibles y, ciertamente, se apliquen los derechos fundamentales del ciudadano. Estos derechos fundamentales dejaron cualquier estigma que los definía como meros enunciados retóricos, convirtiéndose en verdaderos derechos exigibles ante las instancias administrativas y, si así correspondiese, ante las jurisdiccionales.

Toda esta aproximación teórica referente al fenómeno de la constitucionalización y su influencia en el derecho penal, específicamente en el proceso penal, así como las pinceladas relativas a los momentos relevantes al respecto en nuestro país, nos permite sustentar la importancia histórica y doctrinal que reviste el trabajo de la Escuela Nacional de la Judicatura al embarcarse en una segunda edición del libro titulado «Constitucionalización del proceso penal».

De manera general, se trata, pues, de un estudio detallado sobre el significado de la constitucionalización del proceso penal a lo que antecede una serie de precisiones que presentan un examen sobre el desarrollo de las concepciones constitucionales en nuestro entorno jurídico.

De inicio, se explican las razones por las cuales, en República Dominicana —al igual que en otros países de Latinoamérica con los cuales se comparte antecedentes y resquicios de una cultura

jurídico-política autoritaria— se arrastra algún sesgo que sugiere la minimización del valor sustantivo de la Constitución; esto propiciado por la recepción acrítica de la doctrina francesa de la época napoleónica, lo cual no era sólo un dogma equivocado, sino, más aún, sumamente peligroso.

Otro aspecto merecedor de especial atención, a propósito de la nueva edición de esta obra dedicada al derecho que regula la función jurisdiccional del Estado, es el amplio apartado que se le dedica al debido proceso como columna garantista. Es la perspectiva correcta que la maquinaria procesal penal no puede construirse omitiendo reconocer las potestades, los derechos y las obligaciones de los sujetos procesales que participan en ella, pues esto chocaría de frente contra el fin mismo del proceso que debe circunscribirse a dilucidar la verdad concreta a los fines de poder aplicar la intervención estatal que se reflejará a través de una condena o bien mediante una absolución.

Esta obra abarca, de manera pormenorizada, el catálogo íntegro de los principios rectores que caracterizan la teoría del garantismo penal; todo ello desde una perspectiva comparada de riqueza inmejorable. Sin dudas, se trata de un texto obligado en la doctrina dominicana, así como un recurso de lectura obligada para el ejercicio y estudio del derecho.

La gran riqueza de este trabajo puede resumirse, sin abarcarlo del todo, en el abordaje magistral de los conceptos, principios y enunciados de supremo interés teórico y práctico para la resolución de problemas en el ámbito procesal en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho. El amplio espacio dedicado a los principios, a su desarrollo jurisprudencial a partir de importantes decisiones del Tribunal Constitucional y de otros órganos de la justicia ordinaria, hacen de esta obra un instrumento formidable para comprender y para catalizar o acelerar el creciente proceso de constitucionalización del derecho procesal en la República Dominicana, después de la Constitución del año 2010.

Este es un material bibliográfico de altísima notabilidad, que constituirá uno de los referentes doctrinarios más importantes del último decenio, con la impronta del trabajo que ha venido realizando este brazo ejecutor del Poder Judicial dominicano: la Escuela Nacional de la Judicatura.



CAPÍTULO I

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

Autor: Félix Damián Olivares Grullón



CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

Autor: Félix Damián Olivares Grullón

1. LA POTESTAD PUNITIVA ESTATAL: EL TRIPLE MONOPOLIO OFICIAL

La impartición de justicia pronta y cumplida aparece como una de las funciones básicas en toda formación social, en la medida en que “decir el derecho” o adjudicar la norma es un corolario necesario para la vida en sociedad. Esta función, que históricamente ha estado más o menos concentrada o distribuida entre los órganos estatales y la comunidad de vecinos, no puede llevarse a efecto de cualquier manera, sino que debe materializarse en la forma jurídicamente regulada. Es esta obligación jurídica lo que sirve de fundamento constitucional al derecho procesal penal, al tiempo de suponer que los órganos de administración de justicia están obligados en todo ámbito y de modo permanente a proveer tutela jurisdiccional efectiva a los derechos de todas las personas.

Es un dato concreto el que en la sociedad moderna la persecución, el enjuiciamiento y la ejecución penales corresponden normativa y operativamente a órganos estatales, integrados en lo que hemos dado en denominar el “sistema de justicia penal”. La potestad penal del Estado se expresa en el hecho de que “puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima”.¹

¹ Bustos Ramírez en Introducción al Derecho Penal, p. 6, y Jorge Vásquez Rossi, en su Derecho Procesal Penal, citan a Jiménez de Asúa, quien define el ius puniendi a modo de corolario al declarar que “el Estado, en nombre de la colectividad, ejerce la facultad de castigar al infractor de la Ley”. Esta declaración no llega a explicar cómo ni por qué razones los órganos estatales expropiaron determinados conflictos. Cabe precisar que el Estado es en sí mismo una abstracción mediante la cual se pretende regular el ejercicio legítimo del poder organizado en función de determinados fines sociales y como salvaguarda de preexistentes derechos individuales y comunitarios.

Esta realidad normativa y operativa en el ejercicio de la coerción penal no siempre ha sido así, sino que, en una dinámica de constante cambio, la mayoría de las sociedades modernas han transitado desde fórmulas más o menos consuetudinarias de solución de los conflictos por parte de los particulares hasta la situación actual, en la que la pena estatal, el poder centralizado y la persecución penal pública constituyen la nota sobresaliente entre los medios de control social.² Examinemos, aún lo sea sucintamente y a grandes rasgos, el proceso histórico por el cual se impone el triple monopolio oficial del Estado, la jurisdicción y el proceso. Asimismo, conviene estudiar de manera muy sintética los diversos sistemas procesales,³ así como los fundamentos y límites de esta potestad.

1.1. De la venganza privada a la paz del rey

En las formaciones sociales constituidas por núcleos familiares más o menos extendidos, como tribus, clanes, grupos o fraternidades, la existencia de un poder u autoridad centralizada resultaba desconocida.

La costumbre y la tradición establecían que la reparación del daño sufrido y un eventual castigo del ofensor y su familia pertenecían en primer término al ofendido y a su tribu. Este estadio de desarrollo se identifica dentro de la historia de las instituciones jurídicas como período de la venganza privada. A esta modalidad de solución de conflictos se atribuye el riesgo de que a la lesión originalmente provocada sucediera una reacción desproporcionada por parte de la víctima y su grupo familiar.

A partir de la idea básica del derecho de la víctima a buscar venganza o reparación en relación con el ofensor, se organiza el llamado modelo acusatorio. La jurisdicción penal reside en un tribunal, integrado por jueces populares y/o un jurado, que actúa a modo de árbitro entre dos partes, acusador e imputado, que se enfrentan en una especie de duelo. La acusación es libremente refutable en público por el imputado, quien puede ofrecer toda clase de pruebas de descargo.⁴

La persecución penal es confiada a un acusador privado o popular, sin cuya intervención ni la formulación de la imputación de su parte no habría lugar a la formación de un proceso, tal como queda expresado en los adagios *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*. En

² Véase a Maier, J. (1996). Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto.

³ Véase a Mora, L. (1997). Los Principios Fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998. Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Obra Colectiva. Segunda Edición. San José, Costa Rica: Asociación de Abogados de Costa Rica. pp. 4 y ss.

⁴ Véase a Foucault, M. La Verdad y las Formas jurídicas. Editorial Gedisa.

el modelo acusatorio el proceso constituye una garantía individual frente al intento de imponer una pena, y funciona como un obstáculo a tal pretensión que debe ser superado airoosamente para poder concretarla.⁵ El imputado es considerado un sujeto de derecho, tratado y estimado como inocente, colocado en condiciones de igualdad con el acusador, y cuya situación jurídica no varía decididamente hasta la condena.

El procedimiento consiste en un debate (el juicio) público, oral, continuo y contradictorio. Los jueces reciben directamente las pruebas, los fundamentos y alegatos de las partes, decidiendo según lo alegado y lo probado. La pasividad del juez deriva de su condición de árbitro en un proceso que se desarrolla de manera adversarial. El sistema de valoración de la prueba predominante es el de la íntima convicción. La sentencia sintetiza la solución definitiva del conflicto examinado, bajo la forma de cosa juzgada, sin que haya lugar a elevar recursos sobre los hechos acreditados.

El surgimiento de poderes políticos centrales bajo la forma de estados territoriales nacionales hacia el siglo XIII de nuestra era dio lugar a un lento, pero continuo proceso de sustitución de las formas privadas de solución de los conflictos u ofensas para dar paso a la intervención de órganos oficiales. El sistema procesal que caracteriza este segundo período del ejercicio del poder penal es el de la inquisición. El modelo inquisitivo nace, se desarrolla y consolida a partir de la necesidad política de sostener, precisamente, ese poder centralizado y fuerte, como lo fue la monarquía absoluta, cuya autoridad no era discutible.

Del entendimiento del acto dañino o lesivo como un conflicto interpersonal se pasó a considerarlo como una transgresión a la paz comunitaria y un acto de desobediencia que merecía ser expiado como un pecado.⁶ Los atentados más graves fueron tratados como crímenes de *lesa majestatis*. El conflicto y la determinación de su solución son expropiados por el monarca, quien asume la facultad de imponer el castigo. Desde esta época, la prohibición de la "justicia por mano propia" conllevó la obligación correlativa por parte de los gobernantes de garantizar la impartición de justicia.

La jurisdicción feudal ejercida por jueces accidentales del lugar, lo mismo que los fueros eclesiásticos, fue sustituida paulatinamente por los tribunales reales, integrados de modo permanente por

⁵ Cafferata Nores, J. (1998). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. p. 8. Es importante retener esta idea central conforme a la cual se prohíbe la formación o apoderamiento de oficio del juez sin la excitación previa y persistente del acusador.

⁶ Véase a Foucault, M. (1993). La verdad y las formas jurídicas. Editorial Gedisa. p. 53. "El delito, además de su víctima inmediata, ataca al soberano, lo ataca personalmente ya que la ley vale por la voluntad del soberano, lo ataca físicamente ya que la fuerza de la ley es la fuerza del príncipe".

jueces profesionales designados por el monarca. Estos tribunales estaban organizados jerárquicamente y su competencia territorial se determinaba a partir del lugar del hecho. La averiguación de la verdad histórica aparece como la finalidad principal del procedimiento.⁷ La persecución de oficio se afirmó como una forma de fortalecer la autoridad real, la organización política y la paz social del reino. El procedimiento seguido es el de la encuesta o la instrucción, la cual se desarrolla en ausencia de debate y su objetivo es la averiguación de la verdad histórica sin escatimar medios, lo que incluye las delaciones o denunciadores anónimos⁸ y la aplicación de la tortura. Las características del procedimiento son su alta formalización (escriturado), su clandestinidad y la ausencia de garantías para el reo, el cual es objeto y no sujeto del procedimiento. Se partía de una presunción de culpabilidad escalonada o progresiva.⁹ La valoración de la prueba se operaba según un sistema tasado o prueba legal. Las decisiones eran normalmente impugnables por efecto de la organización jerárquica y delegada de la jurisdicción.¹⁰

La inquisición medieval fue creada como una jurisdicción especial para la detección, el juicio y el castigo de la herejía. Existía desde 1233,¹¹ fecha en que fue creada por el papado para hacer frente a los albigenses en el sur de Francia. Se renovó hacia 1542 como respuesta al protestantismo. Es preciso distinguir la Inquisición papal de la Inquisición española,¹² la cual se creó básicamente para ocuparse de los judíos conversos. Como se recordará, los judíos habían prosperado durante la edad media, lo cual creó resentimientos en medio de la depresión económica verificada a mediados del siglo XIV, que derivaron en persecuciones y masacres como la verificada en 1391. Ello obligó a conversiones masivas de judíos, quienes pasaron a ser conocidos como conversos o nuevos cristianos.

Bajo la excusa de la unidad religiosa subyacía una problemática de revanchismo económico y político que fue canalizada a través del Santo Oficio. Entre 1478 y 1530 fueron procesadas más de 60,000 personas, de las cuales alrededor de 7,000 fueron relajadas al brazo

⁷ Véase a Foucault, M. (1993). *La Verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa, p. 41, cuando destaca "La verdad era, para el soberano y 'sus' jueces, un derecho absoluto y un poder exclusivo (...) ante la justicia del soberano, todas las voces deben callar."

⁸ En este sentido conviene reparar en el texto del artículo 274 del abrogado Código de Procedimiento Criminal "dominicano," el cual contenía una disposición que data de esa época, bajo el siguiente tenor: "Art. 274.- El fiscal está obligado, si el acusado absuelto lo requiere, a hacerle conocer sus denunciadores...," lo cual implicaría que bajo esa anacrónica formulación se pudieren seguir procesos a partir de delatores o denunciadores anónimos.

⁹ Foucault nos recuerda: "La demostración en materia penal no obedece a un sistema dualista --verdadero o falso-, sino a un principio de gradación continua: un grado obtenido en la demostración formaba ya un grado de culpabilidad e implicaba, por consiguiente, un grado de castigo. El sospechoso, como tal, merecía siempre determinado grado de castigo. No se podía ser inocentemente objeto de una sospecha." (Foucault: 48)

¹⁰ Foucault, M. Op. Cit. p. 48. Advértase que esta lógica de una culpabilidad progresiva y el castigo por anticipado se mantiene en el sistema inquisitivo reformado o mitigado del Código de Instrucción Criminal francés y en la operatividad de todo el sistema. En efecto, desde que el investigador policial determina que una persona detenida, y sin mayores posibilidades de defensa, es sospechosa y dispone el que "quitale la correa y los cordones y dale entrada," el viacrucis y el sanbenito de reo no va a desaparecer fácilmente, ya que esa persona tiene que esforzarse en demostrar su inocencia, descartada por el hecho de que progresivamente es objeto de un trámite de acumulación de indicios en su contra. Puro objeto, nunca sujeto. La presunción de inocencia y el juicio previo son bajo este sistema un artificio teórico.

¹¹ El Tribunal del Santo Oficio o de la Santa Inquisición fue creado por Gregorio IX con el manifiesto propósito de perseguir todo tipo de herejía.

¹² Mediante Bula del 1 de noviembre de 1478 el Papa Sixto IV autorizó a la corona española a nombrar inquisidores en su jurisdicción. Hacia 1483 Fray Tomás de Torquemada fue designado Inquisidor General, lo cual fue reconocido por Bula de Inocencio VIII.

secular (quemadas en la hoguera). El conjunto de sanciones impuestas a los reos de las llamadas prácticas judaizantes eran: la muerte en la hoguera, abjuración pública, destierro, prisión, galeras, flagelación pública, vergüenza pública, confiscación de bienes, multas, imposición de sambenito y corroza, incapacitación para ejercer cargos públicos, y sanciones penitenciales, entre otras.

Como hemos indicado, la Inquisición española fue un estrecho aliado de la corona, a la cual estaba subordinada y en general se utilizó de manera abusiva para fines políticos. La Inquisición, mediante el terror, persecución y se constituyó en un instrumento de centralización. Los autores que han estudiado este período histórico coinciden en caracterizar esta institución como una fuerza de policía al servicio de la corona. Estas concepciones sirvieron de sustento a la expropiación definitiva del conflicto verificado entre los particulares o súbditos. Sobre la base del monopolio del uso de la violencia legítima, el establecimiento de las instancias para decidir sobre los conflictos y las reglas que debían seguirse se desarrolló el concepto de que la administración de justicia es derecho y deber del monarca.¹³

El procedimiento legal seguido por la Inquisición española resultaba de las instrucciones elaboradas por Torquemada en las cuales el tribunal conjugaba las funciones de investigación y enjuiciamiento, procurando, además del castigo y expropiación de los haberes de las personas objeto de su persecución, su confesión y retractación extrema para "salvar sus almas".¹⁴ A partir del "edicto de fe", conforme al cual toda persona debía convertirse en denunciador anónimo, se daba inicio al procedimiento de *inquisitio generalis*, luego, al aparecer los denunciadores se desarrolla una *inquisitio specialis*, mediante la cual se colocaba bajo encierro a la persona denunciada como hereje, judaizante o morisco. Su perdición estaba casi asegurada, ya que el procedimiento semiclandestino, desprovisto de garantías estaba llamado a desembocar en una cruel condena.¹⁵ La institución estaba altamente burocratizada y el formalismo excesivo ocupaba la mayor cuota del tiempo y esfuerzos de sus funcionarios.

Fray Pedro de Córdoba fue el primer inquisidor designado mediante cédula del 20 de mayo de 1519 para las Indias con jurisdicción sobre todas las tierras americanas. A su muerte, dichas funciones fueron

¹³ Esta idea del monopolio estatal de la represión penal nos es ofrecida en las aulas universitarias de manera acrítica y como un proceso natural en la formación de las instituciones jurídico-políticas.

¹⁴ Las personas condenadas a la hoguera que se retractaban a última hora eran favorecidas, primero se les estrangulaba y luego se les quemaba.

¹⁵ Juan de Llorente cita "el carácter odioso de mandar las delaciones bajo pena de excomunión, recluir los acusados en cárcel solitaria sin el consuelo de la comunicación con esposas, padres, hijos, hermanos, parientes y amigos; negar al reo el proceso original para su defensa, y no manifestar jamás los nombres de los testigos para tachar los que debieran serlo." En la Inquisición p. 9.

asumidas por la Real Audiencia, que las delegaba en cada caso a unos de sus miembros. Conforme nos relata Carlos Esteban Deive, la inquisición en Santo Domingo, si bien no fue tan cruel, cuantitativa ni cualitativamente, como en la metrópoli, sí se registran múltiples episodios de persecuciones motivadas en los conflictos de clase, raciales y de discriminación.

Estas concepciones sirvieron de sustento a la expropiación definitiva del conflicto verificado entre los particulares o súbditos. Sobre la base del monopolio del uso de la violencia legítima, el establecimiento de las instancias para decidir sobre los conflictos y las reglas que debían seguirse se desarrolló el concepto de que la administración de justicia es derecho y deber del monarca.

Cuadro comparativo de los modelos acusatorio e inquisitivo:

Acusatorio	Inquisitivo
Ofensa o daño contra el individuo.	Delito contra el Estado.
La verdad proviene de un largo adversarial basado en la inmediatez.	La verdad proviene de un proceso organizado en distintas etapas.
Las partes son iguales.	Las partes son diferentes, el juez investigador busca la verdad.
Los jueces juegan un rol pasivo.	Los jueces juegan un rol activo.
La evidencia se reúne durante el juicio.	La evidencia se reúne antes del juicio.
Proceso oral.	Proceso escrito.
Juicio público.	Expediente secreto.
Los juicios del jurado son la regla.	Los juicios del jurado son excepcionales.
Veredicto oral y sentencia.	Juicio escrito y sentencia.
Apelaciones en la ley.	Apelaciones sobre los hechos y la ley.

1.2. De súbdito a ciudadano: entre la justicia monárquica y la justicia republicana

El advenimiento de un nuevo orden económico, social y político, expresado en nuevas relaciones de producción, el humanismo y la forma republicana de gobierno, tuvieron un decisivo impacto en el sistema de coerción penal. En lugar del modelo basado en la instrucción escrita, secreta y denegación del derecho de defensa, administrado por jueces delegados del poder monárquico, la reforma gestada en el siglo XVIII y materializada en el siglo XIX, propone el juicio oral, público, contradictorio, con respeto del derecho de defensa ante jueces imparciales escogidos entre los miembros de la comunidad, como método de enjuiciamiento penal. Se proscribió la tortura y los tormentos como medios para la obtención de la verdad. El imputado pasa a ser sujeto en el proceso penal. Quedó por decidir lo relativo al carácter popular u oficial de la persecución penal.¹⁶

El intento por renovar el procedimiento acusatorio, después de varios siglos de predominio del modelo inquisitivo, se sintetizó en una fórmula transaccional: la parte inicial del procedimiento, la instrucción preparatoria, estaría gobernada por los criterios de la inquisición y la segunda, el juicio, por los principios del modelo acusatorio. El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 inaugura el llamado sistema procesal penal mixto clásico o inquisitivo reformado. Es este cuerpo normativo el que sirve de base a la reforma del enjuiciamiento penal en toda Europa continental y que más tarde sería introducido como producto de exportación colonial a los cinco continentes.

El llamado modelo mixto clásico introducido por el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 resulta, tal como venimos de recordar, en una solución de compromiso entre el antiguo régimen y el liberalismo político. Así, por oposición al modelo anglosajón de corte netamente acusatorio, en Europa continental se aceptaron los principios básicos de la inquisición -persecución penal pública, averiguación de la verdad como meta del procedimiento, secreto, no contradictoriedad y alta formalización- aplicados a la primera fase del procedimiento, llamada instrucción preparatoria y los principios acusatorios -oralidad, publicidad, contradictoriedad y continuidad- se introducen para la segunda etapa del proceso o juicio.¹⁷

¹⁶ Foucault, nos sitúa, al distinguir que "el verdadero objetivo de la reforma no es tanto fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos, sino establecer una nueva economía del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté ni demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre unas instancias que se oponen: que este repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social. La reforma del derecho criminal debe ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, según unas modalidades que lo vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus efectos; en suma, que aumente estos efectos disminuyendo su costo económico y su costo político." Op. Cit. P. 85

¹⁷ Delmas Marty, M. (1995). *Procédures Pénales d'Europe*. Paris, Francia: OAQ, nos recuerda: "el procedimiento inquisitorio se organiza, a diferencia del proceso civil, a partir del Estado: el proceso es puesto en movimiento por la autoridad de persecución representante del Estado (el ministerio público) y la averiguación se desarrolla bajo la dirección de un juez de instrucción que establece por escrito, de manera unilateral y secreta, en un expediente que será remitido a la jurisdicción de juicio: la ecuación secreto-verdad remite a ese principio cardinal del sistema inquisitorio según el cual el establecimiento de la verdad es un derecho absoluto y un poder exclusivo."

Si bien se mantuvo el principio de persecución penal pública -a manos del Ministerio Público- y se separaron formalmente las funciones de persecución e investigación de las jurisdiccionales,¹⁸ se planteó la regla de *ne proceda iudex ex officio*.¹⁹

1.3. Adopción y vicisitudes históricas del Código de Instrucción Criminal en Santo Domingo

Las precariedades materiales e institucionales que rodearon el nacimiento de la República Dominicana explican que el Constituyente reunido en la Villa de San Cristóbal decidiera mantener vigentes, hasta tanto fueren abrogadas por otras nuevas, las leyes y la organización judicial existentes a la sazón.²⁰

La legislación procesal penal adoptada fue la versión haitiana del Código de Instrucción Criminal napoleónico de 1808 y sus sucesivas modificaciones de 1816 y 1832. Mediante decreto congresual No. 58, promulgado el día 4 de julio de 1845, adoptamos los códigos franceses de la Restauración de 1832 en su idioma original. Este hecho político, como era de esperarse, planteó toda una serie de dificultades que fueron denunciadas de manera consistente a lo largo de la primera y segunda República. La experiencia histórica demuestra que los rasgos inquisitivos de la llamada instrucción preparatoria, petrificados en el legajo de actas, procesos verbales y formularios que denominamos el expediente,²¹ condicionaban a la otra etapa procesal, el juicio, que devenía así en una mera representación teatral de la labor realizada previamente por la policía y el juez de instrucción.²²

La legislación procesal penal heredada -como producto de exportación colonial- hace poco más de 150 años ponía el procedimiento preparatorio a cargo de la figura del juez de instrucción. Este funcionario estatal concentraba una multiplicidad de tareas que dificultaban su cumplimiento eficiente y resultaban de discutible compatibilidad. En

¹⁸ Ahora bien, el modelo de control social así reformulado abandona la severidad del antiguo régimen, al tiempo de adoptar el principio de que hay que ser más vigilante. Michel Foucault, en *Vigilar y Castigar*, no explica: "De ahí la idea de que el aparato de justicia debe ir unido a un órgano de vigilancia que le esté directamente coordinado, y que permita o bien impedir los delitos o bien, de haber sido conocidos, detener a sus autores; policía y justicia deben marchar juntas como las dos acciones complementarias de un mismo proceso, garantizando la policía 'la acción de la sociedad sobre cada individuo', y la justicia, 'los derechos de los individuos contra la sociedad'".

¹⁹ Compárese con Delmas-Marty, M. (1995). *Procedures Penales d'Europe*. Paris, Francia: PUF. p. 33, quien nos describe las ideas clásicas que pretendidamente debían servir para organizar el sistema: "Encore très présente, la pensée classique a dessiné à grands traits l'image officielle du procès pénal telle qu'elle est décrite dans les manuels: séparation des fonctions de justice répressive, présomption d'innocence, respect des droits de la défense, publicité de la procédure, motivations des jugements en sont les principales lignes directrices."

²⁰ La Constitución de la República Dominicana votada en la Villa de San Cristóbal, el 6 de noviembre de 1844, estableció, mediante un transitorio, lo siguiente: "Art. 209. Todas las leyes actuales, no contrarias a la presente Constitución, continuarán en vigor hasta que sean abrogadas por otras nuevas. Asimismo, los jueces, tribunales, oficios públicos y demás oficinas continuarán interinamente hasta la nueva organización, observando siempre la división de poderes."

²¹ Alejo Carpentier (1998) retrata magistralmente la alta formalización de la justicia y de sus operadores al referir: "lo esperaban hombres de justicia (...) pensaba en los misterios de la letra escrita, en esas hebras negras que se enlazan y desenlazan sobre anchas hojas afligranadas de balanzas, enlazando y desenlazando compromisos, juramentos, alianzas, declaraciones, apellidos, títulos, fechas, tierras, árboles y piedras; maraña de hilos, sacada del tintero, en que se enredaban las piernas del hombre, vedándole caminos destinados por la Ley; cordón al cuello, que apretaban su sordina al percibir el sonido temible de las palabras en libertad. Su firma lo había traicionado, yendo a complicarse en nudo y enredos de legajos. Atado por ella, el hombre de carne se hacía hombre de papel." Véase en *Guerra del Tiempo y Otros Relatos*. Madrid, España: Alianza, p.48.

²² Resulta pertinente destacar que la relación juez de instrucción-policía aún hoy día presenta serios inconvenientes, así en opinión de un juez de instrucción francés, la dificultad del predominio del policía en las labores de averiguación deriva del hecho de que "generalmente el cargo de juez de instrucción es el punto de partida de una carrera. Como pretende usted colocar a un funcionario de veintiséis años delante de un comisario de cincuenta." Lo cual es completado por un Comisario de Policía con la siguiente conclusión "La mayor parte de la investigación se desarrolla en un campo especializado, pocos magistrados son aptos para controlar nuestro trabajo. De ahí que ellos pudiesen no tener confianza en nuestros técnicos, pero ellos no tienen la formación que les permita plantear las preguntas adecuadas." Es por ello que resulta plausible derivar las labores de coordinación estratégica

efecto, el juez de instrucción realizaba actividades de mero trámite (requerir autorizaciones, recibir querellas, citar, extender comisiones rogatorias), investigativas (interrogar, realizar allanamientos y registros, secuestrar objetos y documentos), restrictivas de libertad (ordenar conducencias, imponer multas, ordenar la prisión preventiva o provisional, disponer su suspensión, conceder libertad bajo fianza) y jurisdiccionales (decidir a partir de sus propias actuaciones si envía, declina o desestima la apertura de juicio). Resulta obvio que la carga de trabajo impuesta al juez de instrucción, así como la confusión de funciones, limitaban su eficiencia como investigador y comprometían su imparcialidad como juzgador. Expresado en las palabras de los maestros Maier y Binder difícilmente “una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor”.²³

La conclusión en tiempo oportuno de la instrucción preparatoria representaba por sí sola un esfuerzo inmenso para los jueces, quienes eran cruelmente sometidos a la angustia de vivir permanentemente en infracción a los plazos legales.²⁴ Esta situación reducía su poder y les apartaba de su función natural de vigilar la legalidad de las actuaciones del fiscal y examinar imparcialmente la existencia de los presupuestos necesarios para autorizar o no que una persona fuese juzgada en un juicio público.

El interés por superar las aludidas dificultades condujo, desde nuestra independencia, a múltiples y fallidas iniciativas orientadas a traducir y a localizar la “expresada legislación, acomodándola a las necesidades, usos y conveniencias del país, al carácter y genio nacional, en armonía con nuestros principios e instituciones”.²⁵ Ya que además de la barrera que significaba para jueces y abogados, así como para los ciudadanos, el tener que administrar justicia con leyes redactadas en un idioma extraño, el excesivo trámite y ritualismo de los procedimientos inquisitivos no se correspondían con el modelo de garantías prometido por la Constitución de la República.

Don Tomás Bobadilla, ministro de justicia e instrucción pública, a quien siempre se le atribuyó ser un “afrancesado”, en las memorias presentadas al Congreso Nacional, el 26 de febrero de 1846, sugirió que después de traducidos los códigos, una comisión de legisladores

de la investigación criminal en el órgano que tiene a su cargo la tarea de acusar, esto es, el ministerio público, el cual es más dúctil y flexible para coordinar equipos de trabajo, en tanto tienen una visión global del fenómeno criminal, y es el que debe sustentar y garantizar el resultado final de cada caso.

²³ Exposición de motivos del Código Procesal Penal de Guatemala en 1989, en Congreso Regional sobre Reforma de la Justicia Penal. Guatemala: ILANUD. 199. p. 55.

²⁴ Recuérdese que la Ley No. 334 del 24 de diciembre de 1925, que fija los plazos para la conclusión de los procesos a cargo de los jueces de instrucción, establece el plazo de 60 y 30 días, según que la persona haya sido ingresada o no en prisión.

²⁵ Véase el decreto del Senado Consultor núm. 389 de fecha 22 de mayo de 1855.

se reuniera para discutirlos y "añadir y quitar lo que convenga, y sobre todo, para simplificar las formas de los juicios y alejar todo aquello que sea embarazoso y que no conduzca sino a alimentar los embrollos y hacer interminables los juicios, rodeándolos de formalidades difíciles y embarazosas para los mismos jueces, y que a nada conducen para proteger la ley y evitar la arbitrariedad".²⁶

El presidente Pedro Santana, fiel a su vocación autoritaria, dictó, el 16 de septiembre de 1846, un decreto en virtud del cual las causas seguidas contra los acusados de robo en materia criminal pudieran ser ventiladas por los tribunales de Justicia Mayor sin la asistencia de jurados. De suerte que ante las dificultades de los procedimientos y los trámites del código de instrucción criminal se optó por eliminar una de las pocas instituciones republicanas como lo era el jurado. Obviamente que esta medida favoreció la instrumentalización de la justicia para fines de conveniencia política de los sectores conservadores.

De su lado, el ministro de justicia e instrucción pública, Don Félix M. Delmonte, en sus memorias al Congreso Nacional, en el año de 1856, se quejaba amargamente de como "nuestra administración de justicia seguía una codificación que era necesario aclimatar a nuestro medio", al tiempo de señalar que "alrededor de esa codificación se habían ido elaborando leyes transitorias y efímeras para resolver situaciones accidentales que más tarde se convertían en frustratorias e incongruentes frente a otros casos".²⁷ De modo que, según el criterio del ilustre jurista e historiador, no bastaban las reformas parciales ni coyunturales, sino que era necesario una reforma integral.

Coincide en esta aspiración el destacado jurista, legislador y ulterior presidente de la Suprema Corte de Justicia, don Felipe Dávila Fernández de Castro, cuando subrayaba, el 24 de enero de 1859, la anómala situación del país al momento de la independencia, al extremo que le obligó, según sus propias palabras, a "tomar prestada la legislación de un pueblo remoto, de costumbres diferentes, de hábitos desemejantes, de idioma extraño, que habita un clima distinto y organizado con instituciones completamente distintas".²⁸ La referencia a que, tratándose Francia de una monarquía imperial, en contraste a un pueblo pequeño organizado bajo la forma republicana de gobierno, nos señala el hecho de que el modelo procesal penal mixto o inquisitivo reformado fijado por el código de instrucción criminal napoleónico responde a un esquema de organización política

²⁶ Citado por Julio Genaro Campillo Pérez (1985). Trabajos Conmemorativos de la Adopción de los Códigos Franceses como Leyes Nacionales. Santo Domingo, República Dominicana: ONAP.

²⁷ Un ejemplo de reformas parciales y perversas las constituyen todas aquellas legislaciones introducidas recientemente que reducen las garantías del imputado, imponiendo la prisión preventiva y dificultando la recuperación de la libertad mediante la prestación de fianza.

²⁸ Campillo Pérez, Julio Genaro. Op. Cit.

autoritario, centralizado, altamente burocrático y que por tanto no contribuía a realizar la programación constitucional propia de una República.

En su exposición, el legislador Fernández de Castro, después de abogar por “la necesidad de proporcionar a la República una legislación propia, adecuada a sus costumbres y a su organización política”, tuvo a bien afirmar en relación a la redacción del código de procedimiento criminal que “los franceses... hábiles en el trámite, la complicaron cuanto quisieron”.

Sin embargo, los obstáculos que para la impartición de una justicia pronta y cumplida planteaba la legislación adjetiva no cesaron durante la primera República, sino que, rebasada la anexión a España, los restauradores confrontaron vicisitudes similares durante el segundo período de nuestra historia republicana. Baste como prueba de esta afirmación lo que, en circunstancia parecida a la presente, señalara ese trascendente hombre público, Pedro Francisco Bonó, a quien, siendo ministro de justicia, le correspondió presentar un informe al presidente del Congreso Nacional en sesión del 30 de septiembre de 1867, que discurría en las siguientes razones:

me han remitido los estados de los encarcelados en su respectiva jurisdicción, y por ello se ve, que hay 173 presos, de los cuales 18 ya juzgados, los procesos de 68 calificados, y 87 en la instrucción sumaria. Aunque incompletos, estos datos enseñan que hay encarcelados desde diciembre del año pasado bajo la prevención de una ratería y sus causas no han salido de la instrucción; que además de los 173 presos, hay más de 80 procesos que no se han incluido en los 173, por pertenecer a prevenidos prófugos; en fin, dan una idea de la situación real del crimen y de la Justicia en la República. (...) Los estados referidos me ponen en actitud de probar que la Justicia está paralizada completamente en las Provincias y hasta en la Capital. Verdad es que, a los inauditos esfuerzos de los Tribunales, se debe haber logrado ver pasar algunas causas; pero la mayor parte permanecen estancadas, y hay provincias que ni una sola ha visto calificada por la cámara, a pesar de tener en la cárcel 28 individuos bajo prevenciones más o menos graves. Repito, no es culpa de los Tribunales, al contrario; los Magistrados merecen todo elogio cuando con tantas dificultades han logrado juzgar algunas causas; pero si estos esfuerzos los conceptúo dignos de todo encomio, son también totalmente deficientes para conseguir todo el objeto. Muchos prevenidos hay por raterías, que no verán en años pasar sus causas por la no asistencia de testigos, a los cuales, ni es racional exigirles un viaje por lo común largo, penoso y no remunerado, ni la remuneración que el erario se impusiera la justificaría la importancia del negocio. Así, -continúa

el ilustre pensador- lo que por el hecho no es más que un delito penado con corrección, se convierte por las dificultades para pronunciar sentencia, en crimen severamente castigado; espectáculo triste, pero consecuencia forzosa de una ley que no llena su objeto, porque en manera alguna está acomodada al país. El Ejecutivo así lo comprende y cada día se fortalece más en el propósito de conceder a los Alcaldes de Comunes el conocimiento de las causas por robo y raterías, por heridas leves y en lo civil en las causas de menor cuantía, según está arreglado por el nuevo proyecto de Ley, con el fin de acercar la justicia a los ciudadanos, tanto como lo permitan nuestra civilización, nuestro territorio y nuestros recursos.

Los múltiples intentos por dotar a la República Dominicana de una legislación procesal y una organización judicial propias desembocaron en el decreto congressional del 4 de julio de 1882, el cual declaró de alto interés nacional la traducción, localización y adecuación de los códigos franceses. El Código de Procedimiento Criminal fue promulgado el 27 de junio de 1884. La pretendida traducción, localización y adecuación de los Códigos franceses, entre ellos el Code d'Instruction Criminelle,²⁹ no alcanzó a ocultar la constatación histórica sobre las serias dificultades que ha confrontado el sistema de justicia penal para aplicar efectivamente sus normas, reglas y principios. En todo caso, es preciso advertir que el sistema procesal penal seguido era el llamado mixto clásico o inquisitivo reformado que combinaba dos fases: la instrucción preparatoria a cargo de un juez regido por los principios del modelo inquisitivo, el cual es escrito, secreto y no contradictorio, y la instrucción definitiva con un juicio pretendidamente oral, público y contradictorio.³⁰

En consonancia con las afirmaciones del profesor Froilán Tavares, debemos convenir en el aserto de que “no hemos elaborado o transformado inteligentemente ninguna institución extranjera para adaptarla a nuestro temperamento nacional, aparentemente a causa de la debilidad de nuestro pensamiento jurídico, del tutelaje de las doctrinas y del sistema jurídico francés implicados en la adopción de los Códigos franceses en 1845”.

Las modificaciones que el legislador local había introducido al ordenamiento procesal penal dominicano no eran para nada originales, sino que, a la zaga de la legislación francesa,³¹ procedíamos cada cierto tiempo a introducir remiendos al citado Código de Procedimiento Criminal, lo cual, obviamente, no contribuía a solucionar de raíz las

²⁹ Roxin, Arzt y Tiedemann, precisan que “las leyes determinantes del proceso inquisitivo se denominaron significativamente sólo INSTRUCCIONES, porque se tenía la sensación de que se trataba aquí no del Ordenamiento normativamente fijado de un verdadero proceso judicial, sino de más bien de la actividad policíaco-administrativa de un funcionario investigador.” (p.137).

³⁰ Cfr. En Sistemas Penales y Derechos Humanos: Informe Final, pp. 169 y ss. “la afirmación –tantas veces repetida– de que la instrucción inquisitoria, secreta y con prisión preventiva como regla, se compensa con un juicio plenamente acusatorio, pronto se reveló como falsa, al resultar de toda evidencia que hay pruebas que no pueden reproducirse en el plenario o juicio: en la práctica, las pruebas producidas en el sumario por la Policía no podían reproducirse en juicio.”

³¹ Cabe anotar que en Francia se han producido sucesivas reformas y contrarreformas parciales al Código de Instrucción Criminal de 1958. El problema se planteó seriamente a raíz del “Informe sobre el Estado de Situación de la Justicia Penal y Derechos Humanos de 1988,” así se han producido diversas reformas en el 1992, 1993, 1994, 1995, 1999 y 2000. Todas ellas han tenido como común denominador la necesidad de conciliar el sistema inquisitivo reformado con dos fenómenos importantes: la constitucionalización del derecho y la internacionalización. De modo que, Francia se aproxima al debido proceso, no tanto por las modificaciones adjetivas del procedimiento, sino por la impronta del derecho constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Algo similar sucede con la ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 y el advenimiento del Estado Democrático y Social de Derecho de la constitución de 1978.

dificultades de funcionamiento sistémicas de la justicia penal. El Dr. Julio Genaro Campillo Pérez afirma en el trabajo de referencia que, a pesar de su traducción y localización, "sigue siendo esta legislación, algo extraña al medio, especialmente su parte procesal, sumamente complicada, que hace más costosa la instrucción judicial y más difícil la adquisición de jueces idóneos y competentes".³²

1.4. Fundamentos de la potestad punitiva estatal

El fundamento de la potestad punitiva estatal ha sido explicado desde diversos puntos de vista o posiciones filosóficas, ideológicas y científicas. Así, en el Estado absolutista observamos que se invoca el origen divino de la autoridad de los gobernantes y para ello se hace acopio de la carta pauliana a los romanos.³³ El iluminismo recurre al contractualismo o tesis del contrato social para justificar y limitar el castigo de quienes rompen el compromiso básico de la organización comunitaria. Los criterios de necesidad y proporcionalidad para la aplicación de penas contribuyen a fijar barreras del ejercicio omnímodo de la potestad punitiva estatal.

Kant fundamenta la imposición de la pena al infractor en un imperativo de justicia concebido en términos absolutos, mientras que Hegel, en ese mismo sentido, visualiza una relación dialéctica entre el delito considerado negación del derecho y la pena consistiría en la negación de la negación, y por vía de consecuencia la afirmación del derecho.

Binder sostiene que el derecho a penar deriva del deber de obediencia que el Estado está llamado a exigir a todas las personas, lo cual sirve de base a la consideración de la potestad punitiva como una pretensión.³⁴ Desde este punto de vista, el Estado puede castigar por el sólo hecho de ordenar o prohibir una determinada conducta, lo cual no explica sobre la base de qué criterios el Estado decide convertir en punible una determinada conducta.³⁵ Otras escuelas o corrientes del pensamiento justifican la potestad punitiva del Estado en su deber de asumir la defensa social, lo cual legitima su intervención con relación a los individuos.

El monopolio de la justicia por parte del Estado se ha establecido como un correlativo del deber del Estado de garantizarla. De ahí que la justicia o guerra por mano propia quede proscrita en tanto el

³² Campillo Pérez, J. Op. Cit.

³³ Epístola de San Pablo a Los Romanos. Capítulo XIII. Versículos 1-7.

³⁴ Hormazabal Malaree, H. (1985). Política Penal en el Estado Democrático, en Poder Penal y Estado: Homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires, Argentina: Depalma. p.159.

³⁵ El artículo 40, inciso 15 de la Constitución de la República plantea los criterios de razonabilidad, necesidad y utilidad de las normas, lo cual nos indica que el legislador tiene límites infranqueables al momento de decidir qué conductas resultarían punibles.

poder político central garantice la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos a todas las personas. Esta exclusividad en la imposición de soluciones coactivas a los conflictos con relevancia penal se traduce en una obligación pública material del Estado de garantizar la justicia.³⁶ Este deber del Estado de garantizar la justicia es el fundamento del derecho procesal.

No resultaría exagerado afirmar que el derecho es el creador del poder penal del Estado, con lo cual se destaca el carácter instrumental de las construcciones jurídicas a los fines de organizar, limitar y legitimar el ejercicio de esa potestad. La capacidad reguladora de las normas jurídicas para atribuir esa potestad punitiva al Estado surge del reconocimiento de la Constitución y la soberanía popular como fuentes básicas del ejercicio de todo poder que se pretenda legítimo. Eberhard Schmidt afirma que las raíces del monopolio de la justicia por parte del Estado se encuentran en el derecho político material, el cual no sólo se presenta con la pretensión de establecer el derecho en la ley, sino también en su realización mediante las resoluciones de los tribunales. En ese tenor, "la administración de justicia pertenece a los fines esenciales de las funciones del Estado. Funciones que, ante todo, suponen deberes".³⁷ Este mismo autor nos refiere, que "es el pensamiento de la seguridad jurídica, lo que, por respeto de la dignidad humana y la libertad individual, obliga al Estado a fijar la manifestación de su poder penal, no sólo en presupuestos penales materiales (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), sino también, a asegurar su actuación en el caso particular por medio de formalidades y reglas".³⁸

Si somos consecuentes con el razonamiento que explica la expropiación del conflicto penal de las manos de los particulares para imponer su solución a cargo de órganos oficiales, con miras a evitar que la reacción de la víctima y sus familiares sea excesiva o desproporcionada, el fundamento del monopolio estatal de la actividad punitiva no puede ser sino la necesidad de economizar violencia. La idea subyacente de última ratio y el carácter subsidiario que se atribuye al derecho y al sistema de coerción penales,³⁹ permite afirmar que su función consiste en proveer soluciones justas, basadas en la verdad y orientadas a la recomposición de la armonía comunitaria. Se trata de concebir y aplicar el recurso penal como el último remedio para gestionar la conflictividad social en un marco de estabilidad institucional y sin abuso de poder.⁴⁰

³⁶ La Constitución de la República proclama el monopolio de la función jurisdiccional como un imperium y una obligación indelegable del Poder Judicial. En sus artículos 1, 2, 4 y 149 la norma suprema del ordenamiento jurídico caracteriza la organización política de la Nación, la Soberanía Popular, los Poderes Públicos y la forma de ejercicio del Poder Judicial. El artículo 149 proclama: "La justicia se administra gratuitamente, en nombre de la República, por el Poder Judicial (...)"

³⁷ Schmidt, E. (1957). Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica. p. 18.

³⁸ *Ibidem*, p. 24.

³⁹ La Constitución de la República recoge en el artículo 40, incisos 9 y 10, ese carácter subsidiario del derecho penal al hacer referencia a las medidas de coerción.

⁴⁰ Véase a Alberto B. (1993). Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc. (1993). Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc. (2000). Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.

La existencia de un hipotético derecho estatal de castigar es, al decir de algunos, discutible, ya que su fundamento no se encuentra exclusivamente en el ámbito jurídico.⁴¹ Eduardo Novoa Monreal sostiene, desde una óptica positivista, que si asumimos que el Derecho en sentido general, y el derecho penal como una de sus ramas, constituye un puro instrumento de ordenación, destinado a imponer un sistema de organización comunitaria elaborado por criterios externos a él, serían esos criterios y no el Derecho, los que darían sustancia a la potestad punitiva.⁴² Bajo esta posición, el Derecho tendría una función instrumental para la realización de fines contingentes, relativos. De ahí que debamos rechazar la idea que asocia al derecho y al sistema de coerción penales con fines absolutos e inmanentes.

Cabe decir que en un Estado de Derecho los fines del sistema de coerción penal, y de modo específico los del ordenamiento procesal, deben estar orientados por el respeto de la dignidad y libertad irreductibles de las personas.⁴³ La concepción tradicional de que el proceso penal es un mero instrumento para la realización del *ius puniendi* requiere ser cuestionada y revisada a la luz del Estado de Derecho. Tal como nos lo refiriera el magistrado Ruíz Vadillo, la función del proceso penal no puede ser reconducida exclusiva y mecánicamente a la aplicación del derecho penal por la sencilla razón de que también está destinado a declarar la libertad del ciudadano inocente y a facilitar la reparación de la víctima. A propósito del monopolio de la potestad punitiva por parte del Estado, cabe apuntar que el juicio fundante de la decisión de aplicar una pena a alguien es tarea que corresponde al Poder Judicial, dentro del esquema de división de poderes. Así, observamos que la Constitución de la República establece que el Poder Judicial se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales del orden judicial creados por esta Constitución y las leyes. Esta norma organizacional básica de nuestra forma de gobierno excluye la posibilidad de que órganos legislativos o ejecutivos puedan pronunciar la imposición de sanciones de naturaleza penal. El principio de universalidad y exclusividad de la jurisdicción penal por parte del Poder Judicial hace nulas cualesquiera sanciones impuestas por comisiones especiales y tribunales *ad-hoc*, entre las que cabe citar los pretendidos tribunales de "justicia" policial.⁴⁴

⁴¹ Otros autores, como Louk Hulsmann y Nils Christie, impugnan esta visión racional e idílica que sobre el sistema sostiene el discurso penal. Así, Louk Hulsmann, nos plantea "Existe un código penal que describe, y limita, los comportamientos punibles; hay un código de procedimiento penal que garantiza que ningún ciudadano pueda ser arrestado y detenido arbitrariamente; los jueces son independiente del poder ejecutivo, los procesos son públicos... y el tribunal de casación vela por la regularidad de todo el proceso." "Ya se sabe -continúa este autor- que esto es lo que se explica en la universidad, y este tipo de razonamiento recogido por el discurso oficial de otras instituciones, se ha extendido en la misma forma en la sociedad a través de los medios de comunicación. Pero todas estas reglas formales, todos estos principios que pretenden ordenar el edificio con vistas a establecer una justicia serena e imparcial, ¿protegen verdaderamente a las personas de toda opresión arbitraria? ¿Son válidos para la sociedad de hoy?" Ver Las Penas Perdidas y La industria de la (In) Seguridad.

⁴² Novoa Monreal, E. (1985). Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado. El Poder Penal del Estado. Buenos Aires: Depalma, p. 185 y ss.

⁴³ Resulta oportuno reiterar que existe una correlación entre el sistema político imperante y el contenido del Derecho Procesal, de ahí que en ocasión de una transición desde regímenes autoritarios a formas de vida democráticas estemos obligados no sólo a adecuar las normas procesales a los postulados básicos del Estado Constitucional de Derecho, sino a que en la configuración práctica del sistema de justicia penal se expresen los valores esenciales concretizados en el debido proceso y la tutela judicial efectiva de los intereses vitales de las personas.

⁴⁴ Véase infra los apuntes sobre el principio de universalidad y exclusividad de la jurisdicción penal con cargo al Poder Judicial, según los artículos 4, 40 (17), 128 (c), 149, 150, 254 y 257 de la Constitución de la República.

1.5. La facultad punitiva estatal en el paradigma constitucional

Tal como anunciamos en la introducción del presente escrito, la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,⁴⁵ así como la actividad previa de las partes que ella supone, no puede llevarse a efecto de cualquier manera, sino que, en ocasión del proceso penal, las tareas de acusar, defender y decidir deben materializarse en la forma jurídicamente regulada.⁴⁶

El divorcio entre el debido proceso⁴⁷ pautado por la Constitución de la República Dominicana, conforme al cual toda persona tiene el derecho a un juicio oral, público y contradictorio, ante juez imparcial, con garantía del ejercicio del derecho de defensa, por un lado, y; el carácter burocrático, formalista, clandestino y ausente de garantías de los procedimientos organizados a partir del derogado Código de Instrucción Criminal y las prácticas de policías, fiscales, jueces y carceleros, constituye un dato histórico avalado por las estadísticas.⁴⁸ Esta noción constitucional sobre el debido proceso, que en nuestro caso resulta ampliada por los tratados y convenciones internacionales suscritos, aprobados y ratificados por el país, impusieron una recontextualización del proceso penal a la luz de esas normas y principios.⁴⁹ El tránsito de regímenes autoritarios a formas democráticas de gobierno ha de conducirnos a una revisión constante del aparato coercitivo estatal. No podemos hablar de debido proceso ni de salvaguarda de los derechos humanos, si el Poder Judicial no sólo se muestra incapaz de limitar los abusos de otras ramas de los poderes públicos, sino que concurre, en su desempeño cotidiano, en la vulneración de los derechos fundamentales de los asociados al negarles una justicia pronta y cumplida.

⁴⁵ En la base de nuestra organización jurídico-política encontramos que el Poder Judicial queda a cargo de la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales del orden judicial, función que se manifiesta en "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado." De suerte que la validez y vigencia de las sentencias autos y providencias no deben quedar abandonadas al acatamiento más o menos discrecional por parte de los destinatarios, sino que su obligado acatamiento debe ser exigido perentoriamente por quienes dicen el derecho.

⁴⁶ La civilización viene articulando bajo la significativa expresión debido proceso el conjunto de mecanismos o técnicas que permiten fijar límites a la actividad punitiva, a fin de que los conflictos se solucionen conforme a reglas de derecho preestablecidas y sin abuso de poder. El profesor de Heidelberg Eberhard Schmidt en su obra "Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal" aborda de manera brillante y clara el tema al hablarnos de "formas protectoras." Véase en Schmidt, E. (1957). Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica.

⁴⁷ La Sala Constitucional de Costa Rica, en Opinión Consultiva núm. 1739-92, nos ofrece una definición aproximada del concepto de debido proceso al decir que "envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjunto de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades e intereses del ser humano-; es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia".

⁴⁸ A modo de ejemplos cabe hacer referencia a tres situaciones concretas favorecidas por la derogada legislación procesal adjetiva: a) La prisión preventiva se imponía de manera automática y rutinaria a partir de la discrecionalidad atribuida al juez instructor, de hecho en la cultura judicial y en el imaginario popular se entiende que de ordinario una persona imputada de un hecho criminal debe ser hecha presa, lo cual es igual a afirmar que "no hay proceso sin preso", o por vía inversa "si lo sueltan se garantiza la impunidad." Todo ello conduce a una aplicación masiva de la prisión preventiva como una medida de instrucción para facilitar la investigación y no una medida cautelar excepcional de carácter jurisdiccional y por ende sujeta al contradictorio propio de la forma judicial; b) El hecho de que la designación de defensor técnico se operaba, en virtud del artículo 220 y 221 del Código de Instrucción Criminal, hacia la época del juicio cuando ya están agotados los principales actos de incorporación de prueba durante los cruciales trámites de la fase policial y el sumario de la instrucción preparatoria. La defensa ha de ser integral. Es decir, técnica, adecuada y oportuna. La oportunidad sólo se garantiza si esta se hace efectiva desde el primer acto de procedimiento y aún antes de su declaración. Tal como señala Pellerano Gómez, el de defensa es un derecho del justiciable consagrado en la Constitución, siendo una garantía previa al proceso. Se trata, en palabras de Londoño Jiménez, de "una garantía orientada a no permitir que a espaldas de un acusado se levante una investigación penal que solo se deje trascender en una etapa avanzada de ella, cuando al inculminado ya le quedare más difícil ejercer su derecho de defensa, como sería el caso de que solo se diere una orden de captura o citación para indagatoria y que, recibida esta, se dictare inmediatamente un auto de privación de libertad"; y, c) El papel activo que se atribuía al juez durante el juicio, en razón del resabio inquisitivo filtrado en el artículo 231 del Código cuando mandaba a que el juez presidente hiciera todo cuanto concepie útil para descubrir la verdad, lo que evidentemente le comprometía con los resultados del proceso y lo coloca en un escenario de "todos contra uno," quedando comprometida su imparcialidad.

⁴⁹ La noción de debido proceso se opone históricamente al abuso de poder y provee la idea de protección ante actos arbitrarios.

A modo de ejemplos que apoyan la afirmación, cabe hacer referencia a tres situaciones concretas favorecidas por la legislación y prácticas anteriores a la reforma procesal, a saber: a) La prisión preventiva se imponía de manera automática y rutinaria a partir de la discrecionalidad atribuida al juez instructor, de hecho en la cultura judicial y en el imaginario popular se entendía que de ordinario una persona imputada de un hecho criminal debía ser hecha presa, lo cual era igual a afirmar que "no hay proceso sin preso", o por vía inversa "si lo sueltan se garantiza la impunidad". Todo ello conducía a una aplicación masiva de la prisión preventiva como una medida de instrucción para facilitar la investigación y no una medida cautelar excepcional de carácter jurisdiccional y por ende sujeta al contradictorio propio de la forma judicial; b) El hecho de que la designación de defensor técnico se operaba, en virtud del artículo 220 y 221 del Código de Instrucción Criminal, hacia la época del juicio, cuando ya están agotados los principales actos de incorporación de prueba durante los cruciales trámites de la fase policial y el sumario de la instrucción preparatoria, todo lo cual negaba el carácter integral de la defensa. Es decir, que no existía una asistencia técnica, adecuada y oportuna. La oportunidad sólo se garantiza si ésta se hace efectiva desde el primer acto de procedimiento y aún antes de una eventual declaración de la persona sospechosa de delito. Tal como señalaba el Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez, el de defensa es un derecho del justiciable consagrado en la Constitución, siendo una garantía previa al proceso. Se trata, en palabras de Londoño Jiménez, de "una garantía orientada a no permitir que a espaldas de un acusado se levante una investigación penal que solo se deje trascender en una etapa avanzada de ella, cuando al inculcado ya le quedare más difícil ejercer su derecho de defensa, como sería el caso de que solo se diere una orden de captura o citación para indagatoria y que, recibida ésta, se dictare inmediatamente un auto de privación de libertad", y; c) El papel activo atribuido al juez durante el juicio, en razón del resabio inquisitivo filtrado en el artículo 231 del Código cuando mandaba a que el presidente hiciera "todo cuanto conceptúe útil para descubrir la verdad", lo que evidentemente lo comprometía con los resultados del proceso y lo colocaba en un escenario de "todos contra uno", quedando en entredicho la imparcialidad del juez.

Esta noción constitucional sobre el debido proceso, que en nuestro caso resulta ampliada por los tratados y convenciones internacionales suscritos, aprobados y ratificados por el país, imponen una recontextualización del proceso penal a la luz de esas normas y principios. El tránsito de regímenes autoritarios a formas democráticas

conduce a una revisión constante del aparato coercitivo estatal. No podemos hablar de debido proceso ni de salvaguarda de los derechos humanos, si el Poder Judicial no sólo se muestra incapaz de limitar los abusos de otras ramas de los poderes públicos, sino que, además, concurre, en su desempeño cotidiano, en la vulneración de los derechos fundamentales de los asociados, al negarles una justicia pronta y cumplida.

En Iberoamérica, la transición desde regímenes autoritarios hacia sistemas democráticos ha conducido a una reubicación o reposicionamiento del Poder Judicial como una instancia paritaria de gobierno. Este incipiente fenómeno de afianzamiento de nuestras instituciones republicanas debe ser profundizado.⁵⁰ Sin embargo, la experiencia demuestra que los poderes judiciales democráticos no pueden operar eficientemente con las herramientas e instituciones de las épocas coloniales, por lo que su radical transformación ha devenido en un imperativo insoslayable. La reforma procesal penal ha sido uno de los instrumentos más efectivos para avanzar en la consolidación y legitimación de los cambios operados al interior del Poder Judicial desde 1994 al presente.⁵¹

La superación de los modelos inquisitivos y su sustitución por sistemas de corte acusatorio, adversariales y garantistas, representan un desafío irrenunciable, si queremos ser consecuentes con las normas y principios pautados por la Constitución.⁵² La transformación del proceso penal se nos plantea como un objetivo político ineludible a los fines de recuperar espacios para el Estado Social y Democrático de Derecho y dejar atrás las formas tradicionales de poder penal selectivo, violento, arbitrario y excluyente. Sigue siendo tiempo de constitucionalizar el proceso penal. No ya de las formas del derecho legislado, sino, de las prácticas desarrolladas en torno a él, como prácticas de justicia democrática, propia de la forma de Estado social que proclama el Constituyente en las constituciones contemporáneas, incluyendo a la dominicana, desde 2010.

La sinergia entre las normas constitucionales, los tratados, convenciones y jurisprudencias internacionales, por un lado, y las reformas procesales penales emprendidas a finales del siglo XX, es tan manifiesta que, en la reforma a nuestra Constitución, concretizada en la proclamación del 26 de enero de 2010, el texto constitucional

⁵⁰ El magistrado Jorge A. Subero Isa advertía, en su momento, sobre la necesidad de una "Segunda Ola de Reformas" con miras a consolidar la Independencia Judicial y la Reforma del Sistema de Justicia en su conjunto.

⁵¹ La visibilidad del ejercicio del poder jurisdiccional, en tanto límite al poder punitivo de las agencias ejecutivas, al tiempo que espacio para solucionar los conflictos planteados por las víctimas, es una fuente de permanente legitimación de la función jurisdiccional. La Reforma Procesal Penal, sin lugar a dudas, ofrece la oportunidad de que los Jueces, mediante el recto ejercicio de sus atribuciones en la forma jurídicamente regulada, incrementen la confianza y respeto de las instituciones republicanas.

⁵² Se ha planteado la necesidad de traspasar el centro del proceso de la "llamada investigación oficiosa" operada en sede policial al debate público, oral, contradictorio ante árbitros imparciales, esto es, al juicio, lo cual no sólo es una buena disposición de tipo técnico, sino un imperativo de carácter político. La construcción de una administración de justicia bajo la forma republicana de gobierno implica que la producción de la prueba se opere en juicio público, oral, contradictorio, continuo y amplio desarrollo del derecho de defensa, limitando la incorporación de prueba por su simple lectura.

hizo acopio del desarrollo de los principios en el Código Procesal Penal del año 2002. En efecto, la Constitución Fernández, si así se le pudiere denominar, fruto de un amplio proceso de consulta y el trabajo de expertos constitucionalistas y asambleístas, mantiene, desarrolla y amplía múltiples garantías procesales bajo la noción del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva. La creación de un Tribunal Constitucional, como último intérprete de la letra y el espíritu constitucionales y jurisdicción especializada en la materia, ha venido a catalizar esta dinámica de cambios.

Bajo los dictados de las normas constitucionales y procesales penales vigentes, los operadores del sistema de justicia penal deben interpretar y aplicar los derechos y garantías con la apertura de principios y normas que desde la Constitución iluminan el ordenamiento, exigiendo su concreción material de manera efectiva a favor del hombre y de su libertad, de modo que dejen de ser contempladas como postulados abstractos o teóricos para ser empleados como realidades de obligado acatamiento. Tal ha sido el esfuerzo Constituyente del año 2010, al reconocer el efecto vinculante de los derechos fundamentales en el artículo 68 de la constitución, imponiendo obligaciones a las autoridades públicas para garantizar su efectividad y al consagrar los principios *pro homine* y *pro libertates* en el numeral 4 del artículo 74, al tiempo que crea una fórmula de ponderación entre bienes e intereses constitucionales en conflicto.

El disciplinamiento del proceso penal tiene que estar inspirado en el respeto irrestricto de la dignidad de la persona humana⁵³ y, a su vez, por el marcado interés de corregir las disfunciones del sistema inquisitivo. El reto cotidiano de los jueces y de los demás sujetos procesales reside en deducir la garantía procesal concreta que cada norma constitucional encierra, en especial las que se refieren al debido proceso y al juicio previo.

Venimos de afirmar que entra en los fines esenciales de la organización estatal, el deber de garantizar la tutela efectiva de los derechos de la persona. La realización de esta garantía se verifica a través de la administración de justicia del Estado, especialmente de los tribunales como órganos de justicia constitucional.⁵⁴ Ahora bien, la realización de esta potestad y la obligación correlativa no puede operarse de cualquier modo, sino que debe sujetarse a la forma

⁵³ La Constitución de la República Dominicana refiere en el artículo 8, la protección de los derechos y la dignidad humana como la función esencial del Estado, lo cual enfatiza al introducir en la redacción del 26 de enero del año 2010 en su artículo 38, en el que la destaca como fundamento mismo del Estado y la caracteriza como sagrada, innata, inviolable y la garantía de su respeto y protección como responsabilidad esencial de los poderes públicos.

⁵⁴ La Constitución de la República, en sus artículos 68 y 69, incorpora y enuncia la noción de Tutela Judicial Efectiva y Debido Proceso, como conjunto de garantías mínimas a los derechos fundamentales.

judicial, la cual es la forma procesal. De ahí la importancia y sede constitucional de las formas protectoras del proceso penal, entendidas como límites frente a la dolorosa experiencia del ejercicio arbitrario y excesivamente violento de esos poderes.⁵⁵

Los principios constitucionales que regulan la actividad punitiva estatal se traducen en valores situados en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo centro es el individuo. Esos valores son superiores al hipotético derecho oficial de castigar y como ya se ha encargado de afirmar la jurisprudencia estadounidense, ningún sistema puede procurar sobrevivir a costa del sacrificio de esos valores.

1.5.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad expresado en el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege previa*,⁵⁶ constituye un límite infranqueable fijado al legislador, no sólo desde el punto de vista formal de la elaboración de la norma mediante la cual tipifica y amenaza con una pena a una determinada conducta, sino que a su vez está referido a su objeto o contenido. En efecto, la Constitución, además de consagrar que "A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe..." precisa que "la ley es igual para todos: No puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que la perjudica".⁵⁷ De suerte que el establecimiento de tipos y sanciones penales no puede ser abandonado a la discrecionalidad de los legisladores, sino que toda criminalización debe estar regulada por los criterios de estricta legalidad, razonabilidad y lesividad.⁵⁸

La hipótesis formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario para que haya lugar a la pretensión punitiva estatal, tiene que estar referida exclusivamente a "figuras de comportamiento empíricas y objetivas" y no en atención a figuras subjetivas de status o de autor. Estas conductas deben ser objetivamente perjudiciales para intereses vitales de la comunidad. De ahí que la norma tenga que expresar de manera precisa e inequívoca el bien jurídico cuya protección se provee por vía de la incriminación de las conductas

⁵⁵ Eberhard Schmidt nos refiere en su obra citada que "en la administración de justicia penal pública el poder estatal se coloca frente a los individuos en forma drástica y peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos. Hecha abstracción de las empresas guerreras de los detentadores del poder, nada ha causado a la humanidad tantos sufrimientos, tormentos y lágrimas, como el poder del Estado que se realiza en la actividad penal pública." p. 24.

⁵⁶ El Código Penal recoge esta garantía aportada por el iluminismo para superar la arbitrariedad e incertidumbre predominantes en el antiguo régimen, al disponer en su artículo 4: "Las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán pensarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión." El Código Procesal Penal reitera este principio en su artículo 7.

⁵⁷ El artículo 40, inciso 15 de la Constitución, literalmente, sentencia: "A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica."

⁵⁸ El maestro Juan Manuel Pellerano Gómez aborda el concepto de razonabilidad con suficiente detalle en el ensayo sobre La Condición de Razonabilidad (1993). Santo Domingo: Capeldom.

⁵⁹ Cuando la Constitución consagra el derecho a la libertad y seguridad personal y señala que "nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho," lo que hace es proyectar al plano operativo del poder punitivo la prohibición de reprimir ni castigar esferas de comportamiento humano que no constituyan materialmente hechos de la persona que resulten lesivos a la convivencia social. La Constitución supone que la conducta merecedora del rigor punitivo sea propia y perjudicial.

que comportan un ataque directo a su conservación.⁶⁰ Tal como nos refiere Ferrajoli, “la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad del sujeto”.⁶¹

De la integración de este principio en el paradigma constitucional, resulta que el Estado reconoce la existencia previa de una esfera de libertad intangible de la persona, basada en su igualdad intrínseca ante la ley y su compromiso de hacer uso de sus facultades punitivas con extrema reserva y prudencia, atendiendo a la materialidad y lesividad de la conducta regulada.⁶² Es decir, que existen áreas que le están vedadas al legislador y sobre las cuales no cabe intervenir mediante la ley penal.

El máximo intérprete en materia constitucional ha precisado que “solo se puede sancionar penalmente hechos, el ámbito externo,” expresión del principio de personalidad de la responsabilidad penal. En la sentencia TC/0162/13, nuestro Tribunal Constitucional deja expresado: “Nuestra actual Constitución (...) fundamenta la imputabilidad penal en el principio de la personalidad de las penas. Tal aseveración es patente al examinar el mandato que ella contiene de que nadie pueda ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. En este precepto, que únicamente permite la pena por los actos que cometa la persona y descarta que se castigue por su condición o por lo que desee, sienta o piense, se percibe claramente que el principio de culpabilidad está fundamentado en la voluntad, o sea, en la facultad de ordenar y decidir la propia conducta”.

La soberanía popular articulada por vía de la representación política en la asamblea congresual tiene como acto típico las leyes, cuya función es definida por Mayer en los términos siguientes: “Las normas jurídicas son para el legislador un medio de hacer prevalecer su voluntad; ellas son también un medio para limitar la omnipotencia del Estado y la arbitrariedad de sus órganos (...) a la aspiración del legislador de hacer prevalecer su voluntad por medio de las normas jurídicas, corresponde, hacia fuera, la función normativa de las leyes; a la intención del legislador de limitar la omnipotencia del Estado por medio de normas jurídicas, corresponde, hacia fuera, la función garantizadora de las leyes”.⁶³

⁶⁰ Noción de bien jurídico merecedor de protección penal.

⁶¹ Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón*. Madrid, España. p. 36.

⁶² En el contexto normativo de la Constitución, el artículo 40 en sus incisos 8, 9, 10, 13, 14 y 15, así como el 69.7, hacen referencia directa a la forma, contenido y límites fijados al legislador y a los operadores del sistema de justicia en lo que concierne los principios que habilitan la incriminación y sanción de determinadas conductas humanas.

⁶³ Véase en Mayer, M. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires, Argentina: Depalma. p. 80.

El magistrado Piza Escalante, en la citada opinión consultiva de la Sala Constitucional de Costa Rica, al explicarnos el alcance del principio de legalidad, afirma: "el principio de legalidad en el Estado de Derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución pública lo es y sólo puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no le esté autorizado les está vedado- así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro del orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto".⁶⁴

De ahí que, por aplicación de los principios constitucionales, la elaboración y formación de las leyes no sólo tienen un referente formal, sino que existe un límite sustancial que queda plasmado en el artículo 40 inciso 15 de la Constitución, y que de suyo restringe la potestad legislativa al oponer como normas, principios y valores supremos los de lesividad, proporcionalidad y razonabilidad.⁶⁵ Por ello, el único derecho penal material congruente con la Constitución de la República es el que se ajusta a la idea de mínima intervención y de la respuesta violenta como recurso extremo, subsidiario de las políticas públicas. Mientras que, en el orden procesal, sería nulo e ineficaz cualquier legislación procesal penal que vulnerase cualquiera de las garantías irreductibles fijadas por la Constitución y el derecho internacional de los Derechos Humanos.

En la sentencia TC/0099/12 del 21 de diciembre de 2012, nuestro Tribunal Constitucional se hace eco del principio de razonabilidad como límite sustancial al legislador, al tiempo que señala que "las normas jurídicas que limitan los ámbitos de libertad de los ciudadanos en un Estado Democrático de Derecho quedan sometidas a un orden racional como fundamento axiológico de su validez. Este principio opera como limitación de la facultad del poder punitivo del Estado al momento de establecer prohibiciones de determinadas conductas contrarias al orden de valores y principios constitucionales."⁶⁶

⁶⁴ Sentencia No. 1739.

⁶⁵ En ese orden cabe citar la Opinión Consultiva de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre la razonabilidad de las leyes al estimar que "las leyes, y, en general, las normas y los actos de autoridad requieren para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar por la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (...) que se configuran como patrones de razonabilidad." Sentencia No. 1739.

⁶⁶ Este criterio es reiterado en la Sentencia TC/0289/13.

Las garantías penales derivadas de los principios de legalidad y de reserva legal (*nullum crimen sine lege praevia*) determinan que sólo sobre la base de la ley formal y sustancialmente válida y eficaz se podrá aplicar la pena a quien incurra en una conducta típica, antijurídica y culpable, con exclusión de cualquier otra conducta no conminada con una pena y de aplicaciones por analogía. De ahí que, como corolario de estos principios, se establezcan como criterios de aplicación el de irretroactividad de la ley penal, salvo para beneficiar a la persona imputada, y el de interpretación restrictiva.

La ley no sólo debe ser previa, sino que además debe ser auténtica, cierta y precisa. La autenticidad de la ley deriva en nuestro medio del trámite de su promulgación y publicación, la certeza y precisión dependen en gran parte de la técnica legislativa empleada. El Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse sobre el principio de irretroactividad de la ley, en la Sentencia TC/0017/13 del 20 de febrero de 2013, al dejar expresado: "mediante sentencia TC/0013/12, este Tribunal Constitucional estableció que el principio de irretroactividad de la ley es la máxima expresión de la seguridad jurídica en un Estado de Derecho, y, por tanto, debe ser fundamento de las actuaciones de competencia de todos los órganos del Estado".⁶⁷

Desde la época de Rudolph Von Ihering,⁶⁸ Max Ernst Meyer y otros autores clásicos alemanes, se admite que la promulgación y publicación de las leyes no tiene por objeto llevarla al conocimiento del ciudadano o habitante lego promedio, sino que se dirige a darle autenticidad para el uso de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces.

La certeza y precisión como rasgos predicables de la ley penal demandan que el legislador, dado que está llamado a autorizar el ejercicio de la violencia estatal, evite tipificaciones en blanco, abiertas o simplemente vagas.⁶⁹ Las descripciones de las conductas penalmente relevantes, adscribibles a un sujeto culpable, deben ser precisas e inequívocas, de modo que no existan márgenes para la arbitrariedad. Los conceptos normativos deben corresponderse en lo posible con el uso normal y corriente del lenguaje, descartando aquellas valoraciones ambiguas, difusas o simplemente subjetivas, tales como "mujer honesta", "buenas costumbres" u "orden público".

⁶⁷ Véase las sentencias TC/0013/12 y TC/0017/13 sobre el principio de irretroactividad de las leyes.

⁶⁸ Véase en el Sentido del Derecho Romano sus disquisiciones sobre la cuestión de saber cómo evitar la arbitrariedad cuando reflexiona: "¿Cómo podemos impedir que el juez se deje guiar en su juicio por consideraciones distintas que las del Derecho? Impedido del todo no se puede, indudablemente, como tampoco la intromisión del Poder Ejecutivo en la Administración de Justicia, pero al menos se puede dificultar considerablemente, la arbitrariedad puede ser también aquí, de nuevo cercada y restringida mediante recaudos (...) estas restricciones operan por dos caminos: en la fijación legal del proceso judicial y en la del Derecho material."

⁶⁹ Bacigalupo vincula la prohibición de cláusulas generales en el texto de una ley (lexcerta) y la prohibición de interpretación analógica de texto de una ley (lexstricta), con la concesión o delegación de enormes poderes de concreción al juez en la definición del tipo, en un caso, y la de una interpretación intolerable en el otro. Bacigalupo, E. (2005). Sobre la Justicia y la Seguridad Jurídica en el Derecho Penal. Derecho Penal y Estado de Derecho. Chaco: Librería de la Paz. p. 32.

La certeza y la precisión de las leyes penales evitan que se apliquen e interpreten de manera arbitraria.

En ese sentido, cabe citar a Meyer cuando nos dice: "Las normas jurídicas son un medio para limitar el arbitrio de los órganos del Estado y, con ello, el poder omnímodo de éste. Porque la voluntad desapasionada e impersonal debe decidir sobre la libertad y el patrimonio de los ciudadanos, es que se crea las leyes y se las interpreta".⁷⁰ Desde el punto de vista de la jurisdicción, el principio de legalidad material impone, junto con las garantías procesales, que las penas sólo habrán de imponerse con observancia de los dictados de la ley procesal y como consecuencia de un previo juicio penal. Como ampliaremos más adelante, "la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional."⁷¹ Tal como nos advierte Campo Moreno: "La legalidad es absolutamente predicable del proceso penal. Sin ella, en vez de un sistema de garantías, se transforma el proceso en una plataforma de arbitrariedades, al menos se puede transformar con cierta facilidad en ello".⁷²

Cabe preguntarnos: ¿Cómo se proyectan estos principios en el inicio y desarrollo del proceso? El inicio y subsistencia del proceso está condicionado a que la hipótesis fáctica planteada en la imputación se corresponda exactamente con la descripción legal al momento de su presunta verificación u ocurrencia. De ahí que, tal como advierte el maestro Cafferata, este principio no debe funcionar al momento final de imposición de una pena, "sino frente al inicio de la persecución penal, y durante su desenvolvimiento posterior."⁷³ De modo, que la persona arbitraria o irregularmente perseguida penalmente pueda oponer las excepciones correspondientes de falta de acción oportunamente.⁷⁴

El llamado principio de legalidad material como garantía contra las incriminaciones, persecuciones, enjuiciamientos y castigos arbitrarios e irrazonables, no debe ser confundido con el llamado principio de legalidad procesal, el cual, si bien sucedáneo de aquel, está referido a la obligatoriedad de una reacción por parte de los órganos predispuestos para investigar, perseguir y acusar, ante toda hipótesis de conducta penalmente relevante.⁷⁵

⁷⁰ Meyer, M. Op. Cit. p. 73.

⁷¹ Ferrajoli, L. Ley y Garantías p. 68.

⁷² Campo Moreno, J. La Constitucionalización del Proceso Penal. p. 261.

⁷³ Op. Cit. p. 65.

⁷⁴ Ver arts. 54, 55 y 305.

⁷⁵ Este principio, necesario contrapeso de la arbitrariedad en la persecución penal, ha de orientar, conforme el grado o entidad de las conductas o hipótesis delictivas conocidas, su selección objetiva a los fines de plantear acusación.

Finalmente, el principio de legalidad ejecutiva, tal como nos lo recuerda Cuello Calón, indica que la ejecución de la pena tiene que limitarse a la privación de derechos a que se contrae la condena, atendiendo a sus fines, los cuales no pueden ser exclusivamente reducidos a infundir terror y daño. La juridicidad de la ejecución penal implica que quienes intervengan en ella deban velar por los derechos no afectados por la sentencia y sobre todo por el respeto inexcusable de la dignidad de la persona del condenado.

Se trata de evitar la ejecución más allá o por fuera de lo jurisdiccionalmente impuesto. Al tiempo de superar el “espacio de no derecho” en que ha devenido la mayoría de los centros de privación de libertad. El Tribunal Constitucional Federal alemán, aun en los casos que ha validado prácticas de ejecución penal cuestionable, ha especificado que ella debe, de todos modos, “respetar y proteger la individualidad y la dignidad de la persona afectada y, por lo tanto, la ejecución de la medida debe estar dirigida a crear las condiciones para el desarrollo responsable de la vida en libertad”.⁷⁶

El Tribunal Constitucional dominicano vincula el principio de legalidad penal con el de seguridad jurídica. En la sentencia TC/0200/13 del 7 de noviembre de 2013, la jurisdicción especializada subraya: “el principio de legalidad, dispuesto en el artículo 69.7 de la Constitución se erige como una de las condiciones básicas que permiten la configuración del Estado de Derecho, pues en su esencia encierra la exigencia de seguridad jurídica, la cual permite que el ciudadano tenga la oportunidad de conocer qué puede o no hacer, así como la pena que sufrirá por la inobservancia de esa obligación; y la exigencia de la garantía individual, la cual permite garantizar que el individuo no será sometido a un castigo si no está previsto en una ley aprobada previamente por el órgano competente del Estado”.⁷⁷

1.5.2. Principio de favorabilidad en la interpretación de la ley penal

El código procesal penal establece en su artículo art.25 -Interpretación-. “Las normas procesales que coarten la libertad o establezcan sanciones procesales se interpretan restrictivamente. La analogía y la interpretación extensiva se permiten para favorecer la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades”.

⁷⁶ BVerfG, 45, 187 del 21 de junio de 1977. Citada por Bacigalupo.

⁷⁷ Véase la Sentencia TC/ 0200/13 del 7 de noviembre de 2013.

⁷⁸ Artículo 74.

La Constitución de la República en su artículo 74 pauta la regla de interpretación de los derechos, libertades y garantías fundamentales.⁷⁸ Las normas jurídicas, concebidas y formuladas en términos generales y abstractos por parte del legislador, deben ser necesariamente objeto de un concreto entendimiento al aplicarse a cada caso particular. El proceso de realización concreta de la ley, descartada su aplicación mecánica y directa, exige la mediación del órgano llamado a solucionar en buen derecho el conflicto sometido a su examen. De ahí que, la función jurisdiccional, al decidir la solución de los conflictos singulares a la luz del derecho vigente, deba partir de un determinado conocimiento de la norma jurídica aplicable, al tiempo de desentrañar su sentido concreto para el caso bajo examen. La coexistencia de este acto de conocimiento -derecho aplicable- con el acto de voluntad, consistente en precisar el contenido y orientación de la regla jurídica, es lo que denominamos aplicación. En ese sentido, adjudicar la norma en ocasión de un conflicto específico implica no sólo su identificación, sino que además se traduce en su interpretación.

Cabe recordar que lo que singulariza y le da concreción a una norma es la actividad jurisdiccional, por vía de sus decisiones: autos, resoluciones y sentencias. De ahí que el ordenamiento jurídico no sea un cuerpo o codex de leyes muertas e inertes, sino que el ordenamiento jurídico se crea y recrea a diario a través de los hechos de los jueces, sus actitudes, aciertos y desvaríos. En ese orden conviene citar a Herrendorf cuando nos dice: "El juez es el que le da vida al ordenamiento jurídico haciéndolo funcionar a todo él cada vez que emite un fallo. El derecho no es algo concluido ni acabado que el funcionario aplica insensiblemente. El juez está integrando el ordenamiento jurídico todo, que desciende hasta el sitio en que el juez está. El derecho en este sentido es el hecho del juez, es el producto de una actitud judicial, aunque no todo él sea solamente el hecho del juez. Por eso es correcto afirmar que el derecho está haciéndose siempre y que siempre que haya jueces que juzguen, el derecho estará haciéndose y reapareciendo en todos sus tramos de existencia".⁷⁹

Conforme el principio de legalidad y sus dos corolarios respectivos de irretroactividad e interpretación restrictiva de las normas, el liberalismo penal ha articulado el llamado principio de favorabilidad. Así, leemos en el artículo 47 de la CRD que: "La Ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo, sino cuando sea favorable al que

⁷⁸ Herrendorf p. 92.

esté subjúdice o cumpliendo condena.” Resulta del referido principio de favorabilidad que el juez tiene una pauta de interpretación señalada expresamente por el Constituyente. Luego, cuando el CPP alude a la interpretación restrictiva de las normas procesales que coarten la libertad o pauten sanciones procesales, atiende a aquel principio constitucional que coloca la libertad y la protección de la persona como norma fundamental de nuestra organización política y jurídica.

Siendo que la función jurisdiccional ha de estar enderezada a lo justo, lo cual queda expresado en la aspiración permanente de realizar en cada caso una “sana y correcta administración de justicia,” resulta oportuno aproximarnos a este concepto, siguiendo a Häbermas. Así, sería justo, en tanto que correcto, aquel criterio inteligible y comunicable universalmente. Se califica idealmente como correcto o bueno el argumento que, además de comprendido, resulte plausible y aceptado por todas las partes afectadas.⁸⁰ Ahora bien, el hecho de que los jueces deban dar razones, válidas por demás, no indica necesariamente que ellas deban obtener un consenso universal, lo cual es poco menos que imposible, pero tanto desde el punto de vista de la coherencia metodológica en la construcción del discurso judicial, como en su resultado el argumento debe ser el mejor posible. Ello así, porque “cada cual debe aceptar las consecuencias de una decisión, si se satisfacen necesidades bien argumentadas”.⁸¹

Los jueces, al igual que los demás operadores del sistema de justicia penal, actúan en ocasión de hipótesis conflictivas, de ahí que agotadas las formas compositivas de solución, se dé paso a la forma coactiva del litigio o debate. Si bien la finalidad del litigio es una solución del conflicto, ello no se traduce necesariamente en un acuerdo. Ricoeur precisa: “la discusión ante la instancia judicial no termina por un acuerdo y tampoco lo busca, al menos en una primera aproximación, el acuerdo; juzgar consiste en zanjar una cuestión y por ende en separar las partes, en instituir, como hemos señalado, una justa distancia entre ellas”.⁸²

La función de juzgar ha querido ser reducida por cierto sector de la comunidad jurídica a un simple silogismo, el cual en más ocasiones de las deseables se agota en un mero formalismo que encubre a su vez un puro decisionismo. La actividad deliberativa con el objeto de zanjar una disputa integra un conjunto complejo de operaciones. Como parte del principio de legalidad deriva la prohibición de la analogía.

⁸⁰Ricoeur, P. (1997). *Lo Justo*. Santiago: Editora Jurídica de Chile. p. 170.

⁸¹Ricoeur, P. *Op. Cit.* p. 171.

⁸²*Ibidem* p. 174.

⁸³Bustos Ramírez, J. *Op. Cit.* p. 37.

Esta limitación, sintetizada en el principio *nulla poena sine lege stricta*, "va dirigida al juez en el sentido de que no puede erigirse en legislador, su valoración no puede sustituir la del legislador y convertirse en ley, es una expresión de la división de poderes".⁸³ Ahora bien, ello no impide, por aplicación del *in dubio pro reo* o principio de favorabilidad, que el juez exima de pena a la persona imputada, sin que ello vulnere el principio de legalidad en ninguna de sus manifestaciones. Bacigalupo nos dice: "La analogía *in bonam partem* así como la creación de causas supraleales para la exclusión de la punibilidad, basadas en principios generales del orden jurídico, por consiguiente, no vulneran nunca el principio de legalidad, pues no operan en contra del ciudadano."⁸⁴

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el principio de legalidad penal en una hipótesis en la que se pretendía aplicar una sanción por vía de un reglamento. Así, en la sentencia TC/0200/2013, la jurisdicción especializada en materia constitucional precisa: "el principio de legalidad, dispuesto en el artículo 69.7 de la Constitución, se erige como una de las condiciones básicas que permiten la configuración de un Estado de derecho, pues en su esencia encierra la exigencia de seguridad jurídica, la cual permite que el ciudadano tenga la oportunidad de conocer qué puede o no hacer, así como la pena que sufrirá por la inobservancia de esa obligación; y la exigencia de garantía individual, la cual permite garantizar que el individuo no será sometido a un castigo si no está previsto en una ley aprobada previamente por el órgano competente del Estado".

Lleva dicho, asimismo, el Tribunal Constitucional, que el principio de igualdad ante la ley se traduce para la autoridad legislativa en la obligación de tratar idénticamente situaciones análogas, y sólo hacerlo de manera diferente cuando no se asimilen, situación que queda expresada en el apotegma "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales."⁸⁵ La cuestión de saber y determinar cuándo se produce o no un quiebre del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 39 de la Constitución, queda zanjada mediante el empleo del llamado test, examen o juicio de igualdad, cuyos criterios son que:

- La existencia de casos o supuestos fácticos semejantes;
- Tal diferenciación resulte objetiva, proporcional y razonablemente justificada, y;

⁸⁴ Bacigalupo, E. p. 38.

⁸⁵ Véase la Sentencia TC/0181/13, del 11 de octubre de 2013.

⁸⁶ Véase la Sentencia TC/0033/12 de fecha 15 de agosto del 2012.

- No implique consecuencias desproporcionadas en cuanto a la finalidad perseguida⁸⁶

En lo que concierne al principio de razonabilidad, el Tribunal Constitucional dominicano acude a los criterios fijados por la jurisprudencia colombiana al efectuar el llamado juicio de razonabilidad,⁸⁷ el cual sintetiza en los exámenes siguientes:

- El análisis del fin buscado con la medida;
- El análisis del medio empleado, y;
- El análisis de la relación entre el medio y el fin.

1.5.3. El principio de juicio previo o estricta jurisdiccionalidad

La promesa constitucional de un juicio previo, ante jueces imparciales y con arreglo del derecho de defensa, cobra sentido como institución política cultural sólo si se le visualiza como exigencia previa a la aplicación de una pena. La sentencia judicial de condena es el único fundamento válido para la actuación del poder penal material del Estado. En otras palabras, no hay derecho a castigar en ausencia de sentencia judicial firme derivada de un juicio desarrollado en la forma señalada por la norma sustantiva.

La norma constitucional previa a la reformulación del texto vigente recogía en el artículo 8, 2, literal j, la garantía de que: "Nadie podrá ser juzgado –ni castigado– sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio de derecho de defensa..." Adviértase que insertamos, ex profeso, la fórmula "ni castigado", porque tratándose la imposición de una pena de la intervención más enérgica a que están autorizados los poderes públicos frente a la persona, resulta ineludible para el pronunciamiento de la sentencia condenatoria, el que se haya seguido un juicio previo. Sentencia condenatoria y juicio son, en este sentido, sinónimos. Estos principios y normas garantistas han sido descompuestos y ampliados en varias de las garantías enunciadas en los artículos 40, 68 y 69 de la Constitución vigente, esto es, la que resultó de la revisión constitucional de enero de 2010.

La máxima *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* debe completarse en términos operativos por el cumplimiento de la fórmula *nulla poena*

⁸⁷ Véase la Sentencia TC/0044/12 de fecha 21 de septiembre 2012.

et nulla culpa sine iudicio. En este sentido cabe citar nueva vez a Ferrajoli cuando nos dice que “el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial”.⁸⁸ Esto es lo que el magistrado italiano denomina el presupuesto de estricta jurisdiccionalidad.

El juicio es una institución política-cultural propia de la forma republicana y democrática de gobierno. No por casualidad la jurisdicción y el juicio previo ocupan un lugar central en la programación constitucional. La articulación de un esquema de garantías, estructurales y operativas, condujeron al Constituyente a demandar que “el juicio (la sentencia) sea el resultado de un procedimiento imparcial (*fair trial*), que permita al imputado amplia oportunidad y libertad de defensa, para influir en el juicio del tribunal, con vigencia irrestricta de las limitaciones que la propia Constitución impone al ejercicio de la persecución penal (incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, prohibición de la múltiple persecución penal, inviolabilidad del domicilio y la correspondencia epistolar, etc.)”.⁸⁹

1.5.4. La presunción de inocencia

Íntimamente vinculada con las formalidades exteriores del juicio previo, nos encontramos con la garantía a favor de la persona imputada de un delito de “ser tratada y estimada como inocente hasta tanto sea vencida en juicio, declarada su culpabilidad y pronunciada su responsabilidad penal.”⁹⁰ Es ese trato y estimación de parte de los órganos estatales y de los terceros, lo cual incluye a los medios de comunicación, lo que permite asegurar ese ámbito intangible de libertad a todas las personas. Esfera de libertades que debe reforzarse especialmente en el caso de aquella que se enfrenta al formidable poder penal del Estado y sus agencias.

La Constitución de la República, de 2010, incorporó de manera explícita⁹¹ este principio en el artículo 69.3, el cual “impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia,

⁸⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁸⁹ Maier, J., *Op. Cit.* p. 479.

⁹⁰ Véase la Convención Americana de DD. HH., art. 8.2.

⁹¹ Anteriormente, la aplicación del estado jurídico o presunción de inocencia operaba mediante la interpretación de la Constitución de la República, la cual al organizar la forma del proceso –el juicio– como acusatorio, en el cual la persona no puede ser obligada a admitir de antemano su culpabilidad y en donde la libertad es la regla. Además, la fórmula de incorporación de los artículos 3 y 10 de la CRD, impone el que este principio forma parte del ordenamiento jurídico interno por efecto de la DUDH, el PIDCP y la CADH. A nivel adjetivo la Ley sobre Régimen Penitenciario No. 224 de 1984, lo reconoce expresamente.

⁹² Maier, J., *Op. Cit.* p. 490.

no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena”.⁹²

El maestro Julio B. Maier nos advierte que “el principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que le pone fin al procedimiento, condenándolo”.⁹³ Esta presunción *juris tantum* sólo puede ser descartada cuando se establece la certeza de la acusación más allá de toda duda racional, ya que de subsistir alguna duda por mínima que sea, se impone la absolución o descargo del imputado. En efecto, cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano por la Constitución, no hay otra solución como no sea la aplicación de la regla *in dubio pro reo*.

La presunción de inocencia se traduce en una situación jurídica de incoercibilidad⁹⁴ durante la sustanciación del proceso. “El pensamiento republicano y liberal aprecia la máxima como punto de partida de toda su comprensión del proceso penal,” como reacción al sistema inquisitivo en el cual se asume la postura contraria, esto es, que el reo es culpable hasta que demuestre su inocencia. El iluminismo penal señaló la incongruencia del sistema inquisitivo por vía de Cesare Beccaria cuando sentenció “un hombre no puede llamarse reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección, sino cuando se haya decidido que él ha violado los pactos por los cuales le fue otorgada”.⁹⁵

La Constitución de la República establece una regla de trato procesal, en el sentido siguiente: “impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena”.⁹⁶

Es ese trato y estimación de parte de los órganos estatales y de los terceros, lo cual incluye a los medios de comunicación,⁹⁷ lo que permite asegurar ese ámbito intangible de libertad a todas las personas. Esfera de libertades que debe reforzarse especialmente en el caso de aquella que se enfrenta al formidable poder penal del Estado y sus agencias. La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana (SCJ),

⁹² Ibid. p. 492.

⁹⁴ En la Sentencia TC/0380//15 del 23 de diciembre de 2015 el Tribunal Constitucional relaciona el principio de Presunción de Inocencia con el Estatuto de Libertad.

⁹⁵ Beccaria, C. De los Delitos y las Penas.

⁹⁶ Maier, Julio B. Op. Cit. P. 490.

⁹⁷ La Corte Interamericana ha considerado como contraria a la presunción de inocencia la presentación de una persona ante los medios de comunicación “cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado.” Caso cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, párrafo 121.

precisa en una sentencia de principio del 7 de septiembre del 2005 sobre el postulado principio del estado jurídico de inocencia que: "la condición de culpable no podrá existir sin una previa y concreta declaración jurisdiccional de responsabilidad penal, contenida en un pronunciamiento firme, conclusivo de un proceso judicial regular y legal (...) antes de ese fallo, el imputado gozará de un estado de inocencia (...) si la acusación es pública, las pruebas deben procurarla con esfuerzo y seriedad los órganos encargados a estos fines por la ley, de manera que puedan, posteriormente, formularla y sostener la acusación (...) es a la parte acusadora a quien corresponde, en todos los casos, aportar la prueba de la culpabilidad del imputado (...) quien está siendo procesado no tiene que invalidar, desvirtuar o destruir la acusación, y por ende los jueces no pueden poner esa tarea a su cargo (...) en un juicio no se le puede imponer al imputado la carga de probar su inocencia, puesto que él, al llegar al proceso, la posee de pleno derecho, y que, si la acusación no se prueba fehacientemente, con legítimos y objetivos datos probatorios legalmente incorporados al juicio, el procesado debe ser absuelto, en la medida que son las pruebas, no los jueces, las que condenan".

Este estado jurídico de inocencia sólo puede ser descartado cuando se establece la certeza de la acusación más allá de toda duda racional, ya que, de subsistir alguna duda, por mínima que sea, se impone la absolución o descargo del imputado. En efecto, cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano por la Constitución, no hay otra solución como no sea el descargo, bien porque la prueba no es suficiente ni completa, bien porque aun siendo normal, subsiste una duda que obliga a la aplicación de la regla *in dubio pro reo*.

Es necesario distinguir el Estado Jurídico o Presunción Normativa de Inocencia del principio *in dubio pro reo*. A estos efectos, resulta oportuno citar una jurisprudencia del Tribunal Supremo Español que establece el criterio diferenciador bajo el razonamiento siguiente: "tal principio (del *in dubio pro reo*) no resulta confundible con (...) el derecho a ser considerados inocentes mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción; el *in dubio pro reo* se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del Juzgador sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá por humanidad y por justicia absolvérsele; con lo cual mientras el primer principio se refiere a la existencia o no de prueba que lo desvirtúa el segundo

envuelve un problema subjetivo de valoración probatoria” (STS 31 de enero de 1983).

Es atendiendo a esta sutil distinción, que la jurisprudencia ibérica exige una actividad de aporte de prueba mínimo por parte de quien acusa o afirma lo contrario, esto es la falsedad del estado jurídico que protege a una persona. Por aplicación del principio *omnis probandi* es menester que, para enervar o destruir el estado o presunción jurídica de inocencia, la acusación deba producir prueba idónea, lícita, suficiente y completa. ¿Cuándo podemos considerar que la prueba es adecuada desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo para destruir el estado o presunción de inocencia? El Tribunal Supremo Español y el Tribunal Constitucional han fijado los criterios rectores siguientes: a) Existencia de pruebas objetivas, no simples gestos, conjeturas, sospechas o intuiciones; b) Prueba válidamente incorporada al proceso; c) Prueba lícita, con lo cual se excluyen las pruebas obtenidas mediante ardises o procedimientos que violan las garantías o derechos fundamentales; d) Prueba suficiente o mínimamente suficiente.⁹⁸

En relación con la suficiencia de la prueba el TC español ha precisado que: “No basta que se hayan utilizado” medios “de prueba, sino que es preciso que del empleo de tales medios se haya llegado a un “resultado probatorio” que resulte “suficiente” para fundar razonablemente la acusación. Sólo así podrá considerarse legalmente vencida la presunción de inocencia”. En este sentido conviene citar que la Corte Interamericana ha estimado que “el principio de presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada, mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.

El estado jurídico de inocencia se traduce, además, en una situación jurídica de incoercibilidad⁹⁹ durante la sustanciación del proceso. “El pensamiento republicano y liberal aprecia la máxima como punto de partida de toda su comprensión del proceso penal”¹⁰⁰ como reacción

⁹⁸ Véase a López, cuando refiere: “La base de la doctrina constitucional respecto de la presunción de inocencia consiste, como se ha repetido ya en numerosas ocasiones a partir de la famosa Sentencia 31/81 (1), en que para que pueda desvirtuarse la presunción de inocencia es precisa una mínima actividad probatoria producida con garantías procesales que, de alguna forma, pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. La práctica de prueba, con unas garantías que el mismo Tribunal se ha preocupado de definir posteriormente (esencialmente la de su práctica en la vista, como regla general) se estima, por otro lado, como una carga de quien acuse: la presunción de inocencia (se dice en la STC 124/83) (2) es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acusa aportar las pruebas desvirtuadoras de aquella presunción *iuris tantum*. No puede imputarse, en principio, a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que se demuestre lo contrario”.

⁹⁹ La Corte Interamericana ha juzgado que: “De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto que está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.” Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre del 1997, párrafo 77.

¹⁰⁰ Compárese a Bider con Sotelo Vásquez cuando explica el carácter de principio informador que permea a todo el sistema y criterio normativo, con lo cual se proscriben las presunciones de culpabilidad y los delitos de “mera sospecha.” *Op cit.* p.

al sistema inquisitivo en el cual se asume la postura contraria, esto es, que el reo es culpable hasta que no demuestre su inocencia.

El magistrado español Perfecto Andrés Ibáñez sintetiza la postura del juzgador a la luz de este principio fundamental, al expresar: “la vigencia del principio de presunción de inocencia supone básicamente que el juez ha de tomar la acusación como simple hipótesis, que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento de todos y cada uno de los elementos de la imputación en el curso de la dialéctica probatoria.¹⁰¹ (...) Cuando aquella hipótesis no pueda entenderse confirmada, habrá de prevalecer, sin reservas, frente a la afirmación de culpabilidad, la afirmación constitucional previa (no la llamaría nunca “interina”, término que sugiere la idea de provisionalidad necesaria) de inocencia del acusado”.

Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que la cancelación de un agente de policía por el mero sometimiento (elevación a proceso) ante la justicia penal acusado de haber cometido un robo, “constituye una violación al principio de la presunción de inocencia, principio que supone que toda persona debe considerarse -como- inocente hasta que haya sido condenada mediante una sentencia con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada”.¹⁰² Nuestra jurisdicción especializada en materia constitucional ha señalado que “el principio constitucional de la presunción de inocencia beneficia a todos los imputados involucrados en un proceso penal”.¹⁰³

Las consecuencias¹⁰⁴ del estado jurídico de inocencia que la Constitución y los Tratados reconocen a todas las personas, especialmente a la imputada de un delito, pueden sintetizarse en cuatro aspectos o principios: 1. Derecho a juicio previo; 2. Exigencia de certeza para pronunciamiento de una pena por aplicación del *in dubio pro reo*; 3. Obligación de probar a cargo del acusador,¹⁰⁵ el fiscal o querellante, por aplicación del principio *omnis probandi*, y; 4. Derecho a permanecer en libertad como regla.

Estado jurídico de inocencia y prisión preventiva. La mayoría de los autores coinciden en afirmar la rotunda incompatibilidad

¹⁰¹ Ibáñez.

¹⁰² Véase las Sentencias TC/0051/14 del 24 de marzo de 2014; TC/0294/14 de 19 de diciembre 2014; TC/0035/17 de 31 de enero de 2017 y TC/0044/17 de 31 de enero 2017.

¹⁰³ Sentencia TC/0294/14, del 19 de diciembre del 2014.

¹⁰⁴ Ver a Bovino, Alberto. Op. Cit. Pp. 133 y ss.

¹⁰⁵ Como consecuencia del principio *nemo ipsum tenetur se admitte* que el acusado no tiene nada que probar, puede negarse a colaborar activamente en descubrir la verdad, puede realizar declaraciones parciales y nada le impide proporcionar explicaciones faltando a la verdad, aunque se le reconoce el derecho a suministrar pruebas de descargo para demostrar su inocencia.

¹⁰⁶ Ibáñez nos señala, siguiendo a Ferrajoli, que “el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento procesalmente legítimo tiene mucho más que ver genéricamente con el degradado modo de ser actual del proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa.” P. 31.

o incongruencia de la prisión preventiva con las promesas constitucionales.¹⁰⁶ La prisión preventiva constituye un resabio o anacronismo propio de la inquisición, en la cual apoderarse del cuerpo del sospechoso era “un prius necesario para la obtención de pruebas”¹⁰⁷ a través de la tortura como método corriente de procedimiento.

La doctrina insiste en destacar “el cercenamiento esencial que la prórroga al derecho fundamental a la presunción de inocencia que, ante una medida cautelar de esa índole, desaparece como garantía nuclear del proceso penal al resultar, de facto, desplazada por la presunción de culpabilidad”.¹⁰⁸ En los hechos, fruto de la precariedad de nuestro sistema de libertades individuales, se ha instalado una estructuración de la prisión preventiva en clave de defensa social, la cual está llamada necesariamente a operar sobre la presunción de culpabilidad.¹⁰⁹ Y no se trata tan sólo de limitar teóricamente su empleo masivo, ya que como bien apunta Ferrajoli: “No sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales”.¹¹⁰

El estatuto de libertad, propio del régimen democrático que hemos adoptado, nos remite, de cara al instituto de la prisión preventiva y otras medidas de coerción, al examen de los principios de legalidad, razonabilidad (proporcionalidad), judicialidad (competencia, forma y contenido), excepcionalidad y subsidiariedad.

Como ya habíamos indicado *supra*, el inicio del proceso penal, así como la adopción de cualquier medida restrictiva de la libertad individual pasa por la verificación de un supuesto o imputación de conducta penalmente relevante, esto es, que se ajuste a la descripción que en abstracto hace el legislador de un hecho considerado delito, al tiempo de amenazarla con una pena privativa de libertad. De ahí que, queden excluidas las hipótesis de deudas civiles, comerciales o cualesquiera otras manifestaciones conductuales penalmente irrelevantes.

El Tribunal Constitucional subraya el carácter de última ratio de las medidas de coerción y advierte la paradoja que implica el principio o estado jurídico de inocencia con su aplicación en casos concretos, cuando dice: “Que, si el imputado es presumido inocente, solo de manera excepcional puede ser restringido en su libertad y demás derechos, por resolución motivada de autoridad judicial competente

¹⁰⁷ Grevi, citado por Perfecto. Ibáñez en Presunción de inocencia y prisión sin condena. p. 19.

¹⁰⁸ Pérez Gordo, citado por Jorge Barreiro en Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, núm. XVIII, p. 51.

¹⁰⁹ IBÁÑEZ p 27.

¹¹⁰ Derecho y razón p. 555.

¹¹¹ Sentencia TC/0380/15 del 15 de oct. De 2016.

e imparcial”.¹¹¹ La razonabilidad en el discernimiento de una medida restrictiva de libertad implica una serie de análisis o juicios efectuados a la luz de las normas constitucionales del art. 40, lo que se traduce en el examen de la proporcionalidad entre el alcance de la medida y los fines que se pretende a obtener con su aplicación.

En ese sentido, Campo Moreno señala: “La comprobación de dicho principio en el proceso penal se constata si se cumplen los siguientes requisitos: Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). Si es necesaria, es decir, que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

La manifestación de estos juicios ha de quedar expresada en el auto, mandamiento o resolución que acuerda la medida. Ya que la Constitución acuerda al juez, concebido como tercero ajeno al interés persecutorio, la grave responsabilidad de salvaguardar la libertad y seguridad de todas las personas, incluso de aquella respecto de la cual se alega la existencia de causa probable para señalarla como autora o partícipe en un crimen o delito; nuestro sistema constitucional rechaza la coacción directa, en consecuencia, nadie debería poder erigirse en “ley, batuta y Constitución”, sino que quien discierne sobre la razonabilidad de una medida de coerción sea diferente de quien formula o de quien está llamado a hacer cumplir las leyes.

Hasta hace poco el carácter estrictamente jurisdiccional de todas las medidas restrictivas de libertad personal, incluyendo los mandamientos de arresto y de prisión preventiva, no era cabalmente aceptado por los operadores del sistema, contrariando la letra y espíritu de nuestra Ley de Leyes. De hecho, fiscales, policías, gobernadores, alcaldes municipales y cualesquiera funcionarios de la administración llegaron a arrogarse una facultad que la Constitución reserva a los jueces. Era tal la confusión que las excepciones, esto es, las hipótesis de flagrancia o cuasiflagrancia o la de una persona evadida o en estado de fuga, servían como excusa para ejercer facultades incontroladas en el desempeño habitual de policías y fiscales. En cierta forma, todas las personas, especialmente las provenientes de sectores carenciados de la población, en términos absolutos o relativos, llegamos a considerarnos “presos de confianza” de cualquiera con un poder de mando efectivo. De ahí que la expresión coloquial “vivo y suelto” no fuera mera retórica, sino el reconocimiento de que en cierta forma hemos sido hasta hace

¹¹¹ Desde hace varios años hemos abogado por la creación y puesta en funcionamiento de una Oficina de Servicios con Antelación a Juicio (OSAJ), la cual vendría a minimizar los riesgos de fuga, al tiempo de hacer efectivo el principio de que la libertad es la regla de tratamiento en el proceso penal.

poco una sociedad con muchos espacios de no derecho. Por eso deben adelantarse los esfuerzos materiales y organizacionales para hacer efectivas las medidas alternativas a la prisión preventiva.¹¹²

Es por ello que resulta en una contradicción el que en términos prácticos nuestro sistema de justicia penal atribuya fines represivos propios al proceso, lo cual se manifiesta en el predominio de la prisión preventiva, las limitaciones al derecho de defensa y en la incorporación de pruebas a la causa en ausencia de garantías, contradicción, oralidad e intermediación.

1.5.5. El principio del derecho al proceso

El derecho a un proceso legal previo implica que "el poder penal del Estado no habilita, en nuestro sistema, a la coacción directa, sino que la pena instituida por el derecho penal representa una previsión abstracta, amenazada al infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decisión formalizada que autoriza al Estado a aplicar la pena".¹¹³ De modo que, si bien el proceso, cuando se desarrolla en toda su extensión, comprende al juicio, el cual está llamado, a su vez, a ser su parte central o núcleo, no significa que previo a su celebración no se agoten trámites para determinar si hay lugar o no a examinar en juicio una acusación.

La acusación, entendida como la solicitud formal de apertura de juicio, supone una etapa previa, aún sea mínima, de indagación, al tiempo que advertencia para la preparación de la defensa y la incorporación de los elementos que permitan discutir los méritos del requerimiento presentado por el órgano persecutor, el cual en un esquema lógico de separación de funciones debe ser el Ministerio Público. "El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que pueda establecerse, a su arbitrio, las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo, ni ellas en combinación con el imputado y su defensor (...) se debe tratar de un procedimiento jurídico, esto es, reglado por ley, que defina los actos que lo componen y el orden en el que se los deben llevar a cabo".¹¹⁴

Ahora bien, cabe observar que "el procedimiento reglado que exige la Constitución tampoco es cualquier procedimiento establecido por la ley, sino uno acorde con las seguridades individuales y formas

¹¹² Maier, J. Op. Cit. p. 488.

¹¹⁴ Ibid. P. 489. Ver en este sentido a Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal. T. II P. 24 y ss.

¹¹⁵ Ibidem.

que postula la misma ley suprema (juez natural, inviolabilidad de la defensa, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar...).¹¹⁵

La necesidad del procedimiento previo o preparatorio se explica, entre otras razones, a los fines de evitar que se adelante y ventile en juicio una acusación aventurada que someta a la persona imputada, innecesariamente, y por vía de consecuencia de manera arbitraria, a lo que algunos autores denominan con justa razón la pena del banquillo. Carnelutti afirma que la función del procedimiento previo "no se hace para la comprobación del delito, sino solamente para excluir una acusación aventurada". De ahí que sólo esté destinado a "resolver la duda sobre la existencia del delito" y, por consiguiente, "sobre la necesidad del castigo".¹¹⁶

La celeridad del proceso no sólo se justifica por el derecho que tiene toda persona a que se decida sobre las sospechas que recaen sobre ella en un tiempo razonable, sino que su eficacia y el carácter pedagógico del juicio y su resultado, la sentencia, sobre lo cual nos advierte Beccaria, por efecto de la asociación que el imaginario popular realiza al observar la proximidad entre delito y la imposición efectiva de la pena, no implica que el juicio deba producirse de manera automática o festinada. El remedio a la mora y a los cuellos de botellas procesales que caracterizan a la instrucción jurisdiccional debe buscarse en la desformalización y consecuente simplificación de los actos orientados a determinar los méritos mínimos de la acusación, así como en la solución alternativa o anticipada de un sinnúmero de casos.

Nuestra Constitución, desde su redacción original organiza el juicio como la forma del proceso. El juicio oral, público y contradictorio, ante juez independiente, imparcial, designado con anterioridad a la ocurrencia del delito, fue el escogido por nuestros padres fundadores y es el que recoge nuestra norma sustantiva. En ese sentido vale recordar que el Constituyente reunido en la Villa de San Cristóbal, al dotar al pueblo dominicano de un Poder Judicial, consagró entre otras normas, las siguientes:

Art. 16.- La libertad individual queda asegurada. Nadie puede ser perseguido sino en los casos previstos por la ley, y en la forma que ella prescribe.

¹¹⁵Carnelutti, F. (1997). Derecho Procesal Penal. México: Haria. p. 64.

Art. 17.- Fuera del caso de in fraganti delito, ninguno puede ser encarcelado sino en virtud de una orden motivada del juez, que debe notificarse en el momento del arresto o a lo más tarde dentro del término de veinticuatro horas.

Art. 18.- Los sorprendidos in fraganti serán llevados ante el Juez competente, y si fuere en noche, se llenará esta formalidad a seis de la mañana del día siguiente, sin que puedan ser presentados ante ninguna otra autoridad.

Art. 19.- Nadie puede ser preso ni sentenciado, sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de las leyes anteriores al delito y en las formas que ellas prescriban.

Así, observamos que el Constituyente tuvo a bien precisar que toda restricción de la libertad personal tenía que acogerse a la forma judicial. Si bien parecería que el Constituyente reunido en la Villa de San Cristóbal abandona los detalles procedimentales a la voluntad del legislador, no es menos cierto que de la lectura de los artículos 35 y 125 se despeja cualquier duda, a saber:

Art. 35. - No podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución; en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer.

Nuestro Tribunal Constitucional ha abordado el derecho al debido proceso como un conjunto de garantías. En la sentencia TC/O006/14 del 14 de enero de 2014, leemos: "o. Al llegar a este punto del análisis, resulta oportuno señalar que la Constitución consagra un conjunto de garantías para la aplicación y protección de los derechos fundamentales, como mecanismo de tutela para garantizar su efectividad, así como los principios para la aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales que forman parte del sistema de protección (...) p. El debido proceso previsto en el artículo 69 de la Constitución está conformado por un conjunto de garantías mínimas que tiene como puerta de entrada el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita. Este primer peldaño es de trascendental relevancia, porque a través de él se entra al proceso, y es precisamente dentro del proceso donde pueden ejercitarse las demás garantías del proceso debido; r. De manera que poder acceder a la Justicia sin

¹¹⁷ Véase la Sentencia TC/0006/14.

ningún tipo de obstáculo ni impedimento constituye una garantía prevista, además, en el artículo 08.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; lo mismo que en el artículo 14 del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹¹⁷

1.5.6. La prohibición de la doble persecución penal (*ne bis in idem*)

La garantía constitucional de que "nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa" contiene la prohibición expresa de la doble exposición del imputado a juicio. Su fundamento reside en la necesaria seguridad jurídica de que deben gozar las personas frente a la posibilidad del asedio o acoso permanente por parte del aparato punitivo estatal.¹¹⁸

Maier nos explica que la regla del *ne bis in idem* se impone a partir de "la necesidad de poner fin en algún momento a la discusión, y a la obligación de administrar justicia a pesar del conocimiento imperfecto del caso".¹¹⁹ Todo ello está conectado con el derecho que tiene toda persona imputada de una determinada conducta a que se resuelva de manera definitiva en un plazo razonable sobre las sospechas que pudieran recaer sobre ella. La prohibición de una persecución penal ulterior pareciera ser un principio de fácil aplicación en la medida que bastaría establecer la triple identidad de persona, objeto y causa¹²⁰ para dar por desestimada cualquier pretensión punitiva sobre una conducta ya examinada; sin embargo, el asunto resulta más complejo si aplicamos el principio con toda su intensidad al sistema de recursos o de impugnación de los fallos absolutorios. Se trata de determinar el alcance de la regla en cuanto a la posibilidad de revisión de la sentencia condenatoria o absolutoria.¹²¹

La segunda consecuencia procesal del principio que nos ocupa consiste en dar fundamento a lo que se denomina la excepción de litispendencia: como una persona no puede estar sometida a dos procesos por el mismo hecho y el mismo motivo, existe una excepción o defensa anticipada, cuya finalidad es la unificación de los procesos o la suspensión del proceso llevado adelante en contra de este principio. La posibilidad de utilizar este mecanismo de la excepción de litispendencia debe ser lo más amplia posible; el imputado debe poder interponerla en cualquier etapa del proceso, desde los propios inicios.

¹¹⁷ Alberto Binder refiere que "el principio *Ne bis in idem* o *non bis in idem* según el cual el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva, significa que la persona no puede ser sometida una doble condena ni afrontar el riesgo de ello. Sin embargo, si puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución."

¹¹⁸ Maier, J. Op. Cit. p.108.

¹¹⁹ Alberto Binder señala que "en cuanto a los requisitos, la doctrina es unánime en general en exigir la existencia de tres 'identidades' o 'correspondencias'. En primer lugar, se debe tratar de la misma persona. En segundo lugar, se debe tratar del mismo hecho. En tercer lugar, debe de tratarse del mismo motivo de persecución. Estas tres correspondencias se suelen identificar con los nombres latinos *eadem persona, eadem res, eadem causa petendi*". pp. 164 y ss.

¹²¹ Binder advierte que "el principio *ne bis in idem* tiene efectos muy concretos en el proceso penal. El primero de ellos es la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave. Por imperio de este principio de *ne bis in idem*, la única revisión posible es una revisión a favor del imputado. (p.170).

Maier se plantea la cuestión concreta de la relación entre el principio *ne bis in idem* y el sistema de recursos de la siguiente manera: La posibilidad de que el acusador recurra la sentencia de los tribunales de juicio, ¿significa *un bis in idem*? Para ofrecer la respuesta en los términos que se copian a continuación: “La respuesta es, a mi juicio, clara. La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión al acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio (sistema “bilateral” de recursos); al menos en algún momento es preciso romper esa cadena de “bilateralidad”, para conceder un recurso único al condenado contra la sentencia condenatoria”. Lo es, además jurídicamente, porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la Ley Penal. Debido a ello, el recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un *bis in idem* y nuestra legislación, que lo autoriza, constituye una lesión al principio del Estado de Derecho que prohíbe la persecución penal múltiple. Precisamente, lo que la prohibición de perseguir más de una vez significa no se agota en impedir dos o más condenas contra una para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible más de una persecución penal, más de un riesgo a ser condenado.¹²²

Si bien existe unanimidad acerca de estos requisitos básicos para la operatividad de esta garantía, cada uno de ellos presenta algún grado de discusión o dificultad. Quizás la primera correspondencia sea la menos problemática de todas, es decir, la necesidad de que se trate de una misma persona. Lo importante es tener en cuenta que se trata de una garantía “personal”, que juega a favor de una determinada persona y nunca en abstracto.

A la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos, de conformidad a lo dispuesto en su artículo 8, ordinal 4. En igual sentido, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles Políticos establece, en su art.14, numeral 7, que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en virtud de una sentencia firme y respetuosa de la ley de procedimiento penal de cada país.

¹²²Maier, J. Op cit., p. 670.

Vista como una garantía personal, esta prohibición opera a favor del imputado y no en provecho de la acusación, por lo cual el recurso no es bilateral ni puede producirse modificación de la condena ya emitida en perjuicio del acusado. Binder apunta que "lo inadmisibles es una doble condena o el riesgo de afrontarla. Se trata de una garantía que se refiere a la necesidad de que la persecución penal sólo se pueda poner en marcha una vez".¹²³

La exigencia de *eadem res* significa que debe de existir correspondencia entre la hipótesis que fundan los procesos en cuestión. Se trata, en todos los casos, de una identidad fáctica y no de una identidad de calificación jurídica. No es cierto que pueda admitirse un nuevo proceso sobre la base de los mismos hechos y una calificación jurídica distinta. Si los hechos son los mismos, la garantía del *ne bis in idem* impide la doble persecución penal, sucesiva o simultánea.¹²⁴

La tercera correspondencia habitualmente exigida para la aplicación del principio *ne bis in idem* es lo que se ha llamado causa *petendi*. Es decir, debe tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso.

2. BASES Y ORIENTACIONES DEL PROCESO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El proceso penal debe atender al clamor social que demanda una justicia eficiente, que solucione los conflictos sociales penalmente relevantes, con prontitud, certeza y sin menoscabo de la dignidad de las personas. En ese sentido cabe apuntar y advertir que la eficiencia del servicio público de impartición de justicia pronta y cumplida no se traduce en resoluciones y sentencias festinadas. Tampoco en el hecho de que los jueces suplan o sustituyan en sus tareas a los fiscales y a los abogados. Y es que, precisamente, "no se trata de organizar solamente un servicio eficiente, según puros criterios de racionalidad administrativa", sino que la forma en como perseguimos, investigamos, acusamos, defendemos, juzgamos y castigamos a las personas en conflicto con la Ley Penal, atiende a la necesidad de redefinir el conjunto de las relaciones del Estado y las personas. De ahí que el proceso penal tiene imperiosamente que traducirse en un espacio para que los tribunales sean guardianes efectivos de la Constitución y la justicia, el lugar donde se solucionen los conflictos de manera institucional, sin abuso de poder ni arbitrariedades.

¹²³ Binder, A. Op. Cit. p 163.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 166.

2.1. Los principios fundamentales del proceso penal

La articulación ordenada de los diversos principios que informan al proceso penal en el marco de un Estado de Derecho y su inclusión como parte capital de la reforma procesal penal cumple la doble función de enraizar la forma de ejercicio del poder punitivo en la Constitución y en las convenciones internacionales, al tiempo de orientar la aplicación consecuente del resto del ordenamiento procesal conforme a las normas básicas de todo el sistema político.

Se trata de constitucionalizar el proceso penal a partir de la integración del conjunto de derechos, libertades y garantías fundamentales que el pensamiento republicano y liberal ha venido construyendo en el curso del devenir histórico. Así, se hace énfasis en aquellas normas y principios sustantivos que fijan límites a la acción del leviatán estatal materializada en sus órganos de policía, de investigación, de enjuiciamiento y de ejecución penales. Es por ello que, de entrada, en los principios fundamentales se ratifican las garantías con sede constitucional, como el punto de partida y marco vinculante de toda la actividad de los actores en el drama penal: policía, fiscales, imputados, defensores, víctimas, jueces y carceleros.

La incorporación y el reconocimiento de las normas y principios de derechos humanos consagrados en los instrumentos del derecho internacional nos coloca en la dinámica de la integración a la comunidad de naciones democráticas y respetuosas de la dignidad de las personas. La atribución de un valor vinculante a las normas y principios sustantivos, reconocidos como de aplicación directa e inmediata, es el aspecto más oportuno de una proposición que pretende superar el lastre que ha significado para nuestras democracias el funcionamiento de un sistema de justicia penal formalista-positivista, tradicionalmente alejado de la Constitución, despersonalizado, que esquiva la solución del conflicto, apegado al trámite y que en muchos casos ha devenido en partícipe o cómplice, por acción u omisión, de la violación masiva de los derechos humanos.

La solución del conflicto, aún lo sea en forma coactiva, tal lo supone la realización del litigio en el escenario judicial, es reconocido como el fin del proceso que pretende con ello restaurar la armonía social colocada en riesgo por la verificación del hecho punible. Esta concepción racional encuentra arraigo en el estilo de vida democrático, donde

el ejercicio del poder punitivo no se puede convertir en un fin en sí mismo, sino que el servicio socialmente relevante es la pacificación a que va enderezada la intervención de la jurisdicción y los demás agentes estatales como medida extrema contra el individuo.

La afirmación del estatuto de libertad, como espacio normativo correlativo al estado natural de las personas, está dirigido a subrayar el carácter excepcional y proporcional de cualquier medida que, como la prisión preventiva, represente un menoscabo o restricción de aquella. Tal como se ha dicho, Latinoamérica y los sistemas de administración de justicia penales están enfermos de prisión preventiva, lo cual no sólo distorsiona, sino que deslegitima la forma como se ejerce el poder jurídico de castigar en nuestras sociedades.

La sujeción al control y a la tutela judicial efectiva de todas las medidas restrictivas de la libertad recupera parte de nuestras mejores tradiciones liberales, ya que, desde el nacimiento de la república, el Constituyente consagró la forma judicial como garantía contra el arresto y la detención arbitrarios e irrazonables. Los principios fundamentales referidos al inicio, desarrollo y cierre del proceso nos remiten al carácter de oficialidad, legalidad, imparcialidad, objetividad y judicialidad que animan la actividad de los sujetos estatales en este ámbito.

La vigencia del principio de legalidad en la justicia penal deviene como corolario del principio de seguridad jurídica propio del Estado de Derecho. La fórmula "*nulla poena sine lege...*" rescatada por el iluminismo penal, se completa en la esfera procesal con la regla "*nulla poena sine iudicio*". Garantía mínima que, sin embargo, resulta contrariada por los operadores del sistema de justicia penal que abusan de la prisión preventiva. Nunca resultará ocioso recordar la no retroactividad y la necesaria interpretación restrictiva de las normas en la esfera penal, lo que se aviene a los criterios de favorabilidad y presunción de inocencia, como datos dados y que, lejos de asumirse como ficciones liberales, son presupuestos efectivos para equilibrar las dispares fuerzas desplegadas en el ruedo penal.

De otro lado, la separación de las funciones de persecución e investigación respecto de las jurisdiccionales, colocando las primeras a cargo del órgano que debe sustentar la acusación en juicio, se corresponde con la lógica del sistema acusatorio. El redimensionamiento de la actividad del Ministerio Público, bajo cuya dirección y control funcional quedan colocados todos los funcionarios

y agentes de la policía judicial y aquellos que desde agencias ejecutivas realizan actividades de investigación, tiene como contrapeso efectivo la obligación de esta categoría de funcionarios de brindar igual trato a las personas ante la ley y el sometimiento de todas sus actuaciones al examen de la jurisdicción. El procedimiento preparatorio y, en general, todo el proceso permite que cada uno de los operadores del sistema cumplan funciones diferenciadas, de modo que el juez no comprometa su imparcialidad, no sustituya a la acusación ni la releve de construir los méritos del caso.

La forma judicial, caracterizada por la oralidad, la publicidad, la contradicción, la intermediación y la concentración, es situada como regla que orienta todo el proceso penal, aunque en interés del derecho a un juicio justo se limite la publicidad durante la fase preparatoria. La oralidad es salvaguardada mediante la estricta limitación de los elementos de prueba que pueden ser incorporados al juicio a través de su lectura. Las condiciones relativas a la jurisdicción son recogidas en una serie de principios que buscan contrarrestar los vicios que históricamente han afectado su desempeño como sujeto procesal independiente, imparcial, obligado a impartir justicia pronta, razonable y cumplida.

El conjunto de principios fundamentales articula el grueso de los derechos y ámbitos de incoercibilidad que la civilización ha ido construyendo a favor del imputado, desde el reconocimiento de la presunción de inocencia como fórmula para su tratamiento procesal, en tanto interviene sentencia irrevocable, hasta la legalidad de la ejecución penal. Todo ello sin olvidar el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, como límite infranqueable y cuyo riesgo efectivo hace nulo cualquier acto que lo desconozca.

El anuncio de un régimen de legalidad de la prueba y de exclusión de aquellos elementos de prueba obtenidos en desconocimiento de este principio, atribuyendo a los jueces un papel activo en este ámbito, constituye el mayor estímulo que pueda brindarse a la tecnificación, eficientización y humanización de nuestro sistema de investigación con fines de enjuiciamiento. En ese mismo orden, la obligación con cargo a la parte actora del proceso penal, de tener que precisar las imputaciones objeto de investigación y juicio, en la acusación o querrela, coloca límites definidos al proceso en sus dos etapas: la preparatoria y el juicio. Sólo la garantía mínima de conocer el objeto de juicio permite la defensa adecuada, hace posible la contradicción y

fundamenta la sentencia correlativa con lo probado. Esta regla básica permite organizar un "juicio limpio", a partir de la igualdad de armas, lo que en sentido general contribuye a la concretización de un debido proceso de ley.

Al robustecimiento de las facultades de investigación del Ministerio Público, sumado al control jurisdiccional del proceso, le es consustancial la garantía mínima con cargo al Estado de proveer una defensa pública, integral, gratuita y oportuna a los imputados que manifiesten esa necesidad por razones de incapacidad económica para pagarse un defensor privado. Lo mismo vale en relación a la necesidad de un intérprete para el extranjero o persona incapaz de comunicarse efectivamente en español de forma oral, o el reconocimiento de la diversidad cultural respecto de miembros de grupos socialmente diferenciados.

Particular importancia se atribuye a la participación de la víctima, que trasciende el papel de simple excusa para poner en movimiento la acción pública y se le reconoce la intervención autónoma en diversas hipótesis y de múltiples formas. Se trata de reivindicar el conflicto que la formulación legal le expropia al construir el tipo penal como norma que protege un bien pretendidamente público, de suerte que la víctima actúa de modo directo en el ejercicio de la pretensión punitiva y en la solución misma de la situación que perturba la armonía social.

En definitiva, la incorporación de los principios fundamentales como normas vinculantes del proceso penal contribuye, sin lugar a dudas, a hacer de éste un verdadero espacio para el litigio, a superar el trámite y hacer que cada uno de los roles, acusación, defensa, reclamo de reparación, la valoración del caso y su fijación, mediante la sentencia y el cumplimiento de la pena, sean repotenciados, adquieran una fisonomía clara y gane la democracia y sus valores. La sociedad plural admite así que el proceso penal y el litigio como su expresión dinámica se constituyan en las vías para zanjar, dentro de un marco de estabilidad institucional, los conflictos surgidos en su seno.

Finalmente, los principios fundamentales plantean la necesidad de garantizar la participación ciudadana en la administración de justicia, en consonancia con los principios republicanos de que el ejercicio de todo poder público debe estar sometido a alguna forma de control por parte de la generalidad de los asociados. Esta manifiesta intención de recuperar los valores liberales que dieron nacimiento a nuestra forma de organización política, bajo la fórmula de un gobierno civil, democrático, republicano y representativo adquiere un significado

singular en el contexto de una sociedad que reclama transparencia, eficiencia, rendición de cuentas y participación.

3. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y EL SISTEMA PROCESAL

El derecho público subjetivo que tiene toda persona de ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, nos obliga a plantearnos qué relación guarda el diseño institucional de los tribunales, el estatuto personal del juez y sus relaciones dentro y fuera del Poder Judicial para hacer vigentes estas garantías. De otro lado, tendremos la oportunidad de examinar brevemente la relación existente entre sistema procesal y juicio imparcial.

3.1. Independencia Judicial

La forma republicana de gobierno inspirada en los principios de separación e independencia de los diversos poderes públicos exige que, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional, los tribunales de justicia estén exentos de toda injerencia externa o de otros tribunales del orden judicial al momento de examinar y decidir sobre los conflictos cuya solución deben proveer con arreglo a la ley y al Derecho.

La fórmula Constitucional contenida en el artículo 4, aunque es tajante y clara cuando, después de identificar las tres funciones fundamentales del gobierno, establece que “estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones.” A los fines de hacer operativa la independencia del Poder Judicial, los artículos 149, 150 y 151 de la Constitución de la República establecen ciertos presupuestos o mecanismos institucionales para alcanzar esa independencia

²²² Título V del Poder Judicial. Artículo 149- Poder Judicial. La justicia se administra gratuitamente, en nombre de la República, por el Poder Judicial. Este poder se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales creados por esta Constitución y por las leyes.

Párrafo I.- La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley. El Poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria.

Párrafo II.- Los tribunales no ejercerán más funciones que las que les atribuyan la Constitución y las leyes.

Párrafo III.- Toda decisión emanada de un tribunal podrá ser recurrida ante un tribunal superior sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes.

Artículo 150.- Carrera judicial. La ley regulará el estatuto jurídico de la carrera judicial, el ingreso, formación, ascenso, promoción, desvinculación y retiro del juez, con arreglo a los principios de mérito, capacidad y profesionalidad; así como el régimen de jubilaciones y pensiones de los jueces, funcionarios y empleados del orden judicial.

Párrafo I.- La ley también regulará la Escuela Nacional de la Judicatura, que tendrá por función la formación inicial de los y las aspirantes a jueces, asegurando su capacitación técnica.

Párrafo II.- Para ser designado juez del Poder Judicial, todo aspirante debe someterse a un concurso público de méritos mediante el sistema de ingreso a la Escuela Nacional de la Judicatura que al efecto establezca la ley y haber aprobado satisfactoriamente el programa de formación de dicha escuela. Solo estarán exentos de estos requisitos los miembros de la Suprema Corte de Justicia que sean de libre elección.

Artículo 151.- Independencia del Poder Judicial. Las y los jueces integrantes del Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles y están sometidos a la Constitución y a las leyes. No podrán ser removidos, separados, suspendidos, trasladados o jubilados, sino por alguna de las causas establecidas y con las garantías previstas en la ley.

1) La ley establecerá el régimen de responsabilidad y rendición de cuentas de jueces y funcionarios del Poder Judicial. El servicio en el Poder Judicial es incompatible con cualquier otra función pública o privada, excepto la docente. Sus integrantes no podrán optar por ningún cargo electivo público, ni participar en actividad político partidista;

2) La edad de retiro obligatoria para los jueces de la Suprema Corte de Justicia es de setenta y cinco años. Para los demás jueces, funcionarios y empleados del Poder Judicial se establecerá de acuerdo con la ley que rige la materia.

orgánica y funcional.¹²⁵ Los principales tratadistas han señalado que las preguntas claves para precisar el significado y alcance del concepto independencia judicial serían: ¿Por qué existe independencia judicial? ¿De qué o de quiénes es independiente el juez? ¿Qué mecanismos la hacen efectiva y real?.

Algunos autores que abordan la cuestión clasifican la independencia desde el punto de vista externo e interno. Así, se señala la distinción: "La independencia judicial se manifiesta en diversos planos. En el plano externo, se traduce en la autonomía del Poder Judicial en materia económica y por la inamovilidad de su personal, así como en lo funcional, por la posibilidad real de tomar sus decisiones de acuerdo a criterios propios y no como resultado de presiones procedentes de determinados grupos, instituciones o personas. En el plano interno, la independencia consiste en la autonomía de que deben gozar en sus decisiones las instancias judiciales inferiores con respecto a las de rango superior".¹²⁶

Los principales indicadores de la independencia del Poder Judicial son: la autonomía presupuestaria y administrativa, la inamovilidad de los jueces y magistrados, así como el establecimiento de un sistema objetivo de selección, promoción y separación de la función. Estos tres parámetros son precisamente los que fueron incorporados en la revisión constitucional de 1994 con el objeto de hacer operativa la independencia del Poder Judicial. Un elemento perturbador lo constituye la decisión política adoptada en la reforma constitucional de 2010 de integrar al Procurador General de la República parte del Consejo Nacional de la Magistratura, creando un manifiesto desequilibrio y aumentando irrazonablemente la influencia del Poder Ejecutivo en la selección de los jueces de la Suprema Corte de Justicia y de todos los órganos jurisdiccionales de la nación dominicana.

La independencia de los jueces se encuentra amenazada desde diversos ángulos y litorales. Así, observamos que la injerencia del Poder Ejecutivo en las funciones propias del Poder Judicial se han manifestado históricamente mediante la transferencia de las facultades jurisdiccionales a comisiones especiales, dependencias administrativas y a los así denominados "tribunales de justicia militar o policial". No se trata de simples instancias de examen del régimen y disciplina interior de las referidas dependencias, sino de verdaderas jurisdicciones paralelas que ponen en cuestión la facultad exclusiva de imposición de sanciones penales correspondiente al Poder Judicial.¹²⁷

¹²⁵ Salas y Rico, L. (1990). *La Independencia Judicial*. San José, Costa Rica: CAJ. p.10.

¹²⁷ Más recientemente se presentó la discusión sobre la inconstitucionalidad de las competencias penales atribuidas al Tribunal Superior Electoral, ya que no hace parte del Poder Judicial y no goza de las condiciones ni atributos de la jurisdicción penal.

De otro lado, nos encontramos con las presiones e injerencias que, en la denominada "sociedad mediática", ejercen personas particulares, grupos e instituciones, empleando para ello a la opinión pública. De hecho, muchas son las decisiones que están influenciadas por "el qué dirán", la alarma social y otros criterios externos al examen del caso y la cuestión de derecho bajo examen. Bajo ese prisma nos encontramos con una cultura judicial de aislamiento, pero que al mismo tiempo es muy proclive a no adoptar decisiones liberales o *pro libertatis*, atendiendo a las presiones y amenazas y cuestionamientos alentadas por una visión autoritaria del ejercicio de la función jurisdiccional o punitiva estatal.

La independencia de la jurisdicción se corresponde con la promesa constitucional de un juicio imparcial, ya que difícilmente pueda ser imparcial el juez que tenga una relación de dependencia o subordinación, aún sea psicológica, con relación a quien lo designa, lo promueve, lo gratifica, lo presiona o lo amenaza. En ese contexto cobra importancia robustecer el estatuto de inamovilidad, definiendo claramente los criterios de selección, promoción y separación de la carrera judicial, al tiempo de alentar la configuración de una magistratura democrática, en el mejor sentido del término, en tanto los jueces estén sólo sometidos a la Constitución, las leyes y a los supremos valores de la justicia. Y es que tal como sentencia Philippe Abravanel "la jurisdicción es una de las razones esenciales del Estado moderno. Si no se asegura la justicia, el ciudadano no se beneficia de ninguna garantía".¹²⁸ De ahí que se considere el acceso y tutela judicial efectiva como la primera garantía dentro del sistema de derechos y libertades fundamentales.

3.2. Derecho al juez natural

Estrechamente vinculada con la garantía de independencia e imparcialidad de los jueces, las concepciones democráticas liberales fueron articulando el principio de que las personas tenían derecho a ser juzgadas por órganos preconstituidos a la época del conflicto, como medio de superar las odiosas experiencias de las parodias de "juicios" en los cuales comisionados ad-hoc o "tribunales especiales" cumplían con el designio de simular un proceso por encargo o delegación del poder.

¹²⁸ Abravanel.

Maier nos recuerda que una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido (el juez), por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloquen frente al imputado, tribunales ad hoc, creados para el caso o para la persona a juzgar.¹²⁹ La Constitución de la República Dominicana en su redacción original dejaba claramente establecida la prohibición de la celebración de juicios por parte de comisiones ad-hoc o tribunales especiales. Esta garantía se corresponde con el Estado de Derecho que provee la forma republicana de gobierno.

El profesor Alberto Binder subraya: “si observamos el desarrollo histórico de la garantía del juez natural, se nos manifestará más claramente esta preocupación del proceso penal. En los albores de esta garantía, la idea del juez natural no sólo procuraba una imparcialidad fundada en el hecho de que el juez no respondiera a los intereses del monarca, del señor feudal o de algún sector poderoso de la sociedad. En un contexto como el de la sociedad feudal, donde la fuente principal de la ley era la costumbre, estrechamente ligada a la vida local, se hacía imprescindible que tanto el juez como los jurados (con los que también se relaciona la idea de “juez natural”) conocieran la vida local y las costumbres del lugar.”¹³⁰

Abundando sobre este desarrollo histórico, refiere: “Con el desarrollo del concepto racional del derecho y la aparición del estado monopolizador del poder –y del poder penal–, se fue perdiendo esta idea de juez natural habilitado tanto por la comprensión del caso como por el conocimiento de la vida y las costumbres locales de acuerdo con las cuales el caso debía ser juzgado. En los nuevos tiempos, el juez ya no era ese intérprete de la vida local sino, simplemente, quien les daba vida concreta y real a las decisiones abstractas tomadas por el legislador racional. “No obstante, modernamente, se ha buscado rescatar el antiguo concepto de “juez natural” para comprender los valores y los criterios de vida de las personas que son juzgadas.”¹³¹

El magistrado y tratadista Luigi Ferrajoli visualiza la garantía del juez natural como una regla normal aplicable al “régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiéndolo por competencia “la medida de la jurisdicción” de que cada juez es titular. Significa, precisamente, tres cosas distintas, aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido

¹²⁹ Maier, J. Op. Cit. p. 76.

¹³⁰ Binder, A. Op. Cit. p. 138.

¹³¹ *Ibidem*.

post factum; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales.¹³²

Cabe la aclaración formulada por Maier en el sentido de que “la cláusula de garantía no se refiere a los jueces como personas físicas, esto es, a la permanencia del juez X o Z como integrante del tribunal que juzga. De tal manera, la circunstancia de que el juez X integrara el tribunal de juicio en la época del hecho, no determina que deba necesariamente integrarlo en el momento concreto del juicio y la sentencia, cualquiera que fuere la razón de su ausencia (muerte, renuncia, licencia, etc.)”.¹³³ De suerte que la regla se refiere a la jurisdicción como órgano y no a la identidad de la persona.

En la sentencia TC/ 0206/14 del 3 de septiembre de 2014, nuestro Tribunal Constitucional reiteró el criterio del derecho a un juez competente predeterminado por la ley, bajo las consideraciones siguientes: “En este sentido, de acuerdo con la doctrina constitucional, la garantía de ser juzgado por el juez competente cumple con una doble finalidad: por un lado, evita cualquier tipo de manipulación en la administración de justicia, es decir, intenta evitar que, cambiando el órgano judicial que ha de conocer una *Lit is*, tenga lugar algún tipo de influencia en el resultado del proceso. Por otro lado, el derecho al juez predeterminado por la ley cumple una crucial función de pacificación en la medida en que las leyes dejan importantes márgenes de interpretación al juez y el hecho de que el órgano judicial competente esté constituido de antemano, según criterios públicos y objetivos para disipar posibles sospechas, hace que la decisión adoptada por el juez sea aceptable para la parte vencida en el juicio. En definitiva, el derecho a ser juzgado por el juez competente constituye una garantía procesal con rango de derecho fundamental íntimamente unido a la imparcialidad e independencia judicial en sus dos manifestaciones: en razón de la materia y del territorio”.¹³⁴

A propósito de las jurisdicciones especiales o “tribunales de justicia policial” resulta interesante reflexionar sobre las consideraciones de Ferrajoli cuando expresa: “Mientras la preconstitución legal del juez y la inalterabilidad de las competencias son garantías de imparcialidad, al estar dirigidas a impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez, la prohibición de jueces especiales y extraordinarios es, sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos”.¹³⁵

¹³² Ferrajoli, L. Op. Cit. p. 590.

¹³³ Maier, Julio. O p. Cit. P. 774.

¹³⁴ Sentencia TC/ 0206/14 del 3 de septiembre del 2014.

¹³⁵ Ferrajoli, L. Op. Cit. p. 590. Aunque pudiese parecer inverosímil o extraño la ocurrencia de casos en los cuales se violente este principio, conviene recordar que en el caso seguido al expresidente Salvador Jorge Blanco, si bien no se creó una jurisdicción especial, se produjo el traslado desde Puerto Plata a Santo Domingo, más precisamente a la 7ma. Cámara Penal, de un juez con sede en Puerto Plata lo cual no se justificaba como no fuera para hacerlo juzgar por un “juez” conservador y altamente autoritario. Estas características eran del especial conocimiento del Fiscal del Distrito de aquel entonces, quien antes había sido a su vez Fiscal en Puerto Plata.

Finalmente, en lo que concierne a este punto, coincidimos plenamente con el magistrado italiano cuando destaca que "el principio del juez natural (...) impone que sea la ley la que predetermine tales criterios de forma rígida y vinculante, de modo que resulte excluida cualquier elección *post factum* del juez o tribunal a quien le sean confiadas las causas; y exige además que tal predeterminación afecte también a los órganos del Ministerio Público, para que tampoco las funciones de acusación puedan ser manipuladas o de cualquier forma condicionadas por órganos extraños al proceso".¹³⁶

3.3. Juez imparcial

El derecho a un juicio previo ante jueces imparciales aparece consagrado en la Constitución de la República desde su redacción primigenia en 1844. Este principio básico sólo puede estar garantizado si en el proceso penal las funciones de perseguir, acusar y defender son diferentes e independientes de la de juzgar y castigar. Sin la excitación de la actividad requirente del acusador, esto es del Procurador Fiscal o de la víctima, no puede verificarse la imposición de una pena. Este principio, llamado acusatorio, es el que se expresa bajo la fórmula *nemo iudex sine actore*, o lo que es lo mismo, sin acusación no hay juez. El modelo procesal mixto o inquisitivo reformado que organizaba el Código de Instrucción Criminal resultaba contrario al sistema procesal pautado por la Constitución de la República, ya que la norma suprema ordena la separación de funciones al prometer el derecho a un juicio ante jueces imparciales.

En el curso de la fase preparatoria, el código de instrucción criminal atribuía tareas persecutorias, investigativas, administrativas y jurisdiccionales al juez de instrucción, con lo que se comprometía no sólo su eficiencia, sino también su imparcialidad. Algunos podrán plantear que la imparcialidad de los jueces sólo aplica a la etapa del juicio oral, público y contradictorio, de modo que no sea dable invocar la norma constitucional para la etapa preparatoria. Nosotros entendemos, sin embargo, que la imparcialidad es una condición consustancial a la función de juzgar, sin importar la etapa del proceso en que se ejerza.

Admitido el hecho de que la imparcialidad durante el procedimiento preparatorio resulta socavada por la confusión de funciones en un mismo órgano, resulta totalmente inaceptable que tal situación

¹³⁶ Ibidem.

se extienda al juicio. Sin embargo, el artículo 231 del Código de Instrucción Criminal, al tiempo de investir al juez presidente de amplios poderes discrecionales, le imponía un papel activo en la búsqueda y manifestación de la verdad. Esta norma adjetiva, inspirada en el “*ancien régime*”, hacía al juez corresponsable del descubrimiento de los hechos que integran la acusación, lo que evidentemente contravenía las normas constitucionales de separación e indelegabilidad de funciones, así como la garantía de un juicio imparcial.

Desde el momento en que se sustituye la dialéctica propia del modelo adversarial y el juzgador interviene como ente activo en la afirmación o negación de la acusación, se compromete su condición de tercero supra e inter-partes. Tal como nos refiere el destacado procesalista José Cafferata Nores, “la imparcialidad es la condición de tercero del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de éstas (...) la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva.” Los jueces asumen así la neutralidad e indiferencia de quien antes que sentirse funcionario de la ley, visualiza la impartición de justicia, enderezada a la solución del conflicto, como el centro de su misión.

El derogado artículo 231 del Código de Instrucción Criminal¹³⁷ favorecía un verdadero desequilibrio procesal, ya que, al comprometer a los jueces con los resultados del juicio, organizaba un proceso de “todos contra uno”. Con ellos se desdibujaba, no sólo en la instrucción preparatoria, sino en la etapa del juicio, la clara separación de funciones que debe existir entre el órgano de persecución y los jueces.

El Tribunal Constitucional ha precisado sobre el particular, lo siguiente: “La imparcialidad judicial como garantía esencial de la función jurisdiccional, son la imparcialidad subjetiva, siendo la primera la que exige al juez considerar asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, y la segunda, la necesidad de que el juez se asegure de un eventual contacto anterior del juez con el tema decidendi”.¹³⁸

Las funciones de investigar y perseguir difícilmente serán compatibles con la de decidir sobre la existencia de méritos para ordenar la apertura de juicio a los fines de que se conozca de una acusación. Esto es, las agresivas medidas que supone la actividad de todo buen inquisidor,

¹³⁷ Art. 231. “El presidente tendrá la policía de la audiencia; y está investido de un poder discrecional, en virtud del cual podrá acordar, por sí solo, todo cuanto conceptúe útil para el descubrimiento de la verdad; y la ley encarga en su honor y a su conciencia, que despliegue todos sus esfuerzos para favorecer la manifestación de ella.”

¹³⁸ Sentencia TC/0483/15, del 16 de noviembre del 2015.

como serían allanar, encerrar, interrogar, apoderarse de objetos de la persona sospechosa, hacen que el juez no decida imparcialmente ya que a fin de cuentas lo que termina siendo juzgado es su propia eficiencia en el desarrollo de la actividad de investigación.

Los rasgos inquisitivos del juicio penal se manifestaban, además, cuando observábamos las formas en que eran conducidos los debates e interrogatorios, ya que los jueces no se limitaban, de ordinario, a evitar que se incorporen al debate elementos de prueba por su simple lectura o a descartar las preguntas capciosas, sugestivas o perentorias de las partes, sino que bajo la excusa de querer obtener “la verdad”, relevaban a la acusación de su obligación de probar su hipótesis y el juicio asumía la forma del “todos contra uno”.

Los principios de separación de funciones, imparcialidad, plena igualdad de partes y de inviolabilidad de la defensa imponen que los jueces no procedan de oficio ni se vean comprometidos con los resultados de la pretensión punitiva. La norma constitucional pretende asegurar que el órgano jurisdiccional “actuará con toda objetividad y será absolutamente imparcial, sin que pueda sentirse (por pasión, amor propio o terquedad, incluso subconscientes), vinculado a su propia afirmación inicial”.

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha expresado en la sentencia TC /0006/14, del 14 de enero de 2014, que “El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa, es otro de los pilares que sustenta el proceso debido. Este derecho, cuya relevancia alcanza mayor esplendor dentro del juicio, implica poder responder en igualdad de condiciones todo cuanto sirva para contradecir los planteamientos de la contraparte. El derecho de contradecir es un requisito procesal imprescindible que persigue garantizar la igualdad entre las partes, manifestaciones inequívocas de su dimensión sustantiva y adjetiva. Se trata, pues, de un componente esencial que perpetúa la bilateralidad a lo largo del desarrollo del proceso”.

En múltiples ocasiones observamos que a pesar de que el Ministerio Público no sostiene su acusación o simplemente la retira, los jueces evacúan sentencias condenatorias, lo cual es ilógico, ya que si el órgano acusador no encontró elementos de prueba que le autoricen a solicitar una pena, no podrían los jueces sin exceder el ámbito de sus funciones imponer sanción alguna. Una cosa es que el Juez verifique que el archivo o el retiro de acusación opere, en cada caso, en el

marco de legalidad permitido y otra es desdoblarse y constituirse en juez de horca y cuchillo, al mejor estilo de Roland Freissler.

La correlación entre acusación y condena, la cual forma parte del modelo acusatorio que plantea la Constitución, obligaría al juez -considerado como tercero imparcial- a fallar según lo alegado y lo probado, luego si la parte actora retira sus alegatos o pretensiones no le sería dable al juez suplirlas. Adviértase que nos referimos a aquellas hipótesis en las que el fiscal, como parte actora, no prueba la acusación o simplemente no la sostiene al declarar que la deja a la soberana apreciación de los jueces. Otra solución es la que corresponde cuando la acusación logra dar por acreditados los elementos del injusto y la culpabilidad del imputado, en cuyo caso, los jueces son libres para determinar la pena dentro de los límites que le fija el legislador.

Adviértase que la regla que obliga a fundamentar el fallo única y exclusivamente *secundum allegata et probata* es fácilmente aceptada por la doctrina en los litigios civiles y comerciales; sin embargo, y no obstante, reconocer que deba existir una clara separación entre los órganos estatales de persecución y de juzgamiento, existe una fuerte resistencia a admitir el hecho de que los jueces no deban decidir extra ni *ultrapetita* en materia represiva. Esto es lo que ocurre cuando el juez falla más allá o en ausencia de lo requerido por el fiscal o la víctima querellante. Lo que tendría que quedar claro es que el diseño y aplicación de la política criminal, en especial el determinar qué hechos son punibles y cómo se persiguen, son funciones propias del legislador y de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, no de los jueces. En otros tantos casos resulta que los jueces se fundamentan en el contenido del "expediente" y no en la prueba oralmente reproducida en juicio, o bien en el conocimiento personal que han recibido por conversaciones con otras personas fuera del juicio, incluyendo a jueces de instrucción, fiscales y policías. Esta práctica, basada en el malentendido criterio del papel activo del juez en materia represiva, vulnera todas las garantías básicas del derecho a un debido proceso, incluyendo la del derecho a un juicio oral, público y contradictorio, ante jueces imparciales y con arreglo al derecho de defensa.

A la luz del sistema procesal pautado por la constitución, queda claro que el referido artículo 231 del Código de Procedimiento Criminal, al imponer al juez un papel activo, resultaba contrario a la garantía básica del derecho a un juicio previo ante jueces imparciales que promete la Ley Suprema de la Nación. Los jueces deben limitar su función a disciplinar el debate, de modo que la verdad y los elementos

que permitan decidir e impartir justicia se deriven de la actividad respectiva de los fiscales, a quienes corresponde probar el contenido de la acusación y la de la defensa, destinada a refutarlo. Y es que, como bien nos lo recuerda Carnelutti, "el carácter indefectible del juez es el de estar en una posición sobre partes".¹³⁹

El mayor desafío de la presente y futuras generaciones en lo que tiene que ver con la forma como se gestionan los conflictos en sede penal consiste, como nos lo ha dicho en reiteradas ocasiones el Presidente del Tribunal Constitucional, Don Milton Ray Guevara, vivir en constitución. Esto es que sus valores, principios, derechos, libertades, garantías, normas y reglas no sean ilusorias ni mera retórica o poesía constitucional, sino que sean asumidas como lo que son: mandatos jurídicos superiores de obligado acatamiento. Ese es y no otro el reto que tenemos por delante, que el ejercicio del poder punitivo se enmarque dentro de los postulados mínimos del Estado Social y Democrático de Derecho.

¹³⁹ Carnelutti, F. Op. Cit. p. 62. En otra parte el ilustre maestro italiano nos señala "el oficio del juez, dicho en lenguaje corriente, es sobre todo el de comprender; y este es un verbo que hay que tomar en su significado original, de capere, para saborear su virtud. Comprender la realidad, como naturaleza y como historia y, por eso, como materia y como espíritu: una riqueza desmesurada. Hay que pensar en esta riqueza para medir la pobreza del hombre frente a ella. Una de las antinomias de nuestra vida es que el hombre mismo es un misterio para el hombre. El cometido del juez, del juez penal sin comparación más que del juez civil, es precisamente develar ese misterio. Quizá ayude, a este propósito, la comparación sugerida por el dato semántico, entre átomo e individuo; cuando las investigaciones de la microfísica han llegado al análisis del átomo, nos hemos encontrado ante una maravilla que no ha terminado y que incluso no terminará nunca de descubrirse; lo que los físicos han sabido hacer con el átomo, el juez debe saber hacer con el individuo.



CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN
EN EL MODELO ACUSATORIO: UNA
APROXIMACIÓN DESDE LA
JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE
E INTERAMERICANA

Autor: Guillermo Moreno

Revisión y actualización: Víctor Orozco Solano



EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL MODELO ACUSATORIO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE E INTERAMERICANA

Autor: Guillermo Moreno

Revisión y actualización: Víctor Orozco Solano

1. OBJETO DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar los alcances del principio de contradicción, en el marco de un modelo acusatorio garantista,¹ tendente a respetar y ponderar, en la mayor medida posible, los derechos del imputado y de la víctima, en el diseño del proceso penal, así como, la observancia y aplicación de los estándares constitucionales y convencionales que informan el proceso, dentro de los cuales, el principio referido forma parte. Con ese fin, se examinará el objeto del principio mencionado, así como el de algunos conexos, entre ellos, el de oralidad, intermediación y publicidad.

De esta manera, lo que se pretende en este trabajo es poner de manifiesto los criterios hermenéuticos esbozados por la Sala Constitucional de Costa Rica, al comentar los alcances del principio de contradicción en el proceso penal, así como, los estándares convencionales estipulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien tiene a su cometido la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual constituye

¹ Gascón Abellán, M. (2015). La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima. Palestra Editores. Pp. 26-37.
Ferrajoli L. (2016). Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia. Segunda Edición. Madrid. Trotta. Pp. 27-30.

el principal y el máximo instrumento de tutela y salvaguarda de los derechos humanos en la región. Lo anterior, sin dejar de lado las experiencias, en el marco de un diálogo entre cortes, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el análisis comparado de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional dominicano, sobre el principio aludido.

En lo que atañe al objeto del principio de contradicción y, en el marco del proceso penal de índole acusatorio, este supone una igualdad real entre las partes involucradas en el proceso, en este orden, entre la fiscalía y el imputado, de tal forma que disponen de semejantes mecanismos para intervenir en el proceso, en condiciones de equidad y en lo que concierne, particularmente, a los derechos, medios de prueba, oportunidades y elementos de convicción.² De este modo, de acuerdo con Burgos Ladrón de Guevara, el principio de contradicción tiene por finalidad "la posibilidad de las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda influir en la decisión final del órgano judicial y como tal presupone la igualdad de acusación y defensa en el proceso penal: algo que sólo puede ser eficaz si las partes tienen las mismas posibilidades de alegación, prueba y defensa, lo que implica en orden a su aplicación efectiva las siguientes consideraciones: refutación de la contraprueba, igualdad ante la ley procesal para lograr el convencimiento del juez, el aseguramiento para el imputado del conocimiento de la acusación y de la formación de las pruebas, incluso en lo referente a la búsqueda de las fuentes de prueba –contradictorio para la para la prueba y sobre la prueba-".³ Así, según el mismo autor, el principio de contradicción, además de suponer un derecho del imputado en el proceso; es decir la defensa en el juicio, forma parte del modelo que más conviene a la búsqueda de la verdad, entre los hechos objeto de la acusación y la condena.⁴

En este orden de consideraciones, De Urbano Castrillo pone de manifiesto como el principio de contradicción, junto con el de oralidad y publicidad, constituye un gran informador del proceso penal y permite, con el principio de inmediación, que la actividad valorativa y la consiguiente resolución jurisdiccional sea motivadora y respetuosa del principio de legalidad, así como, de las normas de racionalidad y experiencia. De esta forma, dicho autor define el principio de contradicción, como aquel que "exige al tribunal que tenga en cuenta las alegaciones fácticas y las proposiciones probatorias de las partes, de

² Ruiz Medina, M. (2016). Igualdad y contradicción en torno a la defensa de imputados y acusados en el sistema acusatorio. *Revista de Investigación y Derecho*.

Criminología y Consultoría Jurídica de la Universidad Autónoma de Puebla, México. Núm. 19. abril-septiembre 2016. P. 156.

³ Burgos Ladrón De Guevara, J. (2011). La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio. *Justicia*. *Revista de Derecho Procesal*. Núm. 3-4. P. 128.

⁴ *Ibidem*.

tal manera que considere verdaderos todos los hechos no discutidos entre las partes y que haga caso omiso de todos los hechos y medios de prueba no alegados por las partes. Y se ha conectado con el de igualdad de armas de las partes en cuanto implica la atribución a éstas de derechos y deberes procesales, a fin de equipararse para la contienda judicial⁵. Según el mismo autor, las manifestaciones clásicas del principio se han realizado a través del principio de audiencia, cuyas raíces se hunden en la más antigua historia, y el de defensa, subrayando en todo caso la condición de garantía procesal de orden constitucional. Lo anterior supone la obligación de conceder oportunidades reales de alegar y probar, así como la estrecha vinculación con el derecho de defensa, sus diversas implicaciones, entre ellas, la imposibilidad de establecer limitaciones legales que vuelvan nugatoria la efectiva intervención o participación en el proceso, la imposibilidad de ser condenado en ausencia, salvo supuestos excepcionales, el uso de todos los medios lícitos de defensa a favor del imputado, tendentes a desvirtuar la presunción de inocencia o, bien, a destruir la acusación, la prohibición del imputado de ser obligado a declarar contra sí mismo, el derecho a la última palabra de todo acusado. Asimismo, como derecho fundamental de todo imputado, el principio de contradicción impide al poder estatal penetrar en su autonomía personal de manera arbitraria, debiendo hacerlo de conformidad con las reglas procesales.⁶

Se trata, en suma, de un componente de un modelo garantista inherente al Estado de Derecho, que permite la efectiva observancia de los principios de igualdad, en sus dimensiones formal y material.

Es claro que el principio de contradicción enuncia un elemento medular del proceso penal, en tanto garantiza que el debate se presente como una verdadera contienda entre las partes, de tal forma que consiste en la posibilidad de enfrentar, contradecir, y discrepar de los actos realizados por la parte contraria e incluso, del mismo juez. Así, para el imputado, este principio se presenta “como la obligación constitucionalmente reconocida de que nadie puede ser condenado si previamente no ha tenido la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, lo cual abre para el acusado lo que se conoce como derecho a resistir la imputación, principio estrechamente vinculado al derecho a la defensa, ya sea técnica por la asistencia letrada o material si la realiza la propia persona”.⁷ Según Ruiz Medina, este principio, también conocido como bilateralidad de la audiencia o del debate, se

⁵ De Urbano Castrillo, E. (2002). El principio de contradicción en el proceso penal. *La Ley*, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Núm. 2. P. 1710.

⁶ *Ibidem*. P. 1711.

⁷ Ruiz Medina, M., y otro. (2016). *Ob. Cit.* P.165.

materializa cuando ambas partes del proceso pueden comparecer y hacer valer sus respectivas pretensiones, proponer pruebas y realizar todas las obligaciones que estimen pertinentes en aras del derecho alegado.⁸ También menciona dicha autora que “se trata de un diseño consustancial a la labor de administrar justicia pues, en toda actuación del Derecho por la Jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, las que ineludiblemente son parciales y que acuden a un tercero imparcial que es el titular de la potestad jurisdiccional, y que se corporifica en el juez o magistrado. Esta no calidad de parte es la imparcialidad”.⁹

2. PRINCIPIOS CONEXOS: ORALIDAD, INMEDIACIÓN, PUBLICIDAD

Como se expuso con anterioridad, el principio de contradicción es un test de veracidad de la prueba rendida en el juicio oral.¹⁰ En este orden, las partes tienen el derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso y la contraria, el derecho de contradecirlas, por lo que el principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. De este modo, Ruiz Medina pone de manifiesto que este principio “exige no sólo la existencia de una imputación del hecho delictivo, cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente, la de controlar activa y personalmente y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para obtener igual oportunidad de lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario”.¹¹ De esta forma, se requiere que toda la documentación pase y supere el filtro del contradictorio; así, “una prueba otorgada de manera unilateral carece de confiabilidad”.

Ahora bien, en lo que atañe al principio de oralidad, que se manifiesta, de manera estricta y plena, durante el debate o juicio oral y público,

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Al respecto el artículo 326 del Código Procesal Penal costarricense, Ley núm. 7594, de 10 de abril de 1996, establece: “ARTÍCULO 326.- Principios. El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua”. Sobre los alcances de esa disposición, se puede consultar Llobet Rodríguez, J. (1998). *Proceso Penal Comentado*. San José. Editorial Jurídica Continental. Pp. 667 y siguientes.

¹¹ Ruiz Medina, M., y otro. *Ob. Cit.* P. 166.

es claro que potencia, en su mayor medida, la observancia plena del principio de contradictorio, en el marco del proceso penal acusatorio garantista, y contrasta, ampliamente, con el anterior modelo inquisitivo medieval, en el cual, la escritura ostentaba un rol determinante, que propiciaba la ausencia de controles, así como el sigilo y el secreto. De ahí que, en el supuesto de un modelo de justicia penal democrático, garantista, con la plena observancia de los derechos humanos, la oralidad constituye un aspecto medular, estrechamente vinculado con el principio de inmediación, en cuanto permite la concentración, y la relación conjunta de todos los elementos que confluyen en la sentencia. La oralidad significa "el predominio de la palabra sobre la escritura, pues no es concebible un proceso absolutamente oral, máxime cuando los denominados trámites rectores o principios del proceso -con excepción del juicio oral- se realizan por escrito (así la querrela, los escritos de acusación y defensa o la sentencia)".¹²

Por su parte, en lo que atañe al principio de inmediación, se ha sostenido que comprende algo más que el contacto directo entre el juez y la prueba, en la medida en que significa la presencia simultánea de varios sujetos del proceso en el mismo lugar y, por consiguiente, la posibilidad de intercambio de sus intervenciones. Según De Urbano Castrillo, esto supone "un juicio inmediato, libre de transferencias, entre las partes y el tribunal, en una especie de encuentro sublime con las fuentes de información del proceso, fruto de la privilegiada posición que ostenta en el mismo, el órgano judicial, espectador directo de lo que acontece a su presencia, y que constituye el modo de garantizar a ambas partes procesales, que la decisión a adoptar responderá a una convicción directamente obtenida por el órgano juzgador".¹³

Finalmente, en lo que respecta al principio de publicidad, la doctrina sostiene que puede ser concebido en dos sentidos: por un lado, como un sinónimo de oficial o estatal, y termina por ser englobado en los principios de necesidad, obligatoriedad y oficialidad, de tal forma que el objeto procesal es indisponible y que el ejercicio de la acción penal es obligatorio para el Estado, verdadero titular del *ius puniendi*; por el otro, producto de la aplicación del modelo penal acusatorio y democrático, permite el control difuso y real del proceso, de tal forma que solo se puede realizar, "a puerta cerrada", bajo circunstancias muy calificadas, entre ellas, razones de moralidad, orden público o respeto para la víctima y su familia. Tales excepciones deben ser interpretadas

¹² De Urbano Castrillo, E. (2006). Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad. Revista del Poder Judicial. Num. XIX-2006. P. 166.

¹³ *Ibidem*. Pp. 168-169.

y aplicadas de modo restrictivo, como lo ha sostenido el Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, en sus decisiones STS 2024/2002, de 5 de diciembre, y STS 1231/2003, de 25 de septiembre.¹⁴

3. LAS SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA SOBRE EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Pues bien, según la información suministrada por el Centro de Jurisprudencia de la Sala Constitucional, es preciso resaltar, en primer lugar, la sentencia núm. 747-91, de 19 de abril de 1990, en la que el Tribunal Constitucional costarricense desarrolla los alcances del principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia, como uno de los elementos que componen el derecho al debido proceso o al proceso debido, tanto en materia penal como administrativa sancionadora, proclamado por los artículos 39 y 41 del Texto Fundamental, y 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la siguiente manera:

La garantía consagrada en el artículo 39 de la Constitución Política, de que nadie puede ser penado sin que previamente se le conceda oportunidad para ejercitar su defensa, es genérica y constituye un principio constitucional básico, aplicable tanto en materia penal como en cualquier otra de la que resulten penas o sanciones para una persona. Tal principio es conocido por la doctrina y la jurisprudencia como ‘el debido proceso’ ‘bilateralidad de la audiencia’ o ‘principio de contradicción.’ III.- La jurisprudencia patria, en consonancia con la doctrina, ha reconocido como presupuestos básicos previos a la imposición de una pena -como indudablemente lo es una sanción disciplinaria, máxime si es de revocatoria de nombramiento- los siguientes: a) notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento entablado. b) oportunidad para el administrado de preparar su alegación. lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate, c) derecho a ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes, ch) derecho del administrado a hacerse representar y asesorar por abogados,

¹⁴ De Urbano Castrillo, E. (2006). Ob. Cit. Pp. 171-172. En relación con los alcances de los principios de inmediación y publicidad, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en la sentencia Núm. TC/0046/17 de 24 de agosto de 2017, expresó: “En cuanto al principio de inmediación, el artículo 307 del Código Procesal Penal establece que ‘el juicio se celebrará con la presencia ininterrumpida de los jueces y las partes. (...)’, esto implica, en lo relativo al juez o tribunal apoderado del caso, que haya un acercamiento tal con las partes, el material probatorio, en fin, con todo el engranaje procesal, que le permitan –al juez– forjar un criterio íntimo y directo respecto de las situaciones jurídicas que le puedan ser planteadas. Lo anterior tiene sentido en vista de que con esto se busca descubrir la verdad de los hechos y, en consecuencia, el pronunciamiento de una decisión justa en procura de una eficaz administración de justicia. De ahí la importancia en que todo juez que instruya una causa penal sea el mismo que dicte el fallo. e. A su vez, el principio de oralidad se encuentra estrechamente ligado a los principios de inmediación, concentración y publicidad, pues su finalidad –conforme a los artículos 69.4 de la Constitución y 311 del Código Procesal Penal– es que todo el proceso sea desarrollado en un contexto donde sean creadas las condiciones suficientes para que las decisiones judiciales intervengan no solo con mayor celeridad, sino salvaguardando el derecho de defensa y a un debido proceso que merece todo justiciable. f. Asimismo, encontramos que el principio del juez natural no solo implica –conforme a los artículos 69.2 y 4 del Código Procesal Penal– que previo al conocimiento del caso haya un tribunal o juzgado pre constituido y habilitado para conocer asuntos propios de la materia objeto de litigio, sino que en este le sean suministradas a las partes la seguridad de un juicio imparcial y todas las garantías inherentes al proceso –o procedimiento–, pues dicho principio opera como un instrumento necesario para la administración de justicia y como garantía frente a cualquier arbitrariedad en que pueda incurrir el persecutor de la acción en justicia en detrimento del imputado. g. De ahí que los principios establecidos anteriormente, los cuales deben ser observados en todo proceso –o procedimiento– penal, son algunas de las garantías que se desprenden de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso previstos en el artículo 69 de la Constitución dominicana. Por esto, su cumplimiento debe ser observado con rigurosidad por el juez o tribunal al momento de dictar su decisión.

técnicos y personas calificadas, d) notificación adecuada de la decisión que dicte la Administración y de los motivos en que ella se funde, y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. ‘ Vid.voto No. 15-90 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990. A los presupuestos, requisitos o principios básicos enlatados debe agregarse otro, también fundamental, como es el de la ‘sentencia justa’ sea, que ésta debe guardar absoluta concordancia o congruencia entre lo probado y lo resuelto.

Esta decisión, que ha sido reiterada en múltiples ocasiones por el Tribunal Constitucional costarricense, ha implicado un cambio de perspectiva y, en términos generales, una revolución en lo que atañe a los alcances y la plena observancia del derecho de defensa y al debido proceso en materia penal y disciplinaria, facilitando un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en todas sus materias.¹⁵

De otra parte, en la sentencia núm. 2015-459, de las 15:05 horas de 13 de enero de 2015, la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de *habeas corpus*, en el cual, la autoridad recurrida, es decir, un Tribunal Penal, dispuso prorrogar la medida cautelar de prisión preventiva a los afectados, sin haber otorgado previo una audiencia a sus abogados defensores, con lo que se tuvo por demostrada la violación de los principios de contradictorio¹⁶ y bilateralidad de la audiencia, de la siguiente manera:

“De lo expuesto, se comprueba que la prórroga de la prisión preventiva dictada por el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica Guápiles se llevó a cabo sin otorgar audiencia a los abogados defensores de los tutelados -la prórroga de la medida cautelar se dispuso en el caso de los señores [NOMBRE002], [NOMBRE003] y [NOMBRE004] hasta el 9 de diciembre del 2015, y en el caso de [NOMBRE005] hasta el 18 de noviembre del 2015, completando el plazo máximo de la prisión preventiva ordinaria establecida en la legislación para casos de tramitación compleja-. De manera que tal omisión, sea la realización de la audiencia para conocer de la medida cautelar de prisión preventiva gestionada por el Ministerio Público sin la participación de los defensores de los tutelados, lesiona los principios del debido proceso, defensa,

¹⁵ Sobre los alcances del principio de tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y el principio de contradicción, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido lo siguiente, en la sentencia de la Sala Primera núm. 75/2015 de 8 de abril: ‘Antes de ocuparnos de dicha pretensión impugnatoria, procederemos no obstante a dar respuesta al primer motivo de amparo; respuesta que, cabe anticiparlo ya, ha de ser desestimatoria. Tal como hemos reiterado, la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden’ (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4 y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4). El derecho fundamental pretende, así, garantizar que la Sentencia finalmente dictada no se haya fundado en hechos y preceptos frente a los que el condenado no hubiera podido ejercer su defensa contradictoria, en este sentido, la íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3 y 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2). Es esta la razón por la que el Tribunal ha venido reiterando que el instrumento procesal esencial para la fijación de los términos de la acusación en el proceso es el escrito de conclusiones definitivas (SSTC 174/2001, de 26 de julio, FJ 5 y 183/2005, de 4 de julio, FJ 4), dado que estas habrán de ser producto de lo debatido en el acto del juicio oral’.

contradictorio o la bilateralidad de la audiencia, y por ende repercute en la libertad personal de los tutelados. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso, sin ordenar la libertad de los amparados”.

De igual modo, es emblemático el criterio sostenido por los magistrados Jinesta Lobo, Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, con redacción del segundo, en su voto particular a la sentencia núm. 2016-8508, de las 11:30 horas de 22 de junio de 2016, en que se discutió la conformidad con el Derecho de la Constitución del artículo 35, de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, ley núm. 8204.¹⁷ En ese caso se discutió la obligación estatal de otorgar el derecho al debido proceso y derecho de defensa, ante la sospecha de la posesión de bienes que proceden de actividades ilícitas.

4. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Un caso en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo por demostrada la violación de las garantías previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concreto, el principio de contradicción, entre otros derechos, es el caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2019, en la cual se tuvo por acreditado que durante el proceso penal que supuso la condenatoria de la víctima, el afectado no fue asistido por un defensor de su elección en esa etapa sumarial del proceso,

¹⁶ Sobre los alcances del principio de contradicción y sus límites, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido, en consonancia con los estándares fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia Núm. 174/2011, de 7 de noviembre, lo siguiente: “En efecto, en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones incriminatorias que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral. Así lo recoge el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) cuando dispone que es derecho mínimo de todo acusado el de ‘interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra’. Este derecho es un aspecto específico de la idea de juicio justo. Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 y 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 3 y 4). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 1 y 3 d). del art. 6 del CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49). Por ello, de forma reiterada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en los pronunciamientos citados que ‘los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario’.

¹⁷ En esa ocasión los magistrados referidos argumentaron sobre la violación del derecho al debido proceso y, por ende, del principio de contradicción, en los siguientes términos: “La norma impugnada plantea el problema de relevancia constitucional por la pérdida del derecho a la propiedad sin audiencia alguna, es decir, la legislación impugnada autoriza al Estado a despojar a un individuo de su propiedad sin ningún tipo de garantía procesal, sin que le permita demostrar que los recursos cuentan con un origen legítimo. Debemos establecer, con toda claridad, que el tribunal debería abordar el debido proceso sustantivo, en cuanto constituye un instrumento que debería permitir delimitar el poder del Estado de no excederse y extralimitarse contra el administrado, especialmente cuando regula aspectos donde hay derechos subjetivos o interés legítimos del individuo que le debería estar protegiendo el Estado, porque atañen igualmente a los derechos fundamentales. Aun cuando tenga la apariencia de alcanzar algún objetivo legítimo, hay derechos que están fuera de ese alcance por más que existan motivos ‘justos’ y ‘razonables’. Entendemos, sin duda alguna, que hay actividades ilícitas que deben obtener del Estado una respuesta inmediata y ejemplificante, por los fáciles beneficios económicos que estas actividades generan al operar al margen de la ley y los graves perjuicios que provocan al orden público, o cuando esos recursos son utilizados para fines extremistas (en ambos casos, por organizaciones criminales). Es claro que la reacción estatal tiene legitimidad cuando pretende regular o sancionar muchas de estas conductas ilícitas. Pero al escoger un medio para combatir una conducta determinada del individuo, con la ausencia total de una garantía procesal frente a un derecho fundamental, se afecta su contenido esencial y mediante un acto reflejo se vulneran otros derechos fundamentales.”

no se le permitió interrogar a los testigos, ni conocer las pruebas que estaban siendo recabadas, tampoco pudo presentar pruebas en su defensa ni controvertir el acervo probatorio en su contra.¹⁸ Asimismo, se le impuso la medida prisión preventiva, sin la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza, la cual duró más tiempo que la condena que recibió. Tales hechos supusieron la responsabilidad internacional del Estado Venezolano por la detención arbitraria de Enrique Barreto Leiva, así como, por la de falta de diligencia en el debido proceso seguido en su contra.

Según la relación de hechos probados de esa sentencia, todo inició en febrero de 2009, cuando fue aprobada por el entonces presidente, Carlos Andrés Pérez Rodríguez, una rectificación presupuestaria por Bs. 250.000.000,00; en ese entonces, la víctima, Oscar Enrique Barreto Leiva, ejercía el cargo de Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. La Corte Suprema de Justicia consideró que dicha rectificación presupuestaria constituía un delito y condenó a quienes consideró responsables de dicho ilícito, incluyendo al señor Barreto Leiva, a quien se impuso una pena de un año y dos meses de prisión, así como otras accesorias, al atribuirse el delito de malversación genérica agravada en grado de complicidad.

Así, en esa sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló los alcances del derecho al debido proceso y al principio contradictorio, en el sentido de que no se puede limitar, de manera arbitraria, el acceso del imputado o la víctima al material probatorio que existe en su contra, así como, a cuestionarla, formulando los argumentos que estime necesarios para la defensa de sus intereses. En concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo:

“53. Al respecto, esta Corte se remite a lo ya expuesto en los párrafos precedentes y únicamente agrega que, aunque reconoce la existencia de la facultad e incluso la obligación del Estado de garantizar en la mayor medida posible el éxito de las investigaciones y la imposición de sanciones a quienes resulten culpables, el poder estatal no es ilimitado. Es preciso que el Estado actúe “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”. 54. Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso

¹⁸ Sobre los alcances del derecho de defensa en la Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, resulta imprescindible la lectura de Lobet Rodríguez, J. (2018). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales. San José. Editorial Jurídica Continental. Pp. 353-493.

*del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba. 55. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención. 56. En el presente caso, la Corte observa que, de conformidad con la ley, los recaudos sumariales, mientras duraba el sumario, eran siempre secretos para el investigado no privado de su libertad. En otras palabras, el derecho a la defensa del investigado siempre estaba supeditado, siendo irrelevante para la ley —y por mandato de ésta, para el juez— las características del caso particular. 57. Por lo anterior, el Tribunal concluye que el Estado violó el artículo 8.2.c de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Barreto Leiva. Del mismo modo, al haberse producido esta violación como consecuencia de la aplicación de los entonces vigentes artículos 60 de la Constitución y 73 del CEC, el Estado también incumplió el artículo 2 de la Convención”.*¹⁹

Por su parte, en los casos Radilla Pacheco vs. México y Castillo González y otros vs Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó claro que, como parte del principio de contradicción, resulta indispensable el acceso de la víctima, bajo las condiciones que determine la ley, al expediente jurisdiccional, cuando se constituye en parte coadyuvante o querellante, en aras de asegurar su plena intervención en el proceso.²⁰

Finalmente, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en el proceso ante el fuero militar de Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, así como, las afectaciones durante su detención. En ese caso se discutió la violación de los siguientes derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber, el artículo 1° (obligación de respetar los derechos), artículo 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), artículo 20 (derecho a la nacionalidad), artículo 25 (protección judicial), artículo 29 (normas de interpretación), artículo 5° (derecho a la integridad personal), artículo 7° (derecho a la libertad

¹⁹ Sobre el tema, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Luca, sentencia del 27 de febrero de 2001, expresó: “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”.

Un criterio distinto, sin embargo, se sostuvo en el caso Ferratelli y Santangelo, sentencia del 7 de agosto de 1996, en la cual, aunque dos menores asesinaron a un policía, se descartó la violación del principio de contradicción, aunque los condenados no pudieron interrogar al coacusado que los acusó, porque el Tribunal pudo disponer de otros testimonios y cotejarlos con otras evidencias. En el mismo sentido, es preciso mencionar el caso Artrter, sentencia de 28 de agosto de 1992, en la cual la víctima fue condenada por usura, pero se estimó que no se vulneraba el principio de contradicción, aunque el acusado no pudo interrogar a la otra parte, porque existieron otras pruebas para la condena, además que se tuvo por demostrado que fue el propio comportamiento del imputado el que impidió la celebración de varios careos ordenados por el Tribunal, los cuales no pudieron celebrarse por ausencia de aquél. Véase, al respecto, De Urbano Castillo, E., El principio de contradicción en el proceso penal, pág. 1712.

²⁰ Ibañez Rivas, J. (2014). Artículo 8. Garantías Judiciales. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario, Steiner C., y otro. Editores Konrad Adenauer Stiftung, P. 237.

personal), artículo 8° (garantías judiciales) y el artículo 9° (principio de legalidad y de retroactividad), así como, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales. De este modo, los hechos del presente caso se enmarcan en el conflicto armado entre las fuerzas armadas y grupos armados. El 14 y 15 de octubre de 1993, fueron detenidos Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, Lautaro Enrique Mellado Saavedra, María Concepción Pincheira Sáez y Alejandro Luis Astorga Valdez, todos de nacionalidad chilena. Se les inició un proceso en la jurisdicción penal militar, bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria. Durante la etapa de investigación, no contaron con defensa legal. El proceso fue llevado frente a jueces "sin rostro" quienes los sentenciaron. Se interpusieron recursos de *hábeas corpus*, los cuales fueron rechazados.

Entre otras cosas, la Comisión alegó que el proceso fue llevado a cabo en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria contra los señores Castillo Petruzzi, Mellado Saavedra, Astorga Valdez y Pincheira Sáez, el Estado violó los siguientes derechos y garantías del debido proceso legal contemplados en la Convención Americana: a ser oído por un tribunal independiente e imparcial (artículo 8.1); a la presunción de inocencia (artículo 8.2) con relación a la defensa (artículos 8.2.c y d), a interrogar a los testigos presentes en el tribunal (artículo 8.2.f), y a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h); y a un proceso público (artículo 8.5). En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en el sub lite. "Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada".²¹

Por otro lado, en cuanto al derecho de elegir abogado, se tuvo por demostrado que las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la Dincote,

²¹ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 141.

cuando se les nombró un defensor de oficio. También se acreditó que cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada. La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d de la Convención. Sin embargo, en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que hay violación del artículo 8.2.d de la Convención.²² Además, se consideró que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, por lo tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el Estado violó el artículo 8.2.f de la Convención.²³ También se estimó vulnerado el derecho de los imputados de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior, y el principio de publicidad, con los siguientes argumentos: “La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención”.

5. CONCLUSIONES

Una vez comentada, de manera sucinta, la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Sala Constitucional de Costa Rica, sobre los alcances del principio de contradicción, así como los conexos de oralidad, intermediación y publicidad, se pueden formar las siguientes conclusiones:

1. La necesidad de someter al proceso cualquier elemento de prueba que sea propuesto por las partes, de tal modo que puedan contradecir, rebatir y propiciar los argumentos que estimen necesarios y pertinentes a la defensa de sus derechos y pretensiones. Un material probatorio que no se somete a las exigencias del juicio oral y contradictorio no debería, en principio, salvo algunas excepciones muy calificadas, tener algún valor.

²² Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 148.

²³ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 155.

2. Es claro que el principio de contradictorio se encuentra, asimismo, estrechamente ligado con el derecho de defensa y al debido proceso. Dicho principio, no solo forma parte de las exigencias del proceso penal, sino que, en razón de su contenido y alcance constitucional, es posible su observancia y aplicación en otras materias, como la contenciosa administrativa, disciplinaria, laboral, por mencionar algunas.

3. Dicho principio, en el marco del modelo penal acusatorio, forma parte de una justicia penal garantista, que se traduce en una serie de exigencias constitucionales y convencionales a favor del imputado, así como la respectiva ponderación de derechos en relación con la víctima y las garantías penales. Editorial Jurídica Continental. San José.



CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL
COMO MANIFESTACIONES DEL DERECHO
AL DEBIDO PROCESO

Autora: Norma Bautista Castillo

Revisión y actualización: Claudio A. Medrano



LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL COMO MANIFESTACIONES DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Autora: Norma Bautista Castillo

Revisión y actualización: Claudio A. Medrano

1. LOS PRINCIPIOS, EL SISTEMA DE FUENTES Y EL PROCESO PENAL

La disciplina del proceso penal tiene que ver directamente con la reglamentación de las relaciones entre poderes atribuidos a los órganos judiciales y la salvaguarda de los derechos individuales y, por tanto, los principios inspiradores de un determinado sistema procesal penal están en íntima conexión con el tipo de ordenamiento político de cada país. Esto resulta también de la circunstancia de que los mismos están normalmente incluidos en las cartas constitucionales de los estados, así como desde el punto de vista doctrinal, compatible, que otorga al proceso penal la consideración de derecho constitucional aplicado. Las constituciones son en este sentido un orden marco; un orden marco, al tiempo que un orden fundamental. Así lo explica Robert Alexy (2007), cuando en ellas se deciden cuestiones fundamentales para la comunidad (Pp. 516-529) y, así puede comprenderse en el caso concreto del ordenamiento jurídico dominicano, con la simple lectura del artículo 6 de la Carta Sustantiva.

La opción por una forma de Estado social y democrático de derecho que han hecho las constituciones contemporáneas incluyendo a la dominicana de 2010, reformada en el año 2015, reclama de esta forma de existencia política, la

garantía efectiva de la supremacía constitucional, de la separación de funciones en el ejercicio del poder y de la dignidad y derechos de la persona humana. Ya desde la revolución inglesa, el *rule of law* involucraba respecto de la relación entre los jueces y el ejercicio del poder, la triple garantía del proceso legal, la universalidad de la justicia y la sujeción de los actos del poder a la decisión de los jueces.¹ Los poderes conferidos al juez y, a veces al Ministerio Público en el campo penal, para la reconstrucción de un hecho punible, en realidad dependen ciertamente del carácter que se le quiera dar a las relaciones entre el individuo y la autoridad. Las reglas procesales, al determinar en última instancia las modalidades del conocimiento de los hechos en sede procesal, establecen contextualmente el ámbito de su ejercicio y determinan las conductas de los órganos judiciales.²

Giulio Ubertis (2017) nos permite alcanzar la idea más extendida del papel de los jueces en la limitación del poder. Utilizando una fórmula de origen kantiano en sus "Elementos de epistemología del proceso judicial", este autor italiano sostiene que, si la filosofía puede definirse como la ciencia de los límites de la razón humana, el derecho procesal (civil, administrativo o penal) puede concebirse como la ciencia de los límites del poder en la administración de justicia.³ Así es internamente si nos centramos en los límites del poder de los tribunales de donde derivan los principios vinculados a la iniciativa en la instauración del proceso; en la formulación y promoción de la acción, en la formulación y sostenimiento de la imputación penal y la recolección e introducción de la prueba en el proceso.

Luigi Ferrajoli (2004), sin dejar de lado aquel enfoque interno, enfoca al derecho y al proceso penal y a sus principios rectores como técnicas de limitación del poder en la tradición liberal-democrática; como instrumentos o condiciones de democracia, pero, solo en la medida en que sirven para minimizar la violencia punitiva del Estado y, constituyan, por tanto, antes que un conjunto de preceptos destinados a los ciudadanos y de limitaciones impuestas a su libertad, un conjunto de preceptos destinados a los poderes públicos y de limitaciones impuestas a su potestad punitiva.⁴ En otras palabras, el derecho y el proceso deben verse como un conjunto de garantías destinadas a asegurar los derechos fundamentales del ciudadano frente al arbitrio y al abuso de la fuerza por parte del Estado; solo así será instrumento de la democracia en su dimensión sustancial que encuentra expresión

¹ Valadés, D. (2004). Problemas constitucionales del Estado de derecho. (Segunda edición). Buenos Aires: Editorial Astrea. p. 21.

² Ubertis, G. (2017). Elementos de epistemología del proceso judicial. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta. p. 35.

³ *Ibidem*.

⁴ Ferrajoli, L. (2004). Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal. (Primera edición). Buenos Aires: Ediciones del Instituto, INECIP. p. 29.

en la tutela de los derechos fundamentales, no de la democracia mayoritaria de los procesos electorales.⁵

La exigencia constitucional de tutelar la dignidad, la libertad personal, la igualdad y el imperio de la ley, tenidas por el Constituyente como valores supremos y como principios fundamentales desde el preámbulo al contenido de los artículos 5, 6, 7, 8, 38 y 68, confieren al proceso penal que deriva del modelo político y constitucional, un carácter acusatorio que le distancia del modelo inquisitivo, como paradigma superado en los ordenamientos actuales.

Los dominicanos contamos con una Constitución normativa; una Constitución abierta (Lucas Verdú, Díaz Revorio, Peter Häberle) que no se agota en las páginas del documento formal que la contiene y que recepciona todo el derecho internacional de los derechos humanos aplicable entre los países del sistema interamericano. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. En fin, todos los instrumentos de esta naturaleza reconocidos por los poderes públicos de la nación y, como dice la Convención Americana de Derechos Humanos y resulta del contenido de los artículos 6, 7, 8, 26, 38, 68 y 74 y su numeral 3 de la Constitución, nos vinculan todos aquellos derechos y garantías inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y los contenidos en cualesquiera otros actos internacionales de la misma naturaleza, como precisa el artículo 29 de la Convención americana.

El proceso penal dominicano es uno de naturaleza acusatoria de tipo adversativo, menos marcado por esta naturaleza adversarial que el norteamericano y, puede decirse que en la genealogía de los códigos procesales penales del espacio regional de Latinoamérica, comparte con la generalidad de ellos, su origen en el Código Procesal Penal

⁵ *Ibidem*.

modelo para Iberoamérica, con algunos matices particulares. Las normas y principios procesales han logrado gran acercamiento al derecho comparado a partir del diseño del Código Procesal Penal modelo para Iberoamericana y, en el sistema internacional, han sido desarrollados e impulsados por los principales instrumentos de derecho internacional que consagran los principales principios rectores del proceso, internalizados y asumidos de diversas maneras por los estados.

Eso nos ha permitido seguir con verdadero interés la práctica y la jurisprudencia comparada de los países de la región. Un abogado dominicano espera la última versión de la colección de Javier Llovet en Costa Rica, de José Fernando Botero Bernal, en Colombia y la doctrina de Julio Maier, Cafferata Nores o de Alberto Binder, en Argentina. Con el mismo interés de sus colegas en sus propios países, coleccionamos todos los códigos anotados de la región, porque en fin de cuentas, partimos de los mismos principios y normas. Nada que decir del diálogo intercultural e interjurisprudencial en materia constitucional. Es aún más abundante y entusiasta por la apertura del derecho constitucional, así, han marcado el paso en América Latina tres órganos jurisdiccionales; la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional peruano y, desde luego, la Sala Constitucional de Costa Rica.

El carácter normativo de la Constitución dominicana se consolida con la creación del TC. Teniendo al Tribunal Constitucional como órgano de cierre de los conflictos constitucionales, se sobredimensiona la tutela de los derechos fundamentales y la supremacía formal y material del derecho de la Constitución. Resulta indudable que, con la atribución del valor de precedente vinculante a sus decisiones, y la elevación al rango constitucional de los principios y normas del debido proceso y de la tutela judicial efectiva desarrollados en el Código Procesal Penal, se ha conformado un sistema integral de protección de la Constitución, tenida no solo como norma suprema por el Constituyente sino como fundamento del orden jurídico del Estado.

Ya la gloriosa revolución inglesa, al final de la primera mitad del siglo XVIII, al traspasar la soberanía del poder de manos del monarca al parlamento, siguió entendiendo como lo hizo la Corona, que la norma era el instrumento para el ejercicio legítimo del poder. El presupuesto básico del *rule of law*, involucraba la triple garantía del proceso legal; la universalidad de la justicia y la sujeción de los actos del poder a la

decisión de los jueces.⁶ Para Zippelius (1985), citado por Valadés (2004), el Estado de derecho se rige por dos principios básicos: el principio de proporcionalidad que exige una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales y el principio de prohibición del exceso; postula que no se afecten los intereses de nadie en una medida superior a la necesaria.⁷

La cuestión que plantea el tema propuesto: Proceso Penal y Constitución, juega un papel de gran importancia en un encuentro de justicia constitucional, porque en ningún escenario como en el proceso penal se pone de manifiesto con mayor intensidad eso que el maestro Pisa Escalante enseñó a llamar en Costa Rica como el derecho de la Constitución. Después de las reformas procesales operadas en el espacio regional de América Latina a partir del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, la relación del proceso penal con la Constitución se ha hecho inescindible. Aparte de que los bienes jurídicos que tutela el derecho penal material son por lo general bienes fundamentales amparados por la Constitución.

Así, los conceptos claves del proceso penal; tutela judicial efectiva y debido proceso, han encontrado anclaje en las nuevas constituciones, en donde se expresan como parte esencial de la forma de Estado social y democrática de derecho que en ellas se proclama y en las que sus propuestos se hallan enunciados, a menudo, con apariencia de exhaustividad. En el sistema interamericano, la concepción monista del derecho, que es predominante, amplía el catálogo de derechos y garantías que contienen, adicionando al derecho interno el amplio repertorio que resulta de los instrumentos internacionales que nuestros estados han ratificado. En este escenario, las normas son derrotables, prima el principio o norma más favorable al hombre y a su libertad. Como expresa Robert Alexy, la ciencia del derecho, tal como se cultiva en la actualidad es, ante todo, una disciplina práctica porque la cuestión central es: ¿Qué es lo debido en los casos reales o imaginarios?⁸ Así, en el sistema jurídico dominicano, en los posibles conflictos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, triunfa la norma más favorable al titular del derecho.⁹

Antes del proceso de internalización de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional procesal, si aceptamos llamarlo así, fue el gran ausente

⁶ *Ibidem*.

⁷ Véase a Valadés (2004), pp. 22 y 23. Ver también: Zippelius, Reinhold (1985). México: UNAM. p. 314.

⁸ Alexy, R. (2014). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Bernal Pulido. (Segunda edición). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 16.

⁹ Compárese con la Constitución de la República Dominicana del 2015. Art. 74.4: 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

en los textos constitucionales. Como lo ilustra el caso dominicano, en ninguna de las numerosas reformas constitucionales que antecedieron a la Constitución de 2010, se contemplaban con tanto nivel de detalle principios y garantías destinadas al proceso penal, al menos con la manifiesta y clara intención con que ahora se les ha incluido. Salvo algunos escasos e inconexos principios, como las garantías de inviolabilidad de la vida, del domicilio y de la correspondencia, la garantía de la libertad individual y el principio de legalidad que hoy contiene el apartado 15 del artículo 40, al expresar que a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe (Arts. 16, 19 y 27 CD de 1844, 6 CD de 1963 y 8 CD. 1966). Sin embargo, el artículo 64 de la Constitución de 1963 (8.2, letra j de la Constitución de 1966) ya prescribía que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído ni sin observancia de los procedimientos previstos por la ley, para asegurar una justicia imparcial, la igualdad de las partes y el ejercicio del derecho de defensa. También consagraba la publicidad de los juicios y prohibía el doble enjuiciamiento (Art. 65). Este fue un punto de partida para el reconocimiento y exigibilidad de la garantía jurisdiccional del debido proceso de ley. Así lo reconoció en su momento la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana.

El establecimiento de las reformas procesales penales con su carga de principios y reglas de carácter democrático no ha sido pacífico en ninguna parte. Al menos en todas partes se ha generado lo que Binder ha denominado la guerra de prácticas y una larga y persistente resistencia de los sectores menos liberales, influenciados por las posturas populistas de algunos sectores de opinión.

La buena noticia es que lejos de retroceder y dar la victoria a los esfuerzos de contrarreforma, estas constantes penales hoy se han incorporado al texto de la Constitución, expandiendo su marco de garantías y, como diría Ferrajoli, así se sustraen como los derechos que tutelan a los caprichos temporales del poder político. Hoy constituyen un núcleo duro e inderogable, principios penales y procesales penales presentes en todos los ordenamientos nacionales de las democracias contemporáneas. En muchos otros países, solo se hallaban en los códigos; no tenían rango constitucional. Así ocurría en los primeros códigos penales franceses de finales del siglo XVIII e inicios del XIX; los de 1791 y 1810. Las garantías que integran el debido proceso y crean la posibilidad de asegurar la tutela judicial efectiva, permiten identificar desde una concepción multidimensional de los derechos, su dimensión procesal. Así, podemos decir con Herber Hart, que los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías. Superados hoy los totalitarismos reinantes durante gran parte del siglo

pasado en la región, las constituciones que no pasaban de ser meros instrumentos de gobierno; documentos descriptivos con una eficacia reducida a la parte orgánica, hoy se han convertido en constituciones normativas. A la dimensión de los derechos y de sus garantías que, de ordinario, no se les reconocía fuerza jurídica vinculante, se les asegura el carácter de verdaderas normas de naturaleza suprema y de aplicación directa e inmediata, a las que se hallan sometidos, al menos en su configuración formal, todos los poderes públicos, con la suerte de tener los mecanismos normativos y estructurales para garantizar jurisdiccionalmente su eficacia.¹⁰

Pero, la existencia de aquellos mecanismos a menudo tan solo sirve como elemento de contraste para percibir la ilegalidad del poder denunciada por Ferrajoli (2001), manifiesta en forma de crisis constitucional, por la progresiva degradación de las reglas de juego institucional y la burla del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen a los poderes públicos. Vivimos en unos países en los que se viola impunemente la legalidad del poder.¹¹ En la República Dominicana, cuya Constitución garantiza la independencia administrativa, funcional y presupuestaria del Poder Judicial, el Ejecutivo decide con el aval del Congreso, cada año, cuál es el presupuesto que se entrega a este otro Poder y, muy a pesar de que la ley le acuerda un 2.66% del Presupuesto General del Estado, las partidas asignadas nunca han alcanzado más del 1.69%.

En muchos de nuestros países los presidentes están siendo perseguidos judicialmente por delitos contra la Constitución y esta judicialización de la política explica la creciente resistencia del poder político a tener un árbitro independiente. Ya la primera Constitución dominicana de 1844, siguiendo a la Constitución de EE.UU, establecía en su artículo 35: "No podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución. En caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer. Desde 1908, el Constituyente dominicano ha considerado nula toda ley, decreto, resolución o acto contrario a la Constitución, lo que junto al diseño de la justicia constitucional que involucra a un órgano especializado y la justicia ordinaria, afirma su carácter normativo y su naturaleza de norma suprema, como afirma De Otto.¹²

¹⁰ Compárese con la Constitución de la República Dominicana del 2015; arts. 6, 184 y 188, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.

¹¹ Véase a Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 15 y ss.

¹² De Otto, I. (1999). *Derecho Constitucional*. (Segunda edición), séptima reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. pp. 14 y ss.

El nexo entre el proceso penal y Constitución está muy vinculado a la parte dogmática; a su catálogo de derechos y al sistema de garantías que ha instituido el Constituyente para asegurar su vigencia y eficacia. El Constituyente dominicano del año 2010 no quiso dejar dudas hoy sobre la naturaleza vinculante de los derechos fundamentales que la Constitución protege ni sobre la obligación de los poderes públicos de asegurar su eficacia a través de los mecanismos instituidos por la ley.¹³ Aquellos mecanismos de tutela, derechos concretos de que habla el Constituyente dominicano desde 2010, no son solo los procedimientos constitucionales, sino el marco de principios que diversos autores latinoamericanos han denominado principios y reglas de derecho constitucional procesal. Son principios destinados a imperar sobre todo procedimiento no solo judicial, sino, incluso administrativo (Const. Dom. Art. 69-10).

Todo el Capítulo II del Título II de la Constitución está dedicado a las garantías de los derechos fundamentales. Según la parte primera del artículo 68:

“La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley”.

La Ley Orgánica del tribunal constitucional y de los procedimientos constitucionales desarrolla este precepto relativo a la vinculatoriedad de los derechos fundamentales, consagrando entre los principios rectores de la justicia constitucional en su artículo 74, un principio de efectividad de los derechos, que prescribe como un deber de “todo juez o tribunal”, el de garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos, respetando las garantías mínimas del debido proceso.

La legislación dominicana exige como una obligación imperativa, la utilización de los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada en relación

¹³ Art. 68 CD de 2010. Artículo 68.- Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.

a los derechos y garantías que la Constitución ampara, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades (Ley núm. 137-2011. Art. 7.4).

Ese poder oficioso no está dado solo para el juez del Tribunal Constitucional ni para este órgano en exclusiva. Lo dice de todo juez o tribunal, porque en la República Dominicana como en Perú, Venezuela,¹⁴ Bolivia y Ecuador, el juez de la justicia ordinaria participa de la administración de justicia constitucional; forma parte de ella.¹⁵ Igual, el Código Procesal Penal también le exige al juez de la justicia ordinaria, garantizar en sus decisiones la supremacía de la Constitución, de los tratados internacionales y de las interpretaciones que de ellos hagan los órganos jurisdiccionales que estos crean.¹⁶ Así lo consagra también el proyecto de Código Penal que cursa en el Congreso de la República.

Como se ve, el sistema de fuentes en el derecho dominicano, por voluntad manifiesta del legislador, envuelve no solo a las normas de origen interno, sino también a las de origen internacional.¹⁷ En efecto, la Suprema Corte de Justicia reconoce la existencia de un bloque de constitucionalidad al que está sometida, en sus palabras, la validez formal y material de toda disposición normativa y secundaria. Según consta en los fundamentos de la citada resolución, ese bloque de constitucionalidad incluye las decisiones de la Corte IDH.

Este bloque de normas del derecho vigente está formado, según la citada resolución, por normas de diferentes fuentes. Encierra: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local, tanto la dictada mediante el control difuso, como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado “el bloque de constitucionalidad”, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria (Declaración de motivos de la Resolución Núm. 1920. Pleno de la Suprema Corte de Justicia. 13 de noviembre de 2003).

¹⁴ República Bolivariana de Venezuela. Constitución de 1999. art. 336.10.

¹⁵ República Dominicana. Art. 5. Según este texto de ley: Artículo 5.-Justicia Constitucional. La justicia constitucional es la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad, eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales.

¹⁶ Compárese la Ley núm. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. G. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2002. Art.-1.

¹⁷ República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Resolución núm. 1920, dada por el Pleno, el 13 de noviembre de 2003.

En correspondencia con la resolución comentada, el numeral 13 del artículo 7 de la Ley 137-2011, le confiere el carácter de precedente vinculante a las decisiones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. La Constitución contiene una regla de recepción general del derecho internacional (Arts. 26 y 74); les confiere rango constitucional y aplicación directa e inmediata a los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos (Art. 74 numerales 1 y 3). También el Código Procesal Penal autoriza a los jueces de apelación para apartarse de los puntos de la decisión que han sido impugnados por vía de este recurso. Les atribuye competencia para revisar, en ocasión de cualquier recurso, las cuestiones de índole constitucional, aun cuando no hayan sido impugnadas por quien presentó el recurso (CPPD. Art. 400 modificado por el artículo 93 de la Ley Núm. 1015, del 6 de febrero de 2015).

Este poder oficioso atribuido a los jueces en el ordenamiento jurídico dominicano está presente en los procedimientos constitucionales que organiza la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, permitiéndoles producir pruebas (Art. 85), celebrar medidas de instrucción, así como para recabar por si mismo los datos, informaciones y documentos que sirvan de prueba a los hechos u omisiones alegados, aunque debe garantizar que las pruebas obtenidas sean comunicadas a los litisconsortes para garantizar el contradictorio y adoptar oficiosamente medidas precautorias para garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales (Art. 86). En suma, el ordenamiento constitucional determina una serie de características peculiares del proceso penal, definiendo su carácter garantista.

2. RASGOS PARTICULARES DEL PROCESO DERIVADOS DE SU CARÁCTER ACUSATORIO

- a) Libertad de acusación reconocida al afectado por el delito, a sus parientes y, en ciertas infracciones, a cualquier persona, sin cuyo ejercicio el juez no puede intervenir.
- b) Exclusión de toda libertad del juez en la recolección de las pruebas, sujetas a aportación de parte; por la parte acusadora -pública o privada- y por el imputado.
- c) Las pruebas solo pueden ser valoradas por el juez si han sido recolectadas, conservadas e incorporadas conforme a las reglas procesales pertinentes.

d) La publicidad de todo el proceso, cuyos actos para ser adecuadamente seguidos por los espectadores, están sujetos a ciertas reglas técnicas procesales de oralidad, contradicción y publicidad.

e) Los actos del proceso se rigen por otros principios o reglas técnicas procesales de inmediación; delante del juez y de las partes en forma simultánea y se suceden según el principio de concentración, en un tiempo breve en el desarrollo del juicio y, de manera continua y en principio, sin interrupción.

f) Igualdad de armas entre las partes. Intervienen en condiciones de igualdad, sin que esto implique tratar igual lo desigual ni de manera desigual lo igual.

g) Presunción de inocencia del imputado. Tiene derecho a ser tratado como tal, hasta que una sentencia irrevocable establezca lo contrario. En consecuencia, se privilegia su libertad, solo se le restringe por resolución fundada, si resulta estrictamente necesario para lograr los fines del proceso, como evitar la ocultación o destrucción de pruebas, prevenir su evasión y garantizar su comparecencia a los actos del procedimiento.

Respecto del principio de oralidad, el Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0046/17. Fj., ha dejado establecido que: A su vez, el principio de oralidad se encuentra estrechamente ligado a los principios de inmediación, concentración y publicidad, pues su finalidad -conforme a los artículos 69.4 de la Constitución y 311 del Código Procesal Penal- es que todo el proceso sea desarrollado en un contexto donde sean creadas las condiciones suficientes para que las decisiones judiciales intervengan no solo con mayor celeridad, sino salvaguardando el derecho de defensa y a un debido proceso que merece todo justiciable.

3. LOS PODERES Y LIMITACIONES DEL JUEZ EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN RELACIÓN A LAS PRUEBAS

A diferencia de lo que ocurre con el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica y de otros códigos procesales penales de la región, al juez dominicano no le está permitido en los procesos ordinarios, ante todo en materia penal, ordenar oficiosamente la producción de pruebas para mejor proveer. Solo puede admitir excepcionalmente

pruebas nuevas a petición de las partes, con el deber para éstas de sentar previamente las bases, acreditando la existencia de circunstancias sobrevenidas que requieran esclarecimiento (CPP. Art. 330).

Bajo la Constitución dominicana de 2010, es nula toda prueba obtenida en violación a la ley. Así lo consagra el Constituyente en el artículo 69.9 de la Carta Sustantiva, como una de las garantías de tutela judicial efectiva y debido proceso. Ya esta garantía había sido asegurada por el legislador ordinario, unos ocho años antes, al configurar el régimen de las pruebas en el Código Procesal Penal. En el proceso penal que instituye la Ley núm. 76-02, fuente de creación del Código Procesal Penal, los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a sus principios y normas. Bajo sus disposiciones: El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.

La fórmula anterior contenida en el Artículo 26 del referido Código Procesal, se repite en el artículo 166 del mismo instrumento y constituye una fuente de exclusión y de prohibición de valoración de las pruebas espurias en el Artículo 167 de aquel, con excepción de la prueba independiente. La República Dominicana parece responder, en sentido general en su legislación interna al marco de derechos, libertades y garantías que exigen los instrumentos internacionales en relación al diseño del proceso penal. Sobre todo, cuando se parte de la reforma constitucional de 2010.

Por estar conectada al marco de garantías que derivan de los convenios internacionales y siguiendo la línea de principios del Código Procesal Penal modelo, la norma procesal dominicana consagra principios de índole constitucional, que prohíben invocar en perjuicio de la persona imputada la inobservancia de una norma de garantía judicial establecida en su favor (art.1); que impiden que se la utilice en su contra, la propia declaración obtenida sin observancia de las garantías establecidas, aun cuando se haya infringido alguna regla con su consentimiento (art. 110).

Como se ha visto, al proceso penal dominicano también le rigen normas que prohíben apreciar o valorar para fundar una decisión judicial ni utilizar como presupuesto de ella, una prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación

de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y en el mismo código. Ni siquiera pueden ser apreciadas a los fines indicados, aquellas pruebas que derivan directamente de ellas. No obstante, lo dicho, el código permite valorar una prueba independiente, si permite obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado de la prueba espuria (Art. 167). La Suprema Corte de Justicia dijo en una sentencia del 20 de agosto de 2012, que las pruebas documentales que no hayan sido aportadas en tiempo oportuno; que no hayan sido enviadas dentro de los presupuestos probatorios del auto de apertura a juicio, no pueden ser utilizadas para fundar una condena.¹⁸

Lo anterior permite saber que los principios no solo asumen importancia para garantizar el control de constitucionalidad de las normas abstractas, sino para invalidar actos concretos que vulneran derechos y garantías. Ellos permiten resolver una duda interpretativa, o suplir la ausencia de regla. Lo cual resume una parte importante de su significado en el constitucionalismo de este tiempo. Operan como válvulas de escape del ordenamiento jurídico y entran en acción cuando las reglas, por obscuridad o insuficiencia, resultan incapaces para regular los casos concretos.¹⁹ El Código Procesal Penal prohíbe valorar los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del Ministerio Público, salvo que el defecto haya sido convalidado.

Finalmente, para Díaz Cantón (1999), la prohibición de valorar la prueba irregular significa sustraer del conocimiento de los jueces, no tanto el objeto de la prueba, lo cual solo sucede en la prohibición de temas de prueba o limitaciones absolutas, sino solamente aquella información referida a él, obtenida mediante la actividad estatal defectuosa o irregular.²⁰ Se puede afirmar, sin embargo, que las pruebas obtenidas, preservadas e incorporadas en violación a los estándares del debido proceso y a los derechos del imputado, no pueden fundar válidamente una condena porque los derechos y sus garantías representan un límite del que el Estado no puede disponer.

¹⁸ República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Sentencia núm. 26 del 20 de agosto de 2012. B. J. núm. 1221. p. 955.

¹⁹ Marinoni, L. (2016). *Teoría General del Proceso. Una aplicación neo constitucional*. (Primera Edición). San Salvador: Editorial Cuscatleca. p. 46.

²⁰ Díaz Cantón, F. (1999). Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. Buenos Aires: Del Puerto. p. 333.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍMITE INFRANQUEABLE DEL PODER PENAL

Los derechos fundamentales limitan materialmente y condicionan la validez de todo lo que puede ser ordenado por el legislador, lo que no debe dejar de ordenar y lo que no puede ser ordenado (Ferrajoli). El Constituyente limita el poder del Estado para limitar derechos.²¹ Para Muñoz Conde, la legitimidad del derecho penal, del *ius puniendi* estatal, proviene del modelo fijado en la Constitución y de los pactos y tratados internacionales reconocidos por la Constitución o conforme a ella.²² Para este autor, la legitimación del derecho penal presenta un doble aspecto; el de la legitimación extrínseca proveniente del marco o del modelo establecido por el Constituyente y por los tratados internacionales de derechos humanos.

El otro aspecto identificado por Muñoz Conde (2002) es el de la legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo, que estaría representado por los principios concretos que limitan la actuación del poder penal estatal. Pero estos principios dan valor jurídico a los hechos e indican cómo la ley debe ser dirigida para no agredirlos (Marinoni. p.46), representan razones para juicios concretos de deber ser, según Alexy (2007). Su fuente suele estar en la Constitución y, como bien expresa este último autor, en la teoría de los principios, una buena Constitución combina necesariamente estos dos aspectos: debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco (Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales. p.520).

En plena correspondencia con la idea de orden marco y de orden fundamental desarrollada por Alexy, la Constitución dominicana consagra en su artículo 6 su supremacía normativa, al tiempo que se proclama como el fundamento del orden jurídico del Estado y castiga su inobservancia con la nulidad de los actos que le sean contrarios. En este marco, no se puede abordar el tratamiento especial de los principios sin reparar en la noción de infracciones constitucionales que desarrolla la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, entendible con la ley de la constitucional a partir del sentido literal de su artículo 3.

Según la referida Ley Orgánica: "Se tendrá por infringida la Constitución cuando haya contradicción del texto de la norma, acto u omisión

²¹ República Dominicana. Constitución de 2015. Art. 74.2.- 2: "Solo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad".

²² Muñoz Conde et al. (2002). Derecho Penal. Parte General. (Quinta edición revisada). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche.

cuestionado, de sus efectos o de su interpretación o aplicación con los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República Dominicana o cuando los mismos tengan como consecuencia restar efectividad a los principios y mandatos contenidos en los mismos". Con razón expresa Marinoni (2016), que los principios recortan ciertas partes de la realidad y los colocan bajo su ámbito de protección. Consecuentemente, a partir del momento en que se proyectan sobre la realidad, ellos sirven de fundamento para normas específicas que orientan concretamente la acción, en sentido positivo, como prestación fáctica o jurídica, o en sentido negativo, como omisión (Teoría General del Proceso. Una aplicación neoconstitucional.(p. 46).

5. LOS PRINCIPIOS EN EL PROCESO PENAL

La vinculación del derecho penal material con la Constitución, ya podemos ver, por lo que hemos desarrollado antes, que se manifiesta de igual manera en el ámbito del derecho procesal penal. Este derecho que determina la forma y los causes para actuar el derecho penal, se desenvuelve en un escenario de continua tensión entre la búsqueda de realización del poder punitivo estatal y la efectividad de los derechos fundamentales y de sus garantías. Por eso el proceso penal se configura como una medida extrema de política criminal en el Código Procesal.(Art. 2).

El Constituyente dominicano de 2010 incluyó, entre las garantías del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, una exigencia expresa de observancia de las garantías clásicas del derecho penal. Incorpora la garantía procesal o jurisdiccional, teniendo, como parte de su contenido esencial, el principio de legalidad, que se configura, como reseña Faustino Córdón Moreno (1999), en otras tres garantías específicas: la garantía criminal, la garantía penal y la garantía de ejecución.²³ Mientras prohíbe en su artículo 40.13 las penas o sanciones arbitrarias no previstas en una ley previa, el Constituyente establece la garantía de que ninguna persona pueda ser tampoco juzgada, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio, en el numeral 7 del artículo 69 de la referida Constitución de 2010.

²³Córdón Moreno, F. (1999). Las garantías constitucionales del proceso penal. (Primera Edición). Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 17 y siguientes.

De este modo, todo el proceso está mediado por principios. Unos derivan directamente de la Constitución y otros están destacados en los primeros 28 artículos del Código Procesal Penal. Aunque el Código Procesal Penal antecedió a la constitución de 2010, sus presupuestos esenciales han sido incorporados al texto Constitucional, a modo de internalización de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en esta materia. No caben dudas de que hoy en la República Dominicana, los presupuestos básicos de la tutela judicial efectiva; del debido proceso legal y del juicio justo, hallan su fundamento en la misma Constitución. Son parte de los mecanismos que consagra el Constituyente en el artículo 68 de la Constitución para la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Del contenido de los artículos 5, 6, 7, 8, 38 y 68 de la Constitución, proviene esencialmente el carácter garantista del sistema de justicia y del proceso penal en particular. Al proclamar la sujeción de todos a la Constitución, entendida como norma suprema y fundamento del orden jurídico del Estado; de un Estado social, intervencionista, que tiene como misión esencial garantizar la protección efectiva de los derechos y la dignidad innata del ser humano, el Constituyente ha definido el rol de los jueces como garantes de estos propósitos fundamentales. Los propósitos con los que el juez se compromete no son meras directrices políticas, son exigencias normativas que marcan un deber ser, pero que también comportan obligaciones positivas de actuación a favor de la realización de aquellos derechos, libertades, garantías y fines, y exigencias negativas de no lesión, que les impiden lesionarlos y les reclaman sanción frente a los terceros que puedan afectarlos o amenazarlos.

Por su naturaleza y por voluntad expresa del Constituyente, los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Los jueces y tribunales forman parte de estos poderes vinculados por los derechos y sus garantías. A ellos, como al legislador, ante todo, destina el Constituyente el mandato final del artículo 68, cuando proclama en forma tuitiva que: deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.

Aun aguijoneado por los efectos del populismo penal, el proceso penal, lejos de retroceder en su perfil garantista, se ha redimensionado en la República Dominicana, como se ha dicho antes, a partir de la importante reforma de la Constitución, sobrevenida en el año 2010. En el artículo 69, el Constituyente incluye las reglas mínimas que informan las garantías de la tutela judicial efectiva y del debido

proceso. En correspondencia con las normas supremas consagradas en el artículo 68, este texto constitucional prescribe que: "toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que allí se establecen y que hemos analizado".

Antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, la Suprema Corte de Justicia sentó las bases para el ejercicio anticipado de sus principios rectores, mediante la adopción de una resolución que incluye todos los principios que, heredados del sistema regional y universal de protección internacional de los derechos humanos, son normas mínimas del artículo del debido proceso y de la tutela judicial efectiva como los que consagra el artículo 68 de la Constitución.

6. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DEBIDO PROCESO Y DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA CONTENIDOS EN LOS INSTRUMENTOS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, ANTICIPADOS EN LA RESOLUCIÓN NÚM. 1920-03 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

La resolución núm. 1920, adoptada por la Suprema Corte de Justicia, el 13 de noviembre de 2003, pone de manifiesto un estudio de los límites y de los alcances de los principios básicos o fundamentales contenidos en la Constitución y la normativa supranacional vigente. En esta resolución del más alto tribunal de justicia, se evidencia que el debido proceso de ley en nuestro país está conformado, entre otros, por los siguientes principios fundamentales: 1. El principio del juicio previo; 2. El principio del juez natural o regular; 3. La imparcialidad y la independencia; 4. La legalidad de la sanción, condena y del proceso; 5. El plazo razonable; 6. El principio de única persecución o "*non bis in idem*"; 7. Garantía de respeto a la dignidad de la persona; 8. Igualdad ante la ley; 9. Igualdad entre las partes en el proceso; 10. Derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no autoincriminación; 11. La presunción de inocencia; 12. Estatuto de libertad; 13. Personalidad de la persecución; 14. El derecho a la defensa; 15. Formulación precisa de cargos; 16. El derecho al recurso efectivo; 17. La separación de funciones; 18. La obligación de decidir; 19. Motivación de decisiones; 20. Legalidad de la prueba; y, 21. Derecho a la defensa o asistencia técnica.

Su base normativa se ha desactualizado porque se orienta por la Constitución del año 1994, también reformada en el año 2002. Su inspiración en los convenios internacionales que el Estado ha adoptado les mantiene su valor normativo y el orden lógico en función de la estructura del Código Procesal Penal. El sistema de fuentes que en ella se identifica como bloque de constitucionalidad, siguiendo la feliz expresión de Maurice Horeux, a principios del siglo XX y perfeccionada por Luis Favoreux, ha sido recogido por el legislador en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, en su artículo 3, redimensionando su valor normativo.

7. DESARROLLO NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO Y DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DESDE LA RESOLUCIÓN 1920-03

El Tribunal Constitucional dominicano se ha referido en diversas decisiones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Así, en su sentencia TC -0418-18. fj. 11, letra n. respecto del primero de estos conceptos dijo:

Este tribunal mediante la Sentencia TC/0331/14, del veintidós (22) diciembre de dos mil catorce (2014), ha definido el debido proceso de la forma siguiente: El debido proceso es un principio jurídico procesal que reconoce que toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, mediante las cuales se procura asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso que se lleve a cabo en su contra, permitiéndole tener la oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juzgador, es por ello que la Constitución lo consagra como un derecho fundamental (...).

Sin embargo, mucho antes, incluso antes de la reforma de 2010 y de la entrada en vigor del Código Procesal Penal, la Suprema Corte de Justicia, que aún ejercía las funciones hoy atribuidas al Consejo del Poder Judicial, adoptó una resolución para garantizar la vigencia anticipada de los principios del Código Procesal Penal que había sido aprobado mediante la Ley núm. 76-02 convertida en ley por el senado de la República, el 2 de julio de 2002 y, promulgado el día 19 del mismo mes y año, para entrar en vigencia plena veinticuatro meses después de su publicación, según el literal I de su disposición final. Aunque se trata de una resolución con un valor formalmente infraconstitucional e incluso infralegal, hay que convenir en que la resolución 1920 posee, desde un principio, el valor de una norma complementaria de las normas legales y constitucionales, convencionales y legales

que garantizan derechos fundamentales. No fue pensada para instituir garantías nuevas, sino para garantizar las garantías derivadas de la Constitución y de los convenios internacionales relativos a derechos humanos.

La lógica de su valor normativo se comprende hoy bajo la influencia de las normas que en la Constitución y en los convenios internacionales desarrollan el principio *pro homine y pro libertatis*. Su fuerza normativa se enmarca bajo las normas de interpretación que en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29, letra a) de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicables de manera directa e inmediata en el orden interno, por mandato de los artículos 26 y 74.3 de la Constitución y por el mismo compromiso de ratificación de ambos instrumentos internacionales, mandan aplicar de modo preferente las reglas internas más favorables a los derechos de las personas, sin importar su rango.

Este derecho de preferencia por la norma más favorable encuentra abrigo internamente en el artículo 7, numerales 4, 5, 11, 12 y 13 de la Ley 137-2011, que contienen los principios de eficacia, favorabilidad, oficiosidad, supletoriedad y vinculatoriedad de las normas en razón de su origen formal. Así, el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos exige a los estados miembro, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos a que alude el artículo 1. En el marco de esta obligación, está previsto allí, que: si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Tal ha sido la misión de la Resolución 1920-03, en la que se hallan precisados los principios básicos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso derivados de la Constitución y de los referidos instrumentos internacionales, del modo siguiente:

1. El principio del juicio previo

La garantía del juicio previo ha acompañado a los dominicanos durante toda la historia de su existencia política republicana.

Estuvo presente en la primera Constitución del 6 de noviembre de 1844. Allí fue previsto que: Nadie puede ser preso ni sentenciado,

sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que ellas prescriban. La Constitución de 1966 estableció una fórmula que sobrevivió hasta la reforma del año 2010. Establecía en su artículo 8 numeral 2 letra j), que: Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa. Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o a las buenas costumbres.

Con la reforma del año 2010, se expande el catálogo de garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. En general, todas las técnicas de protección de los derechos fundamentales. La exigencia del juicio previo aparece configurada en diversas disposiciones de los artículos 40 y 69 de la Constitución, desde 2010. El Artículo 40 exige previa audiencia para adoptar medidas que coarten la libertad. Prevé en su primer apartado, que: 1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito. Luego, en los numerales 2, 4 y 7 del artículo 69, consagra tres reglas de garantía del juicio previo, precedidas del derecho de acceso a la justicia en su numeral 1. Las cuatro reglas son éstas: a) El derecho de toda persona a ser oída, dentro de un plazo razonable y por un juez natural; b) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable; c) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa y, d) Derecho a ser juzgada conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio.

En igual sentido disponen los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este principio implica no tan sólo que nadie podrá ser condenado sin la previa celebración de un juicio revestido de todas las formalidades y garantías acordadas por la ley, sino que vincula prerrogativas fundamentales como la libertad, la intimidad, las comunicaciones telegráficas y cablegráficas y muchas otras de igual rango y naturaleza que sólo podrán ser limitadas, mediante la debida autorización judicial (Art. 40 CD). Como lo desarrolla la resolución 1920, el principio de juicio previo exige contradicción en la actividad probatoria; que haya claramente oralidad, publicidad, acusación,

defensa, intermediación, verificación y comprobación jurisdiccional de todos los elementos del conflicto. Implica que la sentencia judicial alcanzada en el juicio debido es el único medio para legitimar la intervención del poder punitivo del Estado.

La oralidad, publicidad y contradicción son reglas técnicas procesales inseparables del juicio. La limitación de la oralidad y la publicidad sólo es admitida por el ordenamiento jurídico vigente, en supuestos legales específicos y mediante resolución escrita y fundada. Así lo consagra el Código Procesal Penal en su artículo 3: Nadie puede ser sancionado a una pena o medida de seguridad sin un juicio previo. El juicio se ajusta a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, intermediación, celeridad y concentración. El principio de publicidad se erige como garantía de quien es parte en el proceso, de que el mismo será llevado a cabo de manera transparente. En este sentido, para el Tribunal Constitucional español, este principio estatuido por el art. 120.1 de la Constitución del 78, tiene una doble finalidad: "Por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída 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" (STCE/96/1987, del 10 de junio. Fj- 2).

La contradicción consiste en la posibilidad de que cada una de las partes intervinientes pueda contradecir de modo eficiente y oportuno las pruebas y afirmaciones presentadas en su contra. Finalmente, la intermediación, que comporta la exigencia de que, salvo excepción expresa y válida de las normas vigentes, las pruebas sean recibidas y apreciadas directamente por el juzgador al mismo tiempo y delante de todas las partes o, con éstas debidamente citadas para ello.

8. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL O REGULAR

Ya se ha visto que entre las garantías de tutela judicial efectiva y debido proceso que consagra el artículo 69.2 de la Constitución dominicana, se consagra esta garantía. Expresamente, lo que el texto prescribe, es que reconoce como que toda persona en el ejercicio de sus intereses legítimos posee: 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley.

Luego, el Código Procesal Penal desarrolla este principio de la siguiente manera en su artículo 4: Nadie puede ser juzgado, condenado o

sometido a una medida de seguridad, por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros tribunales que los constituidos conforme a este código con anterioridad a los hechos de la causa. En el marco de este precepto normativo, no puede una persona ser sometida válidamente a juicio ante un órgano instituido ex post facto, después del hecho. El juez natural es el juez preconstituido; ha de tener un carácter previo y permanente; debe preexistir al acto punible, ha de tener un carácter permanente, dependiente del Poder Judicial y, creado mediante ley, con competencia exclusiva, indelegable y universal para juzgar el hecho en cuestión. El derecho a ser juzgado por un juez natural o regular y preconstituido está expresamente consagrado en el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, e internamente, en el Artículo 69.2 de la Constitución y 4 del Código Procesal Penal. Tal garantía implica que el órgano judicial ha de preexistir al acto punible, ha de tener un carácter permanente, dependiente del Poder Judicial, y creado mediante ley, con competencia exclusiva, indelegable y universal para juzgar el hecho en cuestión. Supone también, una implícita prohibición de crear organismos ad-hoc o post-facto; tribunales o comisiones especiales para juzgar los actos punibles, sin atender a la naturaleza del acto ni al tipo de persona que lo cometa. El juez natural ha de tener un carácter previo y permanente. Este principio funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos. Al desarrollar este principio, el Artículo 4 del Código Procesal Penal lo vincula implícitamente con la universalidad de la jurisdicción, la prohibición de los tribunales de excepción ex post facto, el principio de legalidad y la exigencia del juicio previo a la imposición de toda pena, sanción o medida de seguridad resultante de un hecho punible; dispone así, que: Nadie puede ser juzgado, condenado o sometido a una medida de seguridad, por comisiones o tribunales especiales ni sometido a otros tribunales que los constituidos conforme a este código con anterioridad a los hechos de la causa. El juez natural es el juez preconstituido. El Tribunal Constitucional se ha referido reiteradas veces a este concepto. Para el máximo tribunal de justicia constitucional dominicano, la garantía del juez natural se halla vinculada a la exigencia de imparcialidad y a todas las garantías que el sistema debe proveer en el proceso. En su sentencia TC/0446/17, FJ. 10, letra f, ha dicho:

f. Asimismo, encontramos que el principio del juez natural no solo implica una conforme a los artículos 69.2 y 4 del Código Procesal Penal que previo al

conocimiento del caso haya un tribunal o juzgado pre-constituido y habilitado para conocer asuntos propios de la materia objeto de litigio, sino que en este le sean suministradas a las partes la seguridad de un juicio imparcial y todas las garantías inherentes al proceso o procedimiento, pues dicho principio opera como un instrumento necesario para la ecuanimidad de la administración de justicia y como garantía frente a cualquier arbitrariedad en que pueda incurrir el persecutor de la acción en justicia en detrimento del imputado.²⁴

Este principio funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos.

9. LA IMPARCIALIDAD Y LA INDEPENDENCIA

La imparcialidad y la independencia, como garantías del debido proceso, también han estado presente en el texto constitucional en toda la historia. La Constitución de 1966 prohibía en su Artículo 8 numeral 2 letra j, que alguien pudiera ser juzgado sin ser oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial. El Constituyente de 2010 ha sido categórico en el aseguramiento de esta garantía.

El Artículo 151 ha sido reservado para regular la imparcialidad e independencia del poder judicial y de sus jueces. Prescribe que: Las y los jueces integrantes del Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles y están sometidos a la Constitución y a las leyes. No podrán ser removidos, separados, suspendidos, trasladados o jubilados, sino por alguna de las causas establecidas y con las garantías previstas en la ley. Los más importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos también se refieren a esta garantía. Está consagrada en el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el Artículo 14.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Internamente, también se ha ocupado de ella el legislador del Código Procesal Penal.

La independencia y la imparcialidad del juzgador constituyen conceptos íntimamente relacionados entre sí. Por su independencia, el juez sólo se encuentra sometido a la Constitución y a la ley, encierra un aspecto externo y orgánico referido al Poder Judicial frente a

²⁴ República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0446/17, del 24 de agosto de 2017. Fj. 10, letra f. Expediente núm. TC-04-2017-0087, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por Alfredo Dalmau Thomas contra la Sentencia núm. 335, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia el 4 de abril de 2016.

los demás poderes del Estado y frente a los denominados grupos de presión y a los poderes de hecho de carácter público o privado y, un aspecto interno como garantía de los ciudadanos, para tutela, derecho a un juez sobre quien no sea posible la injerencia o influencia de sus pares de igual o superior categoría para adoptar decisiones jurisdiccionales. La imparcialidad le impide al juez hacer actuaciones propias de las partes, como proponer, obtener o aportar pruebas, desacreditar en audiencia a un testigo u otros medios de prueba sometidos por las partes; no puede asumir los roles del fiscal ni de la defensa, y armoniza con las labores de orden y dirección del proceso judicial y no se afecta por el control disciplinario de la conducta del juez, cuando este control es ejercido según las reglas del debido proceso en torno a las faltas cometidas en la función o en ocasión de estas, sin tocar a las cuestiones jurisdiccionales que atienden a los asuntos decididos o por decidir.

La imparcialidad e independencia son reflejadas por los convenios que las prescriben como un derecho subjetivo del ciudadano frente a sus jueces y un deber de los jueces frente a los ciudadanos. Según su presupuesto, los jueces no pueden dejarse influenciar por ningún otro interés que no sean los significados de las normas vigentes y la verdad de las pruebas aportadas y no representa un interés a favor o en contra de las partes. El Tribunal Constitucional español, siguiendo pautas trazadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, distingue dos modos de apreciar la imparcialidad judicial; dos vertientes de ella: una subjetiva referida a la convicción personal de un juez respecto de un caso concreto y de las partes; otra objetiva, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto del objeto del proceso.²⁵

El párrafo 1 del citado Artículo 151 de la Constitución establece recaudos adicionales para garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces y para comprender su naturaleza, como derecho o garantía de los ciudadanos que tienen derecho a una justicia independiente. Además, del legislador el establecimiento del régimen de responsabilidad y rendición de cuentas de jueces y funcionarios del Poder Judicial. Sobre la responsabilidad de los jueces, reparamos en el hecho de que el Artículo 148 de la Constitución contiene una regla general de responsabilidad, atribuye responsabilidad a las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios

²⁵ Reino de España. TCE STC 128/1954, del 5 de mayo. Referencia de Pico I Junoy, J. (2002). Garantías constitucionales del proceso. Barcelona: J. M. Bosch Editor, pp. 133 y 134.

ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica. Sin embargo, el Artículo 151 dispone respecto de los jueces, que: La ley establecerá el régimen de responsabilidad y rendición de cuentas de jueces y funcionarios del Poder Judicial.

En el derecho comparado, el Artículo 296.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España permite la posibilidad de comprender los alcances de esta especificidad del constituyente dominicano. Reconoce que: Los daños y perjuicios causados por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado- Salvo conducta dolosa o culposa del perjudicado (Art. 295 de la misma ley)- y, prohíbe que los perjudicados puedan dirigirse directamente contra aquellos. Pero, a esta disposición normativa contenida en el apartado 1 del citado texto, sigue un segundo apartado en el que el legislador establece:

2. Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

En Colombia esta responsabilidad se rige por la denominada Ley de repetición. El Estado responde, pero repite contra el funcionario. En el marco de las disposiciones del texto constitucional de referencia, el servicio en el Poder Judicial, en tanto función independiente y servidas por funcionarios imparciales, se la presenta como incompatible con cualquier otra función pública o privada, excepto la docente. Sus integrantes no podrán optar por ningún cargo electivo público, ni participar en actividad político partidista.

En España, la citada Ley Orgánica del Poder Judicial,²⁶ prohíbe a los jueces en su artículo 395, pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, y les estará prohibido:

1.º Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicos que no

²⁶ Reino de España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Jefatura del Estado. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985. Referencia: BOE-A-1985-12666.

tengan carácter judicial, excepto aquéllas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial. 2.º Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal. Esto, no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos.

Finalmente, en la República dominicana, La Ley Núm. 327-98, y su reglamento de aplicación (Art. 45), tienen como incompatible con las funciones permanentes y remuneradas de los jueces sujetos a la indicada ley, el hecho de ser parte a la vez, de cualquier órgano o entidad del Gobierno Nacional, y no podrán pertenecer a partidos o asociaciones políticas y tampoco a organizaciones profesionales cuya afiliación no esté limitada exclusivamente a quienes tengan su investidura. Igual, les está prohibido a los jueces, entre otras cuestiones: Toda manifestación de hostilidad al principio o a la forma de gobierno, así como cualquier manifestación pública incompatible con la reserva que le imponen sus funciones (numeral 4).

10. LA LEGALIDAD DE LA SANCIÓN, CONDENA Y DEL PROCESO

El derecho a un proceso legal deriva del principio de legalidad. Ha formado parte siempre de las garantías constitucionales en la República, desde su consagraron en el Artículo 19 de la primera Constitución del 6 de noviembre de 1844. Allí quedó establecido, como parte de las garantías individuales de nuestra forma de estado liberal, que: Art 19.-Nadie puede ser preso ni sentenciado, sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que ellas prescriban. Aunque la Constitución de 1966, sólo contenía como exigencia la de legalidad aquella fórmula genérica, más referenciada a la legalidad de las penas y de los delitos; al derecho penal material que a su dimensión procesal, cuando preveía que: a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirse lo que la ley no prohíbe (Art. 8.5, letra j). La legalidad del proceso, también ha sido siempre norma implícita o expresamente vigente.

El constituyente de 2010 no deja margen de dudas sobre la exigencia del principio de legalidad en el derecho penal sustantivo y procesal. Conserva aquella fórmula abierta en el numeral 15 del Artículo 40, pero, dedica un texto a la legalidad del delito y de la sanción, y otro a la legalidad del proceso. Prevé como límite material al poder punitivo estatal, que:

13) *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa y, prescribe también en el orden procesal, que: Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio.*

Igual, en el espacio regional interamericano, como en la esfera global del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, han sido consagradas estas garantías; en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 9 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado en el seno de la ONU, en su artículo 15. Este principio consiste en el aseguramiento de que nadie será objeto de persecución ni de sanción, ni sujeto de proceso sin la existencia de una ley previa que confiera fundamento legal a la intervención de las autoridades. En el ámbito del derecho penal se traduce en que nadie puede ser procesado ni sancionado sino como consecuencia de una ley existente previamente al hecho imputado (*nullum delicto sine lege previa*). Principio que se extiende hasta la ejecución de la pena (*nulla poena*). Si bien la garantía de legalidad es, en la práctica, aplicable comúnmente a la materia penal, no menos cierto es que la misma es aplicable *mutatis mutandi* a las demás ramas del derecho, salvo las excepciones de lugar. Exaltando sus propios precedentes, en el fundamento 11, literal h de su sentencia TC/0667/16, del 14 de diciembre de 2016, el Tribunal Constitucional dominicano, dice del principio de legalidad en el ámbito aquí analizado:

h) El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular que el principio de legalidad es uno de los principios pilares del estado Constitucional de derecho, de la seguridad jurídica, del cual no están exentos los poderes públicos, y que su finalidad es que las personas tengan, de antemano, conocimiento de cómo deben conducirse, qué pueden o no hacer, cuál será la consecuencia de su acción u omisión y a qué se van a enfrentar en caso de no actuar conforme a un determinado precepto legal, pues la ley, al acordar una pena, tiene como propósito evitar lesiones de derecho, por acogerse la amenaza que entraña el anunciado castigo. [Ver sentencias TC/0200/13, del siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013) y TC/0344/14, del veintitrés (23) de diciembre de dos mil catorce (2014)].

Estrechamente relacionado con el principio de legalidad está el principio de razonabilidad o de proporcionalidad derivable de los artículos 40.15 y 74.2 de la Constitución desde 2010. El Tribunal Constitucional, en su sentencia TC/0365/17, del 11 de julio de 2017, Fj. 9.3, deja ver esta conexión, cuando expresa:

9.3. Las disposiciones constitucionales anteriormente señaladas implican que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho que prefigura la Constitución, el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para determinar las conductas ni la cuantía de la sanción a imponer; ya que debe respetar los derechos constitucionales y el principio de razonabilidad, que constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de su potestad de configuración normativa en materia penal. De ahí que, con miras al entendimiento constitucional del derecho penal, la aplicación de tales principios es imprescindible, tanto en la fase legislativa como en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal. El legislador no puede excederse en la potestad de configuración punitiva; no se puede castigar más allá de la gravedad del delito, trazándose de esta manera un límite a las finalidades preventivas, respetando los valores de justicia y la dignidad humana.

Las exigencias sustantivas del derecho penal material frente al *ius puniendi* estatal y del proceso penal como realidad excepcional del estado de las personas, también alcanzan la necesidad de tener presente en todo momento la razonabilidad de los tiempos en que los actos procesales deben producirse y la duración del proceso penal en cada etapa y en su realidad como un todo integral, tomando en consideración como punto de partida los principios de libertad y de presunción de inocencia como reglas.

11. EL PLAZO RAZONABLE

Francesco Carnelutti (1960) escribió con su natural sensibilidad que el simple inicio y tanto más el desarrollo del proceso penal causa sufrimiento; que el sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal.²⁷ No ha de extrañar entonces que este ritual doloroso sea considerado en sí mismo en la legislación procesal, como una medida extrema de política criminal (CPP dominicano, Art. 2).

Por esa naturaleza extrema del proceso, ha escrito Daniel Pastor (2004), uno de los problemas más importantes al que se enfrenta el derecho procesal penal en la actualidad es precisamente el de la duración del enjuiciamiento, lo cual equivale a la duración de la neutralización del principio de inocencia que, como es evidente, deberá ser breve, de modo que en el menor tiempo posible o bien el estado de inocencia, frente al hecho, quede consolidado definitivamente por la clausura del proceso a favor del imputado y terminen las molestias judiciales,

²⁷ Carnelutti, F. (1960). Principi del processo penale, cita de Daniel Pastor en Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal (2004). Revista de Estudios de la Justicia. http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf

o bien quede suprimido, también definitivamente, por la declaración firme de la necesidad y del deber de imponer una condenación al inculpado.²⁸

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable está contenido en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone: toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. Del mismo modo está consagrado en el Artículo 14.3.c del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Internamente, es una garantía recogida entre las exigencias mínimas del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en el artículo 69. En su numeral 2, este texto reconoce: El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley; igual, pre-constitucionalmente, lo había desarrollado el legislador en el artículo 8 de la Ley Núm. 76-02 que instituye con el Código Procesal Penal. Este texto lo define como un derecho de toda persona; un derecho de goce, pero también comporta un mecanismo de acción de tipo garantista, una potencia procesal dada universalmente a todos, para vencer la inercia de las autoridades a favor del derecho a una justicia pronta y cumplida: Toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable y a que se resuelva en forma definitiva acerca de la sospecha que recae sobre ella. Se reconoce al imputado y a la víctima el derecho a presentar acción o recurso, conforme lo establece este código, frente a la inacción de la autoridad.²⁹ Esta garantía implica que nadie puede ser sometido a proceso alguno de modo indefinido y que se impone al Estado la obligación de establecer normas claras y precisas que garanticen que nadie estará indefinidamente sometido a proceso.

Para determinar si ha habido violación al plazo razonable deben tomarse en cuenta los siguientes criterios: a) complejidad del caso, b) gravedad de la pena imponible, c) gravedad del bien jurídicamente tutelado, d) la conducta del imputado frente al proceso, e) la negligencia o efectividad de las autoridades en llevar adelante el proceso, f) el análisis global del procedimiento. Este último criterio, sentado por la Suprema Corte de Justicia en su resolución núm. 1920/03, ha sido objeto de serias discrepancias en los foros académicos. Así, el 14 de enero de 2010, el jurista Eduardo Jorge Prats expresaba en un artículo de opinión, en el periódico hoy:

²⁸ Pastor, D. *Ibidem*.

²⁹ República Dominicana. Ley 76-2002, del 2 de julio, promulgada el día 19 de julio de 2002. Modificado por la Ley núm.10-2015, del 6 de febrero del año 2015.

*“Lamentablemente hay jueces dispuestos a ignorar la ley que establece el plazo y ampliar inconstitucionalmente el mismo en perjuicio del imputado y en provecho de un Estado que necesita presos para que haya procesos, olvidando que, como afirmaba Beccaria en 1769, para que la pena sea justa, la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia. Y todo lo hacen con rebuscados argumentos jurídicos que solo aplican allí donde, al no existir un plazo fatal establecido en la ley, es preciso que el juez establezca la razonabilidad de la duración del proceso o de la prisión preventiva, para así hacer efectivo el derecho del imputado a un juicio razonablemente rápido, pero no para alargar su prisión”.*³⁰

Luego, agrega Jorge Prats (2010):

*“Es cierto que cierta jurisprudencia extranjera ha llegado al absurdo de considerar que la violación del plazo legal no es per se ilegítima. Pero reivindicar estos precedentes es tan grotesco como afirmar que es válido negar las garantías procesales a ciertos imputados, porque esa ha sido la práctica reconocida por los tribunales de los Estados Unidos con relación a los prisioneros de Guantánamo. Y es que repugna a la Constitución que, existiendo un plazo legal, el juez derogue el mismo y se invente uno más largo, en franca violación al derecho fundamental del imputado al cese de la prisión preventiva”.*³¹

Una sentencia de la Corte de Apelación de San Francisco de Macorís; la sentencia núm. 274 del 14 de diciembre de 2010, contiene datos, argumentos y motivos que permiten explicar con precisión el marco normativo de este principio en el Sistema Interamericano y en particular en la República Dominicana y los deberes que exige ese ordenamiento de los jueces. La corte expresa, en el fundamento jurídico 3, lo siguiente:

“3.- La garantía conocida como el Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal, tiene hoy expresa tutela constitucional, al encontrarse prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos con jerarquía constitucional según las disposiciones de los artículos 26, numerales 1 y 2 y, 74.3 de la Constitución dominicana, y los jueces están en la obligación de asegurar su tutela y garantía en la forma dispuesta en el artículo 1 del Código Procesal Penal...”.

En alusión a las obligaciones del Estado contenidas en los referidos instrumentos internacionales, en relación al principio del plazo

³⁰ Jorge Prats, E. (2010). Plazo razonable de la prisión preventiva. Periódico Hoy. Tomado el 11 de agosto de 2019, de <https://hoy.com.do/plazo-razonable-de-la-prision-preventiva/>

³¹ Ibidem.

razonable, la Corte de San Francisco de Macorís se detiene para estructurar los fundamentos de su sentencia, en el contenido de los artículos 7.5, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Todos estos textos coinciden en reconocer el derecho de toda persona o individuo privado de su libertad o acusado de un delito, en plena igualdad, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, lo que, a juicio de la Corte, esto:... conecta con el contenido del citado artículo 69.3 de la Constitución dominicana, como parte de las garantías mínimas de tutela judicial efectiva y del debido proceso ante los tribunales de justicia” (CASFM. Caso Lachapelle. Fj. 7. b).

En la misma sentencia, la corte de apelación de referencia, cita diversos precedentes sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al plazo razonable y a las posiciones entre el plazo o el no plazo fijadas sobre este tema: los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el caso Genie Lacayo y Suárez Rosero, del 29 de enero y 12 de noviembre, de 1997, respectivamente (CASFM, Caso Lachapelle, fundamento 7. a).

En el criterio de la citada corte:

“7.- Aun cuando la Corte recurriera a la concepción del no plazo para determinar libremente la razonabilidad en la duración del proceso en este caso, todo indica que no puede más que admitir que la conducta procesal del imputado no puede justificar en modo alguno, una extensión del plazo más allá de lo que el derecho vigente permite en estos casos; pues, el ejercicio de un derecho no puede acarrear consecuencias perniciosas en contra del imputado. ...la concepción del no plazo, no ha sido exclusivamente desarrollada en la tesis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino que alcanza y ha sido asumida también por el órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales que deriva del Pacto de San José”.

Sobre el posicionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Genie Lacayo, del 29 de enero de 1997, el comentado fallo de la Corte de San Francisco de Macorís, refiere que aquella también adopta el criterio del no plazo, estableciendo como criterio de razonabilidad, siguiendo al TEDH, que opta por tomar en cuenta la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales para la determinación del plazo razonable. Igual criterio sostuvo la citada Corte IDH, el 12 de noviembre del mismo año 1997, en el Caso Suárez Rosero. En efecto,

para la Corte IDH, el principio de “plazo razonable”, al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana, tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el citado caso, se estableció que, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, “por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo”. (Corte IDH. Sentencia Suárez Rosero. 12 de noviembre de 1997 -Fondo-. Fj. 70).

En el caso la Corte de apelación referida, termina reconociendo la extinción de la acción penal. Los fundamentos ya los había adelantado en el juicio que hace de los elementos fácticos del proceso en un párrafo inicial de anclaje de la parte motivadora de la sentencia. Allí expresó:

“Por tanto, todo lo dicho en torno al tratamiento procesal de este asunto, revela que han sido los retardos operados, primero para notificar la primera sentencia condenatoria, notificada más de dos años después de su libramiento y, posteriormente para la puesta en estado de conocerse y fallarse el asunto, los motivos determinantes de retardo operado en la búsqueda de una decisión definitiva, sin que, en modo alguno, pueda serle atribuido al imputado que ha estado, todo el tiempo en Estado de prisión preventiva, la retardación del conocimiento definitivo del proceso, sin que pueda esta Corte tener como falta capaz de convalidar la demora del proceso, al solo ejercicio del derecho a recurrir del imputado, reconocido como una garantía fundamental de este frente a la sentencia de condena, en los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2, letra h, de la Convención Americana de Derechos Humanos, 69.9 y 149, Párrafo II de la Constitución y, 21 del Código Procesal Penal”.

En el derecho comparado, las soluciones no presentan soluciones uniformes. El Tribunal Constitucional peruano se ha decantado por el no plazo. Exige en este sentido un análisis global del proceso penal en su duración total, incluyendo los recursos eventuales, hasta que se dicte sentencia definitiva y firme. La consecuencia es la reparación *in natura* por parte de los órganos judiciales; fallar la sentencia de fondo en el más breve plazo posible; no hay una consecuencia de extinción de la acción penal (Cfr.; STC 5350-2009-PCH. Fj. 19; STC 4144-PHC, E. J. 20 y otras).³²

³² Compárese a Arce Córdoba, L. (2015). Constitución y Derecho Procesal Penal. Precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. (Primera edición). Grijley, pp. 306-307.

En Colombia, para la Corte Constitucional, el plazo es la regla general. En reiterados fallos, esta prestigiosa jurisdicción especializada, respecto del tiempo de captura y presentación al juez, ha dicho que en el sistema jurídico colombiano se acogió, con mucha mayor claridad y precisión, el mandato que proscribe toda prolongación indefinida de una restricción de la libertad despojada de control judicial, estableciendo un parámetro temporal cierto para que se lleve a cabo dicha supervisión.³³ Así, en su sentencia C-137/19, aquella corporación dejó establecido que:

“...el carácter restrictivo en la interpretación de las disposiciones que prevén afectaciones a la libertad. Es, además, la única que resulta compatible con los postulados constitucionales pro libertati, y reserva legal y judicial de las restricciones a la libertad, en cuyo marco es inadmisibles una privación de la libertad que no cuente con la definición de un plazo para el respectivo control de su legalidad, que conforme a los mandatos constitucionales tiene un límite máximo de treinta y seis (36) horas”.³⁴

El dilema del proceso entre plazo legal fijo y no plazo sigue abierto. Pero, los elementos que anteceden pueden ser de gran valor para fijar posiciones en el estudio de casos vinculados a la determinación del plazo razonable y para ponderar el valor de los extremos fijados por el legislador. Sin embargo, resulta indudable que la postura dominicana más generalizada guarda relación con la posición de la Corte de Colombia, al menos respecto de la regla de las 48 horas. La reforma de la Ley núm. 10-15 confiere un carácter relativo al plazo de duración del proceso. No se computan los períodos de suspensión generados por dilaciones indebidas ni por las tácticas dilatorias generadas por el imputado y su defensa.³⁵ Tampoco es computable el tiempo de fuga o de rebeldía del imputado, según el mismo texto.

Como ha escrito Pastor (2002), el artículo antes citado, la prolongación del enjuiciamiento sin definición sobre la relación material que subyace a la acción perjudica los fines sustantivos del derecho objetivo, impide que la paz jurídica, jaqueada por la sospecha, se restablezca con la sentencia, sea absolutoria o condenatoria. Por el otro, también el derecho fundamental del imputado a ser juzgado tan rápidamente como sea posible es violado por la excesiva duración del proceso. Por tanto, el proceso no solo ha de tener una duración razonable, sino que, como escribieran los padres fundadores en Norteamérica, no podrá

³³ República de Colombia. Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-137/19, dada el 28 de marzo de 2019. Fj. 34.

³⁴ República de Colombia. Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-137/19, dada el 28 de marzo de 2019. Fj. 35.

³⁵ Compárese la Ley 76-02, promulgada el 19 de julio de 2002. Art. 148, modificado por el artículo 42 de la Ley núm. 10-15, del 6 de febrero de 2015. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2015.

someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales ni a sufrir sanción alguna.

12. EL PRINCIPIO DE ÚNICA PERSECUCIÓN O *NE BIS IN ÍDEM*

La garantía o derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho se encuentra expresamente consagrada en la Constitución de la República, en el artículo 69 numeral 5. La Constitución ya establecida desde antes de 2010, en su artículo 8.2, letra h, que: "Nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa". Del mismo modo, se encuentra establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.4 y por el Artículo 14.7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Este derecho, integrante del debido proceso, no es solo una garantía procesal sino un principio político de seguridad individual que prohíbe la doble persecución por un mismo hecho. La prohibición que impide el doble procesamiento, persecución, juzgamiento y pronunciamiento frente a un mismo hecho, integra en su contenido dos principios fundamentales: el de la cosa juzgada y el de la litispendencia.

En el Código Procesal Penal, la única persecución no alude exclusivamente a la prohibición del doble enjuiciamiento. En el Código también, como se ha visto, hay una protección frente a la acción estatal en todas las esferas del proceso, hasta la condena. Prevé que: Nadie puede ser perseguido, juzgado ni condenado dos veces por un mismo hecho. Forman parte de sus fundamentos, el estatuto de la libertad de los artículos 40 de la Constitución y 15 del indicado Código y, la presunción de inocencia.

Para Alejandro Carrió (1984), la prohibición del doble enjuiciamiento es una garantía constitucional. Cita un fallo de la Corte Suprema de Argentina en el que, acogiendo criterio del Procurador ante sí, dice que dicha garantía veda ...no solo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho, como parece entenderlo el a quo en su auto denegatorio, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento de quien ya lo ha sido por el mismo hecho (Carrió, CSJN argentina Caso Ganra Naumow, 292:202).

El tratamiento de este principio, su naturaleza garantista y los alcances que se le atribuyen al impedir el doble enjuiciamiento, e incluso impedir, como ocurrió en el caso Peluffo en Argentina, que una vez

que se haya optado por una determinada calificación, no es válido intentar posteriormente un encuadramiento distinto ante el fracaso del que se siguió inicialmente. No se pretende tornar discutible la facultad de los jueces para variar la calificación del hecho previa advertencia al imputado del artículo 321 del Código Procesal Penal, se procura revelar su parentesco inevitable con la dignidad del ser humano, presente en toda esfera de derechos como premisa antropológica del Estado de derecho, según la feliz expresión de Peter Häberle.

13. GARANTÍA DE RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

La dignidad de la persona humana está contenida en los preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos reconocidos por el Estado en materia de derechos humanos, e incluso, como uno de los valores superiores que afirma el preámbulo de la Constitución de 2010 en la República Dominicana. Ya se ha visto el valor central que le atribuye a la dignidad el Constituyente dominicano de 2010. Como lo hizo la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 1, siguiendo el lenguaje de la Declaración Universal de 1948, al reconocerla como fundamento de la justicia y de la paz en el mundo, junto con los derechos que derivan de ella.

Para el Constituyente dominicano, la dignidad es el fin esencial del Estado (art. 8) y, más aún, según dejó establecido su poder creador y fundente en los artículos 5, 7 y 38, que la Constitución y el Estado se fundamentan en el respeto a la dignidad de la persona y se organizan para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 5.1 dispone: toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; del mismo modo, el Artículo 5.2 prevé que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Según deriva del contenido del preámbulo y del contenido de los artículos antes indicados de la Constitución dominicana y de su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, los derechos humanos derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Como se puede observar, su protección ante los tribunales de la República tiene su fundamento en unos principios constitucionalizados que adoptan las formas del derecho natural y se inspiran en él. La dignidad es un valor supremo, un principio y una norma de derecho subjetivo y objetivo que es digna de tutela por sí misma, y mediante la protección de los derechos dimanar de ella. Ya no sólo encuentra protección en las normas constitucionales que prohíben la pena de muerte y el empleo de torturas y de tratamientos vejatorios o que impliquen la pérdida o disminución de la salud o de la integridad física de las personas; que comporten en el lenguaje del derecho internacional un tratamiento cruel e inhumano.

La declaración y programa de acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993, contempla en sus fundamentos el reconocimiento de la dignidad como fuente de los derechos de la persona. Esta disposición refuerza importantes principios, entre ellos la universalidad de los derechos humanos y la obligación de los estados de acatarlos, crea el alto comisionado de los derechos humanos y afirma que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana.

Vulnerar la dignidad en cualquiera de sus formas de existir termina siendo una infracción constitucional al amparo del artículo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. Esta ley redimensiona el valor jurídico de los valores y de los principios, al configurar las infracciones constitucionales. En su letra...

Se tendrá por infringida la Constitución cuando haya contradicción del texto de la norma, acto u omisión cuestionado, de sus efectos o de su interpretación o aplicación con los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República Dominicana o cuando los mismos tengan como consecuencia restar efectividad a los principios y mandatos contenidos en los mismos (Ley núm. 137-2011. Art. 6).

La protección de este derecho ha sido desarrollada directamente en la legislación adjetiva dominicana, incriminando los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, lo mismo que los actos de discriminación. Por lo cual, tal como prevén los acuerdos internacionales sobre protección de las personas ante estos

actos, no pueden ser válidamente admitidos por los tribunales los elementos de prueba obtenidos con empleo de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes ³⁶ (Arts. 110,167), y más aún, constituyen un acto criminal.

Así, finalmente, a modo de cierre, como ejemplo de concreción de la tutela de dignidad humana, tomamos de una sentencia citada más adelante, caso Carlos Paulino Lachapelle, sentencia núm. 028/2010 de la Corte de Apelación de San Francisco de Macorís, unos argumentos extraídos del fundamento 8, parte final de aquella sentencia, en donde los jueces de la Corte, expresan:

8 ...el Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes, y que: ó La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos. Por tanto, la tutela de la dignidad y de la integridad personal no solo es límite para el legislador que no puede tocar hoy su contenido esencial, bajo los términos del citado texto del artículo 74.2 de misma constitución, sino que constituye también una frontera infranqueable frente a toda forma de autoridad en el Estado, especialmente para los agentes de policía encargados de hacer cumplir la ley y, reconociendo esta Corte que los tribunales están entre los primeros destinatarios de estas normas de derecho objetivo constitucional, y ante la aparente verdad de que el imputado ha sido tomado en arresto para una investigación y que ya en manos de sus custodia ha sido sometido a tratamientos crueles e inhumanos, no sólo impiden a los jueces valorar las pruebas y validar los actos que hayan sido o puedan ser sus resultados, sino que obligan al Estado mismo a perseguir las actuaciones en las que se empleen como técnicas o medios de investigación, unos que por el sufrimiento deliberado que infringen al imputado víctima, puedan ser tenidos como actos de tortura o tratamientos crueles o inhumanos como ocurre en este caso, en que el imputado presenta signos de haber sido objeto de tales tratamientos durante la investigación de un hecho punible y afirma haber sido colgado por las manos en el recinto en donde guardaba prisión en Nagua, y que presenta signos visibles de haber sido sometido a tales tratamientos, como corrobora el certificado del médico legista y otros documentos de análisis médico examinados por la Corte y descritos en otra parte de esta decisión.

³⁶ República Dominicana. Compárese los artículos 37, 38, 69 y 69, numerales 6 y 8 y, los artículos 1, 26, 110, 166 y 167 del Código Procesal Penal dominicano.

14. IGUALDAD ANTE LA LEY

La Constitución de 2010 redimensiona también el sentido y alcance de la igualdad. No es una simple proclama, como ayer se advertía en los artículos 8 numeral 5 y 100 de la Constitución, como pacto del Estado social, la igualdad se convierte en una fuente de obligaciones positivas para el Estado. Igual que para el reconocimiento de la dignidad, la configuración constitucional de la igualdad se inspira en el reconocimiento de un derecho de orden pre estatal, conectando con el lenguaje de las grandes declaraciones del surgimiento del Estado liberal, proclama que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.

Cierto que la citada Ley 137-2011, autoriza a los jueces a dar un tratamiento diferenciado, según las particularidades del caso, según su artículo 7, principio 4; uno de los principios rectores de la justicia constitucional, sin embargo, ese tratamiento diferenciado, cuando se hace al amparo de la Constitución y con sus métodos de interpretación, como los que propone Alexy en torno a su teoría de la ponderación y la fórmula del peso, carga de argumentación, no vulnera la igualdad, en la medida en que se le provea un fundamento razonable. Para hacer que la igualdad sea efectiva, el Constituyente crea algunas reglas básicas, a saber:

- 1) La República condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes;
- 2) Ninguna entidad de la República puede conceder títulos de nobleza ni distinciones hereditarias;
- 3) El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;

4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;

5) El Estado debe promover y garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia y en los organismos de control del Estado.

En la consagración de la igualdad se pone de manifiesto el carácter social, democrático y participativo de la Constitución. Adopta las fórmulas intervencionistas de las primeras constituciones sociales, como se advierte en el numeral 3, evidentemente inspirado en el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947, como lo estuvo el artículo 1 de la Constitución dominicana de 1963. No es solo la proclama de su vocación de Estado guardián, disponiendo como lo hacía en el viejo artículo 100, que: La República condena todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos, entre los cuales no deben contar otras diferencias que las que resulten de los talentos o de las virtudes... Ahora el texto constitucional asume positivamente la obligación de promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva. Reclama del Estado y de sus autoridades adoptar medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión.

Es esperable entonces que el Estado emprenda políticas públicas y acciones jurídicas y administrativas para hacer que la gente tenga igual acceso a la salud, a la educación, a los bienes y servicios del desarrollo y de la cultura que generan bienestar y seguridad. Es en la satisfacción de estos derechos en crear las condiciones para su realización con la misma eficacia con la que se garantiza el respeto de los derechos de libertad, como se crean las condiciones para la vida democrática. Eso nos enseña Luigi Ferrajoli en sus fundamentos de derechos fundamentales, que es en la satisfacción de estos derechos en dónde radica la dimensión sustancial de la democracia. En igual sentido, se encuentra consagrado este principio de igualdad, por el Artículo 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.

En orden a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: este principio de igualdad de las partes ante la ley contiene la prohibición explícita de todo tratamiento desigual y discriminatorio, de origen legal y, en consecuencia, a no introducir en el ordenamiento jurídico, regulaciones discriminatorias, referentes a la protección de los derechos reconocidos... ; lo que implica que el Poder Judicial debe interpretar y aplicar la ley, con estricto respeto al principio de igualdad en todas las fases del proceso judicial de cualquier naturaleza.

Igualmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de fecha 18 de diciembre de 1979, debidamente aprobada por el Congreso Nacional mediante Resolución No. 582 de fecha 25 de Junio de 1982 y publicada en la Gaceta Oficial No. 9588 del 25 de junio de 1982, consagra, en su artículo 1, el principio de igualdad y de no discriminación desde la perspectiva de género, en el sentido de que a los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotara toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

15. IGUALDAD ENTRE LAS PARTES EN EL PROCESO

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere, de manera específica a la igualdad de todos ante los tribunales, en su artículo 14.1, que consagra: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de Justicia", por lo que debe acordarse tanto a la víctima o demandante que reclama investigación, juicio o indemnización, como al imputado o justiciable, un trato igualitario, cualquiera que sea su condición personal. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14.3, como la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 8.2, establecen las condiciones materiales en que se fundamenta esta igualdad, al establecer, con estos fines, como garantías mínimas las siguientes:

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

b) Disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) Ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor del derecho que la asiste a tenerlo y siempre que el interés de la Justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

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

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

g) No ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; y,

h) Derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior. El derecho al debido proceso implica la observancia estricta al principio de la igualdad de las personas ante la ley, traducido éste en el ámbito procesal como la igualdad de las partes o igualdad de armas y el principio de no-discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: este principio de igualdad de las partes contiene la prohibición explícita de todo tratamiento desigual y discriminatorio, de origen legal, y, en consecuencia, a no introducir en el ordenamiento jurídico, regulaciones discriminatorias, referentes a la protección de los derechos reconocidos...; lo que implica que el Poder Judicial debe interpretar y aplicar la ley, con estricto respeto al principio de igualdad en todas las fases del proceso judicial de cualquier naturaleza.

El Tribunal Constitucional dominicano ha analizado este concepto, entre otras, en su sentencia TC/0337/16. La cuestión planteada le llevo a analizar la situación de las diversas partes en el proceso penal. Como dijo en el fundamento 9.8, los sujetos de revisión son de un

lado los imputados en los procesos penales, y del otro, las víctimas, querellantes y/o actores civiles, por lo que cabría preguntarse si son sujetos que se encuentran en situación similar, respecto del principio de igualdad de armas, como garantía del derecho de defensa en el debido proceso penal.

El tribunal concluyó diciendo, en el fundamento 9.9, sobre el principio analizado:

9.9. El principio de igualdad de armas –típico de un sistema penal acusatorio– dentro del marco de un proceso penal, implica que tanto la parte acusadora como la defensa deben tener la posibilidad de acudir ante el juez con los mismos instrumentos, las mismas herramientas, sin que ninguno se encuentre en estado de privilegio, pero tampoco en desventaja.

La sentencia TC/0337/16, dada por el TC, el 20 de julio de 2016, presenta una especial relevancia para el análisis concreto de la igualdad de las partes en el escenario de proceso penal. El tribunal, partiendo de que el sistema penal responde al *ius puniendi* estatal, del que afirma en su fundamento 9:10, que recae especialmente sobre la persona imputada, poniéndola procesalmente, a su juicio, en un estado más vulnerable que a la parte que acusa, por lo que, en estos procesos, dice: tanto los derechos como las garantías fundamentales pueden ser objeto de cierta afectación, con el único objetivo de lograr equilibrio y coherencia entre la norma legal y los valores y principios que fundan el orden constitucional.

Para el TC: no estando la parte acusadora en una condición idéntica -ni siquiera parecida- a la que se encuentra la persona imputada -quien indiscutiblemente se encuentra en un estado más vulnerable-, no necesariamente el legislador, cuando dispone una extensión de un plazo a favor del segundo, está afectando derechos ni garantías fundamentales del otro, como el principio de igualdad de armas³⁷. Como elemento de cierre, citada por el Tribunal Constitucional en la referencia sentencia TC/0337/16, en fundamento 9.12, la Corte Constitucional de Colombia, explica en su sentencia C536/08, su posición en torno al principio analizado de igualdad de armas. Se le atribuye haber dicho:

El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del

³⁷ República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0337-16, del 20 de julio de 2016. Fundamentos 9.8 al 9.11.

principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

16. DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE SÍ MISMO O DE NO AUTOINCRIMINACIÓN

Es una de las garantías más sensibles y necesarias para preservar a la persona humana de las arbitrariedades y los abusos del poder respecto de las personas reducidas a la vulnerabilidad de un estado de privación de libertad. La garantía constitucional es clara y precisa: 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. Es una de las garantías del debido proceso.

De la garantía del artículo 69.6, nace el derecho a guardar silencio de la persona investigada o imputada de la comisión de un hecho punible (Arts. 13 y 95.6 CPP). Al desarrollar el principio aquí analizado, el legislador ha aunado a la fórmula del citado texto constitucional, además del derecho a guardar silencio, la salvaguarda del artículo 13 del Código Procesal Penal, que hace la precisión de que: El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni puede ser valorado en su contra. De ello nace también el deber del juez de hacer advertencias legales al imputado (Arts.), de modo que, si decide declarar, sea una decisión inteligente; es decir, una decisión informada.

Junto a lo dicho, al derecho a guardar silencio y las garantías para garantizar su eficacia, el citado código prevé con el mismo objeto en el artículo 95.6, que: En ningún caso puede ser sometido a malos tratos o presión para que renuncie a este derecho ni ser sometido a técnicas o métodos que constriñan o alteren su voluntad (Arts.

95.6, 104, 107 y 10). Por eso, es necesario marcar el territorio para establecer los límites del poder; para el derecho de toda persona, a que se respete su integridad física, psíquica, moral y a vivir sin violencia, como lo demanda el artículo 42 de la Constitución. El citado texto constitucional brinda protección del Estado, incluso frente a los casos de amenaza, riesgo o violación de estas y, en consecuencia, establece las siguientes garantías:

- 1) Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o procedimientos vejatorios que impliquen la pérdida o disminución de su salud, o de su integridad física o psíquica;
- 2) Se condena la violencia intrafamiliar y de género en cualquiera de sus formas. El Estado garantiza, mediante ley la adopción de medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer;
- 3) Nadie puede ser sometido, sin consentimiento previo, a experimentos y procedimientos que no se ajusten a las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas. Tampoco a exámenes o procedimientos médicos, excepto cuando su vida se encuentre en peligro.

La Constitución también incluye, entre las garantías del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, en el numeral 6) del artículo 69, la protección de las personas frente a los actos que puedan reducir su voluntad, obligándole a perjudicarse con su declaración. Dispone que: 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. Como ayer estuvo previsto y así desde la primera Constitución. Del mismo modo, formando parte del ordenamiento interno, ofrecen igual protección en la esfera internacional el artículo 8.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En el contexto del presente análisis, una sentencia librada por la Corte de Apelación de San Francisco de Macorís, el 8 de marzo del año 2010, en atribuciones de apelación de medidas de coerción; sentencia núm. 028/2010, caso Carlos Paulino Lachapelle, la Corte dejó establecido en el fundamento 5, los hallazgos hechos en la audiencia de tratamientos crueles e inhumanos, para derivar sus consecuencias:

5. A juicio de los jueces de esta Corte, basta para dar por establecido que el imputado ha sido objeto de torturas, las condiciones físicas que presentan sus

manos apergaminadas y retorcidas aun, por efecto de las lesiones sufridas, y las copias de los certificados que ha remitido el Tribunal de Primer grado, entre ellos, un certificado del médico legista de la Provincia Sánchez Ramírez, en el que este funcionario designado por el Estado para hacer comprobaciones como estas, en el que afirma como observa en la descripción de este elemento de la causa, que el imputado presenta: trauma OPRESIVO Y LACERACIONES CIRCULARES EN AMBAS MANOS ACOMPAÑADO DE EDEMA, más diversos otros informes de experticia descritos, en los que se revela que el imputado ha sido objeto de revisiones médicas a propósito de las lesiones recibidas, aun cuando estos parezcan no comprobar ninguna de las lesiones corporales que indica, lo que esta Corte da por establecido a los fines de fundamentar esta decisión, en razón de que todo indica que el imputado ha sido objeto, como afirma ante la Corte, de tratamientos crueles e inhumanos durante su cautiverio en la ciudad de Nagua, sin que exista ningún informe, ni explicación por parte de las autoridades estatales que pueda explicar o pretender explicar cuándo, cómo y dónde se produjeron las lesiones visibles y graves que presenta el imputado, y que afirma, como todo indica, que han sido resultado de torturas infligidas por la policía nacional durante su estado de prisión.

En el fundamento 6 de la misma sentencia, la citada corte, valora los fundamentos dados en primer grado y deja establecidas las debilidades que, a su juicio, presenta la decisión impugnada, de este modo:

6. El Tribunal de primer grado que ha tenido en las manos y ante si las mismas evidencias que ahora la Corte pondera, se ha conformado con decir, como fundamentos de la resolución impugnada, que: a) ...es norma constante de este Tribunal no poner en libertad a las personas que se ven implicadas en hechos graves como lo son homicidios, asesinatos, secuestros, atraco, robo con violencia y violación grave a niños, niñas y adolescentes, así como casos graves de droga. En consecuencia: Resolvemos, frente a estos argumentos, que la Corte da por cierto que la decisión impugnada carece de motivación como afirman los recurrentes. Y más grave, aún, que con estos elementos de justificación dados por el juez, lejos de justificar como pretende, su decisión pone de manifiesto los prejuicios sobre los que se ha fundado para decidir, y al poner de manifiesto que es norma constante de este Tribunal no poner en libertad a las personas que se ven implicadas en hechos graves como lo son homicidios, asesinatos, secuestros, atraco, robo con violencia y violación grave a niños, niñas y adolescentes, así como casos graves de droga, permite comprobar, que el imputado no ha tenido un derecho efectivo a ser oído con justicia, por un juez independiente e imparcial...

Los juicios de la Corte en torno al proceder de la jurisdicción de primer grado, también resultan relevantes para analizar la labor de concreción

que están llamados a realizar los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional para garantizar la efectividad y máxima protección de las normas constitucionales, en razón de la peculiar vinculatoriedad de las normas que garantizan valores, principios y derechos fundamentales:

7...vulnera el derecho de acceso a la justicia, a ser presumido inocente en los términos antes dichos, y a la plena igualdad con que los tribunales deben juzgar a todas las personas en una sociedad democrática, por lo que llevan razón, además los recurrentes, cuando en el tercer motivo de su recurso, invocan como causal de apelación la vulneración al principio de igualdad de todos ante la ley, garantizado por la Constitución de la República, como una exigencia del debido proceso, y con Este, de la tutela judicial efectiva, por tanto, una resolución judicial en la que el imputado ha sido privado de tales garantías, sobre el fundamento de que: no poner en libertad a las personas que se ven implicadas en hechos graves como lo son homicidios, asesinatos, secuestros, atraco, robo con violencia y violación grave a niños, niñas y adolescentes, así como casos graves de droga, constituye una decisión arbitraria e injusta, en el orden procesal, e incluso una falta grave del juzgador que deniega de este modo el acceso a la justicia, y desoye el pedido de justicia de aquel que en manos de Estado, ha sido sometido a tales tratamientos durante su estado de privación de libertad, en investigación de un hecho punible.

Por último, la Corte valora los actos aparentes de tortura que da por establecidos y deriva las consecuencias procedentes a favor de la persona investigada bajo el empleo de estos métodos prohibidos en el fundamento 8. También se puede apreciar aquí, en este fragmento de la sentencia 028/2010 de la Corte de San Francisco de Macorís, el papel activo de la Corte para recibir y posibilitar la producción de pruebas ante el argumento serio de que esa persona había sido torturada y sometida a tratamientos crueles e inhumanos.

8. Si tales han sido las implicaciones de tal hecho en el orden procesal, la Corte ha podido apreciar en el orden sustancial el contenido del hecho, pues, aun cuando se trata de un caso en el que el examen de las pruebas no tiene, de ordinario la profundidad de permitir una verdadera producción de pruebas, y basta con la mera indicación por las partes del contenido de las pruebas que ofertan para los fines de propias de la medida, según lo ha regulado la Suprema Corte de Justicia en el artículo 10 de su Resolución núm. 1731, del 15 de Septiembre de 2005, ocurre, sin embargo, como también ha previsto la Suprema Corte de Justicia en la citada resolución, adoptada para regular cuestiones procesales no previstas por el legislador, en uso de expresas potestades que le confiere el artículo 14 de su Ley orgánica, en este sentido, que cuando se trata de la vulneración de derechos orgánicos fundamentales, el

tribunal o juez puede permitir la producción de pruebas, en la substanciación de la audiencia sobre medidas de coerción, y es lo que ha hecho esta Corte, durante el examen de la cuestión antes dichas, al proceder al examen de las pruebas presentadas en primer grado, y al escuchar directamente al imputado. Más aún, porque las potestades que le confieren los citados artículos 400 y 412, frente a cuestiones constitucionales y para requerir nuevas pruebas o los originales de las que les hayan sido presentadas, no están referidas para conferir al juez una potestad de intervenir un juicio de partes ni para dirimir intereses privados entre el Estado y los particulares, sino, para satisfacer entre las funciones esenciales del Estado que la Constitución reconoce, la protección efectiva de los derechos de la persona y, el respeto de su dignidad. Por tanto, cuando como ha ocurrido en este caso, ante un juez que conoce de una medida de coerción se presenta una afirmación fundada de que la persona imputada y tenida en cautiverio por los agentes de policía o de cualquier otra institución del Estado, ha podido ser objeto de torturas o de tratos crueles inhumanos, está en el deber de proveer las medidas pertinentes para garantizar que la verdad se ponga de manifiesto, y evitar que una investigación criminal pueda llevarse a cabo sobre la base del sacrificio de garantías esenciales a la forma democrática de gobierno, según lo que sobre este principio resulta de las opciones políticas que contiene la Constitución, como se advierte en las disposiciones, además, de los artículos 5 y 7 de la Constitución vigente, que entre los fundamentos esenciales a la Constitución, y a la Forma de Estado Social y Democrática que en ella se adopta, la protección de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales que derivan de esta, como permite entenderlo con mayor precisión el artículo 38 del pacto fundamental de los dominicanos, cuando expresa que: el Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes, y que: ó La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos. Por tanto, la tutela de la dignidad y de la integridad personal no solo es límite para el legislador que no puede tocar hoy su contenido esencial, bajo los términos del citado texto del artículo 74.2 de misma constitución, sino que constituye también una frontera infranqueable frene toda forma de autoridad en el Estado, especialmente para los agentes de policía, encargados de hacer cumplir la ley, y reconociendo esta Corte que los tribunales están entre los primeros destinatarios de estas normas de derecho objetivo constitucional, y ante la aparente verdad de que el imputado ha sido tomado en arresto para una investigación y que ya en manos de sus custodia ha sido sometido a tratamientos crueles e inhumanos, no sólo impiden a los jueces valorar las pruebas y validar los actos que hayan sido o puedan ser sus resultados, sino que obligan al Estado mismo a perseguir las actuaciones en las que se empleen como técnicas o medios de investigación unos que por el sufrimiento deliberado que infringen al imputado víctima, puedan ser

tenidos como actos de tortura o tratamientos crueles o inhumanos como ocurre en este caso, en que el imputado presenta signos de haber sido objeto de tales tratamientos durante la investigación de un hecho punible afirma haber sido colgado por las manos en el recinto en donde guardaba prisión en Nagua, y que presenta signos visibles de haber sido sometido a tales tratamientos, como corrobora el certificado médico legista y otros documentos de análisis médico examinados por la Corte y descrito en otra parte de esta decisión.

Durante el proceso, el imputado goza de un estatuto jurídico de presunción de inocencia. La Constitución prohíbe los actos de torturas y consagra que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Por lo que este no está llamado a probar nada frente a una acusación judicial; nadie puede obligar ni intentar obligar a un imputado a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye ni a confesarse o declararse culpable. En consecuencia, el imputado no podrá ser inducido, engañado o violentado a declarar o producir prueba en contra de su voluntad, lo que se conoce como exclusión de coacción de cualquier naturaleza. Por tanto, la declaración del imputado como consagran los artículos 13 y 95.6, que regulan los artículos 104 al 110 del Código Procesal Penal, debe ser considerada un medio para su defensa y no un medio de prueba, por lo que se proscribe, en este sentido, imponerle su intervención activa como órgano de prueba.

De la negativa a declarar o actuar no pueden derivarse consecuencias que perjudiquen a una persona imputada, aun cuando se ha reconocido la posibilidad de que su declaración pudiera constituir una prueba sui generis, incluso en su contra, cuando se presta con plena libertad y autonomía y con sujeción a las garantías previstas en la Constitución y en las leyes vigentes.

17. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia o estado de inocencia, como prefieren decir algunos autores y de hecho tipifica el Código Procesal Penal de Costa Rica en su artículo 9, ha sido configurada como la garantía más esencial del Proceso Penal. De ella deriva al principio de la libertad como regla, las normas sobre la carga de la prueba y la sujeción del proceso a un plazo razonable, entre otras implicaciones. El Constituyente dominicano ha reconocido en el párrafo 3) del artículo 69 de la Carta Sustantiva, universalmente, a favor de toda persona: El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada

como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable. Constituye un presupuesto esencial del derecho de toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, para obtener la tutela judicial efectiva, con sujeción al debido proceso.

En la aplicación de la ley penal, según la fórmula que desarrolla el Código Procesal Penal, son inadmisibles las presunciones de culpabilidad. El artículo 14, que contiene esta disposición en su parte final y reproduce el precepto principialista del artículo 69.3 de la Constitución prevé que: Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta tanto una sentencia irrevocable declare su responsabilidad. Como si fuera, como lo es, su consecuencia, dispone que: Corresponde a la acusación destruir dicha presunción. Por tanto, a quien acusa corresponde probar. También es consecuencia de la presunción de inocencia, la prohibición expresa contenida en el apartado 8 del artículo 95 del Código Procesal Penal, que reconoce el derecho de la persona imputada a no ser presentada ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación la exponga a peligro.

Como garantía esencial del debido proceso, se halla inserta en todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contienen garantías procesales. Está consagrada en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948. Según su tratamiento en este texto: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Los instrumentos especializados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, los contemplan en los Artículos 14. 2 y 8.2, respectivamente.

También ha sido objeto de atención inevitable en la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en la sentencia del caso Agustín Bladimiro Zegarra Marín, emitida el 15 de febrero de 2017, la Corte Interamericana examina si, conforme a los estándares del debido proceso contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se respetó el principio de presunción de inocencia de Zegarra Marín, así como si la sentencia fue debidamente motivada. En este sentido, la Corte Interamericana reiteró que la presunción de inocencia es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria

que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Reiteró que en procesos penales la carga probatoria recae en el Estado.

En efecto, este principio de presunción de inocencia pone a cargo de la acusación, ya sea el Ministerio Público, el querellante o parte civil constituida, la obligación de destruir esa presunción de inocencia, en consecuencia, el imputado o justiciable tiene derecho a ser considerado y tratado como tal en el proceso, y mientras este dure y culmine en sentencia condenatoria irrevocable. Confiere fundamento a la prohibición de las torturas y tratamientos crueles e inhumanos en los procesos de investigación y, las reglas de exclusión probatoria que desarrolla el Código Procesal Penal; aquellas que contienen los artículos 26, 104, 110, 166 y 167 del referido instrumento procesal. Los principios de carga dinámica (leyes de lavado de activos y de extinción de dominio) y de inversión de la carga de la prueba (Casos de corrupción administrativa art. 146 CD), operan en ámbitos muy acotados y con carácter excepcional.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia, de fecha 12 de noviembre de 1997, expresa que el propósito de las garantías judiciales es el de afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada; igualmente ha juzgado, mediante sentencia del 18 de agosto del 2000, que: el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del Artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada, mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

El Tribunal Constitucional dominicano en su sentencia TC/0153/18, del 17 de julio, ha fijado el criterio de que la falta de motivación vulnera el derecho de defensa y deja claro que la omisión de entrega de una certificación de no antecedentes penales, aun cuando se tenga un proceso en trámite, viola también el derecho a ser tratado como inocente. El tribunal valora en su sentencia, que en el caso analizado, el juzgador del tribunal de amparo no motivó su decisión al establecer que existe otra vía efectiva, sin indicar las razones, pues debió percatarse de que la acción de amparo no estaba relacionada con actos propios de la investigación que se le seguía al accionante, sino más bien, de que se le otorgará una Certificación de No Antecedentes Penales sin que se haga constar en ella que tiene un proceso penal pendiente y dijo: "Por esta razón, este colegiado procede a acoger el

presente recurso, revocar la sentencia recurrida y conocer la acción de amparo para verificar si hubo o no conculcación a los derechos de presunción de inocencia, dignidad, honor y al trabajo (TC/0153/18. Fj.10, letra g)“.

Al examinar el fondo del recurso de revisión en materia de amparo, que es de lo que se trataba, el Tribunal dejó establecido en el literal j del fundamento 10, que:

j. En la especie, aunque la Procuraduría demostró la veracidad de la información a través de la referida certificación, no justificó la necesidad de establecer dicha información; tampoco estableció el fin buscado con tal indicación; por consiguiente, el acto administrativo de indicar que el señor XXX tiene un proceso penal abierto deviene en violatorio al principio de presunción de inocencia y no supera el test de razonabilidad.

Finalmente, sobre el derecho a ser presumido inocente, aunque no fue un voto unánime, deja constancia de una posición mayoritaria que, en este aspecto, resulta de gran valor para la comprensión de los alcances de esta garantía constitucional, sin entrar en valoraciones sobre lo correcto o incorrecto de la posición mayoría, en torno a la violación retenida de la presunción de inocencia, cuando expresa:

k. En el mismo orden, este colegiado entiende que el Ministerio Público como órgano encargado de aplicar políticas contra la criminalidad y ejercer la acción República Dominicana Tribunal Constitucional, expediente núm. TC-05-2017-0205, relativo al recurso de revisión en materia de amparo incoado por Carlos Manuel Metivier Mejía en contra de la Sentencia núm. 042-2017-SSEN-00093, dictada por la Cuarta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional el veintiséis (26) de julio de dos mil diecisiete (2017). Página 26 de 40 pública en representación del Estado, como órgano facultado para emitir este tipo de certificaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución, debe garantizar que las certificaciones emitidas sean conformes con la verdad del estatus que presenta el registro interno de la procuraduría fiscal correspondiente, en estricto apego a la Constitución dominicana. Así también mantener vigente lo dispuesto en el artículo 69.3, o sea, el derecho que tiene toda persona a que se presuma su inocencia, hasta tanto intervenga una sentencia con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada (TC/0153/18. Fj. 10, letra k).

18. ESTATUTO DE LIBERTAD

El estatuto de la libertad está contenido en el artículo 40 de la Constitución de la República que consagra sus garantías mínimas en los diversos apartados que aluden a este derecho. Está íntimamente ligado a la seguridad personal. Igual tratamiento recibe la legislación internacional, de la que son ejemplos los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 8, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con mayor razón, las normas legales de derecho interno, como el Código Procesal Penal y otras leyes especiales, como la Ley núm. 137-2011, a propósito de su referencia a la institución del habeas corpus en su artículo 63.

El estatuto se expresa en la fórmula del artículo 40 de la Constitución, que regula el derecho a la libertad y a la seguridad penal. El catálogo de garantías mínimas que en el mismo texto de la norma suprema tienden a asegurar la efectividad de este derecho, se incluye que:

- 1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito;
- 2) Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse;
- 3) Toda persona, al momento de su detención, será informada de sus derechos;
- 4) Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, quienes tienen el derecho a ser informados del lugar donde se encuentra la persona detenida y de los motivos de la detención;
- 5) Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificar al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare;
- 6) Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona;

- 7) Toda persona debe ser liberada una vez cumplida la pena impuesta o dictada una orden de libertad por la autoridad competente;
- 8) Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho;
- 9) Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar;
- 10) No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales;
- 11) Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido está obligada a presentarlo tan pronto se lo requiera la autoridad competente;
- 12) Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de autoridad competente;
- 13) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa;
- 14) Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro;
- 15) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y tal para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica;
- 16) Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada y no podrán consistir en trabajos forzados;
- 17) En el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad.

El legislador ha desarrollado otras normas que configuran el estatuto de manera expresa en el Código Procesal Penal. En su artículo 15 repite la misma fórmula del texto constitucional como estatuto de la libertad. Dispone, igual, que: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Reitera el carácter excepcional

que consecuentemente el Constituyente atribuye en el numeral 9 del artículo 40 a las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos y, que su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de resguardar. También se reafirma el mismo concepto con mayor desarrollo, en el artículo 222 del Código Procesal Penal, modificado por el artículo de la Ley núm. 10-15, del 6 de febrero. Haciendo honor a la fórmula hartiana de que los derechos valen lo que valen sus garantías, el legislador incluye en el estatuto de la libertad, la garantía jurisdiccional más directa; la institución del habeas corpus: *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de resguardar. Toda persona que se encuentre privada de su libertad o amenazada de ello, de manera arbitraria o irrazonable tiene derecho a recurrir ante cualquier juez o tribunal para que éste conozca y decida sobre la legalidad de tal privación o amenaza, en los términos que lo establece este código.*

El derecho a la libertad no es considerado un derecho absoluto, porque la misma puede ser restringida en los casos y la forma que la ley lo establece. Tampoco esta libertad personal puede ser vista como un derecho de configuración legal, pues en la determinación de su contenido y desarrollo del derecho a la libertad personal, la disposición constitucional alberga una serie de principios no explicitados en la ley.

El estado de libertad está consagrado como un derecho inherente y fundamental para todo ser humano, con expreso reconocimiento y protección desde las primeras constituciones escritas, junto al derecho a un patrimonio. Ha estado ahí en todas las luchas del liberalismo, como una de las grandes conquistas de la constitución de la libertad. En su expresión de libertad física y ambulatoria, los jueces deben garantizar en sus decisiones, que nadie pueda ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo las excepciones del estado de flagrancia.

Pero, la libertad es la regla. Es la máxima garantía que el Constituyente sienta como punto de partida y esto debe garantizarse en la mayor medida posible según la feliz expresión de Robert Alexy. El legislador no quiere ni el derecho admite, que la privación pueda constituir una pena anticipada (Art. 16 CPP); las restricciones son excepcionales y se aplican en su medida extrema, sólo cuando sea estrictamente necesario y no pueda evitarse mediante una medida menos restrictiva para lograr los fines atribuidos a estas medidas (Art. 34 CPP). Estas razones deben fundarse, entre otros elementos, en la presunción de

fuga o más bien en la certeza de que el individuo se sustraerá a los actos del procedimiento o al juicio.

19. PERSONALIDAD DE LA PERSECUCIÓN

El principio o garantía de personalidad de la persecución que estuvo contenido en el artículo 102, parte in fine, de la Constitución de 1966, al establecer que: Nadie podrá ser penalmente responsable por el hecho de otro ni en estos casos ni en cualquier otro, también pervive con mínimos y relevantes matices en la Constitución actual. Se ha visto en el apartado anterior, numeral 14, que allí donde aquel dice "nadie podrá ser", este dice: 14) Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro.

En los instrumentos internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos prevé en su artículo 5, numeral 3, que la pena no puede trascender a la persona del delincuente. Esta disposición tiene otras implicaciones distintas de la mera prohibición de hacer a una persona responsable por el hecho de otro. También ha sido leído en la jurisprudencia de la Corte de Apelación de San Francisco de Macorís, en el sentido de no hacer al hombre instrumento de ningún fin estatal, porque en la fórmula kantiana, el hombre como ser digno es un fin en sí mismo; no instrumento de políticas estatales como las que propenden a dar ejemplo, pretendiendo que a los autores de determinados actos se les impongan penas desproporcionadas por su severidad, a modo de disuasión de otros.

Pero, esencialmente, la prohibición que entraña la personalidad de las penas se traduce respecto a la persecución, en la obligación del Estado de individualizar al acusado de manera que exista certeza de que, efectivamente, se juzgará a quien sus agentes pretendan imputar la realización de un hecho punible, no a otro. Sobre todo, que no existan dudas razonables sobre la identidad del perseguido o acusado; declarando y describiendo de manera clara y precisa los fundamentos de la acusación que justificaren la pretensión punitiva, de manera que no sea sometida a los rigores de un proceso judicial otra persona; todo lo anterior se contrae a la aplicación del principio de que nadie puede ser responsable, en el ámbito del derecho penal, por el hecho de otro.

20. EL DERECHO A LA DEFENSA

Cordón Moreno (1999) se refiere a "principio de audiencia" para hacer referencia a esta garantía y sostiene que, en su sentido estricto, se agota con la exigencia de dar conocimiento a la otra parte de la pendencia del proceso y de cada una de sus fases y actuaciones, para que pueda hacerse oír en ellas, y se garantiza básicamente con los actos de comunicación procesal.³⁸

Tal como era definido en la Constitución de 1966, el derecho de defensa desborda ciertamente los confines del derecho a ser oído. Su marco de referencia estaba contenido en el artículo 8 numeral 2 letra j) de la Constitución. Conforme con el contenido de aquella disposición normativa, hoy modificada: Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa... Hoy sigue teniendo estos alcances. Sin embargo, el Constituyente de 2010 no crea una fórmula única; separa estas garantías y las recoge en diversos ítems del artículo 69.

Según el referido artículo constitucional, son garantías conectadas al derecho de defensa: 1) El derecho a acceso a la justicia de manera oportuna y gratuita; 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley; 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable; 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa; 7) derecho a ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio (Art. 69 CD).

Es indudable que el ordenamiento también encierra el derecho a la autodefensa material y a una defensa técnica o especializada, con la garantía del Estado de asegurarle esa defensa a todo aquel que por cualquier motivo no tenga abogado que le asista en el proceso. El Artículo 176 de la Constitución está previsto que el servicio de Defensa Pública se ofrecerá en todo el territorio nacional, atendiendo a los criterios de gratuidad, fácil acceso, igualdad, eficiencia y calidad, para las personas imputadas que por cualquier causa no están asistidas por abogado. El texto deja a la Ley de Defensa Pública el establecimiento

³⁸Moreno, C. (1999). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi. p. 157.

de las reglas que regirán el funcionamiento de esta institución. Es un derecho que opera desde el primer acto del procedimiento (Art. 95.5 CPP) y está regido también, entre otros textos, por los artículos 104 al 110 y 111 al 117 del Código Procesal Penal con sus modificaciones.

En la esfera de la defensa internacional de los derechos humanos, los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también consagran el derecho de defensa, antes garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11.1. En el derecho comparado, la Constitución española en su artículo 24, numeral 1, contempla el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Respecto de esta cláusula de indefensión, el Tribunal Constitucional de aquella nación ha dicho: nos encontramos realmente ante una cláusula de cierre, "la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE" (Sentencia STC 48/1984, del 4 de abril).

En la misma sentencia, aquel órgano especializado de justicia constitucional define también los contornos del derecho de defensa, haciendo importantes distinciones sobre los actos de indefensión que adquieren relevancia constitucional. En efecto, el tribunal dijo, cosas tan interesantes como estas:

El concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la C.E. permite y obliga a construir no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. 2. No toda infracción de las normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional, y por ende en violación de lo ordenado en el art. 24 de la C.E.; y, por otra parte, la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto -o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento.

En la jurisprudencia del TCE, se ha desarrollado la doctrina de que en el contexto del art. 24 de la C.E., la indefensión se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa, que si se produce por vía legislativa sobrepasa el límite del contenido esencial prevenido en el art. 53 de la C.E. y, si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales, entraña mengua del

derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales. Otras sentencias posteriores mantienen el mismo criterio, a saber: SSTC 146/2003, 199/2006 y 28/2010.

En definitiva, se origina la indefensión, siguiendo la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cuando de forma ilegítima se priva o limita de los medios de defensa producida en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. En el contexto del art. 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, no siendo tal la que se debe, principalmente a la inactividad de la parte que alega haberla sufrido.³⁹ De su lado, el Tribunal Constitucional dominicano alude al derecho de defensa en su sentencia TC/0198/2018, del 19 de julio, Fj. 10, letra h) ha sostenido que:

h. El derecho de defensa no debe limitarse a la oportunidad de ser representado, oído y de acceder a la justicia. Este derecho procura también la efectividad de los medios para dar a conocer el resultado de un proceso y que nada quede a merced de la voluntad o dejadez del abogado que asiste al ciudadano, sino que la parte afectada conozca por una vía de acceso directo a ella la solución dada a un conflicto de su especial interés.

Así, en su sentencia TC/0285/17, del 29 de mayo de 2017, el máximo tribunal de justicia constitucional concreta uno de los sentidos de este derecho. Considera que la ausencia de notificación sobre la audiencia vulnera el derecho de defensa de la parte recurrente, impidiéndole

³⁹ Compárese la sentencia del Reino de España. CSTC. 40/2002, del 14 de febrero. SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; STC116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2 y, entre otras, la sentencia STC 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas.

presentarse para hacer valer sus argumentos de manera oral y contradictoria en la audiencia de fondo. Igual, la sentencia TC/0404/14, del treinta (30) de diciembre de dos mil catorce (2014), afirma que uno de los pilares del derecho de defensa es la posibilidad que tiene la persona de estar presente en todas las etapas del proceso judicial donde está en juego algún interés o derecho fundamental que le pertenece. Juzga que la presencia de las partes en un proceso se garantiza, de manera principal, mediante la notificación a cada parte, de la fecha, hora y lugar donde se discutirán los asuntos relativos al proceso.

El derecho de defensa está conformado por un conjunto de garantías esenciales, mediante las cuales los ciudadanos ejercen derechos y prerrogativas que le acuerdan la Constitución y las leyes, tendentes a salvaguardar su presunción de inocencia, no tan sólo en los casos de procedimientos judiciales, sino ante cualquier actuación contraria a un derecho consagrado, siendo el Estado compromisario de tutelar esas garantías, equiparándolas con el debido proceso. El derecho de defensa, en consecuencia, está integrado por cada una de las garantías que conforman el debido proceso.

21. FORMULACIÓN PRECISA DE CARGOS

Esta garantía está vinculada a la anterior; a la personalidad de las penas. Si nadie es personalmente responsable por el hecho de otro, los hechos cuya comisión se imputa a una persona, no deben parecer como imputados a otra persona. Claro, el sentido más inmediato de esta garantía es la de crear condiciones para que aquel a quien se persigue o imputa, conozca de qué debe defenderse. El derecho a conocer el contenido exacto de la acusación deriva de los artículos 8.1 y 8. 2. b de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero, hoy se halla previsto en todos los ordenamientos jurídicos nacionales que han adoptado el modelo acusatorio.

En el Código Procesal Penal, la formulación precisa de cargos está consagrada como un principio en el artículo 19. El precepto dispone que: Desde que se señale formalmente como posible autor o cómplice de un hecho punible, toda persona tiene el derecho de ser informada previa y detalladamente de las imputaciones o acusaciones formuladas en su contra.

En virtud de este principio, la autoridad persecutora está en la obligación procesal de individualizar, describir, detallar y concretizar el hecho constitutivo del acto infraccional del que se acusa al imputado, debiendo consignar la calificación legal y fundamentar la acusación, la que debe estar encaminada, esencialmente, a una formulación de cargos por ante el juez o tribunal, que debe cumplir con la formalidad de motivación escrita, asegurando de esta forma la no violación del debido proceso y que el ciudadano sea juzgado sin previa información de los hechos puestos a su cargo; aun en los casos de que la acusación provenga de parte privada. Para satisfacer el voto de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en torno a la garantía del procesado de conocer la imputación en su contra, es necesario que en los actos encaminados a imputar el hecho se consigne claramente:

- 1) El hecho, en su contexto histórico; es decir, dejando claro la fecha, hora y lugar de su ocurrencia;
- 2) Las circunstancias del mismo;
- 3) Los medios utilizados;
- 4) Los motivos;
- 5) Los textos de ley que prohíben y sancionan la conducta descrita en la imputación.

En fin, todo elemento que permita al imputado conocer exactamente de qué se le acusa y, en consecuencia, ejercer satisfactoriamente el derecho a defenderse.

Según prevé el artículo 95 del Código Procesal Penal con su primer apartado, todo imputado tiene derecho, desde que se solicite la aplicación de una medida de coerción o la realización de un anticipo de prueba, entre otras prerrogativas allí explicitadas, a ser informado del hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen de los contenidos de prueba existentes y las disposiciones legales que se juzguen aplicables.

En el numeral 2, el artículo 95, reconoce también al imputado el derecho a recibir durante el arresto un trato digno y, en consecuencia,

a que no se le apliquen métodos que entrañen violencia innecesaria. Lo anterior revela que la acusación no puede fundarse en la enunciación de la denominación legal de la infracción y a la enunciación de los textos que se afirma violados.

22. EL DERECHO AL RECURSO EFECTIVO

El derecho a un recurso efectivo está contenido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el derecho del imputado a "...recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior". Del mismo modo, ha sido previsto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

En el plano interno de la República Dominicana, el derecho a recurrir está consagrado en los artículos 69.9 y 149, párrafo III, de la Constitución, desde 2010. Es a partir de su consagración en estos textos de la Norma Suprema que el Tribunal Constitucional ha venido perfilando sus contornos en una línea jurisprudencial que viene desarrollando con su orientación actual desde su sentencia TC/0002/14, en torno a la naturaleza de este recurso. Lo considera un derecho constitucional de configuración legal. Siguiendo la jurisprudencia de comparada, señala que es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus por menores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos -positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio.

Así, en su sentencia TC/0337/16, del 5 de agosto del año 2016, el órgano de cierre de los conflictos constitucionales ha dicho, apoyándose en aquella sentencia de 2014, que el derecho de recurrir es una garantía prevista en los artículos 69, numeral 9 y 149, Párrafo III de la Constitución de la República, que permite impugnar toda sentencia de conformidad con la ley ante un tribunal superior, sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes. (TCd. Sentencias TC/0337/16. Fj. 10, letra k y, TC/0002/14. Fj. 10, letra e).

Sobre la naturaleza del derecho al recurso, el Tribunal Constitucional considera el derecho a recurrir como un derecho de rango constitucional, pero de desarrollo legislativo. A tal efecto, ha sostenido:

“f. En ese tenor; si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a recurrir tiene rango constitucional, su ejercicio está supeditado a la regulación que determine la ley para su presentación, puesto que corresponde al legislador configurar los límites en los cuales opera su ejercicio, fijando las condiciones de admisibilidad exigibles a las partes para su interposición debiendo respetar su contenido esencial y el principio de razonabilidad que constituyen el fundamento de validez de toda norma destinada a la regulación de derechos fundamentales. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional comparada ha dicho que “... es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus por menores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos -positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio.”⁴⁰

En la misma sentencia TC/0717/16, fundamento 11, letra m, el tribunal alude a la cuestión de la satisfacción legal de los presupuestos del derecho a recurrir:

m. ...el derecho a recurrir queda satisfecho desde el primer momento que la ley consagra el mismo de manera viable, es decir, en condiciones tales que la parte perjudicada con una sentencia pueda cuestionarla ante un tribunal superior, con independencia de lo que el tribunal apoderado pueda decidir en relación con el mismo. En este orden, el hecho de que un recurso se haya declarado inadmisibile, como ocurrió en la especie, no constituye una violación al derecho a recurrir; como de manera errónea lo invoca el recurrente.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeras sentencias contenciosas en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz,⁴¹ que para cumplir con lo dispuesto por el artículo 25, no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. O sea, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención.

La Corte IDH se ha fundado en las previsiones de los artículos 8.2, letra h) y 25.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o esa Convención; el compromiso de las partes derivados del numeral 2

⁴⁰ República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0717/2016, del 23 de diciembre. Fj. 11. 5, letra k. Cfr.: Sentencia TC /0337/16, del 5 de agosto del año 2016 Y. Sentencia TC/0002/14, Fj. 11, letras e y f.

⁴¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; y Corte IDH. Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

del citado artículo 25, para garantizar: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. En el caso concreto de Mauricio Herrera Ulloa contra Costa Rica, la Corte IDH, en fundamento jurídico 137.2) hizo una serie de puntualizaciones que ayudan a comprender mejor este derecho. Concretamente, la Corte dijo: 137.2) Respecto del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención) y del derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención). Los representantes manifestaron que:

a) el recurso de casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. No autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. El recurso de casación no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del artículo 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica;

b) mediante sentencia emitida el 26 de junio de 1990 en otro caso, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica consideró que el recurso extraordinario de casación satisface los requisitos del Pacto de San José, siempre y cuando no se regule, interprete o aplique con rigor formalista. Esta decisión no fue acatada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el caso del periodista Mauricio Herrera Ulloa y del periódico "La Nación", pues la sentencia de 24 de enero de 2001 "con evasivas formalistas soslaya la revisión plena de la sentencia de primera instancia, como debería ocurrir con una amplia y plena apelación";

c) el recurso de casación no permite, *inter alia*, revisar los hechos establecidos como ciertos en la sentencia de primera instancia;

d) en el presente caso, el recurso de casación se ejerció de forma amplia, pero la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica lo resolvió "proforma", desechándolo de manera formalista y con criterio restrictivo, violando el derecho de las presuntas víctimas a recurrir del fallo condenatorio a través de su revisión plena ante un juez o tribunal superior;

e) en el ordenamiento jurídico costarricense, el único régimen procesal que carece de recurso de apelación es el correspondiente a la jurisdicción penal. En el proceso penal no existe la segunda instancia, lo cual viola los artículos 8.2.h y 2 de la Convención;

f) la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica ordenó que el recurso de casación no se interpretara o aplicara con rigor formalista como requisito para cumplir con el artículo 8.2.h de la Convención, condición que no se cumplió en la sentencia de casación dictada contra Mauricio Herrera Ulloa;

g) ha quedado evidenciado que el recurso de casación penal no permitió la revisión ni el control de los hechos establecidos en la sentencia de fecha de 12 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, grupo tres, que condenó al señor Mauricio Herrera Ulloa, por lo cual el recurso de casación penal no cumple con los requisitos de ser un recurso efectivo ante un juez o tribunal superior en los términos contenidos en los artículos 8.2 h y 25 de la Convención;

h) tal como quedó establecido con el peritaje que rindió el señor Carlos Tiffer Sotomayor, el recurso de casación no autoriza en Costa Rica una revisión integral del fallo, por lo tanto, no permite controlar la valoración de la prueba ni otras cuestiones fácticas;

i) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior puede concebirse como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, según el artículo 25.1 de la Convención. Además, la falta de un recurso de apelación infringe el artículo 25.2.b de la Convención, mediante el cual las partes se obligan a “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”;

j) en otra oportunidad, la Comisión señaló que la apelación como mecanismo de revisión de sentencias tiene características: a) formales: debe proceder contra toda sentencia de primera instancia para examinar la aplicación indebida de la ley y la falta, o la errónea aplicación de normas del derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia, y b) materiales: debe proceder cuando se haya producido una nulidad insalvable, indefensión o la violación de normas sobre la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas;

k) la jurisprudencia internacional ha tendido a considerar contrario al derecho internacional de los derechos humanos los recursos que no permitan una revisión de los hechos y del derecho aplicado;

l) al intentar refutar la violación al artículo 8.1 de la Convención, el Estado reconoce que la casación solo procede por razones de forma, puesto que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica no había tenido oportunidad de revisar íntegramente en casación los hechos en el proceso penal en contra del señor Mauricio Herrera Ulloa.

En la República Dominicana, el recurso de casación es también un recurso limitado y extraordinario. Pero, todas las sentencias de condena o absolución y aquellas que le ponen fin al procedimiento pueden ser recurridas en apelación. Los motivos y el procedimiento particular de cada uno de los recursos previstos escapan al objeto de este trabajo, limitado al concepto y a la concepción del derecho a recurrir.

El Código Procesal Penal contiene en su artículo 21, dentro del marco de principios rectores del proceso, el derecho a recurrir, como un derecho del imputado. Prevé que: El imputado tiene derecho a un recurso contra las sentencias condenatorias ante un juez o tribunal distinto al que emitió la decisión. Los artículos 84.5 y 95, 96 y 97 del Código Procesal Penal, lo hacen extensible a la víctima para recurrir todos los actos que den por terminado el proceso, aunque no se haya constituido en parte, al Ministerio Público sobre las decisiones contrarias a su requerimientos y conclusiones, al querellante y al actor civil respecto a las decisiones que les causen agravio, independientemente del Ministerio Público y, finalmente, al tercero civilmente responsable contra las decisiones que declaren su responsabilidad.

Según el artículo 427 del Código Procesal Penal en el procedimiento de casación, que se aplican, analógicamente, las disposiciones relativas al recurso de apelación, salvo en el plazo para decidir que se extiende hasta un máximo de un mes. A partir de las previsiones del artículo 425 del mismo código, modificado por el artículo 105 de la ley núm. 10-15, este recurso sólo es admisible contra las decisiones emanadas de las Cortes de Apelación en los casos siguientes: Cuando pronuncien condenas o absolución, cuando pongan fin al procedimiento, o cuando deniegan la extinción o suspensión de la pena.

Luego, el artículo 426 del Código Procesal Penal limita los fundamentos por los cuales se puede declarar la admisibilidad de un recurso de casación; procede exclusivamente por la inobservancia o errónea aplicación de disposiciones de orden legal, constitucional o contenidas en los pactos internacionales en materia de derechos humanos, en los siguientes casos:

1) Cuando en la sentencia de condena se impone una pena privativa de libertad mayor a diez años; 2) Cuando la sentencia de la Corte de Apelación sea contradictoria con un fallo anterior de ese mismo tribunal o de la Suprema Corte de Justicia; 3) Cuando la sentencia sea manifiestamente infundada; 4) Cuando están presentes los motivos del recurso de revisión.⁴²

De otro lado, en su artículo 393, el referido Código Procesal señala que las decisiones judiciales sólo son recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código. El derecho a recurrir corresponde a quienes les es expresamente acordado por la ley. Las partes sólo pueden impugnar las decisiones judiciales que les sean desfavorables. A partir de aquí, el Tribunal Constitucional ha derivado los elementos de la impugnabilidad objetiva y subjetiva de las resoluciones judiciales. El Tribunal Constitucional en su sentencia TC /0337/16, del 5 de agosto del año 2016, en ocasión de un recurso de revisión de sentencias con autoridad de cosa juzgada, distingue implícitamente las dos dimensiones de impugnabilidad al decidir de la manera siguiente:

11.2. En efecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, para inadmitir el recurso de casación, sostuvo que: (...) si bien es cierto que al tenor de las disposiciones del artículo 393 del indicado código, las partes sólo pueden impugnar las decisiones judiciales que les sean desfavorables, no menos cierto es que toda sentencia puede ser recurrida, pero es de conformidad con la ley, tal y como lo establece nuestra Carta Magna, en su artículo 69 numeral 9.

Según el criterio precisado por el TC en una aplicación literal de la norma, las partes solo están legitimados para recurrir las decisiones que les sean desfavorables y, en principio, todas las decisiones judiciales son recurribles. Concretando el alcance de esta disposición, el TC dejó establecido en la misma sentencia TC/0337/16, los modos diversos de dar satisfacción a este derecho, según la tipología de decisión recurrible:

(...) que en la especie, el recurrente ataca una decisión que fue producto de la presentación de un recurso de oposición contra una resolución que declaró la inadmisibilidad de la querrela o acusación privada, amparada en la falta de formulación precisa de cargos; aspecto que tiende a dilucidar en su instancia recursiva, sin embargo, el referido fallo principal sólo fue objeto del indicado recurso de oposición; en consecuencia, el auto hoy impugnado no está contemplado en nuestra norma procesal penal como susceptible del recurso de

⁴² Compárese el Código Procesal Penal de la República Dominicana, promulgado el 19 de julio de 2002, art. 426, modificado por la Ley núm. 10-15, del 6 de febrero de 2015, art. 106.

casación, por lo que no cumple con lo previsto en los referidos artículos 393, 399 y 425 del Código Procesal Penal y 69 numeral 9 de la Constitución, como bien contempla el escrito de defensa de la parte recurrida; por ende deviene inadmisibile (Rep. Dom. Sentencia TC/0337/16. Fj. 11.2 letra f).

Luego, el siguiente apartado de la misma sentencia comentada, fundamento 11.3: el órgano especializado de justicia constitucional, tomando como punto de partida el contenido del citado artículo 393, admite que la inadmisibilidad pronunciada en el caso de referencia se sostiene en los límites impuestos por las disposiciones generales que rigen los recursos en materia penal, es decir, por los principios de taxatividad, objetiva y subjetividad que caracterizan las acciones recursivas (Rep. Dom. Sentencia TC/0337/16. Fj. 11.3).

El caso es que, el texto que se cita seguidas para concluir reafirmando los criterios sentado en las sentencias antes comentadas de 2014 y 2016, sobre la naturaleza del derecho a recurrir, entendió como un derecho constitucional de desarrollo o de configuración legal, transcribe el contenido del artículo 393, con lo cual finalizamos esta parte:

“El Código Procesal Penal, en su artículo 393, señala que las decisiones judiciales sólo son recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos en este código. El derecho a recurrir corresponde a quienes les es expresamente acordado por la ley. Las partes sólo pueden impugnar las decisiones judiciales que les sean desfavorables”.

23. LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES

El principio de separación de funciones se encuentra consagrado en el artículo 4 de la Constitución, que establece que los poderes del Estado: “... son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones...”. Al desarrollar este principio, el legislador ha previsto en el artículo 22 del Código Procesal Penal, lo que debe entenderse sobre él en contexto del proceso penal:

Art. 22.- Separación de funciones. Las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El Juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el ministerio público puede realizar actos jurisdiccionales. La policía y todo otro funcionario que actúe en tareas de investigación en un procedimiento penal dependen funcionalmente del ministerio público.

Del mismo modo está contenido en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este principio implica que, en el ámbito de cualquier proceso, las funciones jurisdiccionales deben estar separadas de aquellas encaminadas a la investigación y acusación, constituyendo las primeras, la tutelar de las garantías constitucionales y reservadas al juez o tribunal, y las segundas, a los funcionarios del Ministerio Público. Esta separación de funciones es un estandarte del debido proceso que fortalece la independencia e imparcialidad del juzgador.

24. LA OBLIGACIÓN DE DECIDIR

En el ámbito de la normativa supranacional, esta obligación se encuentra contenida en el artículo 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual es responsabilidad del Estado signatario la de: "...garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso...". La obligación de decidir impuesta al juzgador está, igualmente, contenida en el artículo 4 del Código Civil dominicano. Este texto prevé que: "El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia". La redacción resulta literalmente inconstitucional, pero, puede ser leído desde la Constitución y, allí donde dice que será perseguido como culpable, habrá de leerse en el sentido que pueda tener en el mejor de los sentidos.

Esta garantía resulta una cuestión imperativa, en todo estado de derecho, que obliga a decidir de manera equitativa, efectiva y pronta, dentro de los plazos consagrados, la solución de los conflictos humanos, teniendo en cuenta que las normas procesales existen y deben ser interpretadas para facilitar la administración de la justicia y no como un obstáculo para que los ciudadanos accedan a ella, resultando obligatorio el principio de que los jueces y tribunales deben fallar los asuntos sometidos, aun en los casos de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes y sin demorar su decisión.

25. MOTIVACIÓN DE DECISIONES

La obligación de motivar las decisiones está contenida en la normativa supranacional, en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como se ha visto anteriormente al hablar del recurso efectivo. Igualmente, estuvo en nuestra normativa interna, en el artículo 15 de la Ley 1014, de 1935, en el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 23, párrafo 5to. de la Ley núm. 3726 de 1953 sobre el recurso de casación en gran parte derogada por la Ley 76-02 que instituye el Código Procesal Penal. Este autorizaba el recurso de casación: 5to. cuando la sentencia no contenga los motivos. Código Procesal Penal, que contiene una exigencia cualificada de motivación en su artículo 24, predicable de todas las decisiones jurisdiccionales e incluso administrativas que afectan derechos, incluye entre los motivos de casación en el artículo 426.3, que se trate de una sentencia manifiestamente infundada.

La exigencia de motivación no es una cualquiera en el contexto constitucional y procesal penal, es una que satisfaga los requisitos del artículo 24 del citado código, cuando dice:

Art. 24.- Motivación de las decisiones. Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Pero, más allá de la línea de la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una clara línea de interpretación de la debida motivación de las sentencias. Algunos fragmentos de decisiones relevantes adoptadas en este orden de ideas, nos permite apreciar no solo el fundamento de esta afirmación, sino las implicaciones propias de este concepto, en la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional.

Uno de los fallos más relevantes del Tribunal Constitucional en relación con el debido proceso está contenido en su sentencia TC/0094/13, del 4 de junio, en la que anula una sentencia de la Suprema Corte de Justicia por haber cambiado de criterio "sin una debida justificación". Afirma que con esta omisión se vulneran la igualdad y la seguridad

jurídica y, desde luego, el derecho a una decisión motivada. Más aún, deja establecido que la SCJ vulneró su propio precedente sobre esta exigencia constitucional. Aclara el tribunal constitucional, en esta sentencia, que no está prohibido cambiar de criterio sino, hacerlo sin la justificación debida.

Ya en la Sentencia Constitucional No.0009/13, del 11 de febrero, el TC había dicho: "... consideramos que la obligación de motivar las resoluciones de una forma expresa, clara, completa y lógica debe permitir la configuración de una metodología racional de análisis que permita identificar, de una forma inequívoca y directa, los motivos y razonamientos que han servido de fundamento para la toma de una decisión judicial, cuya aplicación debe guardar relación con la naturaleza propia de cada caso, aún (sic) cuando se trate de declarar la inadmisibilidad del recurso de casación, pues tal obligación no solo debe quedar extrapolada al ámbito de los casos complejos, sino que además, en virtud de la aplicación de la garantía constitucional del debido proceso, deben aplicarse a los casos que pudieran considerarse simples".

En esta misma sentencia de 2013, retomada en el literal c, del fundamento 11 de sus sentencias TC/0417/16 del 27 de diciembre, TC/0186/17, del 7 de abril y, TC/0418/18, del 9 de noviembre, fundamento 11, literal g, el Tribunal Constitucional dominicano dejó establecidos los estándares o requisitos que debe reunir toda decisión jurisdiccional para considerarse debidamente motivada, a saber:

- 1) Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones.
- 2) Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar.
- 3) Manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada.
- 4) Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción.
- 5) Asegurar que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional.

En su sentencia TC/0017/13, del 20 de febrero del año 2013, el Tribunal Constitucional adopta una postura reconceptualizadora sobre el concepto de la debida motivación. Reconoce que la debida motivación de las decisiones es una de las garantías del derecho fundamental a un debido proceso y de la tutela judicial efectiva, consagrados en las disposiciones de los artículos 68 y 69 de la Constitución, y afirma: implica la existencia de una correlación entre el motivo invocado, la fundamentación y la propuesta de solución; es decir, no basta la mera enunciación genérica de los principios sin la exposición concreta y precisa de cómo se produce la valoración de los hechos, las pruebas y las normas previstas que se aplicarán.

La motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión. Permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada y criticada, garantiza contra el prejuicio y la arbitrariedad, muestra los fundamentos de la decisión judicial, facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos; en vista de que la conclusión de una controversia judicial se logra mediante la sentencia justa, para lo cual se impone a cada juez, incluso con opinión disidente, la obligación de justificar los medios de convicción en que la sustenta, constituyendo uno de los postulados del debido proceso, la que sólo puede ser lograda cuando se incluya una valoración adecuada de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, lo que fortalece la seguridad jurídica a que aspiran disfrutar los ciudadanos de manera objetiva. Criterio que ha sido ampliamente tratado en múltiples decisiones de esta Suprema Corte de Justicia. (Entre otras, sentencia No. 18 del 20 de octubre de 1998).

El artículo 24 del Código Procesal Penal contiene hoy las exigencias de motivación de las decisiones judiciales. Según este texto legal:

Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este Código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Desde su sentencia TC/0009/13, del 11 de febrero de 2013, el Tribunal Constitucional ha venido perfilando los contornos de la exigencia constitucional de motivar las decisiones judiciales. Así, el literal D) del fundamento 9 de esta sentencia, el TC expresa la conveniencia de enfatizar:

a) Que reviste gran importancia que los tribunales no se eximan de correlacionar los principios, reglas, normas y jurisprudencia, en general, con las premisas lógicas de cada fallo, para evitar la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso por falta de motivación; b) Que para evitar la falta de motivación en sus sentencias, contribuyendo así al afianzamiento de la garantía constitucional de la tutela efectiva al debido proceso, los jueces deben, al momento de exponer las motivaciones, incluir suficientes razonamientos y consideraciones concretas al caso específico objeto de su ponderación; y c) Que también deben correlacionar las premisas lógicas y base normativa de cada fallo con los principios, reglas, normas y jurisprudencia pertinentes, de forma que las motivaciones resulten expresas, claras y completas.

El tribunal se apoya en los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el compromiso que tienen los tribunales del orden jurisdiccional de emitir decisiones motivadas como medio de garantía al debido proceso; parte del caso *Apitz Barbera y otros c. Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78, pp. 22-23. Tal como los extracta la referida sentencia de 2013 del Tribunal Constitucional, en forma consecutiva, la Corte IDH sostuvo en aquella sentencia, que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". Vincula el deber de motivar con la corrección de las decisiones judiciales:

"77. ... El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. 78. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias".

Corte interamericana de Derechos Humanos, una sentencia que no responde a las pretensiones de cada una de las partes, no está debidamente motivada ni satisface el derecho a ser oído con justicia por un tribunal independiente e imparcial como establece la Convención Americana de Derechos Humanos:

"En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles,

les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros c. Venezuela, Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 77).

Tras una referencia expresa al contenido de lo antes transcrito de la Resolución 1920 de la Suprema Corte de Justicia, letra E) del fundamento 9, el TC afirma en el literal G, Fj. 9, los siguientes criterios sobre la obligación de los tribunales de motivar sus decisiones:

G. En consideración de la exposición precedente, el cabal cumplimiento del deber de motivación de las sentencias que incumbe a los tribunales del orden judicial requiere: a. Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones; b. Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; c. Manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; d. Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y e. Asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional (Ver: Sentencia TC/00077/2014 del 1/5/2014. Fj. 10 y Sentencia TC/0724/16, del 25 de diciembre).

También en su sentencia TC/0262/18, FJ. 12, letra g) el Tribunal Constitucional mantiene su línea de exigencia y expresa allí que, en su sentencia TC/0503/15, dictaminó que:

Toda decisión judicial debe estar precedida de una motivación que reúna los siguientes elementos: claridad, congruencia, y lógica, para que se constituya en una garantía para todo ciudadano de que el fallo que resuelve su causa no sea arbitrario y esté fundado en Derecho. En el presente caso, la resolución impugnada no reúne los elementos fundamentales de una decisión motivada, por lo que este Tribunal entiende que la misma vulnera la garantía constitucional a una tutela judicial efectiva y el debido proceso del recurrente, consagrada en el artículo 69 de la Constitución.

Esta obligación se extrema cuando los tribunales cambian de criterio (Sentencia TC/0094/13 y Sentencia TC/0299/18 de 31/08/2018). En la referida sentencia TC/0094/13, de fecha cuatro (4) del mes de junio del año dos mil trece (2013), mantenida en la Sentencia TC/0299/18, el Tribunal dejó establecido que: que aun cuando los tribunales puedan mantener o variar su criterio

jurisprudencial, sin embargo, si deciden modificarlo, están en el deber de motivarlo adecuadamente, “lo cual implica exponer las razones que justifican el nuevo criterio” (ver literal J, página 11; literal q, página 14).

26. LEGALIDAD DE LA PRUEBA

El principio de la legalidad de la prueba es consustancial con las garantías judiciales, entendidas éstas como procedimientos o medios para asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Este principio de la legalidad de la prueba es parte del derecho al debido proceso de ley, por lo que los medios de prueba son los que pueden justificar la imputación de un hecho punible y en consecuencia, que se pueda determinar la restricción de la libertad personal del acusado. Las pruebas, y sólo las legalmente admitidas, son pertinentes en la acreditación de la verdad del hecho imputado y justificantes de la motivación de la sentencia condenatoria o absolutoria. Este principio también es aplicable en la substanciación de cualquier otro proceso de carácter penal o determinación de derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, disciplinario, administrativo u otros. Pero es necesario enfatizar que el medio o instrumento de prueba sólo es válido si es adquirido y admitido de modo lícito, con respeto estricto a los derechos humanos, libertades y garantías constitucionales del imputado o justiciable y en apego a las reglas establecidas en las diferentes normas que regulan el mecanismo de la reconstrucción del hecho y de la recolección de las pruebas.

Como se ha visto antes en el presente análisis, aunque el Código Procesal Penal es una norma preconstitucional, anterior a las reformas constitucionales de 2010 y 2015, contiene un desarrollo de las disposiciones del numeral 8 del artículo 69 que incluye, entre las garantías del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, una sanción de nulidad contra la prueba ilícita u obtenida e incorporada con inobservancia de las formalidades legales. Para el Constituyente: 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley. El Código Procesal Penal establece las reglas para garantizar la eficacia de aquel principio del numeral 8 del artículo 69 constitucional, en sus artículos 26, 166 y 167. Otras normas también aplican para este supuesto. Como las que excluyen la prueba obtenida con inobservancia de las garantías bajo las cuales puede ser recibida la declaración del imputado.

27. DERECHO A LA DEFENSA O ASISTENCIA TÉCNICA

El derecho a la defensa o asistencia técnica está consagrado en el artículo 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana de Derechos Humanos. Igualmente, por el Artículo 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Resolución Sobre Defensa Judicial, No. 512-2000, dictada por esta Corte en fecha 19 de abril del 2002. Esta garantía consiste en el derecho irrenunciable que se le consagra al imputado de ser asistido por un abogado para ayudarlo en sus medios de defensa. Es decir, por un abogado de su elección. El juez está obligado a permitir que el imputado sea asistido por su abogado y, en caso de que este no tenga o no quiera nombrar uno, debe velar por el nombramiento de uno a cargo del Estado, como son los abogados de la Defensoría Judicial o los de oficio. Implica, igualmente, este principio, la posibilidad de que el justiciable se pueda comunicar con su abogado de forma permanente y efectiva durante la sustanciación del proceso en cualquier fase, desde el momento del arresto. Este principio es aplicable, por igual, en todos los ámbitos.

El contenido de los principios que anteceden como cita textual, en realidad expresan el orden en que están contenidos estos principios en la Resolución núm. 1920-03. Pero, no solo se ha cambiado la estructura visual de los párrafos para hacerlos más apetecibles a la lectura, sino que hemos hecho un esfuerzo por actualizar su contenido con datos actuales que sustituyen las disposiciones normativas que derivan de la Constitución anterior a 2010, para insertar el modo en que esta los contempla y otras leyes dadas en su desarrollo e incluso, leyes preconstitucionales, como la Ley 76-02, que instituye el Código Procesal Penal.

En el sistema jurídico dominicano, todo lo que implica injerencia estatal sobre los derechos y libertades; las medidas de cautelares o medidas de coerción como las trata el Código Procesal Penal dominicano, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar (Art. 40.9 CD).

Como ocurre en el sistema dominicano, en todos los países que han reformado sus códigos al amparo de los convenios internacionales y de las constituciones de la post Segunda Guerra, las medidas de coerción sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, evitar

la destrucción de prueba relevante para la investigación y proteger a la víctima y los testigos del proceso y otras garantías similares. Son resoluciones generalmente reformables en cualquier estado del proceso.

28. OTRAS PRECISIONES SOBRE EL DEBIDO PROCESO

En orden a lo antes dicho, todo el marco de garantías se aglutina en dos conceptos básicos: la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Como ha escrito Binder en su libro sobre el incumplimiento de las formas procesales, en un Estado de derecho, el juzgamiento de una persona a resultas del cual puede perder su libertad, a veces por el resto de la vida, está regulada por un conjunto de principios conformados históricamente y que tienen por finalidad proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades cometidas a lo largo de la historia por ese poder de encarcelar que se le reconoce al Estado, por lo menos por ahora. Esos principios se consideran el núcleo esencial de un Estado de derecho; por eso han sido considerados en todos los pactos internacionales de derechos humanos. Pero esos principios no solo están reconocidos sino también garantizados jurisdiccionalmente.

Sucede que ha sido común hablar de debido proceso en el marco del derecho a la defensa en juicio, y con mayor rigor y precisión se ha perfilado un debido proceso penal. Pero, lo cierto es que, pese al esfuerzo de intentar unificar la teoría general del derecho procesal, el debido proceso se muestra renuente a conformarse con el piso dispuesto en los procedimientos penales; busca consolidar un conjunto de principios y presupuestos que actualmente no están en los códigos adjetivos, pero que ha perfilado con singular identidad la jurisprudencia local, internacional y transnacional. A veces el debido proceso comporta la sujeción a determinados estándares o procedimientos, pero también hay otros contextos en los que el debido proceso se presenta como una exigencia de trato razonable.⁴³

Al tratarse de un principio, más que de un conjunto de reglas precisas, el debido proceso se convierte pronto en un estándar que se dirige no solo a los "jugadores" sino, fundamentalmente, al "árbitro", para utilizar el gráfico ejemplo de Genaro Carrió. Según el Tribunal Constitucional peruano, el debido proceso aborda un tema trasversal en el ejercicio de la función jurisdiccional; se presenta como el componente abarcador de derechos, principios y garantías institucionales que aporta elementos sustantivos a la corrección procedimental de la decisión del juez.

⁴³ Muñoz Conde et al. *Ibidem*.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, a partir del contenido de la 5ta. y 14ta. enmiendas ha desarrollado tres dimensiones de debido proceso:

a) El debido procesal legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;

b) El debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento justo, pero todavía adjetivo, formal o procesal.

c) El debido proceso sustantivo, o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes o normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de las autoridades públicas, con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.

Desde su dimensión sustantiva, el debido proceso exige que aquellos actos de creación normativa y de actuación de las autoridades públicas, además de pasar las revisiones formales de competencia de quien los dicta y de observancia de los procedimientos debidos en su formación, deban superar una revisión de fondo, por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución, como son, los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, estado social y otros, que como estos se configuran como patrones de razonabilidad; deben estar razonablemente fundados en correspondencia con la ideología constitucional. El estudio de la jurisprudencia vinculada al debido proceso ha de partir entonces del examen del debido proceso, cómo la tutela procesal efectiva comprende el acceso, el desarrollo y la concreción de la justicia en los procesos jurisdiccionales. Así resulta hoy de la jurisprudencia interna e internacional.

29. CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La pertenencia a un orden jurídico internacional exige a los dominicanos que, al considerar la orientación del derecho interno, se haga en correspondencia con el sistema jurídico de la comunidad internacional por el que se halla vinculada la nación. La Corte IDH ha juzgado que los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios son los individuos; no es establecimiento de un equilibrio de intereses entre los Estados, los cuales se someten a un orden legal dentro del cual, ellos, por el bien común, asumen diversas obligaciones, no en relación

⁴⁴Compárese la Corte IDH. Opinión consultiva OC-1/81 del 24 de septiembre de 1981. Serie A núm. 1. Párrafo 24 y, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. Párrafo 47.

con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁴⁴ En el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (29 de julio de 1988) la Corte IDH. dejó establecido que:

Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.... deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y, procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁴⁵

En la sentencia sobre "La última tentación de Cristo", la Corte IDH invoca una norma generalmente aceptada con respaldo jurisprudencial; afirma la obligación general de todo Estado parte en la Convención, de adecuar su derecho interno a las obligaciones que derivan de esta, para garantizar los derechos en ella consagrados. Lo que implica en su criterio, que las medidas adoptadas en su protección deben ser efectivas; deben tener un efecto útil; el Estado debe adoptar medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno.⁴⁶

La Corte IDH. se ha pronunciado en múltiples casos sobre las diversos derechos, libertades y garantías específicas, que consagra la Convención, como es el caso de la duración razonable de prisión preventiva para prevenir que pueda convertirse en pena anticipada y del derecho a la presunción de inocencia. Reconoce en el caso Suárez Rosero vs Ecuador, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva; que la libertad es la regla general y no la excepción; que en caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida; que sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra del derecho universalmente reconocido.⁴⁷

Un examen del marco normativo, abarcando los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (Art. 14), la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8) y los artículos 2, 4, 5, 6, 7, 8, 40, 68 y 69 y 74 de la Constitución dominicana, nos permite afirmar que el debido proceso, como

⁴⁴ Corte IDH. Caso, La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros contra Chile). Sentencia del cinco de febrero de 2001. Serie C No. 73. Párrafo 87.

⁴⁶ Corte IDH. Caso, La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros contra Chile). Sentencia del cinco de febrero de 2001. Serie C No. 73. Párrafo 87.

⁴⁷ Corte I.D.H. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

derecho continente, puede ser estudiado desde sus diversas manifestaciones: desde el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley (juez natural), el derecho a un juez imparcial, el derecho a un proceso preestablecido por la ley, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y actos administrativos que afectan derechos, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la pluralidad de instancia, el derecho de acceso a los recursos, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el derecho a la cosa juzgada.

Además de los derechos fundamentales comprendidos en el debido proceso, un estudio de este constructo reclama el examen de los principios que lo conforman, como son el de legalidad, de proporcionalidad de la pena, de *ne bis in idem*, de congruencia, de favorabilidad, de publicidad de los procesos, de prohibición de analogía *in malam partem*, del carácter acusatorio del proceso, y de preclusión. El análisis del debido proceso se completa con la revisión de las garantías judiciales que aseguran la observancia de los derechos y los principios, tales como la independencia judicial, la exclusividad de la función judicial, la inamovilidad de magistrados, la permanencia de los magistrados en el servicio, la igualdad de armas, la interdicción de la reforma peyorativa de la pena y la legítima defensa.

Concurren así en la configuración no exhaustiva del derecho al debido proceso, estos continentes: **a)** El acceso a la justicia sin restricciones **b)** El derecho a tener jueces independientes e imparciales **c)** El derecho a tener abogado de confianza. **d)** El derecho a la prueba y a compartir entre todos la búsqueda de la verdad. **e)** El derecho a tener una sentencia motivada, y **f)** que a la garantía de que ella pueda ser ejecutada. **g)** El proceso debe sustanciarse y cumplir los mandatos en un plazo razonable, bajo apercibimiento de hacer responsables a jueces, tribunales y al Estado mismo, por las dilaciones injustificadas. Sus exigencias se hallan enunciadas como presupuestos mínimos en el artículo 69 de la Constitución dominicana.

En Costa Rica, las garantías procesales, como el debido proceso y la tutela judicial efectiva, se han configurado por vía jurisprudencial. Así se observa en el caso del voto núm. 1739-92. En la República Dominicana, el debido proceso ha tenido una base constitucional desde la Constitución de 1955. En razón de estar previsto en convenios internacionales, fue objeto de regulación por la Suprema Corte de Justicia en el año 2003, mediante la Resolución núm. 1920. Finalmente, fue elevado al rango constitucional junto a la tutela judicial efectiva, en el año 2010.

En este marco, el estudio del debido proceso a la luz de la jurisprudencia constitucional dominicana no puede ignorar que existe una jurisprudencia de rango constitucional generada por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, por el Tribunal Constitucional y, finalmente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, el incremento del fenómeno delictual y la adopción de formas cada vez más crueles y violentas del fenómeno delictual, con el consecuente crecimiento de inseguridad ciudadana, han generado fuerte resistencia a la reforma procesal penal, que afortunadamente no ha hallado mucho acogimiento en las leyes de nuestros países. La reforma constitucional de 2010 llevó a la Constitución la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Sin embargo, las tensiones que genera la alarma social frente al fenómeno criminal y a la impunidad denunciada y no corregida, entre los sentimientos que estas generan y la necesaria garantía de los derechos, es muy evidente en nuestros países. Para Iñaky Rivera Veiras, director del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, la alarma social parece ser utilizada y exacerbada por sectores populistas de poder y de orden fáctico, político o normativo, para garantizar su propio poder por conducto del miedo inducido.

Para Rivera Veiras, la alarma social es instrumentalizada, para ponerla al servicio de fines concretos, y sostiene: "Primero, hace falta infundir alarma social entre los ciudadanos, meterles miedo y después, ya vendrán los diferentes actores a aportar soluciones represivas, que serán inmediatamente aceptadas por una población asustada de antemano. Se trata de tocar las fibras más sensibles de la población para producir un consenso social y aplicar las más represivas políticas en materias penal, judicial, penitenciaria y administrativa". Populismo penal es el terrorismo judicial que amenaza al defensor que se opone a los desafueros; que intimida al fiscal que archiva o impetra preclusiones; que procesa disciplinaria y/o penalmente al juez constitucional que cumple a cabalmente la sagrada misión garantista que deriva de la Constitución. El populismo acude a conceptos superados en las sociedades democráticas, como la concepción del derecho penal del enemigo y al enemigo, propende a inocularlo a cualquier precio, enfrentando con ello, de esta manera, toda idea del Estado de derecho.

El desbordado número de presos, la cárcel como megadepósito de seres humanos, el hacinamiento, la violencia intracarcelaria, constituyen

prueba evidente en muchos de nuestros países, del endurecimiento exagerado del sistema penal. En la República Dominicana, conforme las estadísticas más recientes de la Dirección General de Prisiones, todavía 17,250 privados de libertad no han recibido una sentencia de un juez, declarando su culpabilidad por los delitos que se les imputa; permanecen encerrados en calidad de preventivos, pero cumpliendo medidas de coerción en los mismos recintos carcelarios donde están los condenados; todos van al mismo hoyo. Hubo incluso una decisión judicial de la Corte Suprema, afortunadamente hoy superada, que llegó a decir que las personas condenadas en primer grado no eran presos preventivos, sino presos condenados.

Aquella cantidad representa el 64 por ciento de la población total de privados de libertad sin una condena, que es de unos 26,974 que guardan prisión en los 41 recintos carcelarios del país, según informe emitido por la Dirección General Prisiones hasta el cuatro de octubre de 2017. El populismo penal (Jorge Prats) impone, además, el uso de lenguajes bélicos: "guerra al delito", "combate a la criminalidad", "neutralización del delincuente", división entre buenos y malos, por lo que todo se resuelve enjaulando a los "malos" y asegurándolos con cadenas perpetuas. Con frecuencia, se escuchan expresiones tales como "a los delincuentes hay que darles pa' bajo".

De un estado social de derecho, se podría estar transitando a un estado penal de no derecho; el proceso se convierte en una herramienta al servicio de la política de seguridad; se criminaliza la vida; se politiza la justicia; el control del crimen se torna tema de campaña; se pretende disuadir al infractor, sin preocupación alguna y escasas políticas y acciones tendentes a generar soluciones sociales efectivas, no excluyentes ni discriminatorias, que reduzcan la desigualdad, el hambre, el desempleo, las enfermedades, la carencia de vivienda digna, mientras se tiende a privatizar la educación, que así deja de ser gratuita y accesible para todos.

El gran desafío en nuestra región es hacer efectivo el "deber ser" del derecho que nos hemos dado; asumir de manera plena y efectiva la idea de la libertad como regla y como punto de partida del proceso que consideramos medida extrema, la presunción de inocencia. Hacer sentir, como escribió Peter Haberle, que entre nosotros la dignidad humana es en verdad la premisa antropológica del Estado de Derecho; que el compromiso de los jueces es con el derecho y con la sociedad y no con el Estado.



CAPÍTULO IV

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. GENERALIDADES

Autor: Miguel Carmona Ruano



LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. GENERALIDADES

Autor: Miguel Carmona Ruano

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.1. El sistema de proceso penal del antiguo régimen

Se ha querido decir, en ocasiones, que el reconocimiento de la presunción de inocencia en las constituciones y en las leyes procesales actuales no es sino una formulación con otras palabras del principio *in dubio pro reo*, reconocido desde antiguo por los tribunales. Tal apreciación, sin embargo, desconoce la naturaleza misma de este derecho. El principio *in dubio pro reo* era una recomendación o norma de conducta dirigida al buen juez, no un derecho reconocido al ciudadano. El principio *in dubio pro reo es*, ciertamente, de muy antigua formulación. Como primeras expresiones se cita un texto del Digesto (D. L, 17,155): *in poenalibus causis benignius interpretandum est* («en las causas penales ha de seguirse la interpretación más benigna») y, en España, la Partida VII, 31,9, cuyo párrafo final dice así:

E aun dezimos que los Judgadores todavia deuen estar mas inclinados e aparejados para quitar omes de pena, que para condenarlos, en los pleytos que claramente non pueden ser provados o que fueren dudosos; ca mas santa cosa es e mas derecha quitar al ome de la pena que mereciere por yerro que ouiese fecho, que darla al que non la meresciessa nin ouiese fecho alguna cosa por que.

Sin embargo, como señala, entre otros, Tomás y Valiente (1987), en estos textos no está en juego derecho alguno del justiciable, sino la virtud del juzgador.

Que no era así lo revelaba, inequívocamente, el mismo sistema de enjuiciar vigente hasta el siglo XVIII, en el cual los indicios de culpa tenían relevancia penal; primero, para obtener la confesión del reo indiciado, espontánea o mediante tormento (el cual, no lo olvidemos, era objeto de una detallada regulación, de modo que se establecía de forma reglamentista y rigurosa qué tormento podía ser aplicado a cada reo, según su estatus y los indicios que obrasen en su contra); y en segundo lugar, como *semiplena probatio*, la cual no permitía imponer la pena legal, prevista para el delito de que se tratase (reservada sólo a la *plena probatio*), pero sí imponer lo que se llamaba “pena arbitraria”, o “pena de sospecha”, o sea, una pena menor sometida al libre arbitrio del juez.

Esta relevancia penal de la sospecha se completaba, en el sistema del antiguo régimen, con la figura del juez inquisidor, que investigaba el delito y juzgaba luego al investigado, con la posibilidad de la llamada “absolución en la instancia”, que permitía, en caso de falta de pruebas, un nuevo enjuiciamiento del acusado si aparecían luego nuevos elementos probatorios y con el régimen de pruebas tasadas y presunciones (variables según el tipo de delito y el estamento al que perteneciera el acusado), de modo que el testimonio de un hombre, por ejemplo, valía por el de tres mujeres o el de un noble por el de doce villanos, y la condena podía pronunciarse como consecuencia de presunciones legales de culpabilidad cuando se daban determinadas circunstancias. Nada había, pues, equivalente al contenido actual de la presunción de inocencia concebida como derecho del justiciable.¹

1.2. Del principio *in dubio pro reo* al derecho a la presunción de inocencia

El primer reconocimiento moderno del principio de inocencia como derecho de la persona sometida a proceso se encuentra en el art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de los revolucionarios franceses:

Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire

¹ Como señala Ferrajoli (2000), p. 136, es posible rastrear una continuidad entre este tipo de pruebas legales y las pruebas mágicas, como las ordalías, que, al igual que las legales, también eran en realidad pruebas formales en el sentido de que excluyen la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior, legal en un caso, divino en otro. Todas ellas participan, en suma, de la categoría de pruebas simbólicas, o signos normativos de la conclusión deducida.

*pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.*² [Dado que todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable, en el caso de que fuera indispensable su detención, cualquier rigor que no sea necesario para asegurar su persona deberá ser severamente perseguido por la ley].

Esta primera plasmación en un texto legal recogía los planteamientos de los ilustrados que se alzaban contra la inhumanidad del proceso penal de su época, y en especial contra el tormento como medio de investigación del delito. Clásica es, en este sentido, la cita del Marqués De Beccaria (Beccaria, C. (1918). p. 52) quien, en el capítulo dedicado al tormento, decía:

Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez..., y, más adelante,

... o el delito es cierto o es incierto; si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes...; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados.

En sus orígenes, el principio *in dubio pro reo* no es aún un derecho subjetivo sino una recomendación de prudencia dirigida al juez.

2. RECONOCIMIENTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

A partir de este precedente, determinados textos constitucionales van introduciendo declaraciones que, de una u otra forma, suponen el reconocimiento del derecho. Pero esta constitucionalización no se generaliza sino después de la Segunda Guerra Mundial, y se consolida con su consagración en dos instrumentos internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948, declara en su art. 11.1 que:

*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa;*³

y, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio de Roma, de 1950, para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades

² Para consulta del texto: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acceso 26/08/2019.

³ Para el texto oficial en español: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> Acceso 26/08/2019.

Fundamentales, donde se recoge del siguiente modo:

Art. 6.2: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.⁴

De modo similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York en 1966, establece, con fuerza vinculante, en su art. 14.2:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.⁵

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José, de 1969, lo recoge igualmente en su artículo 8, dedicado a las “garantías judiciales”, en el inciso 2:

Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.⁶

Más recientemente, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada en 1981, también reconoce en su Artículo 7, inciso 1(b) que todo individuo tiene derecho a:

Que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad ante un tribunal competente.⁷

Y ya en los albores del siglo XXI, la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, elaborada en diciembre de 2000, y hoy dotada de fuerza vinculante tras el Tratado de Lisboa, titula su artículo 48: “Presunción de inocencia y derechos de la defensa”, con este contenido en su apartado 1:

1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.⁸

Siguiendo estos instrumentos internacionales, muchas de las constituciones posteriores a 1945 incluyen la presunción de inocencia en su catálogo de derechos, con fórmulas más o menos coincidentes

⁴ Para el texto en idioma español del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, se puede consultar https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. Acceso 26/08/2019.

⁵ El portal del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos publica los textos oficiales en español: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Acceso 26/08/2019.

⁶ El texto en español de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se toma del portal web de la OAS: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Acceso 16/08/2019.

⁷ Every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises: (...) (b) the right to be presumed innocent until proved guilty by a competent court or tribunal. http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf, acceso 25/06/2019.

⁸ El texto puede consultarse, entre otros, en el portal del Parlamento Europeo. http://europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, acceso el 01/07/2019.

a la que emplean los textos que se han citado. Éste es el caso de la Constitución italiana de 1947 (art. 27), o de la portuguesa de 1976 (art. 32.2), y su proclamación resulta ya contenido común de todas las constituciones más recientes, en especial de las de aquellos países que han experimentado una transición de regímenes autoritarios a sistemas democráticos. Ejemplo de ello puede ser, en el marco europeo, su inclusión en la Constitución de Polonia, de 2 de abril de 1997, art. 45.3. Incluso en algunas de las constituciones del último cuarto del siglo XX, como consecuencia de la consolidación doctrinal ya adquirida del contenido del derecho, ha bastado con su mera formulación. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución Española de 1978, en cuyo art. 24.2, que es el precepto destinado al reconocimiento constitucional de las garantías procesales básicas, se dice simplemente, junto a la enunciación de otros derechos como el de defensa: Asimismo, todos tienen derecho... a la presunción de inocencia,⁹ fórmula que ha sido suficiente para que haya podido extraerse de ella toda su potencialidad, tanto en la vertiente temporal como en la sustantiva.

En el ámbito americano no era frecuente la inclusión explícita de este principio en las constituciones más antiguas. Pero esto no significaba falta de reconocimiento del derecho como tal, sino que, simplemente, se consideraba incorporado de modo suficiente a la garantía general del derecho a un proceso equitativo o a un juicio justo. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los EE.UU., donde la falta de una mención constitucional expresa no ha impedido su reconocimiento por la jurisprudencia de la Corte Suprema como integrante del *due process of law* garantizado en la XIV Enmienda de la Constitución.¹⁰ Una cita clásica sobre ello es la sentencia Coffin v. U.S.,¹⁵⁶ U.S. 432 (1895):

The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law. [El principio según el cual existe una presunción de inocencia a favor del acusado es una ley indudable, axiomática y elemental y su observancia se asienta en la base de la administración de nuestro sistema penal]

Posteriormente, la misma Corte Suprema ya declaró, de modo general:

The presumption of innocence, although not articulated in the Constitution, is a basic component of a fair trial under our system of criminal justice. [La

⁹ Constitución Española. Texto consolidado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acceso el 26/08/2019.

¹⁰ Vid. en este sentido, BARANDARAN, Sh. (Barandaran, 2011), quien afirma que la presunción de inocencia es la cláusula más repetida en el sistema de justicia penal en los EE.UU. y señala cómo su base constitucional se encuentra en el reconocimiento del derecho al proceso debido (*due process of law*)

presunción de inocencia, aunque no esté expresada en la Constitución, es un componente básico del proceso equitativo en nuestro sistema de justicia penal] (*Estelle v Williams*, 425 U.S. 501 (1976)).

Y, más recientemente, en *Betterman v. Montana*, S. ^a de 19/03/2016, la Corte hace suya una cita del caso *Reed v. Ross*, 468 U.S. 1, 4 (1984), que lo calificaba como:

the “bedrock (..) axiomatic and elementary principle whose enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law.” [la base sólida, ... el principio axiomático y elemental cuyo respeto se asienta en los cimientos de nuestra administración de justicia penal].

El panorama constitucional del proceso en el continente americano ha cambiado, sin embargo, sustancialmente, de modo que hoy el derecho fundamental a la presunción de inocencia se encuentra expresamente reconocido y garantizado en las constituciones de países como Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay o Venezuela. Las formulaciones varían desde el simple enunciado,¹¹ hasta, lo más frecuente, el reconocimiento de su dimensión temporal¹² o a incluir la dimensión material de la prueba de la culpabilidad y/o las garantías de defensa en juicio público.¹³ También se pueden encontrar otras fórmulas, como la empleada por la Constitución de Chile de 1980, que prohíbe las presunciones legales de culpabilidad,¹⁴ o la clásica de México de 1917, que en su art. 23 prohíbe la absolución en la instancia propia del antiguo régimen.

Mención especial merece lo ocurrido en los Estados Unidos Mexicanos donde, en 2008, al tiempo que se mantiene el texto de este artículo 23, se produce una reforma sustancial de la Constitución, de modo que en un extenso artículo 20 se constitucionalizan las bases del sistema procesal penal acusatorio. El nuevo texto de este artículo incluye, entre sus principios generales (apartado A) que “la carga de la prueba

¹¹ Por ejemplo, la Constitución política de Paraguay de 1992, en su art. 17, rubricado “De los derechos procesales”: “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que sea presumida su inocencia. O la del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 con un texto algo más extenso: Art. 116.1: Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.

¹² Caso de la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988: Art. 5º. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (nadie será tenido como culpable hasta su condena por una sentencia penal firme); la de Colombia de 1991, art. 29: Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable; la de Ecuador de 2008, art. 76.2: Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; la de Guatemala de 1985, Art. 14: Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada; Honduras, de 1982, Art. 89: Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente; Nicaragua de 1987, Art. 34: Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: 1. A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; Perú, de 1993, Art. 2º, 24: e). Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, Art. 20: Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos; o la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, Art. 49.2: Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario

¹³ Como la Constitución de Costa Rica de 1949, art. 39: A nadie se hará sufrir pena sino (...) en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. También la Constitución del Salvador, de 1983, Art. 12: Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. De modo similar, la de Nicaragua de 1987, Art. 34: Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones (...) 1. A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. La de Panamá, de 1972: Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. O la ya citada constitución venezolana de 1999, Art. 49.2: Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

¹⁴ Art. 19, 3º: La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

para establecer la culpabilidad corresponde a la parte acusadora” (Art. 20.A.V), que “el juez solo condenará cuando exista convicción sobre la culpabilidad del acusado” (Art. 20.A.VIII), y que “cualquier prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales será nula” (Art. 20.A.IX) y luego, al enumerar los derechos de toda persona imputada, el derecho “[a] que se presuma su inocencia mientras no se declare su culpabilidad por sentencia emitida por el juez de la causa” (Art. 20.B.I).¹⁵

3. RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Las sucesivas constituciones de la República Dominicana, desde la de 1844 hasta la de 14 de agosto de 1994 y su revisión de 2002, no mencionaban expresamente el principio de inocencia, pero no por ignorarlo, como ya se ha indicado, sino por considerarlo implícito en la garantía básica del juicio equitativo y del ejercicio del derecho de defensa y en el derecho del inculpado a no declarar contra sí mismo, ampliamente reconocidos en los apartados j) e i) del Artículo 8, inciso 2. Sin embargo, hoy la vigente Constitución de la República Dominicana de 26 de enero de 2010,¹⁶ en su artículo 69, bajo el epígrafe “Tutela judicial efectiva y al debido proceso”, recoge en su numeral 3, como integrante de este complejo de derechos, “[e]l derecho [de toda persona acusada] a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable”.¹⁷

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

ARTICULO 69. Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: (...) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable; finalmente, junto al reconocimiento constitucional, son muchas las leyes de proceso penal que lo establecen de modo expreso en su articulado, como uno de sus principios esenciales.

No cabe pasar por alto que la garantía constitucional consagrada en la República Dominicana en 2010, no es sino la culminación al máximo nivel normativo de lo que ya se plasmó en el Código Procesal Penal (CPP), aprobado en 2002 (Ley 76/02)¹⁸ y fruto de una cuidadosa

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación 5 de febrero de 1917. Última reforma DOF 29 de enero de 2016. <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cm16.pdf>. Acceso el 26/08/2019.

¹⁶ <http://dominicana.gob.do/index.php/recursos/2014-12-16-21-02-56/category/3-constitucion-y-leyes-rd?download=22:constitucion-de-la-republica-2010>. Acceso el 28/05/2019.

¹⁷ Este texto se mantiene sin modificación alguna en la versión actual votada y proclamada por la Asamblea Nacional, en fecha 13 de junio de 2015.

¹⁸ Ley núm. 76-02, promulgada el 19 de julio de 2002, y publicada el 27 de septiembre de 2002, en la Gaceta Oficial núm. 10170.

elaboración con amplia participación ciudadana. Este Código, en su Libro Primero, dedicado a las Disposiciones Generales, contiene en su Título 1º los “Principios Generales”, y entre ellos se incluye, en el Artículo 14, el de presunción de inocencia.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Art. 14.- Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta tanto una sentencia irrevocable declare su responsabilidad. Corresponde a la acusación destruir dicha presunción. En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

Esta norma se completa con la obligación de motivación de las decisiones judiciales, establecida en el Artículo 24, y con la regla de interpretación que contiene el Artículo 25, según el cual las normas penales y las procesales que restringen la libertad han de ser objeto de interpretación restrictiva y la duda ha de favorecer al imputado. Las reformas procesales emprendidas en las últimas décadas en casi todos los países de Iberoamérica han recogido igualmente estos principios como normas de derecho positivo.

La presunción de inocencia ha superado, pues, definitivamente, su origen remoto como un principio moral o un consejo para el “arte de enjuiciar” para ser un derecho con expresión positiva al más alto rango y, por ello, directamente operativo como derecho subjetivo exigible y alegable ante los tribunales. La presunción de inocencia es un derecho subjetivo del ciudadano, reconocido como derecho fundamental en la Constitución y en las leyes. Esta naturaleza jurídica como derecho humano fundamental tendrá, como veremos enseguida, una especial trascendencia.

4. PLURALIDAD DE SIGNIFICADOS Y CONTENIDOS ATRIBUIDOS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

4.1. Consecuencias del reconocimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia

En un Coloquio celebrado en Toledo, España, en abril de 1992, por la Asociación Internacional de Derecho Penal, el relator general, el profesor alemán Klaus Tiedemann, recogiendo las contestaciones dadas por las diferentes relaciones nacionales al cuestionario previo que se les había sometido, señalaba cómo en muchas de ellas se estimaba que la presunción de inocencia era “la base del derecho

penal moderno". Sea o no exacta tan rotunda afirmación, sí lo es, sin duda, que su reconocimiento como derecho fundamental del acusado ha traído consigo una transformación profunda del sistema procesal penal.

Como ejemplo palpable de esta transformación se puede mencionar lo sucedido en España donde, sin que modificara sustancialmente la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1982, la entrada en vigor de la Constitución de 1978, representó por sí sola un auténtico vuelco en el proceso penal. Las instituciones que se mostraron más incisivas en esta transformación constitucional del sistema de enjuiciar de los tribunales penales, pese a su aparente "neutralidad", fueron el reconocimiento del derecho a un juez imparcial, la obligación de motivar las resoluciones judiciales y, sobre todo, el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia. Algo similar sucedió en Italia, donde la aplicación directa de principios constitucionales como el de "no culpabilidad" hizo posible el reconocimiento de las garantías procesales básicas del imputado, incluso bajo la vigencia del Código promulgado en 1930 durante el fascismo, antes de su sustitución por el Código de Procedimiento Penal de 1989.

Hoy pueden encontrarse numerosos ejemplos del papel central que se asigna a la presunción de inocencia. Entre ellos puede citarse la Ley francesa n.º 2000-516, del 15 de junio de 2000, que entró en vigor el 1º de enero de 2001.¹⁹ Esta ley, que con más de 140 artículos reforma en profundidad el *Code de Procédure Pénale*, lleva precisamente el título genérico de "*Loi (...) renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*" (Ley por la que se refuerza la protección de la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas), indicando claramente cuáles son los dos ejes centrales sobre los que se quiere hacer pivotar la reforma del proceso penal. Algo similar se puede encontrar en el marco de la Unión Europea, donde como una de las directivas sobre derechos de las personas acusadas y sospechosas en los procesos penales, se aprobó en 2016 la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.²⁰

Su plasmación en los textos legales escritos, como derecho positivo directamente alegable ante los tribunales y apto para fundar toda clase de recursos, lleva a que, en buen número de países, las cuestiones relativas a la prueba y a su suficiencia hayan pasado a ser centrales en

¹⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2000/6/15/JUSX9800048Ljjo/texte>. Acceso 16/08/2019.

²⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=ES>. Acceso el 17/07/2019. Las directivas son una fuente normativa típica del sistema jurídico de la Unión Europea por la que los estados miembros de la UE están obligados a incorporar sus normas (trasponer) a su ordenamiento jurídico interno, dentro de un plazo determinado, el contenido y el efecto útil pretendido. En este caso el plazo de trasposición expiró el 1 de abril de 2018.

el proceso penal y a convertirse, desde el punto de vista numérico, en las más alegadas ante los tribunales de este orden.²¹

El reconocimiento del derecho en los tratados internacionales y en las constituciones le confiere, por tanto, la protección reforzada propia de los derechos humanos fundamentales, lo que hace posible reclamar su amparo ante los tribunales Constitucionales o las Cortes supremas, que tienen atribuido el amparo constitucional, y también ante las instancias jurídicas supranacionales de protección de los derechos fundamentales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos en que unos u otras admiten el recurso individual.

En el sistema jurídico de la República Dominicana no cabe olvidar la supremacía y aplicación directa de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado, tal como se proclama en su Artículo 6, así como la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (Artículo 68), y la integración en el ámbito interno de las normas vigentes de convenios internacionales, una vez publicadas de manera oficial (art. 26, 2), de modo que preceptos como los ya citados: artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre del 1948; artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad²² y, en consecuencia, del ordenamiento jurídico interno, directamente aplicable sin necesidad de intermediación legislativa alguna.

Del mismo modo, el Artículo 1 del CPP consagra esta primacía de la Constitución y de los tratados, en estos términos: "Los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley".

Por su parte, el Artículo 426 del mismo CPP señala como únicos motivos válidos para fundar un recurso de casación "la inobservancia o errónea aplicación de disposiciones de orden legal, constitucional o contenidas en los pactos internacionales en materia de derechos humanos". También, la queja por inobservancia o violación de un

²¹ Como dato anecdótico, la frecuencia de la alegación del derecho a la presunción de inocencia ante los Tribunales penales y el gran número de recursos fundados en su supuesta vulneración, ha llevado a que, en un país como España, algunos magistrados hayan llegado a decir, medio en broma medio en serio, de la Sala segunda del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, que se ha convertido en la "Sala de presunción de la inocencia".

²² Ver, en este sentido, Sentencia núm. 38, de fecha 6 de marzo del 2019, de las Salas reunidas de la Corte Suprema, que asume los argumentos expresados por la sentencia dictada por la Primera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, el 21 de agosto de 2018 https://poderjudicial.gob.do/consultas/documentos/ver_doc_fallos.aspx?ID=001-4-2018-RECA-000166IDSIS=9 Acceso 17/05/2019

derecho reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos puede presentarse ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículos 44 y 45 de la Convención) y, en su caso, sometido a la Corte Interamericana.

Estamos, por tanto, en presencia de un derecho humano fundamental, reconocido como tal en los tratados internacionales, en la Constitución Política de la República y en la ley, que vincula a todos los tribunales, que es directamente alegable ante ellos y que es apto para fundar un recurso de casación en caso de inobservancia o errónea aplicación y, en su caso, una queja ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

4.2. Dimensión temporal y material del derecho

Como ya se ha sugerido a lo largo de las líneas anteriores, el derecho a la presunción de inocencia despliega una doble eficacia, temporal y material. Si recordamos la primera formulación de los revolucionarios franceses (supra 2) se trataba en ella, como puede deducirse de su redacción, más de un aspecto temporal del derecho (nadie ha de ser tenido –y tratado– como culpable hasta tanto se le declare tal en sentencia) que de uno sustantivo (nadie puede ser condenado si no se prueba de forma completa su culpabilidad). También se ha recogido ya cómo esta dimensión temporal es la que se recoge en buena parte de las constituciones políticas de los estados americanos.

Pero hoy la presunción de inocencia no se limita al derecho a no ser tenido como culpable hasta tanto no se declare así por sentencia firme, sino que incluye, como parte esencial de su contenido, el derecho a que esta declaración de culpabilidad haya de fundarse en pruebas obtenidas de modo legal, presentadas por la acusación, con plenas garantías del derecho de defensa y objetivamente suficientes para que pueda basarse en ellas una conclusión de culpabilidad.

En el informe emitido en 1984 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a la Asamblea General sobre el estado de aplicación de los derechos consagrados en el Pacto, se resumía esta doble dimensión con las siguientes palabras (Comentario General 13, punto 7):

Por razón de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde a la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No cabe presumir

culpabilidad alguna hasta que la acusación haya sido probada más allá de cualquier duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo con dicho principio. Constituye, por tanto, una obligación de todas las autoridades públicas abstenerse de prejuzgar el resultado de un proceso.

4.2.1. Eficacia temporal

Desde el punto de vista temporal, el proceso parte de una verdad inicial, la inocencia del imputado, que no se destruye hasta que su culpabilidad haya quedado establecida por una sentencia firme. Mientras esto no sucede, el imputado no puede ser considerado culpable ni tratado como tal. Ello, como se verá, no impide la adopción de medidas cautelares, incluso privativas de libertad. Pero sí impide que ésta y cualquier otra medida cautelar excedan de lo estrictamente necesario para la finalidad de aseguramiento, sea de la persona, sea de los bienes, que las justifican. Este contenido temporal del derecho es el que fue objeto de las primeras declaraciones, como las que se han transcrito. Desde el punto de vista temporal, la presunción de inocencia supone una verdad interina que se mantiene hasta que se produce la sentencia condenatoria firme.

4.2.2. Eficacia material

Junto con esta primera eficacia temporal, el derecho pronto adquiere otro contenido, material, según el cual, a partir de la presunción inicial de inocencia, la condena sólo puede fundarse en una prueba plena de la culpabilidad susceptible de enervar tal presunción. Es en esta vertiente material donde el derecho a la presunción de inocencia ha generado todo un cuerpo de garantías referidas a la prueba en el proceso penal, que han dado lugar a la profunda transformación que antes se ha apuntado y a la aparición de un auténtico "derecho de prueba", cada vez más elaborado. Desde el punto de vista material, sólo puede producirse la condena si la culpabilidad ha quedado plenamente probada en el proceso.

5. LA CRÍTICA DOCTRINAL AUTORITARIA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU PERVIVENCIA EN LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

La incorporación de este contenido material no ha sido, sin embargo, fácil ni ha estado exenta de dificultades y de tentativas de involución.

La misma tardanza en generalizarse el reconocimiento del derecho en las constituciones de los distintos países, desde su primera formulación a fines del siglo XVIII hasta la segunda mitad del siglo XX, lo pone de manifiesto, sin que ello haya impedido, por otra parte, extraer del reconocimiento constitucional conclusiones sobre el ya mencionado contenido material. Gran parte de estas dificultades han tenido su origen en una crítica doctrinal al significado mismo y al alcance del derecho; otras responden a expresiones más directas de sistemas y tendencias políticas de signo autoritario.

5.1. Crítica doctrinal a la presunción de inocencia

Las críticas doctrinales vinieron, por un lado, de la mano de los penalistas italianos de la escuela positivista y, por otro, de autores como Bettiol y Manzini. La posición de la llamada "escuela clásica" del derecho penal, representada por Carmignani y, especialmente, por Carrara, tenía una concepción dualista del proceso penal, al que se asignaban dos finalidades: castigar a los delincuentes y evitar, al propio tiempo, la condena de los inocentes. En este dualismo, el proceso penal ha de partir del presupuesto de la inocencia, que se erige en informador de la totalidad de las instituciones procesales, desde la investigación y medidas cautelares hasta la prueba, la sentencia y el régimen de recursos.

Frente a ello, los positivistas, como Enrico Ferri, pensaban que era necesario "reequilibrar la balanza" entre la sociedad y el delincuente frente a lo que consideraban "exageraciones del principio *in dubio pro reo*". De este modo, estimaban que no debía mantenerse el principio de inocencia en los casos de flagrancia, de reos confesos, de delincuentes reincidentes y peligrosos y, de modo especial, mientras se tramitaran los recursos procedentes después de una sentencia condenatoria. Estimaban que, en estos casos, lo que debía presumirse era precisamente la culpabilidad. Incluso propugnaban resucitar la antigua "absolución en la instancia", permitiendo un nuevo proceso, tras la absolución, en caso de aparición de nuevas pruebas.

Bettiol, por su parte, desde un planteamiento estricto basado en el significado jurídico de las presunciones, argumentó que no estábamos en presencia de una *praesumptio hominis*, esto es, de un vínculo lógico que, a partir de un hecho inicial, permitía establecer, siguiendo reglas comunes de experiencia, un hecho final. De hecho, decía, la experiencia señalaba lo contrario: que la mayor parte de los imputados

acaban siendo declarados culpables. Tampoco se trataba de una *praesumptio iuris*, esto es, de una presunción establecida directamente por la norma jurídica, inexistente en su país en la época en que escribía el penalista italiano. Se expresaba con ello, en suma, más un deber moral que una norma jurídica.

La crítica más radical vino de parte de la escuela llamada "técnico-jurídica", especialmente de Manzini, quien opinaba que, entre los dos intereses tutelables del dualismo, el interés preponderante era el de la sociedad en reprender la delincuencia. Frente a él, la presunción de inocencia era una mera ficción, que chocaba con realidades tales como la prisión preventiva del imputado, y sin utilidad alguna, ya que los derechos del acusado estaban suficientemente garantizados con el derecho de defensa, sin necesidad de acudir a ficción alguna de inocencia. De este modo, mientras la presunción de inocencia se convirtió en la bandera de las concepciones jurídicas liberales, su negación era el punto de partida de concepciones autoritarias que, finalmente, encontraron su plasmación en el Código de Procedimiento Penal promulgado en Italia en 1930, en plena época fascista.

5.2. El autoritarismo político y la doctrina de la seguridad ciudadana

Estas posiciones doctrinales sirvieron de cobertura política a realidades mucho menos inocentes, que se pusieron trágicamente de manifiesto a lo largo y ancho del mundo a través de regímenes totalitarios que, bajo el paraguas ideológico de la supuesta necesidad de "defensa social", llegaron a formular el principio opuesto de "*in dubio pro societate*", y tras su proclamación, a la represión brutal de las personas bajo la simple sospecha de tratarse de "subversivos" o por su mera pertenencia a una etnia o grupo social, religioso o político considerado "enemigo de la patria" o "enemigo del pueblo", a veces con la eficaz colaboración de unos tribunales sumisos a la "razón de Estado".

Fue precisamente esta entronización de la barbarie, incluso en países situados en la centralidad cultural, la que facilitó, tras la Segunda Guerra Mundial, la extensión de la proclamación de este y otros derechos procesales básicos en textos internacionales y constitucionales. Pero, sin llegar a estos extremos, el pozo autoritario también se deja ver, de modo especial, en la regulación y, sobre todo, en la práctica de institutos como el de la prisión preventiva, convertida frecuentemente en medida de seguridad pública fundada en apreciaciones tan inaprensibles como la "alarma social" causada por el delito.

Hoy, tras el descrédito definitivo, tanto de los totalitarismos de preguerra, como de los que pervivieron en el último cuarto del pasado siglo al amparo de la guerra fría y de la "doctrina de la seguridad", el principio de inocencia, como base del sistema de enjuiciamiento penal, no se discute. Cosa distinta es que pueda aún cuestionarse su aplicación real en todos los países. En el ya citado informe emitido en 1984 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el que recogía los datos suministrados por los diferentes Estados miembros, se hacía notar lo siguiente (Comentario General 13, punto 7):

7. El Comité aprecia una falta de información sobre el art. 14, inciso 2 y, en algunos casos, incluso ha observado que la presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, se expresa en términos muy ambiguos o incluye condiciones que la hacen ineficaz.

Y es que su consagración definitiva sigue enfrentándose con la pervivencia de recelos autoritarios en busca de una supuesta mayor eficacia del sistema penal. En este sentido, el profesor español Vázquez Sotelo (1984, pág. 115) señalaba que:

El momento histórico actual exige al legislador el diseño de un método de enjuiciamiento criminal que asegure la eficacia en la lucha contra el delito sin que esa eficacia sea a costa del sacrificio del derecho a la libertad y a la inocencia que debe reconocer-se como premisa inicial a cualquier ciudadano.

Los ciudadanos, a través de la Constitución y de las leyes (que son, en definitiva, en un sistema democrático, expresión de la voluntad general), presentan a las autoridades encargadas de la investigación y persecución de los delitos una doble exigencia: de eficacia y de respeto a los derechos fundamentales. Ambas exigencias no pueden entenderse, pues, como excluyentes, sino como complementarias, ya que tanto una como otra contribuyen a lo que, en suma, representa la función básica de los poderes públicos: garantizar a todos los ciudadanos, sin exclusión, el libre ejercicio de sus derechos.

La experiencia histórica demuestra, además, que aquellas sociedades que en mayor medida han sido capaces de cumplir esta doble exigencia, de eficacia y de garantía de los derechos, no son precisamente las más inseguras, sino todo lo contrario, lo que demuestra también la falacia de la contraposición que a veces se hace entre libertad y seguridad. Cuando para descubrir delitos se cometen delitos se está contribuyendo a generar la peor inseguridad concebible

en una sociedad: aquella frente a la que no cabe pedir la protección de las autoridades, al ser éstas quienes la provocan.

Pero no cabe olvidar que el pleno reconocimiento de las consecuencias jurídicas de la presunción de inocencia se enfrenta aún a posiciones autoritarias que, desde supuestas exigencias de seguridad ciudadana, pretenden recortarlo. Estas posiciones son especialmente visibles cuando se trata de afrontar formas muy graves de delincuencia, como puede ser el terrorismo, que generan un fuerte impacto emocional en la población. En el informe presentado en diciembre de 2012, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, referido a la lucha contra el terrorismo,²³ se daba cuenta de los resultados de los simposios regionales sobre este tema y se dedicaba un párrafo entero a la presunción de inocencia. En él se destacaba cómo en todos los simposios se había señalado “la importancia crítica, en el contexto de la lucha antiterrorista, del respeto de la presunción de inocencia mientras no se pruebe lo contrario conforme a la ley, y del derecho a ser tratado en consecuencia” y, poco más adelante, se informaba cómo “[e]n algunas jurisdicciones se ha ampliado el plazo máximo de detención preventiva aplicable a los sospechosos de terrorismo y el plazo máximo que una persona puede estar detenida sin autorización judicial o sin examen de los motivos de su detención” (...) de modo que “en muchos lugares los acusados de actividades terroristas estuvieran detenidos durante largo tiempo sin que se formularan cargos contra ellos o sin que se les juzgara, en algunos casos sin poder recurrir a un examen jurisdiccional independiente”. Y se advertía que esta “prisión preventiva prolongada puede también vulnerar la presunción de inocencia, poniendo en peligro el goce del derecho a un juicio justo”.

6. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SENTIDO ESTRICTO Y SU DOBLE FUNCIÓN EN EL PROCESO PENAL COMO REGLA DE JUICIO Y COMO REGLA DE TRATAMIENTO. CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA Y CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO VERDAD INTERINA O ESTADO JURÍDICO DE INOCENCIA. SU ALCANCE

Como quedó recogido en el apartado 3.2 anterior, el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto a su contenido estrictamente jurídico, cumple una doble función en el proceso penal, como regla de juicio y como regla de tratamiento. La primera se resume en un

²³ A/HCR/22/26

postulado: en el proceso penal, la carga de la prueba corresponde a la acusación; la segunda, en otro: mientras no haya condena definitiva, el imputado ha de ser considerado y tratado legalmente como inocente. Pero cada uno de estos postulados, tras su simple enunciado, despliega una potencialidad que exige un análisis más pormenorizado.

6.1. La presunción de inocencia. ¿Presunción o verdad interina?

Lo primero que habría que despejar, para profundizar en el análisis jurídico, es la naturaleza del derecho. ¿Se trata realmente de una presunción? El nombre así parece sugerirlo e incluso son frecuentes las declaraciones jurisprudenciales que consideran que estamos en presencia de una presunción *ius tantum*, o sea, de aquellas que se mantienen, salvo que exista prueba en contrario. Pero, aunque tenga en común con este tipo de presunciones la liberación de la carga de la prueba de aquel en cuyo favor se establece, su naturaleza jurídica es distinta.

Presunción, en sentido estricto, es la afirmación jurídica de un "hecho consecuencia" a partir de un "hecho base" con el que guarda una relación lógica, o bien una relación establecida por el legislador que, a partir de uno, afirma otro, admitiendo o no prueba en contrario. Pero en la presunción de inocencia no estamos deduciendo hecho alguno, ni a través de reglas lógicas ni a través de reglas jurídicas. Estamos, simplemente, estableciendo una situación legal del imputado en el proceso penal, como una verdad interina, que se mantiene hasta tanto sea sustituida por la sentencia de condena. Mejor sería hablar, pues, de estado de inocencia o principio de inocencia, que se constituye como punto de partida del proceso penal y que sólo se destruye cuando se ha producido una decisión jurisprudencial definitiva de culpabilidad fundada en las pruebas aportadas por la acusación.

6.2. Alcance

Pero su eficacia no se limita al establecimiento de esta verdad provisional con la que se inicia el proceso penal. Una vez afirmado, no ya como consejo moral al buen juez, sino como principio jurídico fundamental y como derecho subjetivo directamente aplicable, que toda persona es inocente en tanto no se establezca su culpabilidad en un juicio con todas las garantías, tal afirmación impregna necesariamente el conjunto del derecho punitivo, tanto sustantivo como procesal.

6.2.1. Su eficacia respecto al derecho penal sustantivo

Impregna, en primer lugar, el derecho penal sustantivo, de modo que, a partir de su reconocimiento internacional y constitucional, no pueden reputarse constitucionalmente legítimas, y como tales válidas, aquellas normas penales que, al tipificar las conductas punibles, lo hacen estableciendo presunciones de culpabilidad, o presunciones de comisión de un delito a partir de un hecho que, racionalmente, no implica tal conclusión. El principio de inocencia se dirige en primer lugar al legislador, impidiéndole establecer presunciones legales de culpabilidad en el ámbito penal.

Esta eficacia del derecho en la definición de los tipos penales fue analizada de modo exhaustivo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su sentencia de 29 de mayo de 2014, en el caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche c/ Chile*.²⁴ Los afectados habían sido acusados y condenados por realizar actividades terroristas sobre la base del Art. 1º de la Ley N° 18.314, que al regular lo relativo al elemento subjetivo del tipo, incluía la presunción de la finalidad de producir temor en la población en general o en parte de ella, cuando se utilizaran determinados medios comisivos. De ello se derivaba la tipificación de estos actos como ataques terroristas. En su sentencia, la Corte Interamericana consideró que esta presunción, vigente cuando fueron condenados los reclamantes, "es violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la misma". Hay que hacer notar que Chile modificó su legislación antiterrorista en 2010 y el estado alegó que la jurisprudencia chilena "había avanzado hacia una interpretación de la Ley Antiterrorista completamente acorde con los estándares internacionales". Por otra parte, la Constitución de Chile ya establecía que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal".²⁵

Esta misma eficacia respecto al derecho penal sustantivo es la que ha llevado, por ejemplo, a que en España se hayan derogado por el legislador (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) normas del anterior Código Penal, texto refundido de 1973, como la que reputaba voluntarias las conductas descritas por el legislador como delito o falta, salvo que constase lo contrario (art. 1), la atribución de la jefatura en los delitos de rebelión o sedición, cuando no hubiere llegado a organizarse con jefes conocidos, "a los que llevaran la voz" o hubiesen "firmado escritos" (arts. 216 y 220), la presunción de autoría de las lesiones en

²⁴ El enlace al portal web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es <http://corteidh.or.cr/>. Acceso el 16/07/2019. Dispone de motor de búsqueda y ha publicado un Digesto con jurisprudencia sistematizada y actualizada hasta noviembre de 2017: <http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/>. Acceso el 16/07/2019.

²⁵ Véase. *Supra* nota 7.

supuestos de riña tumultuaria a quienes hubieren participado en ella (art. 408), o la atribución de cualquier delito cometido por una cuadrilla al “malhechor que anda habitualmente” en ella (art. 502, párrafo 3º).

El Tribunal Constitucional español, por su parte, en S.ª 105/1988, de 8 de junio, declaró inconstitucional y por tanto nulo, por vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el inciso del art. 509, párrafo 1º, del Código Penal anterior, que sancionaba al que tuviere en su poder gonzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo “y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”, si se interpretase (como venía haciendo una determinada línea interpretativa del Tribunal Supremo que arrancaba de la S.ª de 23 de mayo de 1908, y a la que inducía la redacción del precepto), que la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo hacía presumir el especial destino a tal ejecución, a menos que el acusado facilitase, mediante el correspondiente descargo, la prueba en contrario.²⁶

También existen decisiones, en el mismo sentido, de otros tribunales de garantías. Como ejemplo de ello, el Tribunal Constitucional portugués, en Acórdão (sentencia) 89/2000, de 10 de febrero, declaró la nulidad de la norma que, en materia de pesca con tóxicos o explosivos, consideraba autores morales a todos quienes acompañasen a los autores materiales conociendo su intención, por estimar que vulneraba la presunción de inocencia reconocida en el art. 32, núm. segundo de la Constitución portuguesa.

Es preciso señalar, no obstante, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que siempre tiene en cuenta tanto la necesidad de operar sobre sistemas jurídicos diferentes entre sí como el conjunto del proceso seguido en el caso concreto, contempla con menor rigidez estas presunciones legales.²⁷ De este modo, en el caso *Salabiaku* contra Francia (S.ª. de 7/10/88) y, luego, en el caso *Pham Hoang* contra Francia (S.ª. de 25/9/92), ambos referidos a infracciones de aduanas, el TEDH declaró que el Convenio Europeo, en principio, no prohibía totalmente tal tipo de presunciones legales, pero sí “requería que los estados miembros se mantuvieran en este aspecto dentro de ciertos límites, cuando se tratase de leyes penales”. Más adelante señalaba que el art. 6.2 (que garantiza en el Convenio la presunción de inocencia) no contemplaba con indiferencia tal tipo de presunciones fácticas o legales, sino que imponía a los estados “reducirlas a límites razonables que tuvieran en cuenta la importancia de los intereses

²⁶ El Tribunal Constitucional español tiene un portal web con un eficiente motor de búsqueda que permite localizar fácilmente su doctrina, a la que se puede acceder por distintas vías, incluyendo un tesauro de voces y conceptos. Puede consultarse a través del enlace www.tribunalconstitucional.es

²⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos publica todos sus actos a través de un portal propio, que también incluye un completo motor de búsqueda: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Las sentencias más importantes, y en especial aquellas en las España ha sido parte han sido traducidas al español y publicadas por el Ministerio de Justicia de España. Ver <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh>. Acceso 16/07/2019.

en juego y mantuvieran en todo caso los derechos de la defensa". El TEDH profundiza en esta necesidad de contención y ponderación con los derechos de la defensa en otras sentencias posteriores, como las del caso Janosevic c. Suecia, párrafo 101, S.^a de 21/5/2003, y Falk c. Países Bajos, S.^a de 19/10/2004. Son pues las posibilidades reales de defensa reconocidas a los acusados las que determinan finalmente que el tribunal considere la posible vulneración de la presunción de inocencia.

6.2.2. Su eficacia en otros ámbitos jurídicos

Por otra parte, aunque su origen y su ámbito propio de aplicación están en el proceso penal, la presunción de inocencia no opera exclusivamente en tal ámbito. No cabe duda de que el ámbito más específico de aplicación del principio de inocencia es el derecho sancionador. Pero siempre que se entienda por tal, tanto la sanción penal en sentido estricto como también la adopción de sanciones no penales, en especial las administrativas, y aún de sanciones civiles.

En general, tanto la CIDH como el TEDH tienen declarada la aplicación de las garantías del proceso debido, que sanciona en el ámbito interamericano el art. 8 de la Convención de San José y en el europeo, el art. 6 del Convenio de Roma, a toda clase de procesos y también a decisiones administrativas sancionadoras. En este sentido puede citarse la sentencia n.º 74 de la Corte Interamericana, de 6 de febrero de 2001, caso Ivcher Bronstein c/ Perú, relativa a una decisión estatal que privaba a un ciudadano de la nacionalidad, a la que pertenece el siguiente párrafo 102:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

Más adelante, la misma sentencia, señala en el párrafo 103:

La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto

se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.

En esta misma línea, la Corte Interamericana ha examinado la vulneración de la presunción de inocencia al pronunciarse sobre la destitución arbitraria de sus cargos a 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar (S^a. n.º 72, de 2 de febrero de 2001, caso Baena Ricardo y otros c/ Panamá), o sobre la destitución de tres magistrados de la Corte Constitucional peruana (S^a. n.º 71, caso Corte Constitucional, Aguirre Roca, Rey Terry y Reboredo Marsano c/ Perú).

Esta doctrina de la Corte Interamericana se ha reiterado en otras sentencias posteriores, como las de 5 de octubre de 2015, caso Ruano Torres y otros c/. El Salvador, en cuyo párr. 126 declaró:

[E]l principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales, y que dichas garantías deben observarse en los procedimientos en que se determinen o se afecten derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De nuevo, en la S. ^a de 3 de mayo de 2016, caso Maldonado Ordóñez c/. Guatemala, se contiene la siguiente declaración:

[E]l alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención debe respetarse tanto en materia penal como en todas en donde se vean afectados los derechos de las personas. Lo anterior incluye el principio de presunción de inocencia, por lo que es posible analizar el respeto a dicho principio en procedimientos sancionatorios administrativos.

Por su parte, el TEDH ha examinado sobre el fondo alegaciones sobre supuesta vulneración de la presunción de inocencia en sentencias como la de 8 de junio de 1976, caso Engel y otros c/ Países Bajos, relativa a sanciones disciplinarias militares, la de 10 de febrero de 1983, caso Albert y Le Compte c/ Bélgica, relativa a sanción disciplinaria impuesta a dos médicos por su colegio profesional, o en la de 25 de marzo de 1983, caso Minelli c/ Suiza, que trataba sobre un proceso civil por difamación y que se configuró como el *leading case* en materia de derecho a la presunción de inocencia, cuya doctrina es luego repetidamente citada en casos sucesivos.

Este criterio amplio sobre el ámbito de aplicación del derecho fundamental también es seguido por el TC español que, desde una de sus primeras sentencias, la 18/1981, de 8 de junio, estableció la aplicabilidad de las garantías contenidas en el art. 24.2 CE a los procedimientos administrativos sancionadores, en tanto que manifestación del *ius puniendi* del Estado. Esta doctrina se mantiene en otras más recientes, como la S.ª 161/2016, de 3 de octubre, referida al procedimiento disciplinario penitenciario y,²⁸ en general entiende, tal como se señala en S.ª 13/1982, que “el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”. En ese caso se trataba de la retirada a un padre de la guardia y custodia, antes atribuida, de un hijo menor, ante un alegato de homosexualidad que, según estimó la audiencia, “no está probado, pero tampoco contradicho en autos”. La Constitución Política de la República Dominicana responde plenamente la este esquema cuando, en su Artículo 69 afirma en su causal 10:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Artículo 169. (...) 10 Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Podemos afirmar, en suma, que la presunción de inocencia opera, básicamente, en el derecho sancionador, pero también extiende su eficacia a otros ámbitos jurídicos en los que la aplicación de la norma esté vinculada al establecimiento de la culpabilidad (p. ej., desheredación, despido disciplinario de un trabajador, etc.). y, en general, cuando se trata de imputar a una persona una conducta o condición desfavorable y deducir de tal imputación una consecuencia jurídica restrictiva de derechos, sean de índole administrativo, civil, laboral o de otro género.

Esto no impide que, en todo caso, en estos otros ámbitos jurídicos, el legislador pueda establecer presunciones, en sentido estricto, que no serían admisibles en el derecho penal, como podrían ser presunciones de culpa civil en el depositario de cosas, supuestos de responsabilidad objetiva o inversiones de la carga de la prueba exclusivamente civiles a favor de los consumidores, asegurados, adquirentes de viviendas, víctimas de accidentes de tráfico u otras similares. O incluso, en el ámbito administrativo, como en los supuestos de responsabilidad del propietario de un vehículo. En estos casos, no se trata tanto de presunciones de culpabilidad, sino de determinación por el legislador

²⁸ El Tribunal entendió, en esta sentencia, que las garantías (constitucionales) operan con especial intensidad en tanto la sanción, que puede tener un fuerte componente aflictivo, supone una grave limitación de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena, y la incoación del expediente y eventual sanción repercute con mayor o menor intensidad en el régimen de vida y el tratamiento penitenciario, hasta el punto de condicionar el disfrute de permisos de salida o la progresión en grado

de quién ha de soportar determinada pérdida o perjuicio en los casos, muy frecuentes, en que no quepa establecer responsabilidades personales.

Tampoco obsta a que alguna norma jurídica, como la directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, limite su ámbito de aplicación al proceso penal,²⁹ si bien el mero hecho de que sea necesaria esta restricción expresa pone de manifiesto la más amplia potencialidad de este principio. La presunción de inocencia no limita su eficacia al proceso penal, aunque sea éste su ámbito más específico. Se extiende a cualquier norma sancionadora y en general a las imputaciones de conductas con consecuencias jurídicas restrictivas de derechos para el imputado.

7. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DEL JUICIO. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA MATERIAL DE LA PRUEBA: SU RELACIÓN CON EL DERECHO DEL ACUSADO AL SILENCIO Y A LA NO INculpACIÓN. LA RELACIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL *IN DUBIO PRO REO*

7.1. Prueba apta para enervar la presunción de inocencia

Delimitado, del modo que se ha hecho en el epígrafe anterior, el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia, hemos de centrarnos, no obstante, en el campo que le es más propio, el cual es el del proceso penal. Una vez establecido el principio de inocencia como verdad interina o inicial, tal verdad sólo puede ser destruida en un proceso penal mediante pruebas de cargo válidas, practicadas en él con todas las garantías para la defensa, libre y racionalmente apreciadas por el juez o tribunal.

Esta sola formulación ya da idea de la enorme fuerza expansiva de este principio, tendencialmente apto para englobar en él el complejo de garantías básicas del proceso penal. De ahí la afirmación de Tiedemann, antes mencionada de la presunción de inocencia como la base del derecho penal moderno. El núcleo del principio de inocencia está en el derecho a no ser condenado sin pruebas. Pero este contenido básico podría resultar vano e ineficaz como garantía del ciudadano si, en su desarrollo, no se tuviera en cuenta:

²⁹ Véase el párrafo 11 de la Exposición de Motivos: La presente Directiva únicamente debe aplicarse al proceso penal tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el Tribunal de Justicia»), sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva no debe aplicarse ni a los procedimientos civiles ni a los administrativos. (...)

- A quién corresponde introducir las pruebas en el proceso.
- Qué pruebas son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia.
- Cómo han de practicarse esas pruebas.
- Cómo han de valorarse tales pruebas.

De este modo, en las últimas formulaciones jurisprudenciales de este contenido esencial del derecho ya no se dice, simplemente, que consiste en no ser condenado sin pruebas, sino que, como hace el TC español (p.ej., en S^a. 109/86, de 24 de septiembre), se dice lo siguiente:

... el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos.

Esta exigencia de una prueba de cargo válida, introducida por la acusación y practicada con todas las garantías legales pone, además, la presunción de inocencia en íntima conexión con la garantía esencial del juicio contradictorio y, con él, del derecho de defensa. Por decirlo con palabras de Ferrajoli (Ferrajoli, L. (2000). p.144), los requisitos de verificabilidad y refutabilidad de la decisión judicial en un proceso penal sometido a los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, propios de un Estado de Derecho actual, exigen que la inducción fáctica en que se apoye la condena cumpla las siguientes tres condiciones:

- La carga de la acusación de producir datos o hechos probatorios que tengan el valor de confirmaciones necesariamente consecuentes respecto de la hipótesis acusatoria;
- El derecho de la defensa de invalidar tal hipótesis, contradiciéndola mediante contrapruebas compatibles con hipótesis alternativas que la acusación tiene, a su vez la carga de invalidar;
- La facultad del juez de aceptar como convincente la hipótesis acusatoria (...) sólo si concuerda con todas las pruebas y resiste todas las contrapruebas recogidas.

Esta vinculación entre la presunción de inocencia, la carga de la prueba y los principios del contradictorio ha sido puesta también de manifiesto por la jurisprudencia de la CIDH en sentencias como la n.º 33, de 17 de septiembre de 1987, caso Loayza Tamayo c/ Perú, y reiterado luego en numerosas otras sentencias: Caso Cabrera García y Montiel Flores c/ México, de 26 de noviembre de 2010; caso López Mendoza c/ Venezuela, de 1 de septiembre de 2011; caso J. c/ Perú, de 27 de noviembre de 2013; caso Herrera Espinoza y otros c/ Ecuador, del 1º de septiembre de 2016; o caso Zegarra Marín c/ Perú, de 15 de febrero de 2017.

En el mismo sentido se pronuncia, de modo constante, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en sentencias de las que se dará cuenta más adelante, de las que puede ser buena muestra, por todas, la S.^a núm. 38, de 6 de marzo de 2019,³⁰ de la que pueden destacarse estos dos “considerandos”:

Considerando: que siguiendo ese mismo orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia, ha sentado el criterio de que si la acusación es pública, las pruebas deben procurarlas con esfuerzo y seriedad los órganos encargados a estos fines por la ley, de manera que puedan, posteriormente, formular y sostener la acusación; que en ese mismo orden, los jueces del fondo gozan de absoluta soberanía para realizar la valoración de las pruebas sometidas a su consideración; pero, esta facultad que le confiere la ley no significa que ellos puedan ignorar que es a la parte acusadora a quien corresponde, en todos los casos, aportar la prueba de la culpabilidad del imputado; por consiguiente, cuando se aceptan como regulares y válidos los elementos probatorios aportados en un proceso judicial, el tribunal debe declarar la culpabilidad que destruye el estado de inocencia; por lo cual, quien está siendo procesado no tiene que invalidar, desvirtuar o destruir la acusación, y por ende los jueces no deben poner esa tarea a su cargo.

Considerando: que la errónea concepción de “presunción de culpabilidad”, podría conducir a desarrollar la idea de que el indiciado o el imputado debe destruirla, lo que no se ajusta a la verdad jurídica, toda vez que, en buen derecho, realmente no existe tal presunción, sino simples méritos objetivos de posibilidad, que en definitiva sólo pueden concretarse afirmativamente en el texto de una sentencia confirmada por la obra de la acusación y de la jurisdicción.

El análisis de la presunción de inocencia como regla de juicio en el proceso penal exige, pues, el estudio de los temas siguientes:

³⁰ Exp. No. 2018-07418 Rte.: Ileana Laureano y compartes.

- La carga de la prueba.
- La validez de la prueba.
- La suficiencia de la prueba.
- La valoración de la prueba.
- La motivación de la sentencia.

O, en la redacción empleada por el TC español, p.ej. en S.^a 25/2011, de 14 de marzo de 2011, con cita de otra anterior, la 70/2010, cd 18 de octubre:

El derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.

También el Tribunal Supremo de España, en jurisprudencia reciente, ha sistematizado estas exigencias de modo compatible con el principio de libre apreciación de la prueba por el tribunal sentenciador. De este modo, tal como señala, por ejemplo, la S.^a 315/2019,³¹ de 18 de junio de 2019, la comprobación de una posible vulneración de la presunción de inocencia por el tribunal de casación exige verificar:

- Que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han de ser relacionados y valorados por el tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados;
- Que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales;
- Dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas).

Esto es, en palabras de esta misma sentencia que se cita:

1^a. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

³¹ Referencias de búsqueda: ROJ: STS 1903/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1903.

2^a. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3^a. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

4^a. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba de cargo razonada).

Al ser alguno de estos temas objeto específico de otras partes del texto, aquí no quedarán sino enunciados en sus puntos esenciales, de modo que será allí donde se analicen en profundidad.

7.2. La carga de la prueba en el proceso penal

El postulado básico es que corresponde a la acusación (o a las diferentes partes acusadoras) introducir tanto los hechos que configuran la hipótesis de aplicación de la norma penal como la prueba conducente a demostrarlos. Al iniciarse el proceso con la verdad interina legal de que el acusado es inocente, no cabe hacer recaer sobre él la carga de probar su inocencia, sino que ha de ser otra parte –esencialmente y por principio distinta del juez–, que está negando tal verdad interina al sostener frente a ella una hipótesis acusatoria, quien alegue unos hechos descritos por el legislador como punibles y proponga las pruebas que los acrediten, sometiendo tales alegaciones y tales pruebas a la posibilidad de refutación y de contraprueba por parte de la defensa. De no lograrse tal acreditación, se mantendrá la verdad inicial de inocencia y el acusado no podrá ser declarado culpable ni, por ello, condenado. La ya citada Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, rubrica su Artículo 6 «Carga de la prueba», y establece en él lo siguiente:

1. Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación (...).

En puridad de principios no sería necesario que el acusado fuera “declarado inocente”, ya que, legalmente, ya lo era sin necesidad de ninguna declaración judicial. Por eso en muchos ordenamientos jurídicos se evita incluso mencionar la palabra “inocente” en la

declaración judicial, que se sustituye por la declaración de “no culpable”, clásica del proceso anglosajón (y también del proceso por jurado en España), limitándose la sentencia a pronunciar la absolución [de los cargos que contra él se presentaban]. Este contenido primario del principio de inocencia no es objeto de discusión, ni siquiera por parte de aquellos que cuestionan otras manifestaciones de él.

La formulación puede resumirse así:

La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde enteramente a la acusación, sin que en ningún caso puede derivarse para el ciudadano acusado la carga de probar su inocencia. En esto se diferencia esencialmente un sistema penal garantista, basado en el principio acusatorio, del sistema inquisitivo propio del antiguo régimen en que, bajo el supuesto objetivo de búsqueda de la “verdad material”, era el propio juez quien tomaba la iniciativa probatoria. La norma relativa a la carga de la prueba estaba recogida de modo extenso como uno de los principios generales del proceso penal en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal de la República Dominicana en estos términos:

Artículo 3- Carga de la prueba. La prueba de la culpabilidad de la persona perseguida corresponde al órgano acusador. El Ministerio Público debe establecer la realidad y la calificación jurídica de los hechos, así como la existencia de todo elemento susceptible de tener influencia sobre éstos; la participación en estos hechos de la persona que se persiga; la existencia en dicha persona de la intención culpable requerida por el texto de la incriminación.

Esta redacción no se ha incorporado como tal al CPP, aprobado por Ley núm. 76-02. Pero, como se ha visto, el Art. 14, en su párrafo 1º, establece claramente que corresponde a la acusación destruir la presunción de inocencia. Esta fórmula es en sí misma suficiente y ya se ha mencionado que ha sido interpretada y aplicada por la Suprema Corte de Justicia (por todas, la citada S.^a núm. 38, del 6 de marzo de 2019), declarando de modo rotundo “que es a la parte acusadora a quien corresponde, en todos los casos, aportar la prueba de la culpabilidad del imputado”. Otra sentencia del mismo 6 de marzo de 2019, la núm. 40,³² rechaza el recurso de casación presentado por quien había sido condenado al considerar “que la parte a quien incumbe la participación y aportación activa de la investigación y aportación de los elementos de prueba, ha presentado las pruebas necesarias, suficientes y plenas para destruir la presunción de inocencia del imputado (...); presunción de inocencia estándar necesario en un procedimiento acusatorio, cumpliendo con el deber que le asiste de acompañar su acusación

³² Exp. No. 2018-07077 Rte.: César Sensenat

con elementos probatorios que lleven a la jurisdicción a acoger sus planteamientos”.

Ahora bien, una vez formulado el principio, su profundización no está exenta de problemas. El primero y más trascendente es el de determinar la extensión de esta carga de la prueba que corresponde a la acusación, en especial en relación con los hechos excluyentes o impositivos de la responsabilidad penal.

7.2.1. La carga de la prueba de los elementos constitutivos de la infracción penal y de sus posibles agravaciones

En el estado actual de depuración del derecho penal, la condena y consiguiente imposición de una pena no es posible sin la prueba de todos y cada uno de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que definen el tipo penal objeto de acusación. Si tomamos como ejemplo un tipo penal como el homicidio, corresponderá a la acusación probar tanto los elementos objetivos del tipo, la acción homicida, el resultado de muerte y la relación de causa-efecto entre una y otro, como los subjetivos, la intención de matar. Cosa distinta será el medio de prueba a través del cual se obtendrá la convicción del tribunal sobre todos y cada uno de tales elementos del tipo penal que, en el último caso, en lo que respecta al elemento subjetivo del tipo, será preferentemente prueba indiciaria. Pero, tanto unos como otros tendrán que ser objeto de prueba. Por eso el ya citado Proyecto de Código de Procedimiento Penal se refería a que, además de la participación en el hecho de la persona acusada, el Ministerio Público debería probar también “la existencia en dicha persona de la intención culpable requerida por el texto de la incriminación”.

También tendrán que probarse por la acusación, los hechos señalados en la Ley Penal como determinantes de la aplicación de un tipo penal agravado o de una agravación de pena. En el caso del homicidio, y utilizando la terminología jurídica española, correspondería a la acusación probar, por ejemplo, las circunstancias de indefensión de la víctima y aseguramiento del resultado que determinarían la alevosía y, con ella, la calificación del hecho como asesinato, con pena notablemente superior al homicidio simple. Del mismo modo, la acusación tendrá que probar la existencia de condenas anteriores, o los hechos de los que resulte un abuso de superioridad o el empleo de sicarios, en el caso de que estas circunstancias tengan relevancia, conforme a la Ley Penal, para imponer una pena superior a la hora

de determinar la pena. El mismo art. 3 del Proyecto ya contemplaba este alcance cuando incluía entre la prueba cuya carga corresponde al Ministerio Público, la de “la existencia de todo elemento susceptible de tener influencia sobre [la calificación jurídica]”.

7.2.2. Carga de la prueba de los hechos impeditivos o extintivos y de las circunstancias atenuantes

Pero, ¿también le corresponde a la acusación probar la no existencia de hechos o circunstancias que excluirían la responsabilidad penal, o que disminuirían la responsabilidad? En el ejemplo del homicidio, una vez probado que el acusado dio muerte a la víctima y que tenía intención de acabar con su vida, ¿también tendrá la acusación que probar, por ejemplo, que no actuó en legítima defensa?; ¿o esta prueba corresponde ya a la defensa? El Tribunal Supremo español viene sosteniendo de un modo reiterado que “incumbe al acusado la carga de probar los hechos impeditivos alegados por él”. Así lo afirmaba, entre otras, la sentencia núm. 261/ 1998, del 21 de febrero, que cita en su apoyo muchas otras anteriores, como las núm. 147/1994, del 4 de febrero; 374/1995, del 15 de marzo; y 242/ 1996, del 11 de marzo.

La doctrina ha sido elaborada especialmente respecto a alegaciones de error de prohibición o error sobre elementos del tipo. En este sentido, una sentencia posterior a las citadas, la núm. 1288/2000, de 18 de julio, tras reafirmar que el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación, señala que “no debe olvidarse que para que ello suceda es absolutamente imprescindible que tal extremo se halle demostrado (...), no siendo en modo alguno bastantes las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable”, de modo que “desvirtuada la presunción de inocencia que sólo cubre la dispensa de prueba frente a los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria, subsiste la precisión de probar los impeditivos que el acusado introduce en el proceso”.

Con mayor extensión y en términos ya más generales, un auto de inadmisión de 10 de diciembre de 1999 señala lo siguiente:

Está establecido que una cosa es el hecho negativo y otra distinta los hechos impeditivos, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquellos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega (...) ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el onus probandi de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho

y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos.

Esta posición del máximo órgano jurisdiccional español se inscribe en una tradición jurídica que inicialmente resultaba común tanto a los países de la Europa continental como a los países de *Common Law*. Una cita clásica en este sentido es la de la Ordenanza Criminal Prusiana de 1805, cuyo artículo 367 establecía:

Una vez obtenida la prueba de un acto contra el acusado, éste queda sujeto a la ley penal” (tomo la cita y su traducción de FLETCHER, G.P. (Fletcher, G.P. (1997). p. 148).

Pero desde el siglo XIX hasta hoy se ha producido en este punto una evolución en la que ha jugado un papel determinante la depuración en la elaboración de la teoría del delito y la consiguiente transferencia de lo que inicialmente pudieron considerarse circunstancias eximentes que operaban desde fuera, a modo de obstáculos externos a la sanción del delito cometido y probado a elementos constitutivos del delito, sin los cuales éste no llega a nacer.

Fletcher (Fletcher, G.P. (1997. Pp. 150 y ss.) describe esta evolución en los países de *common law*, tomando como referencia el homicidio y la consideración respecto de él de elementos como la intencionalidad (o malicia en la terminología penal de los EE.U U.), la legítima defensa y el trastorno mental. Según señala, en la jurisprudencia británica el primer paso lo dio la Cámara de los Lores en el caso *Woolmington v. Director of Public Prosecutions* (1935) respecto de una alegación de disparo accidental. El juez había instruido al jurado, según la tradición británica, de que tal alegación debía probarla el acusado “a satisfacción del Jurado”. La Cámara de los Lores, por el contrario, estimó que la malicia era un elemento del asesinato, y la malicia, supone que la muerte fue intencional y sin provocación, por lo que correspondía a la acusación probar la malicia rebatiendo las alegaciones de la defensa que la excluían. Esta jurisprudencia se extendió luego a la ausencia de provocación (*Manzini v. Director of Public Prosecutions*, 1942) y finalmente, a la legítima defensa (*Chan Kau v. The Queen*, 1955).

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se produce una evolución semejante, aunque sobre bases y con

resultados finales algo distintos. En 1895, en *Davis v. U.S.*, 160 U.S.469, en un supuesto de alegación de enfermedad mental, la Corte Suprema estimó que la presunción de inocencia era aplicable a cada uno de los elementos necesarios para la existencia del delito, entre ellos, que el acusado tenía "capacidad legal" para cometerlo o, lo que es lo mismo, si "voluntaria, deliberada, ilegal y maliciosamente quitó la vida a la víctima".

Posteriormente, sin embargo, la propia Corte Suprema estadounidense, en *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977) estimó válida la atribución legal a la defensa de la carga de una prueba suficiente de eximentes tales como la "perturbación emocional extrema"; y en *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987) similar prescripción legal respecto de cualquier "defensa afirmativa", incluyendo una alegación de legítima defensa, al estimar que en ambos casos no se estaba en presencia de elementos del delito. El Model Penal Code hace uso de esta posición jurisprudencial para tratar de facilitar la aceptación en la legislación penal de los distintos estados de EE.UU. del error de derecho, atribuyendo la carga de su prueba a la defensa.

Por el contrario, en la tradición jurídica europea, la respuesta ha venido, como se ha señalado, por un enriquecimiento de la dogmática jurídico-penal y con ella de la teoría jurídica del delito, a través de la cual se incorporan como elementos del delito lo que antes se contemplaba como circunstancias externas a él. La respuesta, en suma, no es tan unívoca como parecen dar a entender las rotundas afirmaciones del Tribunal Supremo español que se han transcrito (*vid supra* en esta misma sección), sino que necesita de alguna matización.

La posición correcta, seguramente, es que corresponde a la acusación, en todo caso la prueba de todos y cada uno de los elementos de la infracción penal, incluyendo la imputabilidad y antijuridicidad de la acción. Pero cuando no existen indicios previos de una causa de esta naturaleza, no puede atribuirse a la acusación la necesidad de una prueba diabólica sobre la inexistencia de cualquier hecho que pueda excluir el delito, por lo que no le basta al acusado con la alegación de un hecho negativo o impeditivo de esta naturaleza, sino que debe probarlo como mínimo hasta un grado suficiente como para introducir una duda razonable sobre su posible existencia. En este sentido, la doctrina penal de los EE.UU. (Fletcher, G.P. (1997). p. 35) habla de la existencia, junto a la carga de la prueba (*burden of proof*) de un "deber de proceder" (*burden of production o burden of going forward*) que impone, tanto a la acusación como a la defensa, "la obligación de aportar la suficiente prueba como para que el tribunal se tome la cuestión en

serio como objeto de debate". Una vez asumida esta carga procesal e introducida por la defensa esta "prueba suficiente" para que la cuestión sea debatida, correspondería de nuevo a la acusación probar su inexistencia, pues sólo de este modo se probaría el delito que afirma.

Esto es, en definitiva, lo que señala el ya citado Art. 6, apartado 1, de la Directiva 2016/343, de 16 de marzo de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo cuando, tras proclamar que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados ha de recaer en la acusación, añade lo siguiente: "Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, (...)".

Incluso para quienes sostienen que corresponde a la defensa la carga de la prueba del hecho extintivo, la intensidad de tal carga sería distinta a la exigible a la acusación. En aquellos países que, como EE.UU., utilizan los llamados "estándares" de prueba, mientras que para la acusación el estándar exigible para acreditar la existencia del delito sería su prueba, "más allá de toda duda razonable", para tener por acreditada la circunstancia eximente introducida por la defensa bastaría un estándar inferior, la llamada "prueba preponderante". En los países de tradición jurídica romano-germánica, donde no se utilizan los estándares de prueba sino la libre convicción del juzgador, puede afirmarse, por el contrario que si, introducido por la defensa y apoyado en un principio de prueba suficiente, es objeto del debate procesal un hecho de esta naturaleza, capaz de excluir la infracción penal, una duda, seria y fundada en la prueba practicada, sobre su posible concurrencia sería suficiente para impedir la condena.

Esta vía de la integración en los elementos constitutivos del delito tiene, no obstante, sus límites, en especial en lo que se refiere a circunstancias atenuantes de la responsabilidad, que sí se sitúan fuera de cualquier descripción del tipo penal y cuya alegación y prueba sí corresponderá a la defensa, aunque también en este punto puede admitirse la existencia de estándares o exigencias probatorias de menor intensidad. Un reflejo de ello es la previsión en muchas legislaciones de mayorías menores para que el jurado tenga por probado un hecho de esta naturaleza. Por ejemplo, en el Tribunal del Jurado español, compuesto por un magistrado-presidente y nueve jurados, basta para tener acreditado un hecho favorable al acusado el voto de 5 de los 9 jurados, mientras que para declarar la culpabilidad o tener por probados los hechos contrarios al reo, se precisan al menos 7 votos conformes de los jurados.

7.3. Suficiencia de la prueba

Establecido el principio de que corresponde a la acusación la carga de la prueba sobre todos los elementos del delito, la cuestión siguiente es ¿cuánta prueba ha de considerarse necesaria? Una pregunta así formulada parecería no tener demasiado sentido en los países como España o la República Dominicana, donde el legislador no fija estándares precisos de prueba, sino que se remite a la íntima convicción del juez. Es preciso recordar en este punto que el principio de libre valoración de la prueba constituye una conquista del derecho procesal penal moderno frente a los sistemas de prueba tasada del antiguo régimen a que ya se ha hecho referencia. Pero incluso en estos sistemas, se ha planteado la cuestión por la vía del control posterior de la validez de la condena, en caso de recurso contra ella. La evolución en este aspecto de la jurisprudencia del TC español puede ser suficientemente ilustrativa.

En la primera ocasión en que se enfrentaba con una petición de amparo por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en la S. ^ª 31/1981, de 28 de julio (que es también una de las primeras dictadas por el tribunal, recién creado), se trataba de una condena fundada exclusivamente en la declaración del detenido ante la policía, sin que, en el juicio, donde el acusado negó su participación en el hecho, se hubiera practicado prueba alguna. El tribunal dijo, en aquella ocasión, que:

El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado (...).

El cumplimiento o vulneración de la garantía constitucional se traducía en la existencia o no en el juicio de esta "mínima actividad probatoria" de cargo, y tal existencia era lo único que podía ser verificado por los tribunales de casación y de garantías, a quienes no corresponde revisar la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal sentenciador. Pronto, sin embargo, quedó de manifiesto la insuficiencia de este esquema. Una sentencia posterior, la 174/1985, de 17 de diciembre,

trataba sobre una condena fundada en indicios. El tribunal ya dio en este caso un paso más, al afirmar que la apreciación en conciencia de la prueba

(...) ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de esta actividad probatoria de cargo puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el art. 24.2 CE.

No basta, por tanto, que se haya practicado prueba e, incluso, que se haya practicado con gran amplitud, (...). El resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.

A partir de estas resoluciones y otras, tanto del Tribunal Supremo (TS) como del Tribunal Constitucional (TC), se modificaron tanto los términos empleados como la amplitud de sus propias posibilidades de revisión de la actividad probatoria llevada a cabo en el juicio. De este modo, el TC, a partir de la S. ^ª 109/1986, de 24 de septiembre, ya habla de la existencia o no de “suficiente” actividad probatoria, y a partir de la S. ^ª 150/1989, de 25 de septiembre, de que se haya practicado “verdadera” prueba de cargo.

La posición actual del TC español sobre este aspecto de la suficiencia de la prueba viene resumida en la S. ^ª 229/1999, de 13 de diciembre, en estos términos:

Partiendo (...) de que la prueba de cargo es “una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado” (...) el examen de la existencia de prueba de cargo (...) requiere: verificar, primero, que las pruebas o alguna de ellas hayan tenido por objeto los hechos que se atribuyen al acusado y la intervención misma de éste en ellos, pues si las pruebas practicadas no versaron o carecen de virtualidad genérica para acreditar ambos extremos ni siquiera puede entenderse que haya existido prueba; y comprobar, después, que la prueba tenga carácter incriminatorio del acusado...

La determinación de la suficiencia de la prueba practicada bajo la luz de la presunción de inocencia también se puede encontrar en la jurisprudencia de otros países de América que comparten los mismos principios. Un ejemplo se puede encontrar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú, como la S.^a de la Sala Penal Permanente en

recurso núm. 41/2010, de 14 de octubre de 2010,³³ a la que pertenece el siguiente extracto relevante:

Quinto: Que uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de impugnación –al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

A similares resultados sobre la suficiencia de la prueba de cargo practicada se llega en la jurisprudencia de los países de *common law* a través de los estándares probatorios que, en este caso, se traducen en la prueba *beyond all reasonable doubt*, más allá de cualquier duda razonable, formulada por la Corte Suprema de los EE.UU., en *Miles v. U.S.*, 103 U.S.304, en estos términos:

The evidence upon which a jury is justified in returning a verdict of guilty must be sufficient to produce a conviction of guilt, to the exclusion of all reasonable doubt. [La prueba que puede justificar un veredicto de culpabilidad por el jurado debe ser suficiente para llevar a la convicción de culpa, con exclusión de cualquier duda razonable].

La exigencia de una prueba “suficiente” ha sido también una constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que señala que “el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal”, por lo que, si “obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”, de modo que “la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia” (Caso Cantoral Benavides c/. Perú, S.^a de 18 de agosto de 2000). En el mismo sentido, caso Ricardo Canese c. Paraguay, S.^a del 31 de agosto de 2004; caso Cabrera García y Montiel Flores c/ México, S.^a del 26 de noviembre de 2010; y caso J. c/ Perú, S.^a del 27 de noviembre de 2013. De igual modo, el vigente Código Procesal Penal de la República Dominicana es tajante a la hora de determinar esta exigencia de suficiencia de la prueba de cargo cuando, en el art. 337, relativo al sentido de la sentencia, establece lo siguiente:

³³ Fuente: Espinosa Goyena, J.C. y otros. (2013). p. 393.

Art. 337.- Absolución.

Se dicta sentencia absolutoria cuando:

- 1) No se haya probado la acusación o ésta haya sido retirada del juicio;
- 2) La prueba aportada no sea suficiente para establecer la responsabilidad penal del imputado;
- 3) No pueda ser demostrado que el hecho existió o cuando éste no constituye un hecho punible o el imputado no participó en él.

Y, por el contrario, en el **Art. 338**:

Art. 338.- Condenatoria.

Se dicta sentencia condenatoria cuando la prueba aportada sea suficiente para establecer con certeza la responsabilidad penal del imputado. El examen en particular de qué pruebas han de considerarse suficientes, en especial en lo que se refiere a la prueba indiciaria, corresponde a la Unidad 5, a la que me remito.

7.4. Prueba válida

Pero esta prueba de cargo objetivamente suficiente ha de haberse obtenido de conformidad con las normas y procedimientos que la regulan, como garantía de su regularidad y requisito para su validez. Como ya señala el citado Artículo 170 del CPP, el principio de libre apreciación de la prueba tiene el límite de que la prueba haya sido lícitamente obtenida. Ante todo, la prueba ha de producirse de acuerdo con los principios básicos de inmediatez, contradicción efectiva, oralidad, concentración y publicidad, tal como están recogidos en el Art. 3 del Código Procesal Penal. En otro capítulo se tratarán en profundidad estas exigencias, así como las posibles excepciones a la necesidad de que la prueba apta para fundar la condena se practique precisamente ante el juez de fondo.

Cumplidos estos requisitos básicos de los actos procesales –y la producción y práctica de la prueba son actos de esta especie–, expresamente contemplados como parámetros de validez, también es exigible que la fuente de prueba se haya obtenido de forma constitucionalmente legítima. El principio de nulidad radical de la

prueba ilegal está hoy recogido en la Constitución de la República Dominicana, cuyo Art. 69, dedicado a las garantías del debido proceso, establece en su apartado 8), la nulidad de "toda prueba obtenida en violación a la ley".

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

ARTÍCULO 69. Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso, que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: (...) 8. Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley.

También está recogido este principio en otras constituciones de distintos países de América.³⁴ Por su parte, el Código Procesal Penal también consagra de modo claro el principio de legalidad de la prueba y la exclusión de la prueba ilícita. El primero de estos principios está plasmado en los Arts. 26 y 166 del CPP, con este contenido:

CÓDIGO PROCESAL PENAL PARTE GENERAL LIBRO I: DISPOSICIONES GENERALES TÍTULO I: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Art. 26.- Legalidad de la prueba.

Los elementos de prueba sólo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.

Y, más adelante,

LIBRO IV: MEDIOS DE PRUEBA TÍTULO I: NORMAS GENERALES

Art. 166.- Legalidad de la prueba.

³⁴ Por citar algunos ejemplos: Brasil: Art. 5º LVI: LVI – "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (Las pruebas obtenidas por medios ilícitos son procesalmente inadmisibles). Colombia. Art. 29: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". México. Art. 20. A. IX. "Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula".

Los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este código.

El Código Procesal Penal también recoge el principio de exclusión probatoria:

**LIBRO IV:
MEDIOS DE PRUEBA
TÍTULO I:
NORMAS GENERALES**

Art. 167.- Exclusión probatoria.

No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado.

Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.

Hay que tener en cuenta que esta nulidad radical de la prueba obtenida con violación de las garantías constitucionales está excluida de toda posible convalidación, tal como establece el Art. 168 CPP, conforme al cual sólo podrán ser convalidados los actos defectuosos “cuando no se violen derechos o garantías del imputado”.

Se incorpora así al derecho positivo de la República Dominicana una doctrina que se había ido creando a todo lo largo del siglo XX y en la cual confluyen dos corrientes: una europea continental, fundada en la teoría general de la nulidad de los actos jurídicos y, entre ellos, de los actos procesales, conforme a la cual lo que es nulo no debe tener ningún valor; la otra, que tiene su origen en los Estados Unidos de América, que no parte de presupuestos teóricos sobre la nulidad, sino de consideraciones pragmáticas sobre la mejor forma de preservar los derechos y las libertades de los ciudadanos. Este efecto disuasorio (*deterrent effect*) se puso de manifiesto de modo crudo en la decisión sobre el caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US259, 1990, en el que el Tribunal Supremo de los EE.UU. admitió la validez de

las pruebas obtenidas por agentes policiales extranjeros ya que, tal como declaró, la regla de exclusión -completada por el principio de buena fe- no operaba frente a la actuación en territorio mexicano de la policía mexicana, a quien se atribuía la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba.

Por el contrario, el fundamento de esta exigencia en la doctrina del TC español es muy distinta. Ya se pronunció sobre ello, desde los primeros momentos, en la S.^a 114/84, del 29 de noviembre. Se trataba allí de un proceso laboral, no penal, por despido de un trabajador, en el que la prueba aportada por la empresa, de la infracción laboral motivadora del despido era una grabación registrada sin conocimiento de su interlocutor. Con independencia de la decisión sobre el fondo de si, en estas circunstancias concretas, se vulneró o no algún derecho fundamental, el tribunal estimó que, aún careciendo entonces el ordenamiento español de una norma legal expresa que estableciera la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida, "deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución española) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida, violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental".

Poco después, en julio de 1985, el legislador español incluyó en la Ley Orgánica del Poder Judicial un precepto expreso, el art. 11.1, en virtud del cual "no surtirán efecto [en ninguna clase de proceso] las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". La CIDH, caso Loayza Tamayo c/ Perú, S.^a núm. 33, del 17 de septiembre de 1997, también declaró que la condena, aunque pronunciada por un tribunal del fuero ordinario, fundada en pruebas obtenidas en un procedimiento militar anterior que no alcanzaba los estándares de un juicio justo, vulneraba el derecho a la presunción de inocencia.

Basta con dejar enunciada la necesidad de que la prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia haya de ser constitucionalmente válida y la ineptitud radical de toda prueba obtenida, vulnerando derechos fundamentales y de la que traiga causa jurídica de ella, por clamoroso que pudiera ser su resultado incriminatorio. El estudio en profundidad de la exclusión de la prueba ilícita y de su efecto irradiante, los llamados "frutos del árbol envenenado" corresponde a la corresponde al capítulo 5, al que remite.³⁵

7.5. Valoración de la prueba

En el derecho procesal dominicano, al igual que en el de los demás países de tradición jurídica basada en el llamado "derecho civil", el principio general es el de libertad probatoria y libre apreciación de la prueba por el tribunal. Este principio está consagrado en los Arts. 170 y 172 del Código Procesal Penal, en estos términos:

CÓDIGO PROCESAL PENAL

Art. 170.- Libertad probatoria.

Los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa.

Art. 172.- Valoración.

El juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia (...) con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba.

Este principio de libertad probatoria y de libre apreciación de la prueba en su conjunto, que como ya se ha dicho constituye una señal de identidad de la reforma procesal frente al antiguo régimen, está consagrado igualmente en otros ordenamientos procesales de similar tradición. Valga como ejemplo el art. 741 de la española Ley de Enjuiciamiento Criminal: "El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley".

³⁵ Pero, ¿qué ocurre cuando la alegada ilicitud de la prueba no radica en actos de los poderes públicos, sino de particulares?

Esta situación, objeto de estudios teóricos, se puso dramáticamente sobre la mesa en la jurisprudencia de diversos países europeos con ocasión de la conocida como "lista Falciani".

Hervé Falciani, informático que trabajaba para la rama suiza del banco HSBC, se hizo con información masiva de cuentas de clientes abiertas en ese banco a través de las cuales se estaban eludiendo los impuestos debidos en distintos países. El Sr. Falciani intentó vender esta información en varias partes del mundo, sin conseguirla.

Mientras, el banco había denunciado su conducta. Las autoridades suizas habían emitido una orden internacional de detención y el Sr. Falciani fue detenido en Francia. En el momento de la detención la policía francesa incautó el disco duro con la información bancaria sustraída. Al analizar esta información, la administración tributaria francesa puso a disposición de otros países lo que se refería a ellos, lo que dio origen a la apertura de procedimientos administrativos y judiciales por evasión fiscal en países tales como España, Italia, Alemania o Bélgica. Lo relevante, en lo que a nosotros concierne, es cuestión relativa a la validez de una prueba en cuyo origen se encontraba un acto ilícito llevado a cabo por un particular.

Las respuestas jurisdiccionales han sido diversas. La S.³ 116/2017, de 23 de febrero, del TS español, que desestimó el recurso de casación contra la condena, dando validez a la prueba, da cuenta de ellas en su f.j. 3.^o. En éste se da cuenta de que el Tribunal Supremo belga, por ejemplo, en la sentencia dictada con fecha 22 de mayo de 2015, caso KB Lux, estimó que era necesaria una ponderación de cada caso concreto y se pronunció contra su admisión, pero no tanto por su ilicitud intrínseca -que también- cuanto por las dudas que ofrecía su autenticidad.

Por el contrario, la Sala de lo Penal de la Corte de Casación francesa, en sentencia 27 de noviembre de 2013, recurso núm.13-85042, se pronunció por su validez probatoria, en la medida en que su valoración en la instancia estuvo filtrada por el principio de contradicción en los debates del plenario y porque las autoridades francesas no intervinieron en los hechos ilícitos que hicieron luego posible su plena disposición por el tribunal de enjuiciamiento. Tampoco se excluyó la virtualidad probatoria la Corte de Casación italiana, que se pronunció sobre ello en sentencias de 26 de septiembre de 2012 -núm. 38753- y 17 de abril de 2013 -núm. 29433-. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional alemán, en un supuesto similar, resuelto en S.³ de 9 de noviembre de 2010, excluyó la ilicitud probatoria. Los recurrentes en ese caso demandaron a Alemania ante el TEDH que, en sentencia 6 de octubre de 2016 rechazó la demanda y negó cualquier vulneración del Convenio. La orden de entrada y registro fue una injerencia acordada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo que, además, resultaba necesaria en una sociedad democrática.

Con estos precedentes, el Tribunal Supremo español, en la S.³ que se cita, tiene en cuenta, ante todo, para pronunciarse sobre la validez de la prueba, que la supuesta ilicitud no había sido cometida por las autoridades con la finalidad de obtener la prueba controvertida, sino que éste había sido obtenida por las autoridades francesas de modo legítimo, en una actividad igualmente legítima, que había sido aportada a las autoridades españolas de modo regular, en el marco de los convenios e instrumentos legales de cooperación y que había sido incorporada al proceso de modo regular y contradictorio, con plena posibilidad de impugnación y contestación por parte de la defensa.

Recurrida en amparo esta sentencia ante el Tribunal Constitucional, éste ha desestimado el recurso de quien había sido condenado por evasión fiscal y confirmado que no se había vulnerado la presunción de inocencia. El texto de la sentencia del TS no se ha publicado aún al cerrar este módulo, pero el fallo se ha dado a conocer por nota de prensa. Fuente. El País, 17 de julio de 2019.

Constituye una constante en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional afirmar que, una vez producida en el juicio prueba de cargo válida y objetivamente suficiente para destruir la presunción de inocencia, ésta agota ya sus efectos, por lo que la valoración de la prueba practicada se sitúa ya en un momento posterior ajeno al principio de inocencia. El principio de libre valoración de la prueba como base de los sistemas procesales penales modernos, frente a las pruebas tasadas del antiguo régimen, parecía impedir cualquier escrutinio posterior de la apreciación llevada a cabo por el juez o tribunal que presencia la práctica de las pruebas, una vez cumplidos los indicados requisitos mínimos de suficiencia objetiva y validez.

El desarrollo de la presunción de inocencia ha permitido, no obstante, avanzar hacia la "comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador". El camino, en la jurisprudencia española, ha sido la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, establecida en el art. 9.3 de la Constitución. Por esta vía se introdujo, en primer lugar, la revisión, bajo la perspectiva de la presunción de inocencia, del enlace lógico entre la prueba indiciaria practicada y la deducción fáctica que de ella obtiene el juez o tribunal sentenciador, para más tarde extenderla en general al análisis de la estructura racional del conjunto de la valoración probatoria.

La construcción teórica de estas posiciones jurisprudenciales se funda en que la convicción judicial es un suceso complejo con dos niveles: el primer nivel consiste en la formación sobre la base de lo percibido (lo visto y oído); el segundo nivel, se trata de la observancia de las leyes de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos. Este segundo nivel es el que sería directamente revisable bajo el prisma de la presunción de inocencia, de modo que constituiría una vulneración de ella la convicción obtenida contrariando tales reglas racionales.

El principio está plenamente asentado en los ordenamientos jurídicos actuales, tanto del área del *common law* como en los países de derecho civil o de derecho codificado, y se encuentra en la base de la norma sobre valoración de la prueba contenida en el ya citado art. 172 del Código Procesal Penal de la República Dominicana. Más explícito es aún, si cabe, el art. 333 del mismo CPP sobre normas para la deliberación y votación de las sentencias.

CÓDIGO PROCESAL PENAL

Art. 333.- Normas para la deliberación y la votación.

Los jueces que conforman el tribunal aprecian, de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos sean de fácil comprensión...

7.6. Motivación

Esta exigencia de que la valoración probatoria responda a una estructura racional entronca con el último de los requisitos que han de conformar la prueba apta para destruir la presunción de inocencia: la explicación por parte del tribunal de los fundamentos de su convicción. Con ello se da paso a la posibilidad de verificación y control de la racionalidad de tal valoración por los órganos de recurso.

Hay que recordar en este aspecto que el principio de libre apreciación de la prueba, que supuso una de las claves del sistema procesal penal moderno, propició sin embargo una cierta degeneración interna, de modo que lo que constituía un sistema coherente de valoración, no sometido a reglas rígidas y preestablecidas, pero sujeto a las exigencias mínimas de racionalidad y experiencia, a "las reglas del criterio racional", acabó convertido en muchos casos en una falta total de ataduras para el órgano sentenciador que, apelando³⁶ a la libre apreciación y a la convicción formada "en los arcanos de la conciencia", no se sentía obligado a ofrecer explicación alguna sobre cómo y por qué había llegado a determinada convicción y, sobre todo, sobre qué pruebas había utilizado para ello. Por eso los sistemas procesales más recientes (p.ej., el art. 120.3 de la Constitución española, o el art. 192 del *Codice de Procedura Penale* italiano) recogen de modo expreso la exigencia de motivación de todas las resoluciones judiciales, exigencia que, en el caso de la sentencia penal, hay que entenderla referida no sólo a la motivación jurídica, sino también, y de modo especial, a hacer explícitas las razones por las que se ha llegado a una determinada convicción judicial sobre los hechos.

³⁶ Esta exigencia de motivación de toda resolución judicial ha determinado que, en España, en los juicios con jurado, éste haya de motivar su veredicto, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito anglosajón, donde el jurado se limita a declarar al acusado culpable o no culpable de los cargos. Sin embargo, en España, tal como establece el Art. 61 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, el acta del veredicto ha de contener 'd) Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...». Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados'. Esta exigencia de motivación del veredicto (aunque matizada conforme a cada ordenamiento procesal) también ha sido declarada por el TEDH en el caso *Taxquet c/ Bélgica*, S.^º del 16 de noviembre de 2010, que supuso una auténtica conmoción en el derecho procesal penal en Europa.

Esta exigencia de motivación está expresamente recogida en el Art. 24 del Código Procesal Penal dominicano, entre los principios fundamentales, con estas palabras:

Art. 24.- Motivación de las decisiones. Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación.

El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar. Y, más adelante, en el ya citado Art. 172, al establecer las normas generales sobre medios de prueba y contenido de las sentencias, y como complemento necesario al principio de apreciación conjunta y libre valoración:

Art. 172.- Valoración. El juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia y está en la obligación de explicar las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba.

Luego, de forma igualmente explícita, cuando en el art. 334 se regula la estructura y contenido de la sentencia, se incluye, en el causal (3):

*Art. 334.- Requisitos de la sentencia. La sentencia debe contener:
(...) 3. El voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer término.*

De modo coherente con esta exigencia de motivación, el Art. 417 del Código Procesal Penal, al señalar los posibles motivos de recurso contra la sentencia, incluye:

*Art. 417.- Motivos. El recurso sólo puede fundarse en:
(...) 2. La falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia, o cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral.*

Por su parte, el TC español, en sentencias como la S.^a 249/00, de 30 de octubre, recoge tal exigencia de motivación y su vinculación con la presunción de inocencia, en estos términos:

(...) quiebra el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que si, tras su consagración constitucional, toda condena ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la Sentencia (...). El déficit de motivación que se aduce supondría, por sí mismo, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (...).

Dicho de otro modo, "(...) los tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo, capaz de enervar la presunción de inocencia."

La contundencia y la claridad de la cita releva cualquier comentario adicional. Solo cabe señalar que esta exigencia de motivación de la valoración probatoria llevada a cabo, inicialmente predicada sólo en los supuestos de condena basada en prueba de indicios (S.^ª del TC 174/1985 y 175/1985, ambas del 17 de diciembre), se entiende en la actualidad extensiva a la denominada prueba directa, pues como dice el mismo TC en S.^ª 5/2000, del 17 de enero, "también ésta para ser conectada con los hechos probados, requiere, en muchas ocasiones, una interpretación o inferencia que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación".

En el mismo sentido de vinculación entre la obligación de motivar la apreciación probatoria llevada a cabo en la sentencia y la presunción de inocencia, se pronuncian también otros tribunales constitucionales, como el portugués (Acórdão n.º 680/98). No cabe olvidar que, en rigor, toda prueba, aún la llamada "directa", comporta finalmente un proceso inductivo en su apreciación.

Tomando el ejemplo de Ferrajoli (Ferrojili, L. (2000). p.130), del testimonio prestado ante el tribunal por A, según el cual ha visto a B salir de casa de C con un cuchillo ensangrentado, inmediatamente antes de que C fuera encontrado muerto de una cuchillada en el corazón, sólo puede deducirse la participación de B en el hecho a través de una triple inducción: (1) el testimonio de A es verosímil; (2) A ha visto realmente esa escena sin errar en su apreciación; (3) el comportamiento de B induce a pensar que mató a C.

Tales disposiciones no son, por otra parte, sino el corolario lógico del principio general establecido en el art. 10, según el cual toda autoridad está en la obligación de motivar de forma específica, precisa y detallada

cualquier decisión tomada por ella, relativa a los hechos de la causa y a los argumentos jurídicos que le permitan aportar una solución.

El contenido material de la presunción de inocencia como regla del juicio de fondo puede resumirse en estos términos: la condena de una persona sólo puede tener lugar si se ha producido una prueba de cargo suficiente, cuya aportación corresponde a la acusación, de la que pueda deducirse objetivamente su culpabilidad, practicada normalmente en el juicio y con sujeción a las normas procesales y a las garantías constitucionales, y valorada de forma razonable, valoración que ha de ser explicada por el órgano sentenciador.

7.7. Derecho del acusado al silencio y a la no inculpación

Si el acusado ha de ser tenido por inocente, tanto al inicio del proceso como a todo lo largo de su desarrollo, en tanto no se llegue a una sentencia de condena que haya adquirido la autoridad de cosa irrevocablemente juzgada, y si la carga de la prueba de la culpabilidad recae sobre quien sostenga la acusación, sin que el acusado tenga que probar su inocencia, ha de llegarse como corolario lógico a su derecho al silencio y a la no inculpación, sin que se le pueda obligar a aportar pruebas en su contra. El derecho al silencio entronca también con la prohibición de tortura y de cualquier trato inhumano o degradante.

La Constitución Política de la República Dominicana³⁷ incluye de modo expreso el derecho del inculpado a no declarar contra sí mismo, en su Artículo 69, consagrado al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso como parte de las garantías fundamentales, en los siguientes términos:

Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso.

*Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:
(...) 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo.*

Por su parte, el Código Procesal Penal, también lo incluye entre los principios fundamentales:

Artículo 13.- No autoincriminación.

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y todo imputado

³⁷ Este derecho fundamental ya estaba también reconocido en el apartado i) del Artículo 8, inciso 2. De la anterior Constitución, del 14 de agosto de 1994

tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni puede ser valorado en su contra.

La vinculación de ambos derechos, de no incriminación y de silencio, con la presunción de inocencia, está recogida expresamente en el Art. 7 de la citada Directiva (UE) 343/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2014 y en, entre otros textos constitucionales, en el art. 24.2 de la Constitución española, y ha sido frecuentemente afirmada por muy diversos tribunales de derechos Humanos y de garantías constitucionales.

El TEDH, en los casos Funke contra Francia, (S.^a de 25 de febrero de 1993, párrafo 44); Murray contra el Reino Unido (S.^a del 8 de febrero de 1996, párrafo 45) y Saunders contra el Reino Unido (S.^a del 17 de diciembre de 1996, párrafo 68), ha señalado así que el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, aunque no estén expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio “residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia”.

Por su parte, el TC español, en S.^a 161/1997, del 2 de octubre, donde se cuestionaba la obligación de los conductores de someterse a pruebas de control de alcoholemia (de las que podía resultar la prueba de la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico) que los derechos citados “entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba”, carga que, asegura el TC, “no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación”.

Pero, una vez reconocido el derecho, se plantea su carácter absoluto y, de modo especial, si cabe obtener consecuencias negativas del silencio del inculcado, especialmente en aquellos casos y la obligación de colaborar en actos procesales como exámenes corporales, análisis, toma de impresiones digitales y de muestras y, en general, en actos de los que pueden obtenerse pruebas en su contra. Ya se ha mencionado que, tal como establece el Artículo 13 del CPP de la República Dominicana, el ejercicio del derecho a guardar silencio no puede ser valorado en contra del imputado.

Sin embargo, el TEDH, en los casos antes citados, estimó que ni el derecho al silencio ni el derecho a la no autoinculpación se oponen a que “el silencio del acusado, en situaciones que claramente

demandarían una explicación por su parte, pueden ser tomadas en consideración para reforzar la convicción sobre la prueba presentada por la acusación". No puede ser tomado, en suma, como prueba por sí mismo, pero sí puede ser tenido en cuenta como un indicio más para valorar la prueba de cargo.

En el mismo sentido, y de modo más explícito, el Tribunal Supremo español, en dos sentencias, una la 2106/1992, del 1 de octubre; y otra, la 1956/ 1994, del 2 de noviembre, estimó, por un lado que, de la no declaración, sin más, "no podrá nunca obtenerse una presunción de confesión de hechos o de participaciones, pero si otras pruebas imputan a una persona un hecho y aquella no quiere declarar, no podrá, con toda obviedad, por imposibilidad al mantenerse en silencio, contradecir los argumentos contrarios e introducir así una convicción opuesta a la tesis acusatoria o, en último término, incorporar la duda razonable de existir que habría de ser interpretada siempre en favor del reo. En el segundo caso, en que la prueba de cargo consistía en la identificación de una huella dactilar del acusado en la carcasa de un explosivo, el silencio y con él la falta de cualquier posible explicación alternativa, hacía racional la inferencia sobre la participación en su colocación.

Tampoco puede sostenerse, como a veces se hace, que el derecho a no declarar lleva consigo un supuesto derecho a mentir. También en este punto el Tribunal Supremo español sostiene, de modo reiterado (p. ej., en S. ^a 1650/1999, del 23 de noviembre), que, si bien el acusado no puede tener la carga de probar su inocencia, sí puede sufrir las cargas negativas de que se demuestre la falsedad de sus alegaciones exculpatorias, ya que tal evento puede servir para corroborar indicios de culpabilidad.

En cuanto a la colaboración para la producción de pruebas inculpativas, el TC español, en la citada S. ^a 161/1997, del 2 de octubre, relativa a los controles de alcoholemia, estimó que el núcleo de la garantía constitucional contra la no inculpativa se centraba en la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo; "no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas", ya que "la configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia".

En suma, la garantía contra la autoincriminación se refiere únicamente “a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio”, pero no a sustraerse a cualquier acto de investigación que requiera la colaboración del interesado. En un sentido similar se había pronunciado con anterioridad la Resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 22 de marzo de 1973, que indica que “nadie podrá negarse o sustraerse a una prueba del aliento, a que se le tome una muestra de sangre o a someterse a un reconocimiento médico. Las legislaciones nacionales serán las responsables de velar por la aplicación de este principio” (punto II.2 c). En el mismo sentido se pronunció la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/1961 y 8239/1978).

Por su parte, el TEDH ha declarado que la obligación para los propietarios de vehículos de identificar al conductor en el momento en que se comete una infracción de tráfico no es incompatible con el artículo 6 del Convenio (caso O’Halloran y Francis c. Reino Unido, S.^a del 29 de junio de 2007), o que obligar a los conductores a someterse a una prueba de aliento o a un análisis de sangre no es contrario al principio de presunción de inocencia (caso Tirado Ortiz y Lozano Martin c. España, S.^a de 15 de junio de 1999).

7.8. Presunción de inocencia e “*in dubio pro reo*”

Una cuestión final sobre el contenido material de la presunción de inocencia como regla del juicio: ¿forma parte de ella el principio *in dubio pro reo*? No se trata de volver a la confusión entre este principio y el derecho fundamental (vid. supra 1.2), sino de que, una vez establecida la distinción, ¿se trata de instituciones nítidamente separadas, sin que guarden relación entre sí o, por el contrario, el derecho a la presunción de inocencia encierra, como una parte de él, el principio *in dubio pro reo*? La respuesta, con toda certeza, es esta última. Al ser la inocencia la verdad interina inicial que no necesita ser demostrada para mantenerse, y no caber la condena sino tras una prueba suficiente de la culpabilidad, si el juez no obtiene, a través de la prueba, la certeza sobre esta culpabilidad debe absolver, porque sólo tal certeza desvirtúa la presunción de inocencia. Dicho con otras palabras, sólo desde el convencimiento firme se puede condenar, no desde la duda.

El principio *in dubio pro reo* tiene, pues, además de una dimensión

fáctica referida a la convicción íntima que pueda formarse el juez a través de la prueba o de la duda que, tras su valoración, pueda quedarle, una dimensión normativa que obliga a un pronunciamiento absolutorio cuando tras el juicio no se haya obtenido la certeza sobre la culpabilidad, certeza expresada siempre en términos de convicción razonable. La tantas veces citada Directiva (UE) 343/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, lo recoge expresamente en su art. 6.2, en estos términos:

“2. Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto”. Esto es lo que, en último término, pone de manifiesto el estándar de una convicción “más allá de toda duda razonable”.

En este sentido, el TC español ya declaró en S.^ª 44/1989, del 20 de febrero, que el principio *in dubio pro reo* es «consustancial del derecho a la presunción de inocencia».

8. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO NORMA DE TRATAMIENTO. LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN PROCESAL RESPECTO DEL INculpADO

8.1. Presunción de inocencia y prisión preventiva

Ya quedó dicho (vid supra 3.2.1) que es precisamente la dimensión temporal del derecho, la restricción de que el imputado sea tratado como culpable antes de una sentencia definitiva que declare la culpabilidad, la que primero se manifiesta históricamente, auspiciada por las ideas liberalizadoras de la Ilustración. Pero también se vio que en las primeras formulaciones ya aparecían las posibles excepciones. Recordemos la fórmula de los revolucionarios franceses (supra 1.2):

“cualquier rigor que no sea necesario para asegurar su persona deberá ser severamente perseguido por la ley”.

Estas concesiones a la “necesidad” (“necesaria injusticia”, decía de ella Carrara), comunes a toda la crítica ilustrada a la prisión preventiva (Beccaria, Filangeri, Bentham ...) aportaron precisamente la justificación ideológica necesaria para su mantenimiento e incluso para, a través de ella, sustentar la crítica a la presunción de inocencia. Recordemos sobre ello las terribles palabras de Manzini:

Y, en fin, ¿de qué inocencia se trata?... Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias?; ¿por qué no se abole la prisión preventiva? [tomo la cita de Ferrajoli, (Ferrajoli, L. (2000). p. 555), que, a su vez, cita a Manzini (Manzini. (1931). p. 181).

Porque es, desde luego, íntimamente contradictorio que, si el proceso penal parte, como posición de principio y como regla básica del enjuiciamiento, de la inocencia del imputado, puedan adoptarse antes de la sentencia medidas tan severas –y tan semejantes a las penas– como la privación de libertad del imputado. Por eso, desde posiciones de estricto garantismo y coherencia con el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia, se ha propugnado por autores como el propio Ferrajoli (Ferrajoli. (2000). Pp. 559), y sigs.) “un proceso sin prisión provisional”.

Sin embargo, pese a esta contradicción interna difícilmente asumible sin incomodidad intelectual, la prisión preventiva constituye una realidad admitida no sólo por la totalidad de las legislaciones procesales sino también por los textos constitucionales e internacionales de reconocimiento de los derechos fundamentales, que se limitan a prevenir contra las detenciones “arbitrarias” (art. 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), a someter los supuestos de detención y prisión preventiva al principio de legalidad (art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y a garantizar el control judicial, su carácter excepcional, su limitación temporal y la finalidad procesal que la justifica: el aseguramiento de “la comparecencia del acusado en el acto del juicio y, en su caso, para la ejecución del fallo” (art. 9, citado, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 5.1 del Convenio de Roma, para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales).

En similares términos se pronuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 7 señala:

Derecho a la Libertad Personal

(...)

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

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

(...)

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

(...)

La Constitución Política de la República Dominicana establece estas garantías en su art.40, bajo la rúbrica de "Derecho a la libertad y seguridad personales", en los siguientes términos:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto:

(...)

9) Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar;

El principio general de excepcionalidad y limitación de las medidas de coerción y, en especial, de la prisión preventiva, se complementa en otros apartados de este mismo artículo 40 del texto constitucional:

1.- Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito:

(...)

5.- Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare;

(...)

6.- *Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona;*

(...)

Como no podía ser menos, estos mismos principios plasmados en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos están igualmente establecidos en los principios fundamentales del Código Procesal Penal.

CÓDIGO PROCESAL PENAL

PARTE GENERAL

LIBRO I:

DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I:

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Art. 15.- Estatuto de libertad.

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

Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de resguardar.

Toda persona que se encuentre privada de su libertad o amenazada de ello, de manera arbitraria o irrazonable tiene derecho a recurrir ante cualquier juez o tribunal a fin de que éste conozca y decida sobre la legalidad de tal privación o amenaza, en los términos que lo establece este código.

Art. 16.- Límite razonable de la prisión preventiva.

La prisión preventiva está sometida a un límite temporal razonable a los fines de evitar que se convierta en una pena anticipada.

La regulación específica de las medidas cautelares y, más concretamente, de la prisión preventiva, está establecida con detalles en el Libro V, dedicado a las medidas de coerción. El art. 222 plasma los principios generales, y los artículos 234 y siguientes regulan la prisión preventiva.

La prisión preventiva, además de excepcional, es revocable de oficio en cualquier momento, ha de ser revisada obligatoriamente cada tres meses y su duración no puede exceder de doce meses, prorrogables

por seis meses más, con el límite máximo de la cuantía mínima de la pena imponible, considerando incluso las reglas relativas al perdón judicial y a la libertad condicional (arts. 239 a 242).

LIBRO V:

MEDIDAS DE COERCIÓN

TÍTULO I:

NORMAS GENERALES

Art. 222.- Principio general.

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Las medidas de coerción tienen carácter excepcional y sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento.

La resolución judicial que impone una medida de coerción o la rechace es revocable o reformativa en cualquier estado del procedimiento. En todo caso, el juez puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

Y, más adelante,

Art. 234.- Prisión preventiva.

Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas de coerción, la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona.

No puede ordenarse la prisión preventiva de una persona mayor de setenta años, si se estima que, en caso de condena, no le es imponible una pena mayor a cinco años de privación de libertad. Tampoco procede ordenarla en perjuicio de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave y terminal.

Las circunstancias generales exigibles para la imposición de medidas de coerción a que se refiere el citado Artículo 234, están contenidas en el Art. 227, que exige la concurrencia de todas las circunstancias siguientes:

1) Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;

- 2) Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento;
- 3) La infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad.

Por su parte, el riesgo de fuga está también taxativamente regulado en el Art. 229, que exige tener en cuenta elementos tales como el arraigo en el país, residencia habitual, asiento de su familia, negocios o trabajo, facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, pena imponible al delito que se imputa, daño causado y actitud respecto a su reparación y comportamiento del imputado, que ponga de manifiesto su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Se puede afirmar, por tanto, que la prisión preventiva está legalmente sujeta a los siguientes límites:

- 1.- Excepcionalidad: No cabe decretarla por sistema o como normal general.
- 2.- Legalidad: Sólo se puede decretar cuando concurren las condiciones legales.
- 3.- Estricta necesidad: Sólo cabe decretarla cuando sea estrictamente necesaria y no quepa adoptar otra medida que cumpla la misma finalidad.
- 4.- Finalidad. Sólo puede responder a la finalidad de asegurar la presencia del imputado en el juicio
- 5.- Principio de rogación: El juez no puede decretarla de oficio, sino solo a petición del Ministerio Público o del querellante.
- 6.- Proporcionalidad: Ha de ser proporcional a la entidad del delito, su pena abstracta y las circunstancias concretas del imputado.
- 7.- Limitación temporal: Su duración está legalmente limitada y ha de cesar en el mismo instante en que deje de ser estrictamente necesaria.

La realidad, sin embargo, es más inconfortable de lo que dejan ver los resquicios de estos textos internacionales de garantías y los límites constitucionales y legales que se han recogido.

Como puso de manifiesto hace décadas una investigación patrocinada por el Ilanud (Carranza, E., 1996, pp. 81-88) el de los presos sin condena es el grupo más numeroso de presos en muchos países del mundo, con porcentajes que, en 1981 y 1982 y en el ámbito latinoamericano, superaban el 75% del total de presos en México, Uruguay, República Dominicana, El Salvador, Bolivia y Paraguay. Todavía en 1995 el porcentaje era de más del 80% en Uruguay y Honduras y del 90% en la República Dominicana. Los índices más reducidos en países de tradición jurídica anglosajona son más referibles, por otra parte, a una mayor celeridad procesal que a un menor uso de la prisión preventiva. Otro estudio de la misma fuente (Carranza, E. 200.) da cuenta de que, entre 1878 y 1992, el total de presos preventivos en relación al total de la población penitenciaria en la República Dominicana ascendió al 80%, porcentaje que llegaba a un abrumador 94% en países como Paraguay.

Tan es así que, es opinión común entre los estudiosos del derecho procesal, que las reformas del proceso penal emprendidas en los últimos veinte años en numerosos países de América Latina responden, en gran medida, a la necesidad de poner freno a esta situación.³⁸ Estas reformas han dado su fruto, de modo que, tal como reflejan distintas fuentes, entre ellas de modo principal los estudios llevados a cabo por Ilanud y por CEJA Américas, la población reclusa en espera de juicio se ha reducido drásticamente en todos los países. Pero, aun así, todavía en 2019, un estudio del *World Prisons Brief*³⁹ daba cuenta de que, tras África, en 2019, los países de América Latina arrojaban los índices más altos de presos preventivos, con una media del 36,3% de la población penitenciaria, porcentaje que llega hasta un 77,9% en Paraguay, un 69,9% en Bolivia y un 69,6% en Uruguay y que supera también el 50% en Haití, Venezuela, Honduras, Panamá y Guatemala.

En concreto, en lo que se refiere a la República Dominicana, se menciona que en 2006 se situaba en el 57,5%, pero el ya citado informe de *World Prisons Brief*,⁴⁰ citando fuentes de la Procuraduría General de la República y de la Dirección General de Prisiones, señala que con fecha 29.03.2019 el porcentaje de presos preventivos sobre el total de la población penitenciaria era del 60,0%. Y las mismas fuentes oficiales recogen que, al 16 de julio de 2019, el número de presos preventivos en cárceles dominicanas ascendía a 15.873, esto es, un 60,7% de la

³⁸ Entre la última década del s. XX y la actualidad han reformado sus sistemas de proceso penal e introducido el principio acusatorio países como Argentina (en diferentes ordenamientos provinciales: Buenos Aires, Córdoba, Chubut...), Bolivia (Código de Procedimiento Penal de 1999), Chile (Ley n.º 19.696, de 2000), Colombia (Código de Procedimiento Penal de 2004), Costa Rica (Ley 7594, de 1996), Ecuador (Ley de 13 de enero de 2000), El Salvador (Decreto legislativo 904 de 1996), Guatemala (Código Procesal Penal de 1992), Honduras (Código Procesal Penal de 1999), México (Reforma constitucional de 2008), Nicaragua (Código Procesal Penal de 2001), Panamá (Código Procesal Penal de 2008), Paraguay (Código Procesal Penal de 2011), Perú (Código Procesal Penal de 2004), o Venezuela (Código Orgánico Procesal Penal de 1998).

³⁹ <https://www.prisonstudies.org>, acceso 28/08/2019, también citado por García Castro, Teresa. (2019). P.3. daba cuenta de que, tras África, aún en 2019, los países de Sudamérica arrojaban los índices más altos de presos preventivos, con una media del 36,3 % de la población penitenciaria, porcentaje que llega hasta un 77,9 % en Paraguay, un 69,9 % en Bolivia y un 69,6 % en Uruguay y que supera también el 50 % en Venezuela, Honduras, Panamá y Guatemala.

⁴⁰ <https://www.prisonstudies.org/country/dominican-republic>, acceso el 28/08/2019.

⁴¹ Fuente: Listin Diario. 16 de julio de 2019. Acceso el 16/07/2019, con datos de la Dirección General de Prisiones. <https://listindiario.com/la-republica/2019/01/18/549885/mas-de-15800-presos-son-preventivos>

población penitenciaria y una cifra superior, por tanto, a la de los 10,259 penados.⁴¹ Al constituir el estudio de la prisión preventiva el objeto específico de estudio de la Unidad 9, basta con estas referencias y con la remisión a un tratamiento más extenso en dicho lugar.

8.2. Efectos respecto de otras medidas cautelares y restrictivas de derechos

La prisión preventiva es, ciertamente, la medida que más puede afectar a la esfera personal de quien está sometido a un proceso penal. Pero, como se ha podido ver, no es la única carga del proceso. También puede ser necesario adoptar en él otras medidas de aseguramiento, en especial medidas aseguramiento real, tales como aprehensiones y embargos de bienes, y también restricciones de derechos necesarias para la investigación del delito, como intervenciones telefónicas o de correspondencia o registros en domicilios, que pueden pugnar con la consideración legal de inocencia de la persona contra quien se adoptan y con el propio reconocimiento constitucional de tales derechos. Al ser así, su adopción ha de estar presidida en primer lugar por el principio de legalidad, de modo que sólo por ley cabrá establecer estas restricciones en consideración a que ningún derecho puede considerarse absoluto y en su aplicación será necesaria en todo caso una ponderación de los derechos e intereses en juego, de modo que quede limitada por los principios de necesidad y de proporcionalidad. Cualquier restricción o afectación de derechos del imputado durante el proceso sólo será admisible en la medida en que esté prevista por la ley, resulte estrictamente necesaria y sea proporcionada a la gravedad del delito y a la finalidad que con ella se pretenda alcanzar.

Como ya se ha visto, el CPP de la República Dominicana recoge estos principios y regula las medidas de coerción en el Libro V, distinguiendo entre las medidas de coerción personales (citación y arresto y conducencia) y otras (Capítulo II) tales como la prestación de garantía, prohibición de salir del país o de abandonar una localidad, cuidado o vigilancia a cargo de una persona o institución, presentación periódica, colocaciones de localizadores electrónicos o arresto domiciliario. Sin duda, una aplicación más frecuente de medidas alternativas a la prisión preventiva, como las que se citan en el Art. 226 del CPP, reducirían de modo notable la necesidad de acudir a la privación de libertad y, por tanto, el número de presos preventivos.

8.3. El límite temporal de la presunción de inocencia. Efectos en decisiones posteriores

En la tradición jurídica anglosajona es frecuente señalar que la presunción de inocencia agota su eficacia con la sentencia de condena. Así se ha declarado, de modo expreso, por la Corte Suprema de los EE. UU. en casos como *Herrera v. Collins*, (91-7328), 506 U.S. 390 (1993) y *Schlup v. Delo*, (93-7901), 513 U.S. 298 (1995).

Para los países de tradición jurídica continental europea la consideración es, sin embargo, diversa, y el límite temporal no se fija en el momento de la sentencia condenatoria, sino en el de su firmeza o en el momento en que adquiere autoridad de cosa juzgada. Común a ambos sistemas es, sin embargo, la consideración de que la sentencia absolutoria ha de considerarse, en todo caso, definitiva, sin que sea lícito establecer en ella declaraciones o afirmaciones de culpabilidad, cualquiera que sea su eficacia.

Situaciones de este tipo se han producido tanto en el ámbito europeo como en el americano. En este último, puede citarse el caso *Loayza Tamayo c/ Perú*, S.^a de la Corte Interamericana de Derechos Humanos núm. 33, de 17 de septiembre de 1987. La Sra. Lozyza Tamayo había sido absuelta por la jurisdicción militar, pero una declaración contenida en la sentencia absolutoria sobre la comisión de otro delito fue la base de su condena posterior por los tribunales del fuero común. La CIDH declaró en dicho caso que:

(...) la jurisdicción militar, infringió el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a la señora María Elena Loayza Tamayo la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello.

En el ámbito europeo se han conocido diferentes supuestos en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró ilegítimas, por vulneración de la presunción de inocencia, situaciones jurídicas en que, tras una sentencia absolutoria o una finalización del proceso penal por causas distintas de la sentencia, por prescripción o fallecimiento del imputado, se mantuvo una situación jurídica de sospecha.

Un resumen muy completo de los pronunciamientos del TEDH al respecto se contiene en los numerales 98 a 102 de la S.^a de 12 de

⁴² [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-122875"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), acceso el 17/07/2019.

julio de 2013, caso Allen c/ Reino Unido.⁴² Tal como se resume en ellos, el tribunal se ha pronunciado sobre la aplicación del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el Art. 6.2 del Convenio europeo a decisiones judiciales pronunciadas tras el cierre de un proceso penal, ya fuera por desistimiento de la acusación o por absolución. Los casos citados se refieren a aspectos como:

a) Obligación impuesta a quien había sido acusado de hacer frente a costas judiciales o a gastos del proceso (caso Minelli c Suiza, S.^a de 25 de marzo de 1983, citado en otras sentencias posteriores);

b) Demanda de indemnización formulada por quien había sido acusado, como consecuencia de la prisión preventiva o de otro perjuicio sufrido a causa de la acusación penal;

c) Demanda del acusado de reembolso de los gastos de defensa;

d) Demanda de indemnización por perjuicios causados por investigación o procedimientos irregulares o abusivos;

e) Obligación civil de indemnizar a la víctima;

f) Denegación de una acción civil emprendida por el acusado contra una compañía de seguros;

g) Mantenimiento de la vigencia de una medida de custodia de un niño, tras la decisión del Ministerio Público de no acusar al padre por maltrato al niño;

h) Procedimientos disciplinarios o de despido; y

i) Revocación del derecho del requirente a una vivienda social.

Tal como se recoge en la resolución que se está citando, el TEDH ha admitido en todos estos supuestos el examen de la cuestión a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia del Art. 6.2 del Convenio Europeo, si bien ha concluido que es necesario un examen caso por caso para determinar si en cada uno de ellos existía o no un vínculo directo entre la absolución o el cese de la persecución penal y el derecho que se demandaba.

El análisis en profundidad de cada uno de estos supuestos excedería con mucho el objeto de este texto. Baste con señalar que el TEDH ha estimado que, en todo caso, la presunción de inocencia "exige

tener en cuenta, en todo procedimiento posterior, cualquiera que sea su naturaleza, el hecho de que el interesado no ha sido condenado” (caso Vanjak c/ Croacia, de 20 de enero de 2010) y que la decisión de absolución “debe ser respetada por toda autoridad que se pronuncie, de modo directo o incidental, sobre la responsabilidad penal del interesado (casos Vassilios Stavropoulos c/ Grecia, del 27 de septiembre de 2007, ¶ 39, Tendam c/ España, del 13 de julio de 2010, ¶ 37, y Lorenzetti c/ Italia, del 10 de abril de 2012, ¶ 46).

El principio general, citado en las sentencias posteriores, fue establecido en el caso Minelli c Suiza, S.^a del 25 de marzo de 1983, parágrafo 37, en los siguientes términos:

37. Aux yeux de la Cour; la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Il peut en aller ainsi même en l'absence de constat formel ; il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable (...). [En opinión del Tribunal, se desconoce la presunción de inocencia si, sin que se haya establecido previamente la culpabilidad del acusado y, en especial, sin que este último haya tenido la ocasión de ejercer el derecho de defensa, una decisión judicial que le concierna refleja la impresión de que es culpable. Ello puede ocurrir incluso en ausencia de una declaración formal en este sentido: basta con una fundamentación que lleve a pensar que el juez considera culpable al interesado].

Más compleja es la respuesta relativa a un posible derecho a indemnización, tras la sentencia absolutoria, como consecuencia de la privación de libertad sufrida en la causa. El TEDH no amparó en todos los casos lo que consideraba un inexistente derecho a indemnización como consecuencia de la sentencia absolutoria. La base de esta apreciación radica en el texto literal del numeral 6 del Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este numeral establece lo siguiente:

6. 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.

En una redacción similar, el Artículo 3 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala:

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.

El TEDH estimó que la absolución por aplicación posterior del derecho a la presunción de inocencia no equivalía a “la comisión de un error judicial” en la condena, que era la base de un eventual derecho a indemnización, según el Pacto Internacional y el Protocolo 7 del Convenio Europeo. Pero lo que sí afirmó es que el derecho a una eventual indemnización por error judicial o por prisión preventiva indebida, no podía ser negado sobre la base de una sospecha de culpabilidad posterior al proceso.

Sobre esto se pronunció específicamente el TEDH en la sentencia del 12 de julio de 2013, caso Allen c/ Reino Unido.⁴³ El Sr. Allen que había sido condenado por la Crown Court de Nottingham por homicidio involuntario, por estimar que las lesiones cerebrales que habían causado la muerte de su hijo, de 4 meses, eran compatibles con el hecho de que su padre le hubiera sacudido bruscamente. El Sr. Allen no apeló y empezó a cumplir la pena de prisión impuesta. Pero en una apelación posterior, fuera de plazo, fue absuelto por la Corte de Apelación ante una nueva prueba médica que mostraba que la causa de esas lesiones que presentó el menor fallecido pudiera haber sido otra distinta. Desestimada por las autoridades nacionales la petición de indemnización por estimar que no podía hablarse en ese caso de “error judicial”, el TEDH concluye finalmente que no ha habido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ya que esta decisión posterior no había puesto en cuestión la decisión final de la Corte de Apelación según la cual la decisión de culpabilidad pronunciada inicialmente por el jurado “no se había fundado en bases sólidas”.

Del mismo modo, el TC español, en sentencia 87/2019, del 2 de julio de 2019,⁴⁴ ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1º

⁴³ [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001:122875"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), acceso el 17/07/2019.

⁴⁴ https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_087/2018-4314STC.pdf, acceso el 17/07/2019.

de julio, del Poder Judicial, por estimar que “reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia”. Con todo, el mismo Tribunal deja constancia de que la supresión de estos incisos no puede interpretarse en el sentido de que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos, sino que era necesaria una nueva regulación legal compatible con el citado Art. 24.2 de la Constitución y, por ende, respetuosa con los derechos fundamentales que se estimaban vulnerados.

En otro orden de cosas, el TEDH ha declarado también que la exención de responsabilidad penal no impide el establecimiento de responsabilidad civil por una indemnización de daños y perjuicios por los mismos hechos, sobre la base de un criterio de prueba menos estricto (caso Ringvold c. Noruega, S.^a del 11 de febrero de 2003, párrafo 38; Y c. Noruega, de la misma fecha, párrafo 41; y Lundkvist c. Suecia, S.^a del 13 de noviembre de 2003).

8.4. Prohibición de doble incriminación

Para concluir este apartado sobre efectos posteriores, es necesario dejar constancia de la íntima vinculación de la presunción de inocencia con el derecho a no ser juzgado o sancionado por un delito que ya ha sido enjuiciado. Esto incluye tanto la antigua “absolución en la instancia” propia del antiguo régimen y expresamente prohibida en constituciones como la mexicana de 1917 como lo que, en términos ingleses, se conoce como “*double jeopardy*”.

El principio está recogido, como derecho autónomo, en el Art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en estos términos:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

La vigente Constitución de la República Dominicana recoge este derecho en su Art. 69, encuadrado en el capítulo de las garantías fundamentales y dedicado a la tutela judicial efectiva y debido proceso, en estos términos:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso.

Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

(...)

5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;

El Código Procesal Penal también recoge este principio en su Art. 9

CÓDIGO PROCESAL PENAL

Art. 9.- Única persecución.

Nadie puede ser perseguido, juzgado ni condenado dos veces por un mismo hecho.

9. ALCANCE EXTRAPROCESAL DEL DERECHO

La fuerza expansiva del reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia como derecho fundamental, no se agota con su eficacia estrictamente procesal, como regla de juicio y como regla de tratamiento del acusado. Tal como ha puesto de manifiesto, entre otros, el TC español, en S^ª. TC 109/86, del 24 de septiembre, en los países de tradición jurídica europea continental, a diferencia de los de *common law*, se estima que la presunción de inocencia:

(...) opera [también] en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”.

Entre las manifestaciones de esta eficacia extraprocesal del principio, puede citarse, de modo destacado, el derecho a no ser presentado como culpable por parte de las autoridades públicas antes de la condena definitiva.

Este derecho se afirmó, entre otros supuestos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la S. ^ª Allenet de Ribemont contra Francia, de 9 de febrero de 1995. El TEDH estimó en tal ocasión que la presunción de inocencia también podía ser vulnerada por autoridades públicas no judiciales, como era el caso de una conferencia de prensa convocada

por el Ministro del Interior, tras la detención del solicitante de amparo en la que se le presentaba como el autor de determinado asesinato de resonancia pública, prejuzgando el resultado del enjuiciamiento posterior. En un caso similar, en el asunto *Nešťák c/ Eslovaquia*, S.^a del 27 de febrero de 2007, el TEDH también estimó que se había cometido una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en una decisión judicial, adoptada por el tribunal regional con ocasión de un recurso interlocutorio anterior al juicio y a la sentencia, y relativo a la prisión provisional, en la que se declaró que estaba probado que el recurrente había cometido el delito del que se le acusaba, motivado por la falta de dinero y que el modo en que lo había cometido ponía de manifiesto su falta de escrúpulos.

El TEDH también ha declarado en estos casos (*Matijašević c. Serbia*, S.^a del 19 septiembre de 2006, párrafo 49; *Nešťák c. Eslovaquia*, citada, párrafo 90) que el hecho de que el demandante haya sido juzgado definitivamente culpable no puede descartar su derecho inicial a ser considerado inocente hasta que su culpabilidad haya sido probada conforme a la ley.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otras ocasiones, en el caso 416/12 *Jean-Marie Atangana Mebara v. Camerún*, S. ^a del 8 de agosto de 2015. En esta ocasión, el tribunal estimó que se había producido una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el Art. 7 (1) (b) de la Carta Africana, en ocasión de las declaraciones del viceprimer ministro y ministro de justicia a un periódico nacional sobre una operación policial anticorrupción, en la que dijo textualmente: "Reto a cualquiera a que pruebe que quienes han sido arrestados son inocentes... Quienes dicen que son inocentes han ocultado astutamente cuanto habían robado".

Esta eficacia respecto de la presentación pública como culpable de quien no ha sido condenado tras un juicio público por el tribunal competente constituye el objeto principal de la ya mencionada Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. Su Art. 4, numeral 1, establece lo siguiente:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades

públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable.

El reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia no impide, obviamente, que las autoridades judiciales hayan de valorar los indicios de culpabilidad de la persona de quien se sospecha la participación en un delito, en particular cuando se trata de solicitar o de decidir sobre medidas cautelares. Es más, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre uno de los aspectos de la Directiva (UE) 2016/343, en particular en lo relativo al control jurisdiccional de la legalidad de la prisión preventiva. Aún sin entrar de lleno en el fondo de las cuestiones prejudiciales que planteaba en ambos casos el órgano judicial búlgaro, el TJUE, tanto en la S. ^ª de 19 de septiembre de 2018, asunto C-310/18, Milev c. Bulgaria, como en el auto del 12 de febrero de 2019, asunto C-8/19, RH c. Bulgaria. En el primero de los asuntos citados, el tribunal búlgaro preguntaba al TJUE si los artículos pertinentes de esta Directiva y de la Carta de Derechos Fundamentales “deben interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional comprueba si existen «indicios racionales» de criminalidad contra una persona, conforme a la normativa nacional, a los que se supedita el mantenimiento en prisión de aquella, dicho tribunal puede limitarse a constatar que, a primera vista, tal persona ha podido cometer el delito que se le imputa o si bien debe averiguar si existe una elevada probabilidad de que lo haya cometido. El órgano jurisdiccional remitente también se pregunta si las referidas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que un tribunal nacional, que ha de pronunciarse sobre una petición de modificación de una medida de prisión preventiva, puede motivar su decisión sin comparar las pruebas de cargo y de descargo o si bien debe examinarlas más exhaustivamente y responder de forma clara a las alegaciones formuladas por la persona privada de libertad. La respuesta del órgano judicial de la UE es que deben interpretarse en el sentido de que [las normas que se citan] no se oponen a la adopción de resoluciones preliminares de carácter procesal —como una resolución de mantenimiento de una medida de prisión preventiva dictada por una autoridad judicial— basadas en indicios o en pruebas de cargo, siempre que no presenten como culpable a la persona privada de libertad”.

Esta valoración o exteriorización de los indicios de culpa han sido tratados también, en algunas ocasiones, por el TEDH, que ha declarado que el artículo 6.2 del Convenio no impide a las autoridades informar al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere

que lo hagan con toda la discreción y la cautela que requiere el respeto a la presunción de inocencia (casos Fatullayev c. Azerbaiyán, S.^a del 22 de abril de 2010, párrafo 159; Allenet de Ribemont c. Francia, ya citada, párrafo 38; y Garycki c. Polonia, S.^a del 6 de febrero de 2007, párrafo 69). Pero también se ha insistido en el especial cuidado que han de tener los funcionarios públicos, y en particular jueces y fiscales, al referirse a una persona que aún no ha sido juzgada y reconocida culpable de un delito penal (Daktaras c. Lituania, S.^a del 10 de octubre de 2000, párrafo 41; Arrigo y Vella c. Malta, S.^a del 10 de mayo de 2005; o Khoujine y otros c. Rusia, S.^a del 23 de octubre de 2008, párrafo 94).

Diferente es, sin embargo, el posible tratamiento periodístico o las imputaciones políticas. Hay que distinguir en este caso entre la presunción de inocencia como derecho fundamental de garantía, frente a los poderes públicos de su dimensión, como norma de buena educación e higiene mental, limpieza del debate político, o incluso como guía para no equivocarse, que se refieren más a aspectos morales incoercibles y, por eso mismo, metajurídicos. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, de los aspectos que tal tipo de imputaciones privadas puedan adquirir desde el punto de vista de la protección, penal o civil, del derecho al honor, o de cómo una campaña de prensa virulenta puede afectar a la imparcialidad de un proceso por influir en la opinión pública y, en consecuencia, en los jurados a la hora de pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado (caso Kuzmin c. Rusia, S.^a del 18 de marzo de 2010, párrafo 62).

El reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia se opone a que las autoridades realicen declaraciones públicas en que se presente como culpable quien no ha sido aún juzgado ni por ello declarada como tal por el tribunal competente.



CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA: SU FUNCIÓN COMO
REGLA PROBATORIA O DE JUICIO

Autor: Lorenzo J. Del Río Fernández

Revisión y actualización: Mario Nelson Mariot



EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: SU FUNCIÓN COMO REGLA PROBATORIA O DE JUCIO

Autor: Lorenzo J. Del Río Fernández

Revisión y actualización: Mario Nelson Mariot

1. ORIGEN Y CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución española, en su artículo 24.2 consagra el derecho a la presunción de inocencia. Se trata de una norma relativa a los derechos fundamentales que se interpretará, según el artículo 10.2 de la misma, de conformidad a los tratados y acuerdos internacionales, a saber, artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, artículo 6.2 del Convenio de Europa sobre Derechos Humanos y Libertades Públicas y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En realidad, fue en ese artículo de la Constitución donde se utilizó legislativamente por vez primera ese concepto entre nosotros. Ni las leyes procesales vigentes ni las anteriores constituciones o leyes fundamentales se refirieron al derecho fundamental a la inocencia. Sin embargo, la norma constitucional se remite a ese derecho como si se tratase de un concepto conocido y bien delimitado, algo que no es así, sino que ha sido necesario integrarlo y determinar, vía jurisprudencia todo su contenido y virtualidad dentro del proceso penal.

Por ello, su expresa mención y desarrollo constitucional ha supuesto un evidente impacto en el proceso penal, determinando una nueva forma de desarrollo y actuación del mismo, al indicarnos hasta dónde y bajo qué condiciones

puede llegar a buen fin el proceso penal. Se ha dicho que, pese a la novedad de su consagración constitucional, el mencionado principio estaba ínsito en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que el más elemental sentido común indica que mientras una persona no ha sido condenada, se presume su inocencia y, asimismo, que no se puede valorar, ni en conciencia ni de cualquier otra forma, lo que no existe dentro del proceso. Pero, en definitiva, y esto es lo importante a nuestro juicio, el dato cierto de desconocer todos los contornos y auténtica dimensión del aludido principio o derecho fundamental a la presunción de inocencia y ser necesaria una integración e interpretación jurisprudencial de aquél, nos permite concluir en la importancia de su mención y, sobre todo, desarrollo constitucional.

Por último, y con independencia de todo lo dicho, concluir, por chocante que pueda parecer, recordando que el derecho a ser presumido inocente ya regía en España antes de promulgarse la Constitución. Su vigencia derivaba de que ese derecho estaba incluido en los convenios y pactos internacionales suscritos y ratificados por España con anterioridad a 1978 y que tenían fuerza vinculante entre nosotros.

La República Dominicana, por el contrario, a partir de la Constitución del año 2010, insertó de manera expresa el principio de la presunción de inocencia, consignándolo como un derecho fundamental en el ordinal 3 del artículo 69 en los términos siguientes: "Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable".

Por otra parte, el Código Procesal Penal de la República Dominicana, instituido por la Ley núm. 76-02, promulgada el 19/7/02, modificada por la Ley núm. 10-15 de fecha 6/2/15, también de manera expresa reconoce el derecho a la presunción de inocencia cuando dispone en el artículo 14: "Artículo 14. Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta que una sentencia irrevocable declare su responsabilidad. Corresponde a la acusación destruir dicha presunción. En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad".

Como puede evidenciarse, queda superada tanto la omisión constitucional como legislativa del principio de la presunción de inocencia que hoy día se estima de ineludible cumplimiento y respeto en el plano de las garantías del proceso penal. Es más, se ha erigido en uno de los principios cardinales del derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, al tiempo que constituye, sin lugar a dudas, una de las claves de bóveda más firmes en las que se asienta todo el Estado de Derecho, pues, se ha dicho, responde a una idea consustancial a la concepción constitucional de la justicia y de la dignidad humana: para condenar a una persona no basta la convicción del juez, sino que se requiere la existencia de pruebas que avalen esta convicción. De ahí que se diga que lo esencial del proceso penal propio de un Estado democrático no es sólo que el conflicto lo resuelva un juez imparcial a través de un diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, sino también el que ese juez, al tomar su decisión, parta de la presunción de la inocencia del acusado.

Una última cita se nos antoja obligatoria. Se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia de San José de Costa Rica y firmada por doce estados, con fecha 7 de abril de 1970. Dicha Convención sí recoge, textualmente en su artículo 8, las garantías judiciales de toda persona, expresando literalmente el párrafo 2 que: "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

Incluso en el estado anterior a la promulgación del Código Procesal Penal en el año 2002 y la Constitución del año 2010, bastaba, pues, con aquella remisión para entender plenamente vigente y expresamente reconocida en el derecho dominicano, sin otra norma interna al respecto, la presunción de inocencia, pues a través de dicha Convención, la República Dominicana reafirmaba su propósito de consolidar, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto a los derechos esenciales del hombre. Y, además, a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

Pero dicho esto, la consecuencia siguiente es la necesidad de que los propios tribunales de justicia conozcan todos los contornos y auténtica dimensión del aludido principio o derecho fundamental y lo hagan vigente dentro de los procesos penales. Y, además, al tratarse de un derecho fundamental del individuo, debe ser directa y

plenamente operativo en todo momento, sin esperar a un desarrollo legislativo ulterior, como es propio de las normas constitucionales de aplicación inmediata y no meramente programáticas o inspiradoras de la ulterior legislación. Para quien desee profundizar en el tema del origen y evolución histórica de este principio y su reconocimiento en los tratados internacionales, recordamos que existe un capítulo específico que trata sobre ello, entre otras cuestiones.

2. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONCEPTO CONSTITUCIONAL Y NOTAS QUE LO CARACTERIZAN

Hay que proceder a una correcta identificación de las notas que definen la verdadera naturaleza jurídica de la llamada presunción de inocencia, deteniéndose previamente en el distinto significado y alcance de tal principio constitucional, ya que, como se sostiene por la doctrina, el análisis de la cláusula de presunción de inocencia en diversos textos normativos lleva a concluir que tiene tres distintos significados.

2.1. Distintos significados del término

Principio informador del derecho: la presunción de inocencia podría ser, en primer lugar, el concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal. De esta forma, la presunción de inocencia, como derecho y garantía constitucional, es un criterio informador del derecho penal y procesal. Esta primera nota ha obligado a considerar contrarios a la Constitución, todas las anteriores manifestaciones de los «delitos de sospecha» que subsistían en el articulado de nuestro Código Penal. Todos los preceptos penales que partían de presunciones de culpabilidad o que partían de hechos que inculpan de antemano, han tenido que ser considerados contrarios a este derecho fundamental.

- **Regla de tratamiento del imputado:** la presunción de inocencia podría ser, en segundo término, un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

- **Regla probatoria o de juicio:** finalmente, la presunción de inocencia podría ser una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Estas dos últimas dimensiones aparecen, en la actualidad, estrechamente interimplicadas en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, por lo que algún sector doctrinal mantiene que, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Es por lo que, Ferrajoli ha conceptuado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de libertad y de verdad. En cualquier caso, este trabajo se centrará en el aspecto de la aludida regla probatoria o de juicio, que significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, mínima y suficiente, impidiendo se produzca sin pruebas y pesando la carga de tal actividad sobre los acusadores. Para mayor información sobre esta doble función de la presunción de inocencia como regla de juicio y regla de tratamiento, puede verse en el capítulo 4.

2.2. Notas que caracterizan a la presunción de inocencia

Carácter de derecho público subjetivo. Se trata de un «derecho fundamental» tomado como garantía constitucional de todo proceso y no de una «ficción jurídica». Frente a la opinión de ciertos autores como MANZINI, que consideraba la (supuesta) presunción sólo como una «ficción», hay que decir que en la Constitución, -Art. 24, en concreto- no se proclaman ficciones sino derechos fundamentales. Mientras no exista la condena definitiva, el derecho proclama la inocencia de todo ciudadano justiciable. Por eso, es un derecho público subjetivo que, como se acaba de comentar, posee eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales (v. g. prisión provisional) y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; de otro lado, dicho derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

Principio normativo de aplicación directa e inmediata. Se trata de un «criterio normativo» y no sólo informador del ordenamiento jurídico. Debido a esta nota caracterizadora, la aplicación jurisprudencial de esta garantía se realizó inmediatamente, sin esperar a un desarrollo legislativo ulterior, como es propio de las normas constitucionales de aplicación inmediata y no meramente programáticas o inspiradoras de la ulterior legislación. Naturaleza de verdad interina de culpabilidad. La llamada «presunción» de inocencia en realidad es una «verdad interina» y no genuina presunción. En este punto es necesario corregir la naturaleza jurídica que le atribuye el legislador. Tanto en nuestra Constitución como en el pacto internacional, como en las Convenciones Europea y Americana, se define este derecho fundamental a la inocencia como una «presunción». Después de la jurisprudencia, para resolver los problemas de su aplicación práctica, matiza que se trata de una «presunción *iuris tantum*». Nuestro propio Tribunal Constitucional ha hecho esta afirmación reiteradamente. Y, no obstante, se trata de una afirmación errónea, aunque sus consecuencias prácticas puedan no ser relevantes.

2.3. Delimitación de otros principios o reglas del proceso

Conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, sentencia núm. 33/92) “la presunción de inocencia se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal y, de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba suficientes para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sean, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado”.

Es básico, pues, en la comprensión del principio que estudiamos, delimitarlo de otras figuras esenciales en el proceso de configuración del proceso penal: la libre valoración de la prueba y el principio *in dubio pro reo*.

- **Presunción de inocencia y valoración de la prueba.** Hay que distinguir necesariamente, de un lado, la valoración que hace el juez o tribunal penal de las pruebas practicadas en el proceso y, de otro lado, los presupuestos mínimos previos para poder entrar en tal valoración probatoria, estadio, por tanto, anterior y específico de la presunción de inocencia.

- **Presunción de inocencia e in *dubio pro reo*.** En segundo lugar, posibilitada la valoración probatoria –ámbito propio de la presunción de inocencia–, tiene distinto alcance y operatividad la duda del juez o tribunal sobre el resultado concluyente o no de las pruebas a efectos del posible fallo condenatorio. La presunción protege al justiciable frente al «vacío probatorio». El principio *pro reo* lo protege incluso ante una situación de «duda razonable».

En conclusión, pues, perfectamente delimitados los contornos del principio de presunción de inocencia, éste se asienta en un plano distinto a los precitados y obliga a comprobar la existencia de una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio oral para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales, de forma que el órgano judicial pueda obtener de esas pruebas la convicción jurídica de la existencia de los elementos fácticos que constituyan el delito, o sea, pueda razonablemente deducir la culpabilidad del acusado sin que la inferencia lógica de la actividad probatoria realizada pueda ser tachada de arbitraria, irracional o absurda, de forma que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado.

Por ello, si no han quedado probados esos elementos fácticos, el juez o tribunal no puede entender sustituida la inicial inocencia por la culpabilidad y debe absolver al enjuiciado, pues la presunción de inocencia, como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que se demuestre lo contrario, la culpabilidad, o sea, que la desplace una prueba adecuada exigible en todo caso para que el tribunal pueda condenar.

Presunción de inocencia invertida. Finalmente, debe rechazarse toda posibilidad de alegación de la presunción de inocencia por personas distintas de quienes pueden verse abocados a una sentencia condenatoria y, asimismo, de la infracción de este principio cuando no se aceptan los planteamientos exculpatorios del acusado. Todo ello se desarrolla teóricamente bajo el prisma de la llamada presunción de inocencia invertida: «la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el juzgador ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulte convincente o resulte contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable» (STC 229/1988); «ciertamente, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, e

incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba, no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente» (STC 174/1985).

3. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

3.1. Su referencia fáctica

El derecho de presunción de inocencia se sitúa en el marco de los hechos, respecto de los cuales pueden producirse consecuencias en el orden penal, y de la prueba de los mismos. Es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, pero incluyendo dentro de los hechos, como es lógico, la prueba de la autoría de quien resulte imputado a su participación.

Resulta, de lo expuesto, su naturaleza y carácter procesal al no incidir directa o indirectamente sobre la calificación típica de los delitos, ni tampoco sobre la responsabilidad penal de los inculcados. Por eso se dice que la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpabilidad, pero no tomando el término en su sentido normativo, sino fáctico, en el sentido anglosajón de prueba de existencia del hecho y de la intervención en el mismo, del acusado. Así, el ámbito de aplicación de este principio se circunscribe a que la culpabilidad resulte debida y suficientemente acreditada, entendiendo este término "culpabilidad", no como inserto en el sentido propio del vocablo en el área o ámbito jurídico penal, sino como equivalente a participación a su vez considerada como intervención material en el resultado.

En conclusión, es una presunción por la cual se entiende que los hechos constitutivos de un delito, o determinantes de un grado de perfección del mismo, o de la participación del delincuente, o de la concurrencia de una circunstancia aparente, genérica o específica, no existen mientras no se pruebe lo contrario. Es, en fin, una norma sobre la carga de la prueba, que confiere a las partes que ejercitan la acción penal, la obligación de acreditar esos hechos constitutivos de la responsabilidad penal o de su agravación.

3.2. Supuestos excluidos

Fijado así el ámbito de aplicación, hemos de referirnos a los supuestos excluidos, que podríamos enumerar de la siguiente forma:

Calificación típica. La presunción de inocencia no incide ni directa ni indirectamente sobre la calificación jurídica de los hechos, cuando éstos se hallen suficientemente acreditados, ni sobre el grado de participación. La discusión sobre estos extremos, caso de disentir del criterio del órgano judicial, podrá efectuarse por el cauce de los recursos oportunos y alegación de posible infracción de preceptos penales o normas jurídicas de carácter sustantivo.

Juicios de valor. Como regla general, según hemos dicho, la presunción de inocencia no extiende su influencia más allá de los elementos objetivos del delito, que son los únicos sobre los que puede versar la actividad probatoria en sentido estricto, quedando fuera de su órbita los elementos subjetivos, por constituir éstos verdaderos juicios de valor que deduce el juez o tribunal mediante una operación lógica. Así, diversas afirmaciones contenidas en pronunciamientos penales por diferentes supuestos delictivos tales como, por ejemplo, que la droga estaba destinada a la venta, o que el comprador conocía la procedencia ilícita de lo robado, o que el disparo se efectuó con *anonimus necandi*, son juicios de valor, deducidos de actos externos y objetivos, por lo que tales juicios escapan en principio del ámbito propio y natural de la presunción de inocencia, máxime cuando se acepta y parte de la corrección de un relato fáctico o de hechos probados y se estima que existe prueba válida para tal deducción fáctica.

En este sentido, taxativamente, se pronunciaba la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de fecha 10 de octubre de 1991 (exceso o no de la cantidad de droga aprehendida al acusado para deducir su ulterior destino de tráfico o autoconsumo) al sentar que el juicio de valor respecto a la intencionalidad de tráfico, no viene amparado por el mencionado principio. Obviamente, el referido juicio de valor puede ser legalmente impugnado por su contenido jurídico por otros medios legales a través del recurso oportuno. Ahora bien, lo anterior debe matizarse en la actualidad, habida cuenta la mayor amplitud y concreción de los requisitos generales del principio de presunción de inocencia y, en particular, su conexión con el razonamiento de la prueba, de forma que es obligado para todo juez o tribunal una motivación sobre tales deducciones o juicios de valor y, además, que tal razonamiento no resulte ilógico ni manifiestamente absurdo.

En efecto, como decía la sentencia del Tribunal Constitucional 41/91, el vacío probatorio y, por derivación, la infracción del principio de presunción de inocencia se produce, bien por no haberse practicado prueba alguna en el juicio, bien por haberse obtenido las pruebas con vulneración de derechos fundamentales o, en fin, por no mediar

razonamiento de cargo alguno o ser éste irrazonado o abiertamente absurdo. Y, como resumen, la sentencia del Tribunal Constitucional 34/92 manifestaba que una decisión judicial inmotivada no satisface las exigencias del artículo 24 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución española: en efecto, la obligación que el artículo 24.1 impone a jueces y tribunales de dictar una resolución fundada en derecho, no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de conocimiento o de voluntad (en el sentido de admitir o inadmitir el recurso, o una querrela, o unas pruebas o declarar a secas culpable o inocente al imputado). Cuando la Constitución (artículo 120.3) y la ley exigen que se motiven las sentencias, impone que la decisión judicial esté precedida por una exposición de los argumentos que la fundamentan. Tal exigencia es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

En conclusión, pues, es necesario que quepa confiar en que el resultado de la prueba de cargo responde a la verdad, lo que exige su apreciación racional por los tribunales. Dicho de otro modo: cabe constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando los órganos judiciales no motivan el resultado de dicha valoración, o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado. Así, pues, la importancia de este apartado nunca debe olvidarse, por lo que conviene insistir en su correcto cumplimiento en las resoluciones condenatorias, con independencia de la mayor o menor gravedad del supuesto enjuiciado, para evitar el riesgo de carencia de la mínima explicitación del proceso intelectual que lleva al juez o tribunal a resolver en un determinado sentido. Solo actuando correctamente podremos hablar del pleno respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio en el proceso penal y, además, permitir el correcto funcionamiento de las diversas instancias judiciales, ya que, conforme a conocida jurisprudencia, el juicio de los órganos de instancia sobre la prueba producida en el juicio oral es controlable en vía de recurso en lo que se refiere a su estructura racional, es decir, en lo referente al respeto de las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos.

En consecuencia, no existe duda sobre las implicaciones del incumplimiento de esta exigencia de motivar las sentencias y razonar sobre la prueba: declarar la nulidad de la sentencia recurrida y ordenar la devolución de la causa al órgano de que proceda para que dicte nueva resolución con arreglo a derecho.

Delitos culposos. La presunción de inocencia es de excepcional aplicación y raramente se invoca en este tipo de hechos enjuiciables. Ello se debe a que la participación, entendida, según hemos dicho antes, como intervención material en el resultado, no suele estar en entredicho, y el tema de la valoración de los hechos y su calificación jurídica, a los efectos de la imputación subjetiva de los mismos, pertenece a la apreciación probatoria, escapando del ámbito de la presunción referida. Por eso, en nuestra jurisprudencia se afirma que si los hechos y, entre ellos, el comportamiento causante del resultado previsto por la ley penal, han sido probados, decidir si tal comportamiento ha sido imprudente o fortuito es materia propia de la valoración judicial. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, del 7 de junio de 1987 y 12 de noviembre de 1986, que dicen que la presunción de inocencia debe entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él, pero no de obligar a una consideración del carácter fortuito de los hechos, una vez probados, frente a su posible consideración como derivados de negligencia e imprudencia.

4. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y REQUISITOS PARA SU ENERVACIÓN

Volviendo al núcleo de la problemática de la presunción de inocencia, desde la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, se ha hecho conocida la frase acerca de que esta presunción obliga a examinar si hubo o no en la causa una mínima actividad probatoria de cargo producida con todas las garantías legales. Con el paso del tiempo, se ha ido ampliando y concretando tan lacónico, aunque sumamente expresivo, texto judicial. Así, partiendo del derecho a la presunción de inocencia como uno de los principios cardinales del derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, al tiempo que constituye, sin lugar a dudas, una de las claves de bóveda más firmes en las que se asienta todo el Estado de Derecho, se ha dicho que responde a una idea consustancial a la concepción constitucional de la justicia y de la dignidad humana: para condenar a una persona no basta la convicción del juez, sino que se requiere la existencia de pruebas que avalen esta convicción; sin pruebas suficientes y concluyentes, no se puede atribuir a nadie un comportamiento que revista un significado antijurídico, susceptible por ello de acarrear una sanción.

Lo esencial del proceso penal propio de un estado democrático no es sólo que el conflicto lo resuelva un juez imparcial a través de un

diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, sino también el que ese juez, al tomar su decisión, parta de la presunción de la inocencia del acusado como regla de juicio. Esta regla niega, por de pronto, que el acusado llegue al juicio con una condición indefinida respecto a su culpabilidad penal que el juez haya de concretar en función de los argumentos que resulten más abundantes o más convincentes. El acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación.

En consecuencia, para que una actividad probatoria permita condenar sin infringir el derecho a la presunción de inocencia, es necesario que reúna las dos siguientes condiciones: de un lado, que la acusación aporte pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, y, de otro, que las diligencias probatorias se hayan practicado con las debidas garantías procesales, que no son sino garantías de defensa y de fiabilidad: garantías de que el acusado ha podido contradecir las pruebas y de que sus resultados pueden responder a la realidad acaecida.

Dicho de otro modo: cabe constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo suficientes ni válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado. Todo lo anterior viene explicitado y desarrollado en la sentencia del Tribunal Constitucional 136-99, de singular importancia también en el tema de la valoración de los indicios, como se ve al final de este tema. Es conveniente, por tanto, desarrollar por separado las distintas notas que se deducen de aquel enunciado general, aunque es ineludible una mínima referencia al primer presupuesto de la presunción de inocencia como regla de juicio, esto es, la carga material de la prueba.

4.1. Carga material de la prueba

Significa que corresponde a las partes acusadoras destruir tal presunción merced a la aportación probatoria oportuna, de tal modo que, ante la inactividad de parte o ausencia de factores o elementos probatorios, vacío de resultancias procesales, el juez o

tribunal habrá de desembocar en un pronunciamiento absolutorio, cualquiera que sea la convicción que subjetivamente le anime. A la luz de tal previsión, nos ha asaltado la duda desde hace tiempo sobre la aplicabilidad del artículo 729.2 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y su dudosa constitucionalidad en conexión con este presupuesto de la presunción de inocencia. Dicho artículo permite la práctica de las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. Tal atribución o facultad del órgano decisor en el proceso penal, concebida de forma general o indiscriminada, creemos, choca frontalmente con la doctrina constitucional sobre la carga material de la prueba, por lo que se debe concluir que dicho artículo de la ley procesal penal no es acorde con las garantías constitucionales, al infringir la normativa sobre la presunción de inocencia, además de que, al mismo tiempo, el uso de tal facultad conlleve el añadido de la quiebra de la obligada imparcialidad del órgano judicial. Por eso, es importante el contenido de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este particular: STC 188-00.

En la República Dominicana, en virtud del ordenamiento procesal promulgado en el año 2002, con su ulterior modificación del año 2015, no cabe duda que ha constituido la voluntad expresa del legislador la prevalencia del principio de la presunción de inocencia que, además de consignarlo expresamente en el artículo 14 como ya se estableció, en el mismo texto, parte in medio, dispone imperativamente que: "... corresponde a la acusación destruir dicha presunción..."; previsión ésta que se ha fortalecido con el precepto de la separación de funciones consignado en el artículo 22 del mismo ordenamiento, que señala: "separación de funciones. Las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El Juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales. La policía y todo otro funcionario que actúe en tareas de investigación en un procedimiento penal dependen, funcionalmente del Ministerio Público"; de donde se desprende la prohibición al juzgador de celebrar cualquier tipo de actuación persecutora. En cualquier caso, sobre este punto en concreto de la presunción de inocencia y la carga material de la prueba, se trata con extensión y detenimiento en otro capítulo.

4.2. Existencia de actividad probatoria auténtica y suficiente

Solo merecen la consideración de pruebas en sentido propio, o sea, como válidas para enervar la presunción de inocencia, las practicadas en el juicio oral, porque allí concurren las exigencias constitucionales y legales, particularmente la contradicción y la publicidad. Asimismo, se exige que tal actividad probatoria sea mínima o suficiente. Vamos a desbrozar a continuación, por separado, tales exigencias de toda actividad probatoria en el proceso penal apta para enervar la presunción de inocencia.

4.2.1. Actividad probatoria existente, auténtica o garantizada. La cuestión de las diligencias policiales y sumariales. Prueba preconstituida y prueba anticipada

El estudio del primer apartado nos hace recordar que, salvo las excepciones puntuales que se verán al examinar cada medio de prueba en particular, los medios probatorios deben practicarse en el acto del juicio oral, ya que únicamente constituyen auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal, en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el momento del plenario. De forma muy expresiva lo recoge la sentencia núm. 138/1992: "En este punto es forzoso un alto en el camino... La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica, a la del sumario y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación del delincuente, siendo su función procesal la preparación del juicio oral. Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carecen de eficacia probatoria. No cabe negarles tal para desvirtuar la presunción de inocencia, si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado".

Por tanto, la regla general apuntada no puede entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades legales, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Así, solo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, siempre y

cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción, esto es, solicitando su lectura en el juicio oral, y no a través de simples fórmulas rituales, sino en efectivas condiciones de inmediación, que hagan posible el debate sobre sus garantías y verosimilitud.

Así, pues, siempre que se cumplan estos presupuestos mínimos, pueden también integrarse en la convicción judicial de culpabilidad los actos de investigación policiales y sumariales, y en concreto, además de los supuestos de prueba preconstituida, las declaraciones testificales prestadas con todas las formalidades legales y debidas garantías, siempre que no puedan comparecer los afectados en el acto del juicio oral o, lo que es lo mismo, sea de imposible o muy difícil repetición posterior (ver anticipo de pruebas y las excepciones a la oralidad, artículos 287 y 312 del CPP).

Resumiendo lo anterior, sólo son pruebas válidas las practicadas en el acto del juicio. Y sólo constituyen supuestos excepcionales la prueba sumarial preconstituida y anticipada, así como también ciertos datos objetivos del atestado policial, tal y como se explica a continuación. Se pueden constituir auténticas pruebas valorables –aunque no se hayan practicado en el acto del plenario– los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada, siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivos (necesaria intervención del juez de la instrucción), objetivos (posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de abogado al imputado) y formales (introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos).

Pero, además, determinados elementos de los atestados policiales pueden tener virtualidad probatoria propia y encajar en el concepto de prueba preconstituida o anticipada. En efecto, como regla general, los atestados de la policía tienen un genérico valor de denuncia, por lo que, en sí mismos, no se erigen en medio, sino en objeto de prueba, por lo que los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios. A la policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda la Constitución española es la facultad investigadora. Ahora bien, junto con esta última, también le habilita nuestro ordenamiento, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución, a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito, así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. Por ello, nuestros tribunales otorgan valor de prueba preconstituida a todas aquellas

diligencias que, como pueden ser la aprehensión de los delincuentes sorprendidos in fraganti, la constancia del cuerpo, los efectos o instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los croquis sobre el terreno, huellas de frenado y localización de desperfectos en vehículos implicados, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos tácticos de la realidad externa.

En definitiva, el atestado equivale, en principio, a una denuncia, pero también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables que, expuestos por la policía judicial con su firma y rúbrica y con las demás formalidades exigidas, han de ser calificados como declaraciones testificales (STC.138/92 y 157/95). Ninguna de las partes del atestado antes referidas son practicables directamente en el juicio oral por ser imposible su reproducción en idénticas circunstancias; por ello, encajan por definición en el concepto de prueba preconstituida o anticipada o, sin encajar exactamente en el perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser aprovechables como elementos de juicio coadyuvantes.

Pero es necesario insistir en la necesaria cualificación y presupuestos de tales formalidades del atestado: para que tales actos de investigación posean la naturaleza de los actos de prueba se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues no en vano la policía actúa <a prevención> de la autoridad judicial. Por ello, de forma excepcional, se reconoce un cierto valor de prueba a determinadas actuaciones policiales en las que concurre el doble requisito de tener por objeto la mera constatación de datos objetivos y de ser irrepetibles, es decir, de imposible reproducción en el juicio oral. Cuando al dato de la objetividad de las actuaciones contenidas en el atestado se añade su irrepetibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de introducirse en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio, a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes.

Para concluir con esta exposición, decir que existe variada jurisprudencia constitucional sobre lo dicho, cuya lectura puede ser muy esclarecedora. A título de ejemplo, y al margen de otras sentencias ya reseñadas, se apunta la núm. 173/97, sobre el valor del atestado, en la línea ya descrita, y otras sentencias alusivas a la virtualidad probatoria de ciertas declaraciones sumariales que participan del valor de prueba

preconstituida y anticipada, para lo que es imprescindible conocer los requisitos y garantías que deben contener para su ulterior valoración tras el plenario. STC 51 -95, 49-96, 40-97, 153-97, 33-00.

4.2.2. Actividad probatoria mínima o suficiente -de cargo-

Además de lo acabado de decir sobre el carácter de prueba existente, se exige que la prueba sea suficiente, o mínimamente de cargo, porque aporte objetivamente elementos de incriminación respecto a la existencia del hecho punible y a la participación en él del acusado, a quien no asiste la carga de probar su inocencia. El estudio de este apartado, que podría englobarse sistemáticamente y de forma conjunta con el anterior, nos lleva al examen –siempre incompleto, por razón lógica de espacio– de los distintos medios probatorios que pueden servir al órgano judicial para valerse de ellos como soporte en la posible sentencia condenatoria y entender enervada, por tanto, la presunción de inocencia.

• Prueba de confesión

El artículo 319 del Código Procesal Penal de la República Dominicana (CPP) asume y regula la intervención del imputado en su proceso y considera su declaración como el ejercicio pleno de su defensa material; de ahí que la prueba de confesión resulta prácticamente inexistente, si bien una declaratoria de autculpabilidad puede considerarse si es corroborada por todos los medios de prueba incorporados legalmente al proceso; al respecto, señala el texto *in comento*: "Art. 319. Declaración del imputado. Una vez que se declare la apertura de juicio se da preferencia al imputado para que declare si lo estima conveniente para su defensa, y el presidente le explica con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio o reserva le perjudique y que el juicio puede continuar, aunque él no declare. El imputado puede manifestar cuanto estime conveniente. Luego es interrogado por el Ministerio Público, el querellante, la parte civil, el defensor y los miembros del tribunal en ese orden. Durante la audiencia, las partes y el tribunal pueden formular preguntas destinadas a esclarecer sus manifestaciones". Como se evidencia en la simple lectura del texto, el imputado declarará "si lo estima conveniente para su defensa" (manifestación del ejercicio de su defensa material), lo que deriva del hecho de que, como fue expresado anteriormente, corresponde al acusador destruir la presunción de inocencia mediante

el aporte de la prueba consecuente y de la mano con el precepto de la no autoincriminación, también consignado en el CPP, Artículo 13.

Es admisible, igualmente, como prueba de cargo, la confesión del coimputado o coprocesado, no prohibida en el ordenamiento procesal, sin que quepa duda de su carácter testimonial basado en un conocimiento extraprocesal de tales hechos. Únicamente, decir que se supedita su normal valoración a que no exista en la causa motivo alguno para deducir que las manifestaciones se hicieran por venganza, odio u otro motivo inconfesable, o con ánimo de autoexculpación.

En definitiva, pues, las declaraciones contradictorias prestadas por los procesados, o retractaciones hechas en el sumario, supone que existió actividad probatoria de cargo practicada en el acto del juicio que permite a los tribunales confrontar unas y otras, y formar como consecuencia de ésta un juicio en conciencia acerca de su respectiva veracidad y llegar a una conclusión acerca de la culpabilidad de los procesados, sin que en tal supuesto pueda fundadamente decirse que se ha producido vulneración del principio de presunción de inocencia. A partir de esta premisa, es imprescindible conocer los requisitos de la valoración de las declaraciones de los acusados para enervar la presunción de inocencia. Y, además, insistir en la importancia y necesidad de la lectura de tales declaraciones en el acto del juicio oral para asegurar la efectiva contradicción procesal. Así lo ha declarado con reiteración nuestra jurisprudencia constitucional: STC 49-98, 115 -98, 153-97, 200-96, debiendo extraerse las dos conclusiones siguientes:

- La lectura de tales declaraciones, que no es prueba documental sino -lo que es distinto- documentada o con «reflejo documental», debe hacerse no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense; y también no es suficiente que se dé por reproducida en el juicio oral, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta que la lectura puede tener valor probatorio si se garantizan los derechos de la defensa, especialmente la contradicción, pero reprueba el empleo de la fórmula «por reproducida».
- Referente a la relación de la valoración del testimonio del coimputado con el derecho a la presunción de inocencia, cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado, es preciso recordar la doctrina conforme a la cual el acusado, a diferencia del

testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 29/1995, 197/1995; véase además sentencia del T.E.D.H. del 25 de febrero de 1993, asunto Funke). Es por esto que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas.

Así, pues, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado, en este tipo de supuestos, por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

Para finalizar, decir que el CPP permite la valoración de las declaraciones de un coimputado en perjuicio de otro, tanto de manera oral en la celebración del juicio de fondo, como en el supuesto de que se encuentre ausente, en estado de rebeldía, cuando se esté conociendo el proceso al otro coimputado y sus declaraciones hayan sido registradas previa y debidamente y hayan sido incorporadas por lectura como una de las excepciones a la oralidad previstas por el numeral 4 del artículo 312 precedentemente citado.

• **Prueba testifical**

El primer punto a tratar es que la prueba testifical de cargo es prueba mínima o suficiente, por lo que permite igualmente la condena, incluso cuando provenga de una sola persona o cuando se trata de la propia víctima. Así, la validez del testigo único para enervar la presunción de inocencia ha sido declarada por nuestra jurisprudencia constitucional: STC 16-00, y lo mismo ha considerado la jurisprudencia dominicana. Como segundo aspecto dentro de la prueba testifical, conviene aludir a la validez del reconocimiento del acusado, sea por parte de la víctima, sea por parte de terceros, y ello sin necesidad de formar rueda alguna, si bien tampoco hay impedimento legal para su constitución. En efecto, el reconocimiento es más propio de la

instrucción sumarial que del juicio oral, en cuyo acto la identificación suele realizarse, de modo directo, lo que parece implicar que también las identificaciones previas a presencia judicial pueden ser admitidas y valoradas, aunque no se formara rueda alguna.

Conviene aludir aquí a los reconocimientos por fotografía realizados normalmente en fases policial o sumarial. Nuestra jurisprudencia viene admitiendo como pruebas válidas no sólo las identificaciones a presencia policial, con posterior ratificación ante los jueces y tribunales, sino incluso las obtenidas mediante la exhibición de fotografías, siempre que se realicen o ratifiquen judicialmente, puesto que la diligencia de reconocimiento no excluye estos medios probatorios encaminados al mismo fin. El problema es similar cuando se trata de cámaras televisivas o de vídeo. En este sentido, se entiende que la exhibición de fotografías no supone una irregularidad que vicie el procedimiento *ab initio* e impida su subsanación por el reconocimiento en forma (teoría de los frutos del árbol envenenado).

Así, la sentencia del Tribunal Supremo del 31 de enero de 1992 declara que la identificación de los acusados mediante la exhibición de fotografías en sede policial no puede reemplazar a las diligencias judiciales de reconocimiento o identificación verificada con las formalidades legales, constituyendo dicha exhibición simplemente el juicio de una línea de investigación, pero en modo alguno puede estimarse como medio de prueba, si bien es cierto que tal irregularidad puede ser subsanada por el reconocimiento en forma, en fase sumarial o dentro del plenario. Sobre el reconocimiento fotográfico existe variada jurisprudencia constitucional: STC 36-95, 172-97, 40-97.

Es importante insistir sobre la necesidad de que tales reconocimientos afloren al acto del juicio oral y, por supuesto, no sustituyan la normal prueba personal a desarrollar en tal momento, salvo supuesto de imposible o difícil localización de los testigos, en cuyo caso podrían desarrollarse como prueba preconstituida o anticipada, si reúnen los requisitos sobre el particular. En este punto, es elocuente la sentencia del Tribunal Constitucional 10/92, que abandona la llamada teoría de la lectura sanadora y acepta la tesis del recurrente de que no se practicó prueba alguna de cargo en el juicio oral, toda vez que la perjudicada no compareció en la vista para ratificar la identificación realizada en la diligencia de reconocimiento en rueda, sin que existiera motivo legítimo para ello ni imposibilidad acreditada y, aunque la misma fue incorporada al juicio, a petición del Ministerio Fiscal y mediante

su lectura, este expediente de su transformación en una llamada prueba documental (o documentada) no satisface las garantías constitucionales exigibles.

Como tercer punto dentro de la prueba testifical, a la vista de lo anterior, se hace necesario insistir –como ya se ha hecho en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo– en la importancia y necesidad de la lectura de las declaraciones del testigo en la instrucción sumarial, cuando se trata de hacerlas valer como prueba preconstituida, al no ser posible la declaración en el acto del juicio: STC 32-95. Este apartado tiene relación con los artículos 325 y 326 del CPP, que solo prevén la declaración personal de los testigos el día del juicio de fondo, si bien, previamente, el artículo 312, como excepción a la oralidad del juicio, consigna la posibilidad de que un testimonio que se registró como anticipo de prueba, de acuerdo con las previsiones del artículo 287, sea reproducido en juicio si existe la imposibilidad material de que el testigo comparezca de manera personal o la posibilidad de que haya olvidado lo acaecido.

Como cuarto aspecto problemático de la prueba testifical de cargo, se plantea la validez de los testigos de referencia o de la prueba testifical indirecta, admisible en determinadas circunstancias y sobre la base interpretativa siguiente: dicha prueba constituye uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden al fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia, pero la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia presencial del testigo a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos.

Por tanto, de un lado, la eficacia de la prueba testifical indirecta o de referencia tiene carácter excepcional, en cuanto que se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria; y, de otro lado, la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal; antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. STC 131 -97, 79-94, 303-93, 79-94, 35 -95, 97- 99.

Y, finalmente, terminaremos la problemática de la prueba testifical hablando de los llamados testigos anónimos, esto es, la posibilidad de valorar una prueba testifical sin ser vistos ni oídos por la defensa, lo que no obsta para excluir su posible valoración, siempre y cuando se haya respetado una mínima contradicción procesal en la vista pública de la causa. O sea, es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que se considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de «oculto» (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos –tanto para la defensa como para el juez o tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado– resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias y garantías procesales.

Lo anterior es plenamente predicable del derecho dominicano, cuya Constitución –artículo 69.4– reconoce el derecho a un “juicio público” (al igual que se considera expresamente en el párrafo inicial del artículo 326 del CPP que indica que, de manera excepcional, “la identidad o algunos datos del testigo puede ser reservada, en interés de proteger su seguridad o la de sus familiares”), lo que no es incompatible, pues, con la interpretación antes referida para los testigos anónimos.

• **Prueba pericial**

El Código Procesal Penal de la República Dominicana, desde el artículo 204 al 217, instituye y regula la prueba por peritaje, su celebración y su dictamen; y el artículo 324 organiza su participación activa en el proceso penal. Por demás, lo que se dice a continuación, pensamos, debe predicarse en todo lo posible para los supuestos en que consten periciales o documentales asimiladas que deban constituir base de una sentencia condenatoria.

La prueba pericial no presenta en sí dificultades en relación con la enervación de la presunción de inocencia, cuando se practica directamente en el juicio oral, pero lo normal es que se haya adelantado en la fase sumarial, con lo que la cuestión se desplaza hacia la ratificación en el acto de la vista o, se prefiere, al de los requisitos precisos para su valoración. En principio, la presencia física en el acto del juicio oral de los peritos que han emitido el informe, tan sólo es exigible en el caso de que así hubiese sido solicitado por las partes en

su escrito de conclusiones, en cuanto que, dado que el resultado de la prueba es perfectamente conocido por el procesado, éste se halla en perfectas condiciones de contradecirla o atacarla, por lo que, en caso contrario, no existe peligro de indefensión. Por tanto, el silencio del procesado que no solicita su reproducción en el juicio oral aleja todo reproche de indefensión, ya que la buena fe exigible a todas las partes autoriza entonces a utilizar directamente ese informe para enervar la presunción de inocencia.

Con lo expuesto, debemos insistir que, aunque el informe pericial se haya incorporado al atestado policial, ello no significa que su valor sea el de mera denuncia. Ya hace tiempo nuestro Tribunal Constitucional, a propósito de los certificados médicos, manifestó que "considerar que tal declaración de ciencia tiene el valor de atestado pugna con la propia naturaleza del certificado en cuestión, que es una pericia técnica, que se adjunta al atestado, por lo que no pierde su propio carácter". Se debe recordar así la distinción entre el estricto atestado policial y otros elementos que lo acompañan o complementan, como ocurre con ciertas periciales. Estas pericias, practicadas necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez, si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de las diligencias.

Resulta innegable, por tanto, la condición de prueba preconstituida que el certificado médico inicial y los posteriores forenses incorporan (lo que es extrapolable a otros supuestos periciales como, por ejemplo, pruebas dactiloscópicas, de alcoholemia, análisis de sustancias estupefacientes, etc.). El único modo de desvirtuar la fuerza de convicción que estas pruebas preconstituidas periciales puedan tener es interrogar al perito en el acto del juicio oral, para lo cual deberá ser reclamado por quien pretende impugnar el mismo. No haber puesto en duda la corrección científica del citado certificado lleva aparejado como consecuencia que, en tanto que prueba documentada, que no documental, el órgano judicial pueda disponer libremente de ellos y pueda formar su pertinente convicción legítimamente. En este punto resulta llamativo, por su reiteración delictiva y multiplicidad de asuntos enjuiciados al respecto, el tema de los análisis de droga, donde la argumentación de muchas defensas niega validez a cualesquiera operaciones relacionadas con la recogida del estupefaciente y la subsiguiente cadena de custodia hasta su ulterior análisis farmacológico. Para salir al paso de tales alegaciones ha sido necesario insistir, de un lado, en la doctrina constitucional antedicha sobre la validez de la prueba pericial y la no necesidad de comparecer

los peritos que hicieron los análisis de la droga intervenida, salvo impugnación concreta de las defensas y reclamación de su presencia; y, de otro lado, en que la policía, en cumplimiento de la legalidad vigente -en nuestro derecho, el artículo 3 de la Ley núm. 17/1967, de 8 de abril y R.D. núm. 520/1999, de 20 de marzo-, envió la sustancia ocupada al Servicio o Jefatura de Servicios Sanitarios, constando los informes que identifican tal sustancia.

La actuación policial debe considerarse correcta y su legalidad no ponerse en duda, pues la verificación de los análisis de las sustancias tóxicas depende de los laboratorios existentes en instituciones oficiales y urge su realización en la fase inicial de la investigación sumarial, por diversas y patentes razones, procediéndose después a la destrucción de la sustancia, de conformidad con lo establecido por la Ley núm. 4/1984, del 29 de marzo. El sistema, por tanto, es el habitual y procedente, sin que pueda condicionarse ni subordinarse la apremiante práctica del análisis a unos trámites precisos, en cuanto las personas capacitadas y designadas para el examen de los productos estupefacientes y su ulterior informe, ostentan carácter oficial y no están a merced de designaciones de las partes. Estas podrán adoptar iniciativas tendentes a someter aquellos dictámenes a contradicción, pero nunca puede hablarse, en caso contrario, de ausencias de garantías e indefensión.

Creemos que la pauta legislativa española y la praxis jurisprudencial comentada debe predicarse sin problemas para idénticas actuaciones en el ordenamiento dominicano. En cualquier caso, lo único que cabe apostillar al respecto es el cumplimiento de unas reglas mínimas en la actuación determinante de la recogida de vestigios o pruebas materiales para garantizar de esta forma la plena validez de la cadena de custodia, el día de la vista de la causa, a saber: a) identidad de los agentes actuantes, b) fecha, hora y lugar donde se efectúa la recogida o incautación de efectos, identificación de posibles personas que presencian la recogida e incautación, que serán identificadas en el acta e invitadas a firmar, c) relación detallada de los efectos incautados, describiendo las señas identificativas de aquellos que las tuvieren (numeración, códigos, marcas, etc.), d) destino de los objetos incautados, e) constancia escrita y expresa de su remisión, total o en parte, a otras unidades u organismos al objeto de realizar algún informe pericial o para depósito.

4.3. Con todas las garantías legales: prohibiciones probatorias absolutas y relativas

4.3.1. Doctrina general. Prueba ilícita

Nos acercamos al estudio del tercer elemento de la actividad probatoria: que sea válida, esto es, practicada con todas las garantías procesales. Se excluyen las pruebas obtenidas ilícitamente, vulnerando precisamente las garantías o derechos fundamentales. En nuestra legislación disponemos del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que ha recogido una de las fórmulas que se manejaron sobre este problema en orden a las pruebas prohibidas. El derecho dominicano, tanto a nivel constitucional como de legalidad ordinaria, carece por completo de referencia alguna a la denominada prueba ilícita o con vulneración de derechos individuales reconocidos en su Constitución. Por ello, creemos necesario conocer toda la doctrina constitucional surgida en el derecho español.

La jurisprudencia ha hecho uso de este requisito, descartando el valor de las pruebas ilícitamente obtenidas. Incluso, algunas sentencias se han referido a la creación de la jurisprudencia norteamericana de prohibir como prueba el llamado *Fruit of the Poisonous Tree* («fruto del árbol envenenado»), una doctrina que debe completarse y desarrollarse con la prohibición de otras pruebas derivadas de una actuación ilegal, como las procedentes de arrestos o registros ilegales (*Fruits of Illegal Arrests and Searches*) o derivados de confesiones ilegalmente obtenidas (*Fruits of Illegally Obtained Confessions*).

Con tal planteamiento, la vulneración del principio de presunción de inocencia y, por tanto, el vacío probatorio se produce, aparte de lo antes estudiado de no haberse practicado prueba alguna en el juicio, por haberse obtenido las pruebas con vulneración de derechos fundamentales. Es sintomática y de inexcusable cita la sentencia del Tribunal Constitucional 114/84, que sienta las bases siguientes: Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (artículo 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en un proceso una prueba obtenida, violentando un derecho o una libertad fundamental. De ello se deriva la nulidad radical de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección

primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución. Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, por lo que, constatada la obtención de las pruebas con violación de los derechos fundamentales, procede su inadmisibilidad, ya que, en caso contrario, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (artículo 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (artículo 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado anti jurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro.

Así las cosas, son ya reiteradas las sentencias de nuestros tribunales que exponen la imposibilidad de utilizar en la sentencia condenatoria prueba que se realizara de forma ilegal, puesto que los derechos fundamentales se resisten a la prueba ilícita, siendo radicalmente nulo todo acto que viole las situaciones reconocidas en los artículos 14 a 29 de la Constitución española, sin que pueda concederse efectividad a las contravenciones de estos derechos. En el derecho dominicano deberíamos concluir que sería nulo todo acto que viole los derechos individuales reconocidos en los artículos 40 y 69 de su Constitución conectados con la investigación criminal.

Ahora bien, interesa aquí delimitar el ámbito de la prueba ilícita frente a quienes opinan que cualquier vulneración de una norma legal (constitucional u ordinaria), e incluso, en determinadas circunstancias, de un principio general del Derecho, bastaría para rehusar la admisión de la información obtenida. Así, la perspectiva de la ponderación de intereses ha generalizado el criterio que restringe ese efecto radical a la que afecta a derechos y libertades tutelados constitucionalmente como fundamentales, ya que ante la encrucijada del interés de la necesaria procuración de la verdad en el proceso o del interés en garantizar las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, estas últimas acaso pueden ceder ante la primera exigencia, cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa o inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso. A la vista de la anterior doctrina, conviene ir desarrollando sus diversas consecuencias y materializaciones en el proceso penal.

4.3.2. Primera consecuencia: distinción entre ilicitud constitucional e irregularidad procesal

Se ha desarrollado, matizado y reforzado la distinción entre la ilicitud constitucional de la diligencia de prueba, al no ampararse su ejecución en ninguno de los requisitos constitucionalmente habilitantes para su práctica, y su irregularidad o nulidad procesal, al no cumplir las normas impuestas para su ejecución valorables a nivel de la legalidad ordinaria y trascendente sólo a los efectos procesales, en especial los probatorios, las que de no cumplirse determinarían su invalidez procesal y obligaría, a la vez que permitiría, a acudir a otras pruebas para acreditar lo que, de ser válida aquella diligencia, podría probar por sí misma. En definitiva, el incumplimiento de la norma procesal donde se impone determinados requisitos, no trasciende al plano de la constitucionalidad y sus efectos se producen en el ámbito, validez y eficacia de los medios de prueba. No se trata, en este caso, de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y, por ello, rechazables de plano, sino de una prueba irregular, cuya validez ha de ser enjuiciada en su sede propia, la judicial, donde será factible contar con otros elementos de juicio coadyuvantes para demostrar la realidad de lo sucedido.

4.3.3. Segunda consecuencia: no es aplicable a las relaciones interindividuales

La normativa propia de los derechos fundamentales, pues éstos son derechos del ciudadano frente al Estado. Y por ello, tampoco cabe hablar de un efecto horizontal de la vulneración de los derechos fundamentales, en el sentido de que la vulneración del derecho fundamental de un tercero pueda cobijar la alegación de un sujeto distinto al titular del derecho vulnerado. El ejemplo se encuentra en la posible sentencia condenatoria de un sujeto que no era objeto de seguimiento policial ni consta siquiera que su conexión con los hechos fuese conocida policialmente antes de ser detenido y aprehendida la droga, aunque con respecto a otras personas investigadas hubiese existido quebranto constitucional en cuanto a las fuentes de investigación o prueba. Después insistiremos en este punto.

4.3.4. Tercera consecuencia: necesaria conexión causal entre los distintos resultados probatorios

Íntimamente relacionada con la anterior, nos lleva al interesante problema de la conexión de antijuridicidad, de vital importancia en

materia de vulneración de derechos fundamentales –secreto de las comunicaciones, inviolabilidad domiciliaria y análogos, que después veremos–. En efecto, sin perjuicio de remitirnos a mayor y amplia lectura de la jurisprudencia constitucional en estos supuestos, aunque la regla general sea que todo elemento probatorio que pretenda deducirse de un hecho vulnerador del derecho fundamental se halle incurso en la prohibición de valoración, el carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales ha hecho posible que se admita la validez y aptitud de tales pruebas para enervar la presunción de inocencia, cuando las pruebas de cargo sean jurídicamente independientes del hecho constitutivo de la vulneración.

El criterio para determinar cuándo tales pruebas reflejas son constitucionalmente legítimas y pueden ser valoradas por los órganos judiciales es el de la inexistencia de conexión de antijuridicidad con la que vulnera el derecho fundamental sustantivo. Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término, la índole y características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental vulnerado exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo. Más adelante volveremos a insistir sobre este tema de la conexión de antijuridicidad en supuestos concretos de derechos vulnerados.

4.3.5. Cuarta consecuencia: distinción entre prohibiciones probatorias absolutas y relativas

Papel vertebral asignado al operador judicial en la adopción de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal.

Prohibiciones probatorias absolutas. Encuentran su razón de ser en la protección absoluta que se reconoce a ciertos derechos y libertades

fundamentales. Así, la vida, integridad física y salud mental de una persona quedan por completo a resguardo, de forma que quedaría absolutamente vedada cualquier valoración probatoria derivada de tortura, tratos inhumanos o degradantes, sin que ninguna autoridad policial ni judicial pueda permitir una intromisión o vulneración de tales derechos que permita luego servir de fuente de prueba. El respeto a la dignidad de la persona, y a su libertad han conducido a la absoluta prohibición de métodos de interrogatorio mediante narcoanálisis. En nuestro Derecho no hay duda de lo anterior y la misma conclusión se puede extraer en el Derecho dominicano, cuya Constitución –artículos 37, 38 y 42– reconoce la inviolabilidad de la vida, el derecho a la dignidad humana y el derecho a la integridad personal y que, en consecuencia, no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso... ni las torturas, ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio que implique la pérdida o la disminución de la integridad física o de la salud del individuo. Por tanto, hablamos siempre de prueba ilícita –y de imposible valoración el hecho en cuestión conocido– cuando derive de la vulneración de tal derecho individual.

Con ello se vuelve la mirada a los ordenamientos procesales que establecen expresamente el rechazo del empleo de fármacos, engaño, hipnosis, así como aquellas medidas que menoscaban la memoria o la capacidad de comprensión del sometido a ellas (en la República Dominicana, el artículo 107 del CPP proscribía esta práctica de manera expresa). La protección es tan fuerte que la prohibición que estamos estudiando opera incluso mediante el consentimiento de la persona sobre quien se practica el experimento. Es paradigmático el ejemplo de una sentencia absolutoria al tratarse de inyectar a los dos procesados el fármaco idóneo para llevar a cabo la prueba de narcoanálisis conocida como “suero de la verdad”. La doctrina establecida no deja lugar a dudas: “la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución española. Pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. La dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad. El ordenamiento jurídico, y con él los tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en una posición de carencia de libertad. En ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable para el acusado, no será aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y,

siendo así, lo procedente es rechazarla de forma incondicionada. Un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal, porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta.

Prohibiciones probatorias relativas: de forma distinta a los supuestos antes comentados, cuando aparecen comprometidos otros derechos y libertades fundamentales y existen necesidades de la investigación dentro del proceso, la técnica de la ponderación de intereses da lugar al establecimiento de las que se denominan prohibiciones relativas. Se permite aquí cierta intromisión en los derechos y libertades tutelados, pero bajo estrictas garantías o condiciones previas. Así, se fijan aquí, constitucionalmente las condiciones precisas de legitimación del sacrificio de los implicados, de forma que se condiciona la obtención de fuentes de prueba al exquisito ajustamiento a los condicionamientos preestablecidos. Por tanto, la regla general es que la protección constitucional puede ceder en determinadas circunstancias, como son el consentimiento del titular, estar cometándose un delito flagrante y la autorización judicial, a guisa de garantía. Esta autorización, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público o privado, para decidir, en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental del ciudadano en cuestión.

Así pues, las garantías esenciales de la incolumidad del derecho fundamental a invadir, en el supuesto que nos ocupa, salvo la excepción de flagrancia delictiva o consentimiento del titular del derecho invadido, consisten en el carácter judicial del órgano autorizante de la invasión y en la realización por parte de dicho órgano de una ponderación previa de los derechos e intereses en juego. Corresponde al juez llevar a cabo una ponderación preventiva de los intereses en juego, como garantía del derecho fundamental, y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional. La exigencia de todo ello es obvia: necesidad de motivación de la resolución que habilite la invasión del derecho o libertad fundamental del ciudadano, como única vía de constatación de la ponderación judicial que constituye la esencial garantía de la excepción a la invasión del derecho fundamental. Asimismo, será necesario reiterar tal motivación en el tiempo ante la continuidad en el tiempo de la medida limitativa del derecho fundamental, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de prórroga de intervenciones telefónicas, donde

no basta con la motivación ofrecida en el momento inicial y cabría la nulidad de tal prórroga de intervenciones telefónicas en base a simples providencias, carentes de motivación o nueva ponderación de los intereses en conflicto.

Surge, así, el papel vertebral asignado al operador judicial en la adopción de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal, que quedará satisfecho cuando se dé lo siguiente: 1) La garantía se logra básicamente con la cobertura de la autorización judicial fundada en causa legal, 2) No se da garantía alguna cuando la resolución, aun de un órgano judicial, se produce como un mero automatismo formal (no se recogen el porqué ni el para qué). En este diseño, entroncado con la propia configuración del Estado como estado social y democrático de derecho, la necesaria explicitación por el juzgador de las razones que abonan la adopción de la medida restrictiva de un derecho fundamental se convierte en centro neurálgico del sistema jurídico.

Los supuestos comentados donde existen tales condicionamientos probatorios y se habla de prohibiciones relativas se dan en el derecho a la libertad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones. El Derecho dominicano, desde la propia Constitución, es detallista en la regulación de este tipo de actividad, utilizando la mecánica de que la Carta Sustantiva reconoce la existencia del derecho fundamental a tutelar y delega en el legislador ordinario la normatización y operatividad del mismo. Así ocurre con la intervención corporal, el registro de personas, de vehículos, de moradas y lugares privados, de locales públicos, secuestro de cosas y documentos, de correspondencia e interceptación de telecomunicaciones, en los artículos 99, 175, 176, 180, 184, 186, 191 y 192 del CPP, respectivamente. Estas intervenciones del Estado en los derechos fundamentales del individuo están reguladas debidamente y ejerce sobre la mayoría de ellas el juez de las garantías un doble control; a priori con la necesaria autorización previa que debe ser justificada por el solicitante y fundamentada por escrito por el juez y, a posteriori, con la revisión de la legalidad de la ejecución de la actuación de que se trate. A la luz de lo indicado, cabe ahora analizar la praxis española al respecto.

• **Derecho a la libertad**

En primer lugar, debemos tratar el derecho a la libertad que repercute en las condiciones sobre la privación cautelar y el interrogatorio del

imputado. ¿Es valorable la prueba sobre la base de un acto de detención no ajustado estrictamente a los artículos de las leyes procesales penales – artículos 490 y 492 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículos 91 y ss. del Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana- y sin cumplir el derecho de información del detenido, derivado a su vez del derecho de defensa y la necesidad de contradicción?

Parece generalmente admitido en doctrina y jurisprudencia que el incumplimiento de las garantías procesales sobre el tratamiento de los detenidos no genera automáticamente la prohibición de valoración de la prueba e impide al órgano jurisdiccional practicar los demás medios de prueba tendentes a la averiguación de los hechos. Así, por ejemplo, si se ha practicado el interrogatorio con vulneración de garantías preestablecidas, no se ocasiona la nulidad radical e invalidante de las actuaciones judiciales, salvo que se acredite haber producido indefensión que afecta a lo sucesivo. De esta forma, no se produce indefensión si el detenido tuvo ocasión de conocer sus derechos constitucionales y de rectificar su declaración a través de posterior declaración judicial.

Igualmente, la falta de asistencia letrada solo podrá ser relevante en la medida en que hubiese determinado la indefensión posterior; por consiguiente, la infracción de tales garantías no impide una ulterior actividad probatoria sobre los hechos, en los que, respetándose el derecho de defensa, puede el tribunal extender su actividad cognoscitiva a tales distintos medios de prueba. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo del 16 de enero de 1992 insiste en que las irregularidades cometidas en la fase sumarial o instructora no tienen otro alcance que el de generar su nulidad autónoma y por ello no afectante al resto del proceso. Su alcance es puramente reflejo en tanto no aptos para enervar la presunción de inocencia.

Otro aspecto problemático derivado del derecho a la libertad es la valoración probatoria de efectos instrumentos del delito en supuestos de detención sin sospecha previa policial que habilite la detención. Ejemplo de este interrogante constituye el hallazgo, en poder del detenido de armas, documentos, droga, etc., de cuya existencia no podían sospechar previamente los policías cuando efectuaban la identificación y cacheos oportunos. Ningún problema se plantea en la normativa dominicana, pero en Derecho español se podría argumentar que, como los funcionarios policiales carecían de dicha constancia previa, no podían detener para identificarle después, por

lo que, si tal fue la forma de proceder, la prueba de cargo no puede valorarse de conformidad con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que deriva de un acto de detención no sujeto a los artículos 489 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por ello, con infracción del derecho fundamental proclamado en el artículo 17.1 de la Constitución.

No obstante, debe concluirse que en tales supuestos no queda infringido el derecho fundamental a la libertad: se están cumpliendo las condiciones de proporcionalidad de la medida, en aras a la investigación y finalidad policial perseguida y a la doctrina constitucional que autoriza aquellas actuaciones policiales que se ejecutan en cumplimiento de los fines que la ley atribuye a las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado, y que no representen más que molestos inconvenientes o suspensiones mínimas y breves de la libertad de circulación, sin que invadan derechos fundamentales.

• **Derecho a la intimidad**

En segundo lugar, debemos citar el derecho a la intimidad, con relevancia en los condicionantes del examen corporal del imputado o, lo que es lo mismo, las inspecciones de las cavidades vaginal y anal en averiguación de una posible ocultación en ellas de drogas o estupefacientes. Entre la intimidad y la libertad recién estudiada se encontraría la constitucionalidad de la toma de huellas o de fotografías contra la negativa del acusado o, en fin, toma de sangre, orina, semen, pelos de la cabeza, etc.

Este tema polémico surgió en España, de forma expresa, en sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, del 15 de febrero, que, siguiendo la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios, de obligada observancia al proceder a la limitación de un derecho fundamental, sentó la siguiente doctrina: "El derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo de huellas del posible delito, ello sin perjuicio del necesario respecto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante".

Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no

pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello las facultades legales que corresponden al instructor para ordenar, en el curso del sumario la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la descripción de la persona, que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle, habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico o indeterminado, a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado.

Lo anterior, sin embargo, no basta para afirmar la conformidad de la decisión enjuiciada a la garantía constitucional de la intimidad personal. No es suficiente, a tal efecto, con reconocer que dicho acto afecta a la persona que resultaba ya cuando menos imputada, pues es también preciso, junto a ello, que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*.

Queda así claro el alcance y límites de la intromisión en la intimidad corporal, con distintos planos de actuación física, como en seguida ejemplificaremos. Por lo que se concluye, de un lado, que frente a la resistencia del inculpado caben las advertencias de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes y, de otro lado, que no cabe en ningún caso la práctica forzosa de tales investigaciones o invasiones corporales en supuestos que pudieran considerarse degradantes incompatibles con la prohibición contenida en la Constitución–, como el supuesto específico sometido a recurso de amparo constitucional –examen vaginal–, que en ningún caso puede practicarse mediante el empleo de la fuerza física.

Con posterioridad se han ido sucediendo pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han delimitado de forma clara los diversos supuestos invasores en derechos fundamentales de la persona humana y sus presupuestos habilitantes para obtener fuentes de prueba. De todas las resoluciones constitucionales se pueden extraer las siguientes conclusiones: En principio, son posibles los registros corporales, siempre que no comporten un sufrimiento de especial

intensidad o provoquen una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituyan, por tanto, un trato vejatorio y degradante. Y, una vez asegurado tal límite infranqueable, habrá que asegurar el cumplimiento de los presupuestos habilitantes para tal invasión personal.

En efecto, en principio existe un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona.

Conviene precisar, en primer término, cuál es el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido y exento de cualquier intromisión forzada. Y dicho ámbito no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.

En segundo término, aun tratándose ya de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto. Para afirmar la conformidad de la medida con la garantía constitucional se requiere: a) finalidad de protección de intereses públicos, b) ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal, c) y de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger, y d) considerar, finalmente, si la actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados, pues a la hora de elegir estos es necesario emplear aquéllos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona, a cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida, que deben ser adecuadas y proporcionadas con su finalidad: exhibición completa del cuerpo, exponer el cuerpo en movimiento, posiciones del cuerpo, etc.

Para concluir, nos parece sumamente útil e ilustrativa la lectura de la importante sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 207-96. Se pronuncia sobre los presupuestos habilitantes para soportar una intervención corporal, sin que ello pueda suponer una vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la integridad física, y todo ello sobre la base o regla general de que el hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, más no es una condición «sine qua non» para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

Con el fin de precisar aún más esta doctrina, se dice que, dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

- En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales esto es en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad.»
- Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este

derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

Partiendo de lo anterior, se insiste y desarrollan los requisitos que conforman la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad para concluir si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable. Tales requisitos pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros, derivados de la afectación a la integridad física, como son, que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante.

Ampliando de forma esquemática los anteriores requisitos, tenemos: A) Fin constitucionalmente legítimo. B) Principio de legalidad. C) Jurisdiccionalidad. D) Motivación de la resolución judicial. E) Principio de proporcionalidad. Es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). F) Otras exigencias específicas: a) en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportar un riesgo o quebranto para su salud, b) la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran

por sus características, c) y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta.

• **Derecho al secreto de las comunicaciones**

También dentro de las prohibiciones relativas se estudian los ámbitos de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, en principio delimitados en Derecho español en virtud de las pautas proporcionadas por la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, dictada en desarrollo de los preceptos constitucionales, y en cuyo artículo 7 detalla los comportamientos ilegítimos al respecto, si bien la legislación procesal dominicana carece de referencia alguna sobre el particular (salvo la premisa general de la inviolabilidad establecida en el artículo 8.9 de su Constitución).

En el plano de las intervenciones telefónicas, las condiciones habilitantes para el sacrificio de los derechos tutelados serían, resumidamente, las siguientes: A) Relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida. B) Autorización judicial específica y razonada: auto, nunca providencia. C) Persistencia en el tiempo de la motivación y ponderación judicial. D) Y, en fin, respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones.

De no darse tales presupuestos, estaríamos ante supuestos de nulidad de prueba respecto de los datos fácticos conocidos a través de tal vulneración de derechos fundamentales. El alcance de la nulidad es claro: todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debe ser objeto de valoración probatoria. Por tanto, para el dictado de una sentencia condenatoria se haría preciso examinar si, fuera de los elementos de prueba contenidos en dichas conversaciones telefónicas o inmediatamente derivados de las mismas, hubo en el proceso otras pruebas válidas, de forma que aquella nulidad no influya en el hecho enjuiciado (como ejemplo más cotidiano en la práctica de los tribunales, que el transporte clandestino de droga, ni el trayecto del medio de transporte empleado ni en la detención de los acusados hubieran podido ser conocidos a través de las comunicaciones intervenidas sin cumplir tales garantías previas).

Lo expuesto nos lleva al interesante problema de la conexión de antijuridicidad, de vital importancia en materia de violación de secretos de las comunicaciones como en los de vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y análogos, que después veremos. Por ello, lo que decimos a continuación es perfectamente extrapolable al resto de casos comentados de posible ilicitud de las pruebas. En efecto, sin perjuicio de remitirnos a mayor y amplia lectura de la jurisprudencia constitucional en estos supuestos, aunque la regla general sea que todo elemento probatorio que pretenda deducirse de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halle incurso en la prohibición de valoración, el carácter no ilimitado ni absoluto de los derechos fundamentales ha hecho posible que este tribunal admita la validez y aptitud de tales pruebas para enervar la presunción de inocencia, cuando las pruebas de cargo sean jurídicamente independientes del hecho constitutivo de la vulneración.

Ya se dijo más arriba que el criterio para determinar cuándo tales pruebas reflejas son constitucionalmente legítimas y pueden ser valoradas por los órganos judiciales es el de la inexistencia de conexión de antijuridicidad con la que vulneró el derecho fundamental sustantivo. Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

Aunque por el momento el panorama sobre esta cuestión es todavía confuso y de difícil solución generalizada, un análisis de las últimas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo permite desgranar

una serie de ideas que ayudan a “poner luz” en un tema de indudable oscuridad, determinando posibles situaciones de prueba autónoma y no contaminada, a saber:

Actividad probatoria ex ante: a pesar de establecerse la ilicitud de una prueba de entrada y registro, se considera prueba autónoma, apta para anudar una condena penal, a la prueba testifical de los agentes de la Guardia Urbana que con anterioridad a practicar la viciada diligencia referida, declararon en el acto del juicio haber sido testigos de operaciones de tráfico efectuadas por el acusado, consistentes en intercambiar sustancias tóxicas por dinero, manifestaciones confirmadas por uno de los compradores, que afirmó en el plenario haber realizado al acusado una veintena de compras.

Declaración inculpatoria de coacusada. En el caso de unas escuchas telefónicas declaradas nulas, la sentencia considera prueba ajena, que no trae causa directa o indirecta de la prueba contaminada, a las declaraciones inculpatorias de la coacusada, cuya participación en el delito ya se investigaba por la Guardia Civil.

Irrelevancia acusatoria de prueba declarada ilícita. Se considera prueba autónoma, por no traer causa ni directa ni indirecta de una intervención telefónica ilícita, pero inocua en su resultado, la documental obtenida en una entrada y registro, calificada como prueba inmersa en una auténtica “desconexión causal” de la contaminada, ya que ésta fue del todo irrelevante para la condena del acusado.

La confesión del acusado. Precedida de una escucha telefónica irregular se considera prueba con todas las garantías el reconocimiento libre y espontáneo en el plenario de la posesión de la droga por el acusado. Por el contrario, no se considera “prueba autónoma” válida la confesión precedida de la entrada y registro ilegal en un buque –sin mandamiento ni autorización del patrono–, ya que cuando se produce la “forzada” confesión del responsable de la nave existía en las actuaciones dicha prueba ilícita que contaminaba el resto de las existentes: el hallazgo de la droga y la confesión del acusado.

Todo lo dicho respecto a las intervenciones telefónicas debe predicarse del resto de invasiones en el secreto de las comunicaciones a través de otros procedimientos técnicos. Así, dentro de este apartado, conviene citar todos los nuevos procedimientos técnicos de reproducción de sonidos (cintas magnetofónicas, discos, etc.) y de imágenes (fotografías, videos, etc.) como supuestos de prueba documental

en sentido amplio, para concluir en la plena legitimidad de tales grabaciones cuando previamente se acude al juzgado en solicitud de autorización y, por tanto, cumplen el resto de condiciones habilitantes para el sacrificio de los derechos tutelados.

En este punto, es también importante valorar si se trata de filmar actuaciones de un ciudadano que se producen en lugar público o privado. Así, existe una plena legitimidad jurídica de la captación policial de imágenes de las personas sospechosas en el momento en que se supone que están cometiendo un hecho delictivo, siempre que la grabación se extienda a comportamientos verificados en espacios públicos, sin incidir, en ningún caso, en el seno del domicilio o en lugares en los que se desenvuelvan actividades privadas inmunes a la intervención de terceras personas. En ningún caso, pues, se pueden captar comportamientos que tengan lugar en el interior del recinto sometido al señorío de la privacidad. Todo intento de captar imágenes de las conductas que se desarrollan en el interior de un domicilio debe contar con el necesario respaldo judicial plasmado en un auto ponderado.

Finalmente, conectado con el secreto de las comunicaciones se encuentran el tema del registro de la correspondencia y del equipaje personal. Hace tiempo, para zanjar toda duda sobre el particular, nuestro Tribunal Supremo manifestó: "a) La detención y registro de la correspondencia queda bajo la salvaguardia de la autoridad judicial, por lo que la diligencia de apertura de correspondencia desprovista de las garantías que le legitiman deviene nula; b) se protegen no sólo las cartas –correspondencia epistolar–, sino todo género de correspondencia postal, entre ellas los paquetes postales; c) no obstante lo anterior, el reconocimiento de los envíos postales puede ejecutarse de oficio y sin formalidades especiales sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde".

- Derecho a la inviolabilidad del domicilio

Finalmente, en el campo de las prohibiciones relativas se sitúa el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La incidencia en este derecho constitucional requiere consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. En Derecho español, por tanto, la falta de mandamiento judicial hace radicalmente nula la prueba obtenida e impide la valoración del dato de la aprehensión de cualquier objeto en el interior del domicilio, por violación del artículo 18.2 de la Constitución.

En primer lugar, debe decirse que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de una persona y, por ello, existe un nexo de unión entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio y la que impone la garantía de su privacidad. Por ello, para los almacenes, fábricas, locales comerciales y oficinas, utilizados para fines de almacenamiento o comerciales distintos al de servir de habitación a sus titulares, no rigen las garantías legales.

Supuesto problemático en derecho español lo ha constituido el registro de vehículos, si bien se concluye que tampoco se puede exigir el conjunto de garantías con que el ordenamiento jurídico protege el domicilio de las personas. Un automóvil es un simple objeto de investigación y la actuación policial sobre él en nada afecta a la esfera de la persona y sólo está sujeta a las exigencias procesales de regularidad establecidas en la legislación ordinaria. La excepción vendría dada por las denominadas auto-caravanas, donde se realiza normalmente la vida cotidiana. En tal caso, para hacer extensivas las garantías de la morada en general, es preciso que el vehículo-caravana ostente una aptitud estructural para servir de morada a una persona (dormitorio, cocina, aseo, mobiliario), razón por la cual se excluyen los habitáculos existentes en los camiones de largo recorrido para el descanso de los conductores y, además, es necesaria su utilización efectiva como sede vivencial de los ocupantes.

En segundo lugar, acreditada la condición de domicilio a efectos de constituir derecho fundamental a invadir, nos interesa en esencia destacar que el respeto a la prohibición probatoria derivada presupone que sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el juez competente. Por tanto, al igual que en supuestos antes estudiados, los requisitos habilitantes son: A) Relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida. B) Autorización judicial específica y razonada: auto, nunca providencia.

Nuestro Tribunal Constitucional ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva, señalando los requisitos esenciales: esa motivación, para ser suficiente, debe aportar los elementos que permitan posteriormente realizar el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del

mismo. El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión). Esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse de la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente ha de tenerse encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación o ante una mera actividad policial que puede ser origen, justamente, de la instrucción penal (STC. 14-2001).

Cumplidos tales requisitos, se dota de legitimidad constitucional a la invasión del hogar. Y ello tiene una importante consecuencia práctica, ya antes comentada al hablar de la diferencia entre ilicitud constitucional e irregularidad procesal: una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, en el plano de la legalidad, esto es, en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba. No se trata, en este caso, de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sino de una prueba irregular, cuya validez debe ser enjuiciada en su sede propia, la judicial.

En tercer lugar, es necesario ahora apuntar el tema del delito flagrante, ya que constituiría presupuesto para la entrada en domicilio sin necesidad de autorización judicial previa habilitante y, por derivación, que tal entrada no constituyera vulneración de derechos fundamentales ni atrajera la posible nulidad de pruebas ilícitamente obtenidas. En nuestro país, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990 fue terminante y significativa, estableciendo una concreción del concepto de "delito flagrante" para habilitar a la entrada sin mandamiento. Tal concepto queda delimitado por tres requisitos: 1º Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o que se haya cometido instantes antes, 2º Inmediatez personal, consistente 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, y 3º Necesidad urgente, de tal modo que la policía se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea y conseguir la detención del autor

de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de éstos permita acudir al juez para obtener el mandamiento correspondiente. Posteriormente, la nota de flagrancia debe interpretarse también en el sentido a que se refiere la STC. 341/1993: «situación fáctica en la que la comisión del delito se percibe con evidencia y exige por ello una inmediata intervención». Sobre el particular del delito flagrante pueden verse otras resoluciones constitucionales: STC 94-96 y 94-99.

En la legislación procesal penal de la República Dominicana tenemos el artículo 224, que considera flagrante delito: "cuando el imputado... es sorprendido en el momento de cometer el hecho punible o inmediatamente después, o mientras es perseguido, o cuando tiene objetos o presenta rastros que hacen presumir razonablemente que acaba de participar en una infracción". En cualquier caso, el ordenamiento procesal dominicano, a diferencia del español, habla de los fiscales como encargados de investigar y perseguir todos los delitos –artículos 99 y 30–, si bien podrá, si lo juzga útil y necesario, encargar una parte de los actos de su competencia a un oficial auxiliar de policía.

Conclusión o recapitulación final

Con lo expuesto, quedaría brevemente apuntado el tema de la prueba ilícita y, por tanto, los problemas que pueden derivar del intento de introducir material viciado de ilegitimidad de origen, debiendo afirmarse el cierre procesal del medio de prueba propuesto para introducir el material ilegítimamente obtenido y, en caso de haber accedido ya al proceso, la prohibición de su toma en consideración, ni autónomamente ni como corroboración o robustecimiento de los resultados de la prueba regular y lícita. Si bien lo anterior, debe recordarse el estricto ámbito de la prueba ilícita: vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas; por tanto, debe distinguirse de otros posibles supuestos de simple vulneración de garantías o formalidades legales que, por regla general, no impedirían la prueba por otros medios, salvo en el caso de determinar u ocasionar indefensión de las partes. Y, además de todo lo dicho, recordar la incidencia en esta materia de valoración probatoria y reglas de juicio, la conexión de antijuridicidad.

Pero no debemos finalizar sin recordar que el tema de la prueba ilícita todavía no está agotado. ¿Qué ocurre si se yerra sobre el concepto de delito flagrante? ¿Qué ocurre si en el cumplimiento de una diligencia de prueba lícitamente obtenida se conoce un hecho delictivo distinto al

investigado? ¿Qué ocurre si se descubre en el curso de esta actuación un cadáver o una persona malherida o bien un depósito de armas o municiones? ¿Hay que silenciar tal descubrimiento o impedir su investigación y prueba, porque la actuación policial no amparaba en principio la investigación de tales supuestos? ¿Hay que marginar los efectos probatorios únicamente respecto al delito en el curso de cuya investigación se vulneraron tales derechos constitucionales o, por el contrario, la irregularidad vicia todo lo conocido y realmente acontecido?

Como regla general, debemos decir que si en su práctica aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia, entendida en el sentido de situación fáctica en la que la comisión del delito se percibe con evidencia y exige por ello una inmediata intervención. STS 7-6-97. Y producida tal situación, la inmediata recogida de los efectos del delito no es otra cosa que consecuencia de la norma general contenida en el artículo 286 de la Ley Procesal española; todo ello sin perjuicio de poner en inmediato conocimiento de la autoridad judicial tal incidencia, por si es necesario ampliar y habilitar la invasión en el derecho fundamental. Como es lógico, igual interpretación cabe hacer en los diversos ejemplos estudiados de prohibiciones probatorias relativas, en el curso de cuyas autorizaciones judiciales habilitantes surja el conocimiento de hechos delictivos distintos o conexos.

4.4. Razonamiento de la prueba

Ya se ha dicho antes que el vacío probatorio y, por derivación, la infracción del principio de presunción de inocencia se produce no sólo en los supuestos que hemos ido estudiando de no haberse practicado prueba alguna en el juicio o bien de haberse obtenido las pruebas con vulneración de derechos fundamentales, sino también en los supuestos de no mediar razonamiento de cargo alguno o ser éste irrazonado o abiertamente absurdo. Con el simple enunciado de este tercer aspecto, nos adentramos de lleno en el tema del razonamiento de la prueba, elemento también de suma importancia para entender desvirtuada la presunción de inocencia.

Una decisión judicial inmotivada no satisface las exigencias legales. Cuando se impone a jueces y tribunales la obligación de dictar una resolución motivada, no puede considerarse cumplida con la mera

emisión de una declaración de conocimiento o de voluntad (en el sentido de declarar a secas culpable o inocente al acusado). Cuando la Constitución o la ley exigen que se motiven las sentencias, imponen que la decisión judicial esté precedida por una exposición de los argumentos que la fundamentan. Tal exigencia es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante lo cual se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad. Y, en la actualidad, el tema de la motivación de la sentencia judicial se conecta, de forma inescindible, con el principio de presunción de inocencia. De forma expresiva y contundente lo expone nuestro Tribunal Constitucional -STC. 249/00- al recordar que la protección del derecho a la presunción de inocencia comporta comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada y supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Por tanto, cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando, por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.

Ahora bien, no está de menos señalar que la exigencia constitucional de motivación de las sentencias no comporta, sin embargo, que el juez o tribunal deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico. Por eso, no atenta a derechos constitucionales la parquedad o concentración del razonamiento, si éste permite conocer el motivo que justifica la decisión y garantía, consecuentemente, la exclusión de arbitrariedad. Pero con esta salvedad o aclaración, nunca debe olvidarse la importancia de este apartado, por lo que conviene insistir en su exquisito cumplimiento en las resoluciones condenatorias para evitar relatos fácticos mínimos o inexpresivos y carencia de justificación del tipo penal aplicado. Sólo actuando correctamente podemos permitir, además, el correcto funcionamiento de las diversas instancias judiciales, ya que, es sabido, el juicio de los órganos de instancia sobre

la prueba producida en el juicio oral es controlable en recurso en lo que se refiere a su estructura racional; es decir, en lo referente al respeto de las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos.

La consecuencia de lo anterior es clara: el incumplimiento de esta exigencia constitucional de motivar las sentencias, en su doble vertiente de falta total de motivación o bien de razonamiento ilógico o arbitrario, conllevaría declarar la nulidad de la sentencia recurrida y ordenar la devolución de la causa al órgano de que proceda para que dicte nueva resolución con arreglo a derecho.

Trasladado lo expuesto a la legislación procesal de la República Dominicana, debemos indicar que la misma es lo suficientemente expresiva sobre el particular. La exigencia de motivación proviene de un mandato expreso de la norma consignado en el artículo 24 del CPP, que establece: "Artículo 24. Motivación de las decisiones. Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar". Del texto deriva la obligación de sustentar la decisión, no solo en cuanto a lo que se decide como solución del caso, sino en todos y cada uno de los aspectos en los que el juzgador deba pronunciarse y ello incluye, por supuesto, lo relativo a la legalidad de las pruebas. Por ello, para finalizar lo anterior, citamos y remitimos a dos interesantes y recientes sentencias en nuestro país: STC 299-00 y 302-00.

4.5. Consideración especial de la prueba indiciaria

La exposición anterior sobre la necesidad del razonamiento de la prueba y del proceso lógico y razonable del juez o tribunal nos lleva a la especial consideración de la prueba de indicios, que es donde se produce en toda su crudeza y extensión la problemática del razonamiento deductivo del juez. La diferencia entre prueba directa y prueba indirecta o indiciaria se basa en la mayor o menor coincidencia entre el hecho probado y el hecho tipo a probar exigido por el supuesto de hecho normativo. Si la coincidencia es completa, se habla de prueba directa; cuando el hecho no es coincidente, pero sí significativo a efectos probatorios, se dice que la prueba es indirecta o indiciaria, que podemos definir como aquella que se dirige a mostrar

la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferir éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar. La sentencia del Tribunal Constitucional 174/85 reparó en la importancia de este tipo de pruebas e inició una doctrina acerca de su reconocimiento en el proceso penal, si bien con problemas peculiares, a la hora de apreciar si el uso de la misma vulnera o no la presunción de inocencia. La importancia de esta sentencia resulta de la mera lectura de alguno de sus fundamentos que reproducimos sobre la base de dos puntos relevantes señalados: uno, que el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria; el segundo punto, que el reconocimiento de la eficacia de la prueba indiciaria plantea problemas peculiares en el momento de apreciar si se ha vulnerado o no aquella presunción.

El primer punto no requiere un largo examen. La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que se desvirtúa por prueba en contrario. Sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente, de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social.

El segundo punto es más delicado, pues obliga a valorar la prueba existente y verificar si esa prueba ha existido realmente y si puede calificarse como prueba de cargo. Cuando la única prueba practicada es la indiciaria, puede surgir el problema de si nos encontramos ante una verdadera prueba de este tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado o si las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadores de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

Hay que enfrentarse, en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si lo único que se ha

producido es una actividad que, a pesar de su finalidad probatoria, no ha logrado más que arrojar sospecha o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado. Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión.

Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios), plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos, que constituyen los indicios, debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios, hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba, no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o realizar razonadamente.

A la vista lo anterior, y a modo de conclusión, se decantan de manera precisa los criterios sobre la validez y eficacia de la prueba indiciaria, expuestos en múltiples resoluciones de los tribunales españoles, que podemos resumir de la siguiente forma: para que la prueba indirecta tenga eficacia enervadora de la presunción de inocencia es necesario:

La pluralidad de hechos base o indicios, sin que el indicio pueda ser único.

Que dichos hechos base estén plena y directamente acreditados.

Que dichos hechos estén dotados de afin y grave potencialidad significativa, de forma que permitan un adecuado enlace con los hechos que se trata de inferir –no puede tratarse de meras sospechas–.

Que dicha inferencia sea correcta, esto es, no arbitraria o absurda, sino ajustada a las normas del criterio humano, sin quebrantar las reglas de la lógica o de la general experiencia, de manera que no se incurra en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

Que el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Así, en la operación deductiva o motivación indicada, deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de manera que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios. A falta de dicha motivación, ni la subsunción estará fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo; es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo. Es necesario, pues, que el órgano judicial explicite no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el ínter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos de delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatar que el tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

Finalmente, señalar en este último aspecto que la versión de los hechos ofrecida por el acusado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta, pero que aquél no tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba deba servir para considerarlo culpable. Para terminar, lo haremos remitiendo al interesado a la lectura de algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional que enfocan últimamente este tema y la suficiencia de los indicios en determinados hechos delictivos generales. STC 136-99, 117 -00, 44-00, 24-97, 220-98, 85-99.



CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN SENTIDO ESTRICTO

Autor: Javier González Fernández

Revisión y actualización: José Saúl Taveras



EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN SENTIDO ESTRICTO

Autor: Javier González Fernández

Revisión y actualización: José Saúl Taveras

1. LA APARICIÓN DEL PROCESO PENAL MODERNO: LOS SISTEMAS PROCESALES

Hablar del proceso penal, del derecho procesal penal, no significa sin más hablar de trámites y plazos. Si todo proceso es la regulación de un conflicto, esta regulación no es difícil, sino imposible. No digamos ya si se habla del proceso penal, en el que el conflicto que se resuelve es social y en el que el Estado ejerce su directo poder de perseguir y sancionar (*ius puniendi*). En efecto, el proceso penal refleja -cual espejo- la filosofía política que impregna el ejercicio del poder en un momento histórico determinado y en una concreta sociedad.

Claro, no es idéntico el proceso penal en el Estado Absoluto, propio del antiguo régimen, que el surgido de la Revolución francesa y la difusión de las doctrinas liberales clásicas. Del mismo modo, es diferente el modelo contemporáneo de proceso penal propio del Estado de Derecho que, aunque bebe del proceso penal liberal, profundiza en el mismo e introduce matizaciones, especialmente, a raíz de su configuración como Estado social y democrático de Derecho tras la Segunda Guerra Mundial y su profundización en los derechos fundamentales y libertades públicas, en un claro afán de superar las demostradas limitaciones de las democracias formales. En efecto, los movimientos jurídico-políticos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial también tuvieron su incidencia -cómo no- en el proceso penal,

recomendándole la implantación del derecho de defensa -en nuestro caso positivizado en el artículo 18 del CPPD- en el proceso desde el inicio de la investigación y, posteriormente, haciendo pivotar también el Derecho Penal sobre la víctima, de suerte que la misma tuviera alguna palabra que decir, por ejemplo, en la prosecución del procedimiento penal- en nuestro caso positivizado en el artículo 27 del CPPD-. Idea esta última que no puede perderse de vista dadas las más recientes tendencias -en esa misma línea de progresión en el modelo contemporáneo de proceso penal- hacia un sistema más cercano al acusatorio puro, extendiendo también el principio acusatorio a la fase de investigación para encomendar su dirección al fiscal -Artículo 259 del CPPD- a un fiscal autónomo e independiente.

En definitiva, y sin afán de ser exhaustivo puesto que habrá habido oportunidad de tratar a fondo el contenido el capítulo 1, no siempre la reacción frente al delito fue la misma. En lo que al proceso penal concierne, ha sido largo el camino histórico para superar la resolución privada de los conflictos, hasta llegar al momento en que "*ius puniendi*" pasó a configurarse como una potestad de naturaleza pública y de titularidad estatal, acompañada de la instauración de un conjunto de garantías -artículos 68 y 69 de la Constitución dominicana- limitadoras de tal poder. Garantías que al mismo tiempo que debían proteger al ciudadano frente a los abusos del poder, legitimaban la titularidad estatal de la potestad punitiva. Es el sentido jurídico de la autolimitación del poder político, ya que en otro caso sería arbitrario, abusivo o totalitario. Así, en el ejercicio del poder de perseguir y sancionar, el Estado no puede actuar directamente. Es necesario el proceso.

La hora de dar forma a su concreta organización, la necesidad del proceso penal para el ejercicio del "*ius puniendi*" hace preciso definir los medios para hacer efectiva dicha autolimitación. Surge, así, el gran problema: ¿cómo organizar de forma eficaz el proceso penal conciliando los diversos intereses en juego?; los del imputado y los de la sociedad -a los que deben unirse también los de la víctima-. El predominio de uno de estos dos intereses determina la aparición histórica de dos sistemas procesales opuestos: el acusatorio y el inquisitivo.

2. EL PRINCIPIO ACUSATORIO EN SENTIDO ESTRICTO. SU RELACIÓN CON EL SISTEMA ACUSATORIO Y SU DISTINCIÓN DEL MISMO

La delimitación del concepto “principio acusatorio” suele plantear alguno que otro problema. De un lado suelen emplearse como si significasen lo mismo las expresiones “sistema acusatorio” y “principio acusatorio”, cuando no son sinónimas, puesto que representan conceptos distintos con alcances diversos –como vamos a ver-. De otra parte, se discute el contenido o alcance del principio acusatorio. Así, algunos autores defienden un concepto estricto, criticando la tendencia –defendida por otros– de utilizar una idea del principio acusatorio omnicomprendiva, que extiende los límites de este principio más allá de los que le son consustanciales, asignándole notas o contenidos más propios de otros principios, especialmente el de contradicción y el de prohibición de toda indefensión, es decir, la falta de un derecho de defensa efectivo.

2.1. Distinción

Con el término de “sistema acusatorio” se alude a una forma de configurar el proceso penal en su totalidad. En tanto que la de “principio acusatorio” se refiere a una forma de regular uno de sus posibles elementos. En su forma más pura, el sistema acusatorio resulta de la combinación de los siguientes principios:

- Necesidad de una acusación formulada y sostenida por un órgano distinto del juez, estándole vedado al juez proceder de oficio en la búsqueda de la prueba.
- Contradicción de las partes en el juicio, que deberá ser público, con la consiguiente oralidad e inmediación.
- Igualdad entre las partes en los medios de que podrán disponer en apoyo de sus pretensiones.
- Aportación de pruebas por las partes.
- Libre apreciación de las pruebas por el tribunal.
- Como regla general, libertad del imputado hasta una resolución firme de condena.

- También se confía la persecución a la víctima sin que la sociedad tome la iniciativa -delitos de acción privada, Artículo 32 del CPPD-.

Por el contrario, con la expresión "principio acusatorio" se alude a un aspecto particular de un proceso conformado con arreglo al sistema acusatorio. En esencia, la idea de principio acusatorio indica cómo se reparten los papeles en el seno del proceso penal y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto del proceso.

2.2. Contenido del principio acusatorio

Como veíamos, se critica por algún sector doctrinal la amplia extensión que se suele dar al principio acusatorio, mezclándolo o confundiendo con otros principios procesales, en concreto el principio de contradicción y el de prohibición de todo estado de indefensión. Dicen estos autores que, si bien los principios o reglas que inspiran el proceso penal están íntimamente relacionados entre sí, ello no debe llevar a confundirlos de plano. Argumentan que la contradicción, más que atender a un aspecto concreto del proceso, es un presupuesto de la existencia del proceso mismo, de suerte que sin ella no hay proceso: habrá otra cosa, pero no proceso. En cambio, el principio acusatorio es una forma de conformar, de dar forma, al proceso ya existente, por lo que, para estos autores, carece de sentido decir que la contradicción es una consecuencia del principio acusatorio.

A esta argumentación responden otros procesalistas, afirmando, en síntesis, que tal distinción no deja de ser una sutileza de escasas consecuencias prácticas, puesto que también podría decirse lo mismo del principio acusatorio, tal como se entiende en sentido estricto. Esto es, puede decirse igualmente del principio acusatorio, un presupuesto para la existencia de un proceso entendido de una forma determinada, aunque luego tenga en su desarrollo una muy concreta proyección – especialmente a la hora de disponer el órgano jurisdiccional del objeto del proceso–, lo mismo que la va a tener el principio de contradicción en ese mismo terreno, por ejemplo, exigiendo que todo el material sobre el que pueda decidir el tribunal haya sido sometido a previo debate contradictorio como forma de evitar la indefensión, con lo que se puede afirmar que aparece un tercer principio –el derecho de defensa, con la proscripción de la indefensión–, lo que muestra una vez más la amplia interrelación entre todos los principios procesales.

En todo caso, con independencia de esa interrelación, es patente que con el enunciado de cada principio se quiere destacar un aspecto o perspectiva concreta del proceso. Así pues, en sentido estricto, el principio acusatorio concierne a la exigencia de una acusación formal que ha de ser planteada por alguien distinto al órgano enjuiciador, cuyos titulares han de estar situados en una posición de imparcialidad -Artículo 5 del CPPD-. Por su parte, el principio de contradicción alude a la necesidad de que las dos partes básicas en todo proceso penal tengan la posibilidad de defenderse y ser oídos; concierne, así, al derecho a contradecir de modo eficaz sobre todo elemento que se introduzca en el proceso por las partes o de oficio. Y lo que salta a la vista es que la perspectiva del caso sometido a un concreto proceso exige, como tendremos oportunidad de ver, el respeto al equilibrio de esa distinción de funciones y a la irrenunciable posición imparcial del tribunal de enjuiciamiento.

2.3. Fundamento del principio acusatorio

Equivale, por ende, el principio acusatorio a la afirmación que, en el proceso penal, el juzgador debe permanecer al margen y atenerse a la acusación formulada por los acusadores, sin mezclar su función decisoria con la acusadora. En definitiva, el fundamento del principio acusatorio es la imparcialidad del juzgador y su contenido se refiere a quién inicia el proceso y a cómo se determinan los hechos acusados y el acusado mismo. Este principio tiende a mantener la imparcialidad del juez, para lo cual su actividad deberá ser solicitada por alguna de las partes, y para que el juez no proceda de oficio y se mantenga imparcial como el principio acusatorio exige:

- Uno o varios acusadores que reclamen el juicio.
- Uno o varios imputados concretos contra los cuales el juicio se pida.
- Unos hechos concretos dentro de los que debe mantenerse el tribunal, ya que, si su acción se extiende fuera de tales hechos, estaría actuando de oficio.
- Un tribunal de juicio distinto del órgano que investigó los hechos a fin de que se acerque a los hechos y al acusado con la exquisita imparcialidad que el principio acusatorio se propone salvaguardar.

Así las cosas, se dice que un proceso está informado por el principio acusatorio cuando las fases de investigación y de enjuiciamiento se

atribuyen a órganos jurisdiccionales distintos, prohibiéndose al órgano decisor realizar funciones propias de la acusación, quien, al articular y sostener la pretensión penal, vinculará la actividad decisoria del tribunal, prohibiéndose también al órgano de la segunda instancia la posibilidad de agravar la situación del recurrente.

En este punto, conviene recordar que, tras la Revolución francesa, el principio inquisitivo quedó reducido a la fase instructora, pero que a partir de la última posguerra mundial, como consecuencia de la ratificación por los estados europeos de los convenios internacionales sobre derechos humanos, el principio acusatorio no solo se mantiene en la fase de juicio, sino que, además, se trata de extenderlo a la fase de investigación, potenciándose el derecho de defensa y la intervención del acusado en dicha fase. Incluso, ya en muchos países -como el nuestro- se le atribuye la fase investigativa a órganos no judiciales -concretamente al Ministerio Público- para que la función del juez en esa primera fase del proceso sea la de un estricto garante de los derechos del imputado, introduciéndose, incluso, en algunos ordenamientos procesales como el nuestro, una etapa intermedia entre la investigación y el juicio, con la exclusiva función, una vez finalizada la investigación, de depurar si se dan o no los presupuestos necesarios para que la acusación pueda ser sostenida en un ulterior juicio en un tribunal distinto.

En esta última línea avanzan las reformas legislativas en los países del área latinoamericana. En Costa Rica, Guatemala y El Salvador, que culminaron las reformas procesales, el proceso es muy similar, con seguridad, inspirados en los mismos modelos acusatorios, especialmente, al parecer, en el Código Modelo Tipo para Iberoamérica. El proceso se inspira en una acentuada oralidad, en el que la verdadera prueba se producirá en el juicio, donde en verdad se le dará valor a las diligencias efectuadas por la policía y el Ministerio Público, durante la etapa preparatoria o de investigación, salvo supuestos excepcionales de actos definitivos e irreproducibles realizados en la fase de investigación, que servirán como prueba si fueron recogidos conforme lo dispone la ley, casi siempre con control judicial, como por ejemplo, el anticipo de prueba -Artículo 287 del CPPD-. Ello acompañado del «principio de solución del conflicto» que da fundamento a las soluciones alternativas al juicio. Este proceso, en algunos países -como en el nuestro- se ha estructurado organizándolo en cinco fases: preparatoria, intermedia, juicio, las impugnaciones y recursos, y la ejecución.

- Fase preparatoria, a cargo del Ministerio Público que, auxiliado por la policía judicial, debe realizar todos los actos de investigación para preparar la acusación, aunque con control judicial -juez de la instrucción- para hacer efectivos los principios, derechos y garantías constitucionales, de modo que, como criterio general, sólo la autoridad judicial puede imponer medidas cautelares, por ejemplo, el Artículo 226 del CPP o de restricción de derechos fundamentales, y autorizar diligencias de investigación que afecten derechos fundamentales, como sería la requisa de una vivienda -Artículo 180 del CPPD-.
- Fase intermedia, ante la autoridad judicial -juez de la instrucción- en una audiencia preliminar -Artículo 300 del CPPD- en la que se discuten los aspectos relativos a la acusación, aplicación de medidas alternativas al proceso, aplicación, continuación o sustitución de medidas cautelares, entre otros, y de admitirse la acusación, ha de dictarse un auto de apertura a juicio y determinarse la prueba que se utilizará en el juicio para así garantizar la objetividad del juez o de los jueces de juicio, que serán distintos al de esta fase intermedia.
- El juicio oral, que se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, oralidad, concentración, inmediación y contradictorio, adaptándose como regla de valoración de la prueba el de la sana crítica racional -Artículo 333 del CPPD-.
- Impugnación y recursos, asunto sobre el cual el CPPD le "... ha dedicado el Libro III a esta materia, diferenciándose así de la tramitación dispersa y segregada el código de Procedimiento Criminal, y donde, en suma, se le reconoce a las partes la posibilidad de recurrir individualmente, a través de diferentes vías de impugnación, la mayoría de las decisiones que le causen agravio.
- La ejecución, que consiste, en resumen, en la judicialización de la ejecución de la pena. "No obstante, lo trascendente del cambio legislativo no es que se atribuya a los jueces el tradicional mandato de "hacer ejecutar lo juzgado", sino la obligación del poder judicial de velar, no solo por que la pena se oriente y se ajuste a sus fines constitucionales, sino por que el cumplimiento de las privaciones de libertad tenga lugar con sujeción al régimen jurídico legalmente establecido" (Pablo Llarena Conde, actualizado por el magistrado Adolfo y Ureña, Compendio de Derecho Procesal Penal, publicado por la ENJ, p.807)

3. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO ACUSATORIO COMO INTEGRANTE DEL DERECHO A UN JUICIO JUSTO (PROCESO DEBIDO)

3.1. Rango constitucional

En relación a lo ya apuntado, el principio acusatorio tiene indudablemente su raíz más profunda en el derecho de toda persona a defenderse de la imputación que contra ella se fórmula, sin que en ningún caso pueda causarle indefensión de ningún tipo. En este sentido se sostiene que el derecho a ser informado de la acusación es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa. De forma más gráfica y descriptiva, se dice que es la llave del derecho de defensa. En efecto, toda persona sometida a un proceso penal tiene derecho a ser informada, de manera clara y asequible, de la acusación formulada contra ella, para que así pueda manifestar su conformidad o disconformidad con las pretensiones de la acusación y preparar, en su caso, la defensa oportuna ante un tribunal independiente e imparcial-artículos 40 y 69 de la Constitución Dominicana y 95 del CPPD- siendo imprescindible para ello que los hechos básicos de la acusación están narrados con claridad y precisión, así como que no sean objeto de un cambio súbito y radical que impida o reduzca sensiblemente cualquier posibilidad de defensa efectiva.

En su faceta más estricta, a la idea constitucionalizada del juez independiente e imparcial, no es extraño el germen de desconfianza hacia los diferentes poderes del Estado que está en la raíz de todas las constituciones democráticas. Desconfianza no solo hacia el poder ejecutivo, sino también frente al poder de los jueces en concreto en su actuar jurisdiccional. De ahí, por ejemplo, que las Constituciones democráticas suelen consagrar el carácter excluyente de la Jurisdicción, en el sentido de que solo los jueces y tribunales podrán ejercer la actividad jurisdiccional, con la correlativa prohibición del ejercicio de otro tipo de actividades públicas o privadas, con excepción de ser profesor o catedrático. La manifestación en el seno del proceso de la garantía de la independencia es la búsqueda y la protección de la imparcialidad del juez con relación al objeto del procedimiento.

El rango constitucional del principio acusatorio es, pues, indiscutible, apareciendo consagrado de una forma u otra en todas las constituciones que se precien de democráticas. Como se dijo, en los

artículos 40 y 69 de la Constitución dominicana del 2010, bajo los títulos de “Derecho a la libertad y seguridad personal” y “Tutela judicial efectiva”, en el apartado del 4) del 69, se consagra el derecho a un juicio justo. De su puesta en relación con las normas correlativas de los tratados internacionales en la materia suscritas por el Estado se extrae la misma conclusión expuesta.

3.2. Ámbito internacional

Alcanza, incluso, rango constitucional a nivel internacional mediante su plasmación en tratados internacionales sobre derechos humanos y políticos. Para los países que los hayan suscrito, la vigencia del principio acusatorio deriva también, por ejemplo, del artículo 6.3 letras a) y b) de la Convención Europea de Derechos Humanos de Roma, del 4 de noviembre de 1950. Con un ámbito internacional más amplio, puede citarse el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el día 19 de diciembre de 1966, conforme al cual:

1. “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella” (apartado 1)

2. “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección...
- A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” (apartado 3).

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, igualmente ratificada por

la República Dominicana. De esa forma se refuerza a nivel interno la aplicación y exigencia del principio que se analiza en los países firmantes de tales tratados, cuyos ciudadanos podrán denunciar la violación de sus derechos constitucionales, no sólo ante los tribunales internos, sino también ante aquellos tribunales internacionales que en algunos casos se constituyen al amparo de esos tratados. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aunque será usual que la sentencia o, en su caso, dictamen, de estos órganos internacionales carezcan de fuerza ejecutiva directa en el Estado afectado, sí pueden tener efectos disuasorios, aparte de la satisfacción para la víctima a través de una posible indemnización económica. Es a través de la proclamación de todos los principios ligados al proceso penal, una auténtica Constitución, en definitiva, lo que hace es imponer un sistema de garantías materiales en que en su conjunto proyectan la idea de un proceso justo. Y ello hasta el punto de que algún procesalista ha llegado a afirmar que "hoy podría hacerse el proceso penal con sólo la Constitución en la mano".

Ciertamente, una Constitución puede no estar para descender al detalle de especificar cómo organizar en concreto el proceso penal, limitándose a proclamar los derechos fundamentales, principios y garantías constitucionales del ciudadano ante el proceso, sin puntualizar necesariamente en las formas, las solemnidades o los ritos, como sería, por ejemplo, las especificaciones que necesariamente debe contener la acusación -Artículo 294 del CPP-. Lo que sí es inconcebible es que el tipo de proceso concretamente regulado por la ley ordinaria no respete en su desarrollo el conjunto de garantías instauradas por la Constitución. Esto último tiene su importancia cuando, como ha sucedido en ocasiones, en un país adviene la democracia, y se promulga una Constitución sin una paralela reforma de las leyes procesales. Quiere ello decir que el proceso preconstitucional deberá aplicarse en función de las garantías constitucionales, procediéndose a un reajuste de la legalidad ordinaria para adecuarla a la Constitución, merced a una interpretación de las leyes por los jueces y tribunales, conforme a los principios constitucionales.

3.3. Vulneraciones del principio: especial protección derivada de su naturaleza constitucional

Por último, en lo que concierne a la infracción del principio acusatorio -una de las garantías sustanciales del proceso penal-, su violación supondrá una doble vulneración constitucional, la del derecho a conocer la acusación, pues ésta sería inexistente, y la del derecho a no sufrir indefensión. Pueden hacerse aquí dos comentarios:

- Si su rango constitucional le hace ser principio de general aplicación, es razonable pensar que los tribunales de recurso podrán aplicarlo de oficio, aun cuando la parte afectada no lo haya invocado expresamente -Artículo 400 del CPPD-.
- El rango constitucional de los derechos afectados determinará que, contra la resolución judicial que los viole, no solamente podrán interponerse los recursos ordinarios, sino que, en su caso, una vez agotada, por regla general, la vía de tales recursos también podrá demandarse el amparo o protección del correspondiente Tribunal Constitucional, donde exista, como es el caso dominicano.

4. Notas esenciales del principio acusatorio

De todo lo hasta el momento expuesto se desprende que son notas esenciales del principio acusatorio las siguientes:

- La atribución de la investigación y enjuiciamiento a órganos distintos. En otro caso, quedaría vulnerado el derecho fundamental a un juez imparcial.
- La separación de las funciones de acusación y decisión, pues de no ser así también se afectaría la imparcialidad e independencia del tribunal. Esta separación debe aplicar, en cualquier caso, en la fase de juicio, puesto que, dada la separación entre la investigación y la decisión, en algunos modelos -como en España-, se acepta que la instrucción la realice un juez. Lo que sí es del todo inadmisibles es que sea el mismo juez o que el órgano de enjuiciamiento pueda condenar sin pretensión acusatoria.
- La correlación entre acusación y fallo. El principio acusatorio exige una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la pretensión de condena y la parte dispositiva de la sentencia a fin de poder facilitar el ejercicio del derecho de defensa -Artículo 336 del CPPD-.

- **Subjetiva:** es preciso que el acusado, como sujeto procesal, esté suficientemente identificado en el escrito de calificación o acusación, pero, además, es también preciso que se le informe de dicha acusación y que esto se haga con tiempo suficiente para preparar su defensa.

- **Objetiva:** ese derecho a conocer la acusación exige también que en el escrito de calificación se concrete el hecho punible cuya comisión se le atribuye para que el acusado pueda articular en contra otros hechos y los medios de prueba que estime oportunos para combatir

la acusación. Por ello, se violaría esta garantía si el tribunal pudiera conocer de hechos distintos de los narrados en los escritos de las acusaciones. En cambio, no habrá vulneración, como se verá, si respetándose el hecho histórico, se condena por delito distinto si no es más grave y el bien jurídico protegido es homogéneo, siempre que no se imponga pena más grave que la pedida por la acusación -Artículo 336 del CPPD-.

La prohibición de la reforma a peor (*reformatio in peius*) lo que significa que un apelante no puede ver agravada su situación a causa de su propio recurso. Ello supondría una agravación de oficio de la pena con vulneración del derecho de defensa del acusado recurrente -Artículo 404 del CPPD-. Cuestión distinta es que la agravación derive del recurso de otro parte simultáneamente interpuesto.

A continuación, pasaremos a analizar con más detalle estas características del principio acusatorio.

5. DISTINCIÓN ENTRE ÓRGANOS DE ACUSACIÓN, DE INVESTIGACIÓN Y DE ENJUICIAMIENTO Y DIVISIÓN DEL PROCESO EN FASES

5.1. Significado

La atribución de la investigación y enjuiciamiento a órganos distintos conlleva la división del proceso en fases, entre ellas la fase de investigación y la fase de decisión del hecho punible -juicio-, así como que quien intervenga en la fase investigativa no participe en la decisión para evitar que el perjuicio derivado del conocimiento de los hechos que han de ser juzgados "contamine" la actividad de enjuiciamiento. Por su parte, la distribución de las funciones de acusación y decisión supone que el ejercicio y mantenimiento de la acusación se asigne legalmente a un órgano distinto al juez, por lo común el Ministerio Público a través de la acción penal pública. Relacionado con este tema está el de la posibilidad de ejercicio de la acción penal por la víctima del delito, y aún el de la posible institucionalización de una acción popular, permitiendo que cualquier ciudadano o colectivo de ciudadanos, sean o no ofendidos directamente por el delito, puedan ejercitar la acción penal -Artículo 85 del CPPD-.

Se trata de evitar que el conocimiento previo de los hechos o el ejercicio de la acción pueda afectar a la imparcialidad del órgano enjuiciador,

para lo que deben arbitrarse medios que eviten toda sombra de duda en garantía del derecho fundamental a un juez imparcial en un doble sentido: 1) Eliminado todo posible contacto del tribunal enjuiciador con la obtención del material necesario para que se celebre el juicio, lo que podría hacer tomar, en el ánimo del instructor, prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del acusado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre función investigadora y juzgadora, y 2) La separación que debe existir entre la acusación y el órgano encargado de la decisión, de la que se deriva la imposibilidad de una condena sin que previamente medie acusación por quienes estén legalmente habilitados para ello, mediante el ejercicio de la acción penal. Consecuencia de esta diferenciación de órganos que investigan, acusan y enjuician es el derecho del inculpado a ser informado de la acusación.

5.2. Alcance de la distinción: importancia de la fase de investigación con relación al principio acusatorio

El primer momento, la fase preparatoria o investigativa, es fundamental para delimitar subjetivamente el contenido del proceso, identificando al sujeto pasivo del proceso (inculpado o imputado), y ciertamente tiene su incidencia en la fijación del contenido objetivo.

5.3. Alcance subjetivo

En cuanto a lo primero, hasta tal punto es trascendental la figura del inculpado, que realizar la investigación de un hecho punible sin sujetar al proceso a la persona sospechosa (con retraso de la puesta en conocimiento de la inculpación) determina que tal investigación podría llevarse adelante sin límite alguno, produciendo una situación peligrosa por lo que de similar tiene a la «pesquisa general» propia del proceso inquisitivo por la posibilidad que presenta de someterse a control e indagación la totalidad de la vida y hechos de una persona.

Esto implica que sin imputado no hay proceso; inculpado, además, que ha de estar en pie de igualdad con el acusador. En otro caso, como mucho, habría una especie de expediente sin garantía alguna de hallar la verdad material, que es a lo que aspira el proceso penal, aun con matices, puesto que el proceso penal ya no busca a costa de cualquier medio la verdad material, sino que las normas que lo regulan están regidas por unos principios inspiradores que tienden a preservar los derechos del acusado. El ejercicio del «*ius puniendi*» por el

Estado está limitado, en el ejercicio de la acción y en la imposición de la pena, por los principios, las garantías que se proclaman básicamente en las constituciones y por los derechos fundamentales. Puede, así, hablarse de una obtención formalizada de la verdad, de una verdad judicial como criterio rector del proceso. Un auténtico proceso garantista, como instrumento dialéctico que es, requiere una efectiva contradicción. Esta sería la sustancial diferencia con el proceso inquisitivo, en que la persona del supuesto autor no era sujeto, sino objeto material del proceso, que a su vez estaba dirigido a obtener su confesión (prueba reina), y carecía de toda garantía que hiciera efectivos los derechos del imputado.

Igualmente, de ordinario, el inculpado deberá conocer quién o quiénes le han denunciado y han motivado con ello la apertura de la investigación, aun cuando es posible que una denuncia anónima pueda servir para abrir una investigación, en cuyo caso correspondería entonces al Ministerio Público presentar una acusación. Si el inculpado desconoce el origen de la imputación, su derecho de defensa podría quedar mermado. Inculpación es la «acción de inculpar, que supone sustancialmente atribuir a otro una culpa, acción o delito. Este concepto puede desdoblarse en dos, en atención a dos momentos procesales bien definidos sobre los que debe descansar el sistema procesal:

- La citación regular del inculpado en la fase de investigación.
- La decisión sobre si la causa pasa o no a la fase de juicio oral.

La inculpación o imputación material supone la atribución, más o menos fundada, a una persona, de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente de ello, contra la misma, un proceso acusatorio (o juicio oral). Implica adquirir la condición procesal de inculpado o imputado desde el comienzo de la investigación penal, haciendo surgir un estatuto propio integrado por un conjunto de derechos bien diferenciados de los que se atribuyen al resto de los intervinientes en el proceso penal.

En esencia, con la toma de conocimiento de los hechos investigados, el imputado puede participar desde ese momento en el proceso, alegando, probando e interviniendo en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla, todo ello con el fin, no ya de obtener una sentencia absolutoria, sino de evitar la acusación en su contra. Otra manifestación del principio acusatorio se proyecta a la hora

de adoptar decisiones sobre su situación personal frente al proceso, concretamente su prisión provisional o preventiva. Las modernas tendencias legales persiguen sustraer la iniciativa de la medida al juez de instrucción o tribunal para desplazarla a las acusaciones, por regla general -Artículo 226 del CPPD-, aunque los jueces conservarán el control de la medida y resolverán sobre su adopción.

5.4. Alcance objetivo

Dijimos que la fase preparatoria tiene también su incidencia en la fijación del contenido objetivo del proceso penal. La inculpación o imputación actúa al mismo tiempo como límite objetivo de la investigación penal, impidiendo investigaciones indiscriminadas o pesquisas generales. La investigación se limitará a los hechos expresamente comunicados al imputado. Si a lo largo de la investigación aparecen nuevos hechos, la investigación solo podría extenderse a ellos previa su información al imputado.

Es necesario que los jueces exijan y establezcan consecuencias ante investigaciones hechas sin respetar las formas exigidas por la Constitución y la ley, especialmente en lo que se refiere a los actos de investigación realizados sin autorización judicial, cuando la naturaleza del acto lo requiera. La sanción debe ser la inutilidad a cualquier efecto del acto realizado de esa forma. Deberían, de otra parte, establecerse mecanismos legales que permitan a cualquier persona constituirse ella misma en inculpada, a petición propia, en los casos en que llegue a conocer que está siendo sujeta de una investigación que no le ha sido comunicada oficialmente y así "beneficiarse" de los derechos y garantías establecidas a favor de un imputado.

5.5. Órgano específico de acusación: el acta de acusación y el objeto del proceso

A su vez, de cara al juicio, quien determina el contenido del debate contradictorio sobre el hecho punible que se somete a la consideración del tribunal de enjuiciamiento, es la parte acusadora a través de su respectivo escrito de acusación. Y a su vez, la calificación jurídica del hecho atribuido debe estar en la acusación para conocimiento del acusado. Con ello la parte acusada se hallará en condiciones de articular su defensa frente a la imputación, proponiendo los medios de prueba que considere oportunos en su descargo, y estar en condiciones de desmontar los propuestos por la acusación. Finalmente, será sobre el

resultado del material probatorio practicado en el juicio oral sobre el que se pronunciarán las dos partes, acusación y defensa, formalizando las respectivas calificaciones definitivas, sobre las que versarán sus informes o alegaciones en defensa de sus posiciones.

Por lo tanto, quien fija el contenido del debate, que deberá ser contradictorio, es la acusación y la calificación formulada es la premisa de la vinculación entre acusación y el fallo de la sentencia. No es admisible, pues, que la falta de información de la acusación en la primera instancia pueda ser corregida en la segunda, puesto que ello lisa y llanamente significaría que el acusado, pese a prever dos oportunidades de defensa, solo habrá tenido una sola oportunidad para conocer y con ello defenderse de aquella acusación. Se vería privado así el acusado de una de las instancias que los tratados internacionales y las constituciones le reconocen en esta materia.

De otra parte, el derecho a la información previa de la acusación exige que se realice de forma concreta, contra persona determinada y referida a un hecho que revista caracteres de delito, sin que sean admisibles acusaciones implícitas. Solo así la persona contra la que la acusación se dirige podrá darse por enterada y actuar en su defensa. Lo anterior no implica necesariamente que la acusación vaya a quedar absolutamente constreñida por la calificación provisional que haya formulado previamente al juicio para enmarcar su contenido (CPPD. Art. 336).

En función del resultado probatorio del juicio, como las demás partes, la acusación debe estar facultada en determinadas condiciones para modificar sus conclusiones provisionales. Si la modificación no es sustancial, la modificación no afectará al principio acusatorio ni al derecho de defensa del acusado. Por el contrario, si el cambio sí es sustancial puede incurrir la acusación en la llamada «imputación tardía», con el correlativo peligro de que la defensa del acusado no se halle en disposición de oponerse a la nueva acusación realizada. En este caso sí podría haber violación del principio acusatorio. Será preciso, por tanto, habilitar un trámite para que el abogado del acusado pueda preparar su defensa y practicar en su caso las pruebas que le interese proponer. Incluso con suspensión del juicio (CPPD Art. 321).

En todo caso, el ámbito objetivo del enjuiciamiento va a quedar delimitado por el relato fáctico de la calificación provisional de la acusación (acta de acusación), que a su vez deberá ceñirse a la previa imputación de hechos al inculpado. Así, la acusación no podrá extender

su imputación fáctica a cuantos hechos resulten de la investigación, sino sólo a aquellos hechos puestos en expreso conocimiento del inculpado y que, en su caso, hayan sido aceptados por el órgano judicial encargado de controlar el paso a juicio oral (al modo de los artículos 298, 299, 300 y 301 del Código Procesal Penal Dominicano). En efecto, le debe estar vedado a la acusación introducir en su acta de acusación hechos que, aún investigados, no hayan sido en cambio admitidos a juicio por el correspondiente órgano jurisdiccional. Admitir esa posibilidad supondría aceptar que la acusación pueda reabrir una parte del objeto inicial del proceso que fue negado por el juez de instrucción en la fase intermedia, con quiebra del sistema procesal que atribuye a un órgano judicial la fijación del contenido del enjuiciamiento y la consiguiente merma del derecho de defensa del inculpado.

6. CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA CONDENATORIA. VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL AL ACTA DE ACUSACIÓN. EXCEPCIONALES POSIBILIDADES DE VARIACIÓN: EL CRITERIO DE LA HOMOGENEIDAD

6.1. Posturas doctrinales sobre el alcance de la correlación

Positivizada en la regla 336 del CPDD bajo el título de "Correlación entre acusación y sentencia", existen discrepancias a la hora de determinar el alcance de tal correlación en caso de condena. Por supuesto, siempre se parte de la premisa de que no puede ser condenado quien no ha sido acusado, de forma que el acusado contra quien se retire la acusación debe ser ineludiblemente absuelto.

Básicamente, puede decirse que hay dos posturas enfrentadas: quienes entienden que la vinculación ha de ser relativa y quienes consideran que ha de ser estricta. Los autores que configuran el principio acusatorio en su dimensión más concreta, sin fusionarlo con el derecho de defensa, sostienen que la vinculación ha de ser relativa.

Consideran estos autores que queda respetado el principio siempre que entre acusación y sentencia haya correspondencia respecto del hecho histórico enjuiciado y de la persona del acusado. Respetándose esa doble identidad y las exigencias de los principios de audiencia y contradicción, admiten que pueda haber divergencias entre la sentencia y el resto de la calificación de la acusación, sin que ello infrinja el principio acusatorio. Entienden que, una vez que el juicio

se ha celebrado y el acusado ha tenido oportunidad de defenderse de todo, el tribunal, en cuanto sometido a la ley, debe estar facultado para imponer todas las consecuencias legales posibles al hecho punible, incluidas una nueva calificación jurídica y una distinta pena, sin quedar supeditado a posibles errores o negligencias de las partes.

Por el contrario, otros autores, acercándose a una exigencia de vinculación estricta, extienden la vinculación a la calificación jurídica y a la pena. Distingue este otro sector de opinión doctrinal una doble vinculación, cualitativa y cuantitativa. La primera alcanza al hecho objeto de las calificaciones y al que se refirió la prueba practicada, con la matización de que en virtud del principio "*iura novit curia*" puede excepcionalmente variarse la calificación jurídica, siempre que -consecuencias de la interdicción de la indefensión- se mantenga la identidad esencial del hecho objeto de acusación, exista identidad del bien jurídico protegido y la pena que así corresponda no sea de mayor gravedad que la reclamada por la acusación. Con la cuantitativa se atiende a la petición de la pena de las partes, de modo que si la sentencia condena por el mismo delito, cuya comisión atribuye al acusado la acusación, el tribunal puede recorrer la penalidad correspondiente al tipo penal hacia abajo, sin sujeción a la pena solicitada por la acusación, lo que se verá en un posterior apartado de este capítulo. Más discutido es si la pena en concreto instada por la acusación actúa o no como tope máximo vinculante para el tribunal.

Otra parte -mayoritaria- de la doctrina sostiene la exigencia de una vinculación estricta entre la sentencia y la calificación acusatoria derivada de la interrelación entre principio acusatorio, principio contradictorio y prohibición de toda indefensión. Así las cosas, se entiende que el acusado sólo deberá defenderse de la acusación global (hecho, calificación jurídica, circunstancias y pena) que se le imputa, que es de la que ha sido informado y para cuya defensa se ha preparado. Ese es el objeto de la acusación y esos son los términos del debate contradictorio. El derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente a ese objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculpaado determinará el alcance de la cosa juzgada e incluso de tal identidad depende, exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. Por ello, se afirma que el principio acusatorio exige, no solo que la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, sino, además, que la sentencia ha de ser congruente con esa acusación y no introducir elementos

nuevos de los que no hubiera podido defenderse el acusado. Lo mismo que hay que evitar acusaciones sorpresivas, hay que evitar sentencias sorpresivas.

6. 2. Límites que el principio acusatorio impone al tribunal del juicio

Se dice que de los elementos que ha de contener el escrito de calificación de la parte acusadora (acta de acusación) o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, son dos los que delimitan el objeto del proceso con eficacia vinculante para el tribunal del juicio, que deberá respetarlos para que su sentencia pueda ser tenida como congruente:

- El hecho punible por el que se acusa, entendido como conjunto de elementos fácticos de los que se deriva la clase de delito cuya comisión se atribuye, el grado de perfección del mismo, el título de participación del acusado, las circunstancias agravantes (genéricas o específicas, propias del tipo penal) y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la concreta responsabilidad penal que se imputa. Así entendido, el hecho punible delimitado por la acusación vincula al tribunal, que no podrá introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Es admisible, sin embargo, que conforme a la prueba practicada en el juicio oral, introduzca datos fácticos accesorios o periféricos a modo de ampliación de circunstancias o detalles de lo ocurrido, para la mayor claridad expositiva de la sentencia o la mejor comprensión de lo ocurrido. Lo que está prohibido al tribunal sentenciador es añadir, de modo sorpresivo a la relación de hechos probados de la sentencia nada extraño a la calificación de la acusación (o de alguna de las partes acusadoras) de lo que pueda servir de base fáctica para agravar la responsabilidad penal del acusado (o de algún acusado). Si así lo hiciera, causaría indefensión al acusado, que no habrá tenido oportunidad de replicar a lo así introducido.
- La calificación jurídica que de aquel hecho o conjunto de hechos haga la acusación. Con ello se alude a que tanto la clase de delito que se imputa, como su grado de perfección, o el grado de participación del acusado o las circunstancias agravantes han de estar precisamente expresadas en la acusación. El tribunal no podrá dictar una sentencia que condene más gravemente de lo que conforme a ley corresponda, en coherencia con todos esos elementos concretados por la acusación. No puede condenarse por un delito distinto, ni estimarse

un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciarse una circunstancia de agravación no pedida.

Estos dos componentes de la acusación 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. El exceso en esos límites ocasionaría indefensión al imputado por no haber tenido oportunidad de alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado. La vinculación debe ser, por lo tanto, estricta.

6.3. Excepciones: posibilidades que el tribunal tiene para modificar el objeto de la acusación

No obstante, cabe admitir excepciones a las limitaciones que el principio acusatorio impone al tribunal en aquellos 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. A través de esa relación de semejanza se criban las mutaciones que la sentencia pueda contener para admitirlas en cuanto desde esa perspectiva todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos y contradichos al estar contenidos en la acusación. Mutaciones que podrán incluir excepcionalmente la condena por delito distinto del que fue objeto de acusación, siempre que no sea más grave atendida la pena en abstracto señalada por la ley al tipo penal de la condena.

¿Cómo se determina esa relación de semejanza u homogeneidad entre lo pedido por las acusaciones y lo sentenciado que permita afirmar sin duda alguna que no se ha causado indefensión? En esta cuestión se hace evidente, pues, la importante relación del principio acusatorio con el principio de contradicción y el derecho de defensa. En principio, para que se pueda afirmar la existencia de homogeneidad delictiva no basta con que haya una identidad entre los bienes jurídicos protegidos en el delito objeto de la acusación y aquél por el que se condena, puesto que, de aceptarse esta posición, sería admisible que el tribunal, con la sola exigencia de respetar el bien jurídico protegido, condene por un delito cuya configuración de la acción (hecho) difiera esencialmente de la configuración de la acción opuesta por la acusación, sin que, por tanto, el acusado haya podido defenderse de lo que no es sino una sentencia sorpresiva. El criterio de la identidad de bienes jurídicos se revela en consecuencia insuficiente.

Si el núcleo de la cuestión radica en que el acusado haya podido defenderse de aquello por lo que se le condena, la clave de la homogeneidad ha de consistir en la igualdad esencial entre los elementos sustanciales del delito de que se acusa y el delito por el que se condena (siempre que no se condene por delito más grave). Es decir, todos los elementos del tipo objeto de la sentencia condenatoria han de estar contenidos en el tipo penal objeto de la acusación, porque siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse respecto a la acusación, en el entendimiento de que, cuando se habla de que el acusado haya tenido oportunidad de defenderse, no se alude a defensa en abstracto del hecho punible, sino a la posibilidad de defenderse de la concreta imputación realizada desde la acusación. Se puede decir, entonces, que existe tal homogeneidad en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la sentencia, puesto que ese núcleo común habrá sido objeto de debate contradictorio en el juicio oral y el condenado habrá podido defenderse.

Dicho de otra forma, para que pueda hablarse de esa homogeneidad hay que exigir que se trate del mismo bien jurídico y no haya alteración de los elementos fácticos que sirven de base a la acusación y a la sentencia, esto es, que todos los elementos del tipo penal aplicado en la sentencia estén comprendidos en el tipo penal de la acusación. Por ejemplo, en las conductas de apoderamiento de bienes ajenos hay identidad de bien jurídico protegido (la propiedad o el patrimonio), ya se efectúe con violencia en las personas, o con fuerza en las cosas, o sin ninguna de ellas, ya contra la voluntad del dueño (apoderamiento subrepticio) ya contando con la voluntad del dueño, viciada por un engaño o el abuso de confianza, pero es evidente que, pese a esa apariencia de similitud por contener algún requisito común (ánimo de beneficiarse de lo ajeno), no todas ellas coinciden en su base esencial de comisión. Podría, asimismo, aludirse a la discutida posibilidad de homogeneidad cuando la acusación se formula por delito doloso y se condena por delito imprudente. Es evidente que no es lo mismo acusar por hechos que signifiquen haber causado intencionadamente la muerte a otra persona que la imputación de hechos que suponen la causación no intencional de esa muerte. Sin embargo, es éste un caso controvertido doctrinalmente. Hay opiniones que sostienen la dificultad en la defensa cuando la imputación es dolosa o por culpa para concluir que el principio acusatorio impedirá condenar por delito imprudente si la acusación solo se formuló por delito doloso. Otras afirman que la conducta objetiva en el delito doloso y en el

culposo es idéntica (causar la muerte de otro), y el salto de uno a otro se produce a través del juicio de culpabilidad, debiendo siempre responderse del resultado delictivo si éste se hubiera causado al menos por culpa. Ciertamente, las acusaciones en estos casos pueden acudir al mecanismo procesal de, junto a la acusación principal, formular una acusación alternativa que incluya la otra hipótesis y su correspondiente calificación jurídica, introduciendo de esa forma ambas en el debate contradictorio. Aun así, las acusaciones suelen ser reacias al empleo de este medio procesal, quizás porque ello podría entenderse como un tácito reconocimiento de la debilidad de su hipótesis acusatoria principal.

La prohibición de introducir hechos nuevos en contra del acusado impide igualmente al tribunal apreciar agravantes no solicitadas expresamente por la acusación, ya sean ordinarias o específicas, esto es, incluidas en el tipo penal, lo que por ello implicaría la estimación de un subtipo agravado que no ha sido objeto de acusación. La doctrina suele equiparar el anterior supuesto a los casos de falta de estimación por el tribunal de una atenuante solicitada por la acusación o de apreciación de una forma menos intensa que la aplicada por dicha acusación, entendiéndose que el fundamento es el mismo: una agravación de la situación del acusado respecto de la posición que le marcó la parte acusadora.

En nuestro caso, del Artículo 322 del CPPD se desprende que, en el curso del juicio, la parte acusadora puede ampliar la acusación mediante hechos nuevos que surjan de los debates, en cuyo caso el juez invita al imputado a defenderse de los mismos e informa que puede ofrecer prueba con relación a los nuevos hechos y que puede solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa. Y de las reglas 321 y 336 del CPPD se desprende que el tribunal de juicio puede darles a los hechos una calificación jurídica diferente de la contenida en la acusación o aplicar penas distintas de las solicitadas, pero nunca superiores, y que tan pronto se advierta la posible modificación de la calificación jurídica, debe advertirlo al imputado para que prepare su defensa, en cuyo caso consideramos que se debe producir la suspensión de la audiencia.

Resumiendo lo dicho, conforme al principio acusatorio, el tribunal no puede:

- Condenar a quien no ha sido acusado.
- Condenar por un hecho distinto del objeto de la acusación, pero

puede imponer una pena distinta o menor que la solicitada por la acusación.

- Mantener la condena una vez ha sido retirada la acusación.
- No apreciar circunstancias atenuantes aceptadas por la acusación.

Nada impide, en cambio, que el tribunal introduzca en la sentencia hechos no contemplados por la acusación ni por la defensa, cuya estimación suponga un beneficio para el acusado (eximentes, atenuantes o datos fácticos que justifiquen una disminución de la pena), ya que en estos supuestos no hay colisión con el principio acusatorio ni con el derecho de defensa del acusado; derecho de defensa que se considera que no alcanza a la acusación.

6.4. Supuestos en que la valoración probatoria del tribunal discrepa con la de la acusación

Es usual el supuesto de que, una vez desarrollada la actividad probatoria, el tribunal estime que a los hechos así fijados corresponde una calificación jurídica diferente a la formalizada por las partes. No es extraño que, como en nuestro caso, se regule legalmente esta posibilidad como facultad del tribunal. Es posible esta discrepancia en los procesos continentales europeos respecto de los delitos públicos, respetando siempre la inalterabilidad del hecho justiciable y por lo general limitada a la tipificación jurídica del tipo en que pueda ser encajado el hecho punible, sin alcanzar al grado de perfección dinámica, al grado de participación o a las circunstancias modificativas. Ahora bien, también aquí se ha producido una transformación paralela a las antes citadas, restringiéndose el uso de esta facultad y entendiéndose que nunca permitirá al tribunal castigar por delito distinto ni imponer pena más grave en oposición a la acusación, salvo que ésta asume la sugerencia, formulando nueva calificación o ampliando la ya hecha. Solo así se evitará que el órgano de enjuiciamiento se transforme en órgano acusador. Corolario de todo ello es que, por vinculado a la misma, el tribunal no podrá enmendar por esta vía los errores en que la acusación haya podido incurrir, si la misma no modifica su acta de acusación con respeto en todo a la identidad del hecho enjuiciado.

En definitiva, de admitirse esta facultad del tribunal, deberá ser de lo más neutral y de uso moderado, suponiendo nada más que una invitación o sugerencia realizada para centrar el contenido del debate judicial, una vez practicada la prueba y con carácter previo al informe

de conclusiones y de la valoración jurídica contenida en la subsunción realizada en la respectiva calificación. El tribunal, por mandato de la regla 321 del CPPD, advertirá sobre la posibilidad de la existencia de error en la calificación, esencialmente, para que el imputado se defienda de la misma. En definitiva, el tribunal no puede condenar por hechos distintos de los contenidos en la acusación, es decir, no puede cambiar la prevención, porque si lo hace rompe el tríptico: acusador, defensa y juez imparcial, transformándose en acusador formal y material y rompiendo el equilibrio del proceso penal.

7. PRINCIPIO ACUSATORIO Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA. FACULTADES DE APORTACIÓN PROBATORIA DE OFICIO DEL TRIBUNAL

7.1. Introducción

Se refiere este apartado a las facultades que para proceder de oficio tenga el tribunal de enjuiciamiento en el curso del juicio oral. Como vimos, una de las principales notas del principio acusatorio es que la aportación de los hechos y la fijación del objeto del proceso debe corresponder a la parte acusadora y no al tribunal. En consecuencia, hay que admitir que toda facultad de actuación de oficio que sobre tales materias se conceda al tribunal puede poner en tela de juicio su necesaria imparcialidad, ya que suponen, por su parte, una toma de postura o la adopción de algún tipo de iniciativa sobre el objeto de enjuiciamiento antes de pronunciarse sobre él en sentencia, que es la auténtica función jurisdiccional, juzgando y ejecutando lo juzgado.

Ciertamente, no cabe incluir en esta idea de actuaciones de oficio el ejercicio de las necesarias facultades que corresponden al tribunal –a su presidente, en caso de órgano colegiado– para la dirección del debate, como es el ejercicio de la denominada “policía de estrados”, para asegurar el orden en la sala, o las necesarias facultades de ordenación del curso de las sesiones, otorgando la palabra a los distintos intervinientes, por ejemplo. Tampoco, aunque concierne a la práctica de la actividad probatoria, las decisiones sobre procedencia o admisión de pruebas o declaración de pertinencia de determinadas preguntas, en cuanto que suponen igualmente derivaciones de las facultades de dirección neutral del debate.

Hay que distinguir, pues, cuándo esa intervención de oficio en el desarrollo del juicio tiene como exclusiva finalidad tutelar el respeto de los principios básicos que han de regir el desarrollo del proceso,

incluida la dirección de la actividad probatoria, y cuándo suponen la propia iniciativa del tribunal en la búsqueda misma de la demostración de los hechos objeto de juicio. Esta segunda es la que nos interesa. Nos referimos esencialmente, así, a las facultades que el tribunal enjuiciador tenga para incidir por propia iniciativa en la aportación de material probatorio al juicio, bien interviniendo en la práctica de las pruebas propuestas por las partes (interrogando a acusados, testigos o peritos, por ejemplo), bien introduciendo medios de prueba no interesados por ninguna de las partes procesales. Y desde luego, no se concibe que se haga uso de estas facultades para tratar de probar hechos que no hayan sido objeto de los escritos de calificación de las partes.

No ha sido ni es extraña tal posibilidad en los ordenamientos procesales, fundamentándose en que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad material. Pero también se dijo que cada vez más se abre paso la idea de que la verdad a buscar a través del proceso penal (verdad forense) es una verdad formalizada mediante el juego y equilibrio de las garantías de rango constitucional -especialmente referidas al acusado frente a las partes acusadoras-, que incluyen el principio acusatorio, la prohibición de indefensión y la imparcialidad del tribunal.

Por ello, debe destacarse que la continua evolución del proceso penal moderno hacia un proceso acusatorio puro, lo que ya se apuntó, determina una progresiva y radical eliminación de estas facultades de oficio. En todo caso, los ordenamientos que las mantienen en la Europa continental las regulan para supuestos limitados y se interpretan restrictivamente, condicionándolas a un uso ecuaníme, moderado y excepcional, precisamente para evitar quiebras de la imparcialidad del tribunal, impidiéndose que pierda su condición de equilibrio y de órgano enjuiciador se convierta en una parte más, con todo lo que ello tiene de repudiable, no digamos ya si se decanta por intervenir de oficio, trayendo al proceso prueba de cargo que complete la de la acusación, cuyas lagunas pretenda subsanar. La cuestión principal, así, se centrará en el ejercicio concreto de esas facultades por el tribunal y en sus necesarios límites.

7.2. Intervención del tribunal en la práctica de las pruebas propuestas por las partes: supuestos

En cuanto a la intervención del tribunal en la práctica de las pruebas propuestas por las partes, dos son esencialmente los supuestos en que

pueden manifestarse: alterando el orden de la práctica de los medios probatorios e interrogando a quienes declaren en el plenario.

7.2.1. Orden de práctica de las pruebas

Si bien el Artículo 305 del CPPD -preparación del debate- dispone que las partes deben comunicar al secretario el orden en que pretenden presentar la prueba, esta regla se refiere al orden en que cada parte presentara sus pruebas, no al orden de las partes, por ejemplo, primero las de la acusación y luego las de la defensa. La facultad del tribunal de que se modifique este último orden no plantea, entre otras razones porque es posible –más aún, aconsejable, sino necesario– abrir un turno de debate y someter a la consideración de las partes los motivos que el tribunal tenga para esa decisión, que incluso las partes podrían asumir. La lógica del principio acusatorio exige que el orden de la actividad probatoria deba adecuarse a la clase de prueba y a la parte que la propuso, procediendo así interrogar en primer lugar a los testigos de la acusación y posteriormente a los propuestos por la defensa del acusado en su descargo (artículos 325 y 326 del CPPD).

7.2.2. Interrogatorio de los testigos por el tribunal

El segundo supuesto es más problemático, dada su mayor incidencia en el resultado probatorio. Ciertamente no, es lo mismo preguntar a un testigo, por ejemplo, sobre el reconocimiento de una determinada pieza de convicción o pedirle que explique alguna contradicción, que formularle directamente preguntas que de alguna forma completen lo que debió ser tarea de las partes, máxime si se pregunta lo que correspondía y debió preguntar la acusación. En estos casos puede afirmarse que queda seriamente comprometida la imparcialidad del tribunal y el derecho del acusado a un juicio justo. Sobre esta cuestión pueden formularse las siguientes reflexiones: 1) Si el juicio se celebra ante un tribunal colegiado, es obvio que por su alcance la decisión debe ser adoptada por el presidente con acuerdo de los restantes miembros del tribunal, ya que a todos en su conjunto corresponde la valoración del material probatorio, y 2) Si el tribunal puede y debe corregir los excesos en los interrogatorios de las partes, rechazando, por ejemplo, las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, ¿quién realiza esa criba cuando es el mismo tribunal el que interroga? Esta ausencia de ulterior control y el correlativo peligro de exceso inquisitivo por parte de un tribunal, que se supone imparcial y ecuánime, hace aún más conveniente e imperativo el uso mínimo y moderado de tal facultad.

Resulta recomendable que cuando se haga uso de esta facultad, en especial si se interroga a acusado, testigos o peritos, que en el acta del juicio se refleje lo acaecido, como sería si las partes o alguna de ellas formularon algún tipo de reserva, protesta u oposición. Ello permitirá un mejor control en sede de recurso para contrastar si el tribunal se excedió en sus facultades, rompiendo su posición imparcial y vulnerando el derecho de defensa del acusado, teniendo presente que del Artículo 346 del Código de Procesal Penal parecería desprenderse que no se mencionarán en el acta, ni las contestaciones de los acusados, ni el contenido de las declaraciones.

7.3. Aportación de oficio de medios probatorios por el tribunal

Lo que mayores problemas plantea es la introducción por el tribunal de medios de prueba que las partes no propusieron. Todos los comentarios apuntados son plenamente extrapolables a este supuesto, en el que es patente el grave riesgo de pérdida de neutralidad del tribunal en el desarrollo de la práctica de la prueba con actuaciones sorpresivas para las partes. Pues bien, ¿cómo puede ser calificado un tribunal que, por ejemplo, por entender que es preciso para demostrar algún elemento fáctico del acta de acusación, ordene de oficio la práctica en juicio de una prueba que la acusación no ha propuesto? En este caso sí puede sostenerse que la actuación del tribunal vulnera el derecho del acusado a un juicio justo.





CAPÍTULO VII

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

*Autores: Fanny E. Cervantes y Ricardo Díaz
Revisión y actualización: Sarah A. Veras Almánzar*



PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

Autores: Fanny E. Cervantes y Ricardo Díaz

Revisión y actualización: Sarah A. Veras

Almánzar

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Tras casi 15 años de vigencia plena de la actual Normativa Procesal Penal, cobra especial relevancia práctica la afirmación de Roxin (2000), que el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional Aplicado, ya que la aplicación de los principios y reglas que configuran el mismo poseen raigambre en los valores, garantías y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico constitucional. Lo anterior cobra mayor sentido e importancia cuando retomamos el pensamiento de Carl Goldschmidt, al afirmar que: "Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución" (Horvitz Lennon y López Masle, 2004, p. 35.).

El Principio de Legalidad plasmado en el Artículo 7 del Código Procesal Penal en los términos de que: "Nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado. Este principio rige además todo lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales" evidencia el carácter de instrumento o medio que posee este proceso, para poder llegar al fin, es decir, la aplicación de la sanción, indemnización o medida de seguridad según requiera el caso concreto.

Conforme a lo antes dicho y, desde un enfoque de derechos humanos, en la actualidad no basta afirmar, que para la persecución penal -en sentido amplio- el hecho que se investiga y por el cual se persigue, debe estar previamente determinado por ley y que debe agotarse un proceso que implica plazos, formas, actores involucrados, se requiere que sea un proceso humanizado, no de reglas frías, sino que tome en cuenta los valores y derechos que caracterizan la vigencia de un Estado de derechos fundamentales. Esto se traduce en la preservación de la dignidad humana, la libertad sin límites arbitrarios, la integridad, entre otros derechos consustanciales, el vigente estado de cosas.

La vertiente procesal del principio de legalidad se presenta bajo el aforismo latino *nulla poena sine legale iudicio*, lo que se traduce en que no puede imponerse una pena sin un juicio legal, es decir, sin la obediencia de los principios, reglas y garantías que constituyen el debido proceso. Los parámetros esenciales del debido proceso se materializan en las garantías que como mínimo, es decir, sin un carácter limitativo sino enunciativo, ha consagrado el Constituyente de la República Dominicana en el Artículo 69, bajo el título de "Tutela judicial efectiva y debido proceso", en los términos de:

"Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;*
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;*
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;*
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;*
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;*
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;*

8) *Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;*

9) *Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;*

10) *Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Solo con el respeto de estas garantías, el ordenamiento autoriza la persecución y juzgamiento penal de un ciudadano. Es por esto por lo que se enfatiza el carácter instrumental del proceso penal, que no es fin en sí mismo, sino medio o trayecto para que la decisión sea el resultado de un proceso no arbitrario y, por ende, legítimo.

El principio de legalidad es el que garantiza la materialidad de otros principios esenciales del proceso penal, tales como la presunción o estado de inocencia, plazo razonable, entre otros, tal como lo consagran los principales pactos y tratados de derechos humanos. En este sentido se pronuncia el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos al establecer en su Artículo 14.2 que: "...toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley".

De otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención de San José) consagra en su Artículo 8.1 de las garantías judiciales: "...Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella".

Es por esto que como Arboleda Vallejo (2005) afirma que el principio de legalidad, desde su perspectiva procesal punitiva, pertenece al constitucionalismo y que además es un pilar esencial de su doctrina. Este autor justifica su afirmación en virtud de que el principio que nos ocupa responde a determinados rasgos esenciales de normatividad. Estos rasgos o características las resumen en:

1) Toda norma sustancial de naturaleza punible, tanto delictiva como contravencional, disciplinaria o correccional, debe ser de carácter y jerarquía constitucional o legal, o autorizada por la ley conforme a la Constitución.

- 2) Debe ser preexistente a la comisión del hecho prescrito como punible y estar vigente al momento en que se haya cometido.
- 3) Debe ser expresa, cierta, clara, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitativa.
- 4) No puede por lo tanto admitirse como válida cuando es implícita, incierta, ambigua, equívoca, extensiva o analógica, a no ser que respecto a esta última característica su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado. (p.11)

Para que el principio de legalidad opere de forma efectiva, las normas sustantiva y procesal deben ser preexistentes, claras, precisas, y ser interpretadas en beneficio, no en perjuicio cuando operen supuestos de lagunas o vacíos normativos, puesto que la analogía no procede para perjudicar la situación procesal o penal de los sujetos procesales.

2.EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ¿ES RESULTADO DE LA EVALUACIÓN CRÍTICA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O LA OTRA FACETA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

Desde el punto de vista de la persecución penal, y tomando en cuenta el tipo de acción, en los supuestos de acción penal pública y al tenor de lo dispuesto en el artículo 30 del Código Procesal Penal: "El Ministerio Público debe perseguir de oficio todos los hechos punibles de que tenga conocimiento, siempre que existan suficientes elementos fácticos para verificar su ocurrencia. La acción pública no se puede suspender, interrumpir ni hacer cesar, sino en los casos y según lo establecido en este código".

En principio, el parámetro "legalidad" al que nos referimos en este apartado significa que en este tipo de acción es la ley la que obliga al ente acusador a perseguir en nombre de la sociedad, garantizando los derechos de los involucrados pues tiene el debido proceso como limitante. Sin embargo, es esta misma disposición legal, la que establece que, en los supuestos identificables en la normativa procesal, la acción penal puede cesar, suspenderse o interrumpirse. El sentido de esta consagración se justifica en la imposibilidad del aparato persecutor de procesar hasta sus últimos resultados, todos y cada uno de los delitos que suceden en un conglomerado social. Como consecuencia de esto, y conforme a un debido proceso que promueve

reglas y supuestos claros, el ente persecutor, tiene permitido de forma objetiva y razonable, racionalizar el proceso penal.

Esta potestad legal viene justificada por el carácter ulterior o de última ratio del proceso penal y, de otra parte, por el principio de solución de los conflictos consagrado en el Artículo 2 del Código Procesal Penal que establece: "Los tribunales procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, para contribuir a restaurar la armonía social. En todo caso, al proceso penal se le conoce el carácter de medida extrema de la política criminal".

En el contexto actual de derechos humanos en que nos encontramos, es pertinente evaluar las posturas críticas al principio de legalidad, en lo atinente a la "obligatoriedad" que, en principio, posee persecución penal, utilizando como parámetro de evaluación los principios de igualdad de todos ante el proceso y ante la ley. Lo anterior se justifica en la existencia de supuestos en los que tanto el Ministerio Público como el juzgador deben plantear y evaluar, desequilibrios de poder, vulnerabilidades entre los supuestos involucrados en casos similares, supuestos de bagatela. Esto así para lograr la equidad. Ciertamente, estas distinciones deberán ser objetivas, razonables y no discriminatorias, con el fin de que la igualdad sea real y no formal.

En estos casos de racionalización, la crítica principal siempre ha sido la falta de objetividad y parcialidad en la aplicación de los supuestos de oportunidad. (Arboleda Vallejo, 2005, p. 47) Es por esto que este principio, tal como ha quedado plasmado en la normativa procesal penal vigente, consagra reglas y casos claros, dirigidos a evitar decisiones irracionales y que en los hechos vulneren el principio de igualdad. En el sentido antes dicho, los supuestos de oportunidad no necesariamente deben ser vistos como la otra cara del principio de legalidad, sino como su complemento, ya que es la misma normativa procesal –Ley procesal- la que establece en cuáles casos y cómo deberá operar este principio.

Para el profesor Claus Roxin (2000), las excepciones al principio de legalidad resultan del principio constitucional de proporcionalidad ya que se traduce en la idea de que: "en el caso particular se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen..." (p.89).

Lo anteriormente expuesto refuerza la importancia del principio de oportunidad definido como: "la facultad que el ordenamiento procesal

otorga al Ministerio Público de racionalizar de forma objetiva y reglada la persecución penal.” Es por esto que el principio consagrado en la normativa procesal penal dominicana se denomina “principio de oportunidad reglado”, para diferenciarlo de la aplicación de esta facultad que en otros países es libre y muy discrecional del órgano persecutor. “Cuando la Ley deja a la absoluta discreción del Ministerio Público el ejercicio de esta facultad se habla de Principio de Oportunidad Libre o de discrecionalidad...” (Roxin, 2000, p.48).

El Código Procesal Penal dominicano consagra en el Artículo 34, modificado por Ley núm. 10-15, del 10 de febrero del año 2015, el alcance de este principio y los criterios o parámetros de aplicación en el sentido de:

Artículo 34.- Oportunidad de la acción pública. El ministerio público puede, mediante dictamen motivado, prescindir de la acción pública respecto de uno o varios de los hechos atribuidos, respecto de uno o de algunos de los imputados, o limitarse a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles, cuando:

1) Se trate de un hecho que no afecte significativamente el bien jurídico protegido o no comprometa gravemente el interés público. Se considera que el interés público está gravemente comprometido cuando:

a) El máximo de la pena imponible sea superior a tres años de privación de libertad;

b) Cuando lo haya cometido un funcionario público, en el ejercicio del cargo o en ocasión de éste; y

c) Cuando ponga en peligro la integridad de la familia o de la salud pública.

2) El imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico grave, que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando en ocasión de una infracción culposa, haya sufrido un daño moral de difícil superación;

3) La pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica, de cuya persecución se prescinde, carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones pendientes, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

La aplicación de un criterio de oportunidad para prescindir de la acción penal puede ser dispuesta en cualquier momento previo a que se ordene la apertura de juicio.

El Ministerio Público debe aplicar los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales en base a razones objetivas, generales y sin discriminación. En los casos que se verifique un daño, el Ministerio Público debe velar por que sea razonablemente reparado”.

Los supraindicados criterios que materializan el principio de oportunidad se fundamentan en cuestiones de humanidad, bagatela y operatividad del sistema de justicia penal. Para el profesor J.B. Maier (2004), en la aplicación del criterio de oportunidad se distinguen dos objetivos principales: descriminalización y eficiencia del Sistema Penal. El primero de estos objetivos -descriminalización- se fundamenta en:

- 1) La importancia ínfima del hecho “delitos bagatela”;
- 2) En la culpabilidad mínima del autor;
- 3) Ausencia de necesidad preventiva (ante supuestos de retribución natural, en los que el propio autor sufre un daño como resultado de su propio comportamiento desviado, que supera con creces a la pena que se puede esperar de su persecución penal” (p.835).

En cuanto al segundo de los objetivos de eficiencia del sistema, se comprende llanamente pues el resultado de la aplicación de estos criterios se traduce en que el sistema de justicia, así racionalizado, pueda concentrar sus recursos humanos y logísticos en aquellos casos de envergadura y de trascendencia social. Es por lo antes indicado que cobra vida la afirmación de que la aplicación del Principio de oportunidad es la respuesta a las inquietudes de la doctrina clásica del derecho procesal penal universal, donde en aquellos supuestos en los que el ejercicio de la acción penal no tiene entidad alguna, pues no satisface sus fines (Arboleda Vallejo, 2005, p.174).

De otra parte, con el principio de oportunidad el sistema penal se hace más humano. Es por esto que con la aplicación del mismo se refuerza el carácter del proceso penal actual en cuanto a su humanización, más que a la represión en los casos reglados que proceda -Supuestos del Art. 34- y de forma racional y objetiva, sin discriminación.

Finalmente, conforme al análisis supraindicado del alcance y sentido del principio de oportunidad, se evidencia su carácter humano y utilitarista. Humano en el sentido de que evita la doble represión ante supuestos de pena natural, en los términos antes dicho y, de otra parte, el carácter pragmático y utilitario que permite, por estas vías “resolver el conflicto” sin necesidad de agotar el camino que implican las distintas etapas del proceso penal. Esta idea se refuerza a partir del pensamiento del profesor B.J. Maier (2004), al indicar que: “...Se puede vincular el Principio de Oportunidad a propósitos político-criminales utilitarios, como la descriminalización y criminalización de comportamientos, o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas del tratamiento del conflicto y soluciones extraprocesales...” (p.835).

Esa visión utilitarista del principio de legalidad reglado en nuestro país y a partir de nuestra normativa procesal penal, que es visto como complemento o excepción al principio de legalidad como forma de lidiar con los temas de política criminal detallados anteriormente. En aquellos países, como Estados Unidos, del sistema anglosajón, este principio, en la práctica, rige como parámetro, no como excepción. Esto en virtud de que el sistema norteamericano se enfoca más al pragmatismo y utilitarismo en el manejo de los casos. Es por esto que se ha afirmado que existen modelos de aplicación de criterios de oportunidad en los que esta constituye la regla. Esto se refleja en el poder de selección con el que el Ministerio Público domina y monopoliza la persecución penal.

En tales términos y con el acuerdo del imputado, pueden incluso “variar la naturaleza del procedimiento¹⁷”. Los principios de legalidad y Oportunidad constituyen garantías vivas de un estado social, democrático de derecho que se pueden palpar. El primero de estos, porque establece reglas claras de tipificación, persecución, juzgamiento, de impugnación y ejecución, que coadyuvan con la seguridad jurídica, de cada persona involucrada en el proceso penal. Situación que repercute en el usuario ulterior del sistema de justicia, que es la comunidad en la que opera.

De otra parte, porque al tratarse de un proceso penal humanizado, la persecución penal hasta las últimas consecuencias, no es el único

¹⁷ Para un estudio más pormenorizado de la discrecionalidad del Ministerio Público en la aplicación de este criterio véase a Maier, Julio, *Ibid.*, p. 836. De otra parte, para el seguimiento de la jurisprudencia comparada Latinoamericana, consúltese a Llobet Rodríguez, Javier, *Proceso Penal en la Jurisprudencia*, Tomo I, pp.84-97.

camino ante supuestos con procedimientos reglados que permiten la aplicación de los denominados criterios de oportunidad. Por ende, ambos principios, legalidad y oportunidad, han de coexistir en un estado civilizado y garante de los derechos fundamentales en términos de igualdad material, objetividad y dignidad.

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LO PROCEDIMENTAL: DE LO FORMAL A LO MATERIAL

Conforme a lo que establece la Constitución dominicana actual y al principio primero del Código Procesal Penal, el principio de legalidad, necesariamente, permea todos los ámbitos del quehacer jurisdiccional, desde un punto de vista formal. Han sido los tribunales los que a través de la interpretación y aplicación de las normas, materializa este esencial principio en un Estado Democrático de Derecho.

Como importantes ejemplos de lo antes afirmado, en este apartado son analizados algunas decisiones del Tribunal Constitucional dominicano, esto así por el carácter vinculante de sus decisiones, conforme lo establece el Artículo 184 de la Constitución dominicana. Conforme a sentencia TC/0135/14, el Tribunal Constitucional dominicano analiza el alcance del principio de legalidad probatoria. En primer lugar, esta evaluación se fundamenta en la especial trascendencia constitucional del tema sometido, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en la sentencia TC/0007/12.

En la sentencia TC/0135/14, el Tribunal Constitucional, con base en las disposiciones del Artículo 69.8 de la Constitución dominicana, establece como garantía mínima para la materialización de la tutela judicial efectiva y debido proceso, el principio de legalidad de la prueba en los términos de que: "es nula toda prueba obtenida en violación a la ley." En esta sentencia el TC se pronuncia en el sentido de que la aplicación del principio que nos ocupa, exige que solo sean admisibles aquellos medios probatorios obtenidos conforme a las reglas establecidas en la Constitución, convenios internacionales y legislaciones procesales.

En tal sentido, abunda el TC en esta sentencia que la observación del principio de legalidad de la prueba, además de garantizar el derecho al debido proceso, posee carácter de derecho fundamental

cuya configuración le corresponde a la ley, pues en ellas -las leyes- se precisa la forma y momento de presentación de la prueba. Esta sentencia evidencia además la estrecha relación entre el principio de legalidad de la prueba y el deber de motivar, ya que las razones por las cuales se admite excluyen un medio de prueba, deben ser exteriorizadas de forma clara y con argumentos lógicos, a fin de evitar arbitrariedad en la decisión que decida sobre estos aspectos. Este desarrollo legal al que hace referencia el Tribunal Constitucional de nuestro país se encuentra en la normativa procesal penal, en los términos siguientes:

Artículo 166. Legalidad de la prueba. Los elementos de prueba sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por medio lícito y conforme a las disposiciones de este código.²

Esta disposición legal procesal se encuentra en consonancia con los pronunciamientos del TC, pues aunque la letra de ley habla de legalidad para la valoración, esto implica una legalidad desde la recolección de los medios probatorios, su oferta conforme a los parámetros formales esenciales que establece la propia ley, su debida incorporación en los escenarios procesales -etapa intermedia, juicio oral y, excepcionalmente, conforme a los parámetros planteados por la Ley Núm. 10-2015, del 10 de febrero del año 2015, en la etapa recursiva.

Como ejemplos concretos de la esencialidad del principio de legalidad de la prueba para que la misma sea útil y no viciada de nulidad en el proceso penal y con base a los pronunciamientos establecidos por el TC para la materialización del principio de legalidad probatorio, el Código Procesal Penal nos plantea los siguientes escenarios:

Primer escenario: que la legalidad de la prueba es un derecho fundamental procesal, que puede ser exigible al juzgador en cualquier etapa del proceso penal. Esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 26 de la normativa de marras que nos predica en el sentido de:

[“) Legalidad de la Prueba. Los elementos de prueba solo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley para los autores del hecho.

² Código Procesal Penal dominicano. Art. 166.

Este contenido evidencia dos cosas, que este derecho fundamental procesal puede ser reclamado en toda etapa del proceso y en sus distintos escenarios. Que la nulidad del medio probatorio se extiende no solo al medio mismo, sino a los actos relacionados y a sus consecuencias, por lo que este contenido apunta a la vigencia de la denominada “teoría del fruto del árbol envenenado” o ponzoñoso de raigambre en la jurisprudencia norteamericana” (Porrás Villalta, 2002, p.10).

Pese a que no es la ambición de este apartado, embarcarnos en explicar el origen y desarrollo jurisprudencial de esta teoría, que parece replicarse en la normativa procesal penal dominicana, es preciso resaltar la importancia de esta en presentes y futuros desarrollos jurisprudenciales en los escenarios judiciales de nuestro país. Esto así porque lo que se busca con la misma es, además de garantizar el debido proceso en la investigación y consecuente recolección de pruebas, accionar propio de un Estado de Derecho en el que las garantías operen, se busca además legitimar la función de los investigadores, especialmente, las autoridades policiales y ministerios públicos que tienen primer contacto con el hecho delictivo.

Lo anterior se entiende así porque estos actores del proceso están supuestos a recolectar, en el desarrollo de las etapas primarias del proceso, los elementos de prueba con objetividad y de forma debida, respetando los derechos fundamentales de las partes involucradas en el proceso penal, especialmente del imputado y la víctima. En otras palabras, provocar un efecto disuasorio, en el sentido de que en un estado de vigencia de derechos humanos, no se puede perseguir de forma indiscriminada y por “cualquier medio”, el fin es no perseguir la ilegalidad por medio de ilegalidad.

El segundo escenario, lo identificamos en el contenido del Artículo 167 del Código Procesal Penal, que, en consonancia con lo anteriormente reflexionado, apunta a la normatividad de la “teoría del fruto del árbol envenenado”, en el sentido de que consagrada la exclusión probatoria en los términos de que:

No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este Código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado.

Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o le impidan el ejercicio de los deberes del Ministerio Público, salvo que el defecto haya sido convalidado. Entre los supuestos, en los que es posible visualizar la operatividad de este artículo, se destaca el Artículo 139 del Código Procesal Penal, al que remitimos al lector, pero no sin antes extraer del mismo, que las actas y resoluciones que tienen lugar en el desarrollo del proceso penal, tal como las de allanamiento, registro en sus distintas modalidades, están sujetas a formalidades que el Código mismo predetermina a fin de evitar arbitrariedades, sobre todo cuando en su realización se ven comprometidos los derechos fundamentales de los involucrados.

Este específico artículo establece que la "omisión de estas formalidades acarrea la nulidad solo cuando ella no pueda suplicarse con certeza, sobre la base de su contenido o de otros elementos de prueba." El punto esencial es la determinación de si la omisión legal es subsanable, convalidable o suplible con otro elemento de prueba. Este análisis requiere por parte del juzgador de un escrutinio estricto en virtud de que pueden ser detectadas graves lesiones a derechos fundamentales, en los que de forma irrazonable y desproporcionada sean vulnerados, los que darán lugar a la nulidad absoluta del medio probatorio, lo que traerá como resultado la exclusión o no valoración del medio viciado en su obtención o incorporación al proceso penal.

En el tercer escenario, nos plantea los supuestos de excepción a la ilicitud y es que la misma normativa procesal penal establece que la declaratoria de ilicitud probatoria opera, "salvo que se haya podido obtener información lícita que arroje el mismo resultado." Esta disposición normativa, en consonancia con los parámetros de excepción desarrollados por la jurisprudencia comparada de Estados Unidos, establece un supuesto de excepción al Principio de Ilicitud de Pruebas, y su consecuente exclusión, y este opera en el caso de nuestro país, cuando es posible establecer una desconexión entre el medio de prueba "contaminado" y otro elemento susceptible de establecer el hecho en concreto.

Así, observamos la armonía existente entre el mandato constitucional y el desarrollo de estos contenidos por el principal intérprete del pacto normativo y en consonancia con una normativa aterrizada conforme a los contenidos antes indicados. Conforme a la sentencia TC/0285/17, el Tribunal Constitucional dominicano con motivo de una revisión constitucional de una decisión jurisdiccional reitera la especial

trascendencia constitucional del tema en virtud de que en este caso se hace alusión de violación al principio de legalidad procedimental ante el alegado de falta de notificación debida a la audiencia. En tal sentido se violenta la tutela judicial efectiva y el debido proceso que se materializan a través del respecto a las normas de la debida notificación, que a su vez impactan en el derecho de defensa y contradictorio como derechos fundamentales procesales de las partes. Esta sentencia reitera además principios vinculantes al respeto de la Legalidad procedimental, tal como principio de seguridad jurídica, cuya noción fue evaluada en sentencia TC/0100/13 y el Principio de legalidad, en sentido general, cuya configuración quedó plasmada en sentencia TC/0183/14 en los términos supraindicados, que “presupone que todas las actuaciones de las autoridades quedan sujetas a la Constitución y las leyes.” Este principio ha sido reiterado en las sentencias: TC/0006/14; C/0183/14, TC/0122/14 y TC/0380/14).

En concreto, a través de estas sentencias que constituyen precedentes tomados como ejemplos de cómo se ha materializado el principio de legalidad en el escenario del Proceso Penal ha evidenciado su consonancia con una normativa procesal penal constitucionalizada y, por ende, humanizada y acorde con un estado de derechos fundamentales. Esto significa que el estado de derecho y los principios que lo siguen no son un guión sino realidad, realidad que solo es posible cuanto el intérprete del ordenamiento de marras está abierto a una interpretación y aplicación sistemática de esta normativa acorde con los valores, derechos y principios de nuestra Carta Magna y con el escenario internacional y universal de vigencia plena y real de los derechos humanos.



CAPÍTULO VIII

MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN
RESTRICTIVAS DE DERECHOS
FUNDAMENTALES

Autor: Juan Carlos Campo Moreno



MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Autor: Juan Carlos Campo Moreno

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Conviene, en primer lugar, centrar el objeto de estudio y para ello nada mejor que cotejar la rúbrica del mismo: "Medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales". Hablaremos de derechos fundamentales y de medidas de investigación restrictivas de los primeros. Como expresa Díez Picazo, la historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y el control del poder político por medio del derecho. Es pacífico considerar a los derechos fundamentales como derechos naturales democráticamente constitucionalizados, acompañados con las notas distintivas de eficacia directa y vinculación a todos los poderes públicos, indisponibilidad para el legislador, contenido esencial, control judicial y control de constitucionalidad. La verdadera naturaleza de los derechos fundamentales es doble pues operan, por una parte, como delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano y, por otra, como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado. En su primera función, esto es, en cuanto derechos subjetivos, suponen la concreción de lo que en cada momento histórico se considera que debe entenderse por dignidad del ser humano. En su segunda función, son elementos objetivos del ordenamiento constitucional del Estado en un doble sentido: 1º en que el Estado sólo tiene

sentido en cuanto expresión política de una sociedad integrada por individuos "dignos", esto es, titulares de derechos, que pueden, en consecuencia, autodeterminarse, y 2º en el de que el poder del Estado, en sus diversas manifestaciones, encuentra su origen en los propios derechos fundamentales.

Este doble carácter de los derechos fundamentales ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional español desde los primeros momentos (1.doc). De otro lado, hemos visto que tendremos que hablar de medidas de investigación restrictivas, es decir, nos vamos a ocupar de aquellas restricciones de los derechos fundamentales que tienen su causa en diversas necesidades. La lucha contra la criminalidad, que es una primera obligación de los estados, se manifiesta en las actuaciones de los poderes públicos dirigidas a prevenir la comisión de delitos y a evitar, del modo más inmediato, que continúe y culmine la acción delictiva y en las que tienen por objeto la investigación de posibles delitos y, luego, la realización de su enjuiciamiento. Que la afectación de derechos fundamentales dentro de las actuaciones se realice por la clase de órgano del poder público que tenga legítimamente atribuida la potestad es uno de los presupuestos para que se produzca una válida afectación del derecho y no una violación del mismo. Partiendo de este presupuesto, es necesario, además, que la medida se adopte en el supuesto previsto en la Ley y en la forma establecida por ella.

Lo dicho anteriormente tiene pleno acogimiento en los artículos 7 y 8 de la Constitución de la República Dominicana (en adelante CD) cuando expresa en el primero que: "La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos", y en el segundo que: "Es función esencial del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas".

Hay que indicar que tales apreciaciones son trasposición de las líneas programáticas de tratados internacionales y no solamente de lo dispuesto en los textos constitucionales. De este modo se pronunció el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobado por la Conferencia de San José de Costa Rica al establecer:

“Reafirmando su propósito de consolidar (en el continente Americano) un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos”. Siguiendo la pauta marcada, el Artículo 2º contempla el “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Del mismo modo, el Art. 26 de la CD remarca que: “la República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: ...4) la República Dominicana acepta un ordenamiento jurídico internacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, la paz, la justicia y el desarrollo político, social, económico y cultural de las naciones”.

La CD regula en su Título II, los derechos, garantías y deberes fundamentales. En su Capítulo I se abordan los derechos fundamentales. Todavía un nuevo apunte, la no observancia de las reglas del proceso acarrea la nulidad como material probatorio. De la diligencia probatoria mal obtenida y las que de ella se deriven. Esto ha dado lugar a lo que se conoce como “doctrina del fruto del árbol envenenado”, forma gráfica de la doctrina emanada del Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1920 en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. En España, la doctrina del «fruto del árbol envenenado» se consagró en 1984, tras una sentencia del Tribunal Constitucional (STC 114/1984) que estableció que no debían tenerse en cuenta las pruebas obtenidas cuando se habían vulnerado derechos fundamentales como la libertad o la intimidad.

Esa sentencia del Tribunal Constitucional “provocó” la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, marcando una pauta general en materia probatoria, “en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, y no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

2. PRINCIPIOS GENERALES. ESPECIAL REFERENCIA AL DE LEGALIDAD, PROPORCIONALIDAD, MOTIVACIÓN Y EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL

El tema de las garantías del acusado y, finalmente del condenado, tiene una naturaleza unitaria. Solo cuando en su conjunto y en sus individualidades se cumplen las exigencias de un auténtico estado de derecho, puede decirse que el sistema alcanza su verdadera plenitud y su más alta significación. El Artículo 38 de la CD lo expresa con rotundidad "dignidad humana". El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos". Y para su mayor consagración en su Capítulo II recoge, "DE LAS GARANTÍAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES" y en su Artículo 68 señala: "Garantías de los derechos fundamentales. La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley".

Justo este inciso final marca el principio de legalidad. La legalidad es absolutamente predicable del proceso penal. Sin ella, en vez de un sistema de garantías, se transforma el proceso en una plataforma de arbitrariedades.

El principio de legalidad se proyecta, también a los medios de investigación. No es correcto, por ejemplo, practicar una diligencia que afecte a derechos fundamentales fuera de los supuestos establecidos en la ley, interpretados, además, de forma restrictiva, de acuerdo con los principios generales que informan el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que determinadas infracciones, en este orden de cosas, pueden incluso generar la existencia de delitos graves. El Artículo 69.8) de la CD es una regla que proyecta la validez de la actividad probatoria, castigando con nulidad la inobservancia frontal a Ley: "Es nula toda prueba obtenida en violación de Ley". Principio que se reitera en el Artículo 26 del Código Procesal Penal de la República Dominicana (en adelante CPP) cuando expresa que: "Los elementos de

prueba solo tienen valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de este código. El incumplimiento de esta norma puede ser invocado en todo estado de causa y provoca la nulidad del acto y sus consecuencias, sin perjuicio de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho". Lo que se desarrolla, nuevamente, en los artículos 166 y siguientes del CPP.

En todo caso es necesario actuar con rigor en la apreciación de los correspondientes requisitos, llevar a cabo una búsqueda incansable de la exigencia de proporcionalidad y, finalmente, motivar que, como tantas veces se ha dicho, supone exteriorizar sobre las reglas de la lógica, las razones que conducen, desde el punto de vista jurídico, a adoptar una determinada resolución. No se trata de una exigencia formal, sino sustancial. Sólo se cumple el mandato constitucional si la explicación de la decisión responde a principios de razonabilidad y racionalidad.

La CD ha incorporado un Capítulo III dentro del Título mencionado supra que reza:

DE LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es un único artículo sumamente importante y que se convertirá en pautas de interpretación para la Corte Suprema de Justicia y por ella, a todos los tribunales del país.

“Artículo 74. Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;*
- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;*
- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;*
- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular*

de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

Con el particular de la razonabilidad y racionalidad está relacionada la proporcionalidad. La proporcionalidad significa que la decisión adoptada, y que conlleva la restricción de los derechos fundamentales, debe ajustarse a un juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción. La comprobación de dicho principio, en el proceso penal, se constata si se cumplen los siguientes requisitos: Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). Si es necesaria, es decir, que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (2. doc.) Sería deseable, para evitar una excesiva y nociva dispersión de criterios judiciales respecto de la proporcionalidad que la propia ley fijara pautas o criterios que vendrían a ser como la legalización de la proporcionalidad y, por tanto, legalidad. La certeza es, desde luego, un valor esencial. En suma, como explican Arnold, Martínez-Estay, Y Zuñiga, “el principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF), la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. En virtud de él se “prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas -Übermassverbot- y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites”. Por ende, se trata esencialmente de un principio destinado a proteger los derechos y libertades, que, si bien no está escrito, el TCF entiende que está implícito en los fundamentos del sistema constitucional alemán.” A modo de conclusión con Roca Trías, y Ahumada Ruiz, “En cuanto al principio de proporcionalidad -bajo la formulación “alemana” definitivamente incorporada por la jurisprudencia constitucional en la segunda mitad de los años noventa-, es hoy por hoy el criterio dominante para la decisión de controversias constitucionales en las que se denuncia la lesión de derechos o la indebida intromisión en ámbitos de actividad protegidos por la Constitución, por parte de normas, medidas o actuaciones que cuentan a su vez con respaldo constitucional. El Tribunal Constitucional ha especificado -y este es un rasgo crucial- que el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo que quepa invocar sin identificar el concreto precepto constitucional que se entiende vulnerado por la intervención desproporcionada”.

Junto con los principios de legalidad y proporcionalidad, no puede dejar de invocarse el importante tema de la motivación que, lejos de ser una cortesía al justiciable, es una obligación constitucional.

El Tribunal Constitucional español ha dicho (S. 75/1988, de 25 de abril), que por ésta no se trata de exigir a los órganos judiciales una argumentación extensa que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que, en cada caso, estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional; se trata de que la tutela judicial efectiva exige que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que tal respuesta se anude con los extremos sometidos por las partes a debate. El principio de congruencia y el derecho de defensa, tan íntimamente ligados, conducen, como derecho constitucional derivado del Artículo 24. 1º, a que el problema quede resuelto en forma que responda, positiva o negativamente, a los términos en que ha sido planteado (3.doc.)

Bien entendido que la exigencia de motivación en los supuestos de limitación y afectación de los derechos fundamentales opera, también, como un requisito formal de la regla de la proporcionalidad y es que en las resoluciones restrictivas de tales derechos deberá el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre derechos fundamentales afectados y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida.

El Artículo 24 del CPP indica, sobre "Motivación de las decisiones", que: "Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar".

La exclusividad jurisdiccional está íntimamente relacionada con el doble carácter de los derechos fundamentales ya comentado. Son los tribunales los veladores de los derechos fundamentales, lo que trasladado al seno del proceso penal equivale a decir que son igualmente los veladores de tales derechos y, por tanto, a ellos afecta todo lo atinente a su restricción. Los tribunales de justicia tienen

una competencia exclusiva y excluyente sobre la protección de los derechos fundamentales. Bastaría repasar los artículos 69.2, 4,5, 7 y 10. Y todo el Título V referido al Poder Judicial, en la CD. Un desarrollo de tal principio se recoge en el Artículo 58 del CPP cuando señala bajo las rúbricas de, Irrenunciabilidad e indelegabilidad que, la jurisdicción penal es “irrenunciable” e “indelegable...”.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Las medidas que vamos a analizar restringen, en mayor o menor medida, los derechos fundamentales. Por tanto, suponen una intromisión de los poderes públicos en la esfera más íntima del individuo. De ahí que su constitucionalidad deba, necesariamente, examinarse a la luz de los derechos fundamentales que proclama el ordenamiento jurídico. Y es labor del legislador concretar y perfilar las autorizaciones de injerencia en el estatuto jurídico más esencial de la persona. Por ello, el Anteproyecto de Ley para un nuevo Proceso Penal en España, año 2011, indicaba que se hacían precisas las habilitaciones necesarias y las garantías jurídicas básicas e insistía en que la observancia era obligada para que se pueda proceder, en el marco de un proceso penal, a la intromisión puntual en la libertad, la integridad física, el domicilio, la intimidad y el espacio de autodeterminación informativa del ciudadano. Habilitaciones y garantías que han de ser respetadas por la regulación procesal penal que apruebe el legislador.

3.1. El derecho a la dignidad de las personas y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes

El Artículo 38 de la CD consagra la dignidad del ser humano como un derecho inviolable de la persona. “Artículo 38. Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos”. El individuo y el respeto a su dignidad, que es arropada con los atributos de sagrada, innata e inviolable, se convierten en el núcleo del Estado y su salvaguardia, la primera obligación de los poderes públicos. Estamos en presencia de lo que el constitucionalismo moderno denomina “la doble dimensión de los derechos fundamentales”. De un lado, derecho subjetivo puro, es decir, un derecho fundamental que otorga unas facultades competenciales que las personas pueden hacer valer en

situaciones concretas, pero también tiene una dimensión como valor objetivo que opera, en este caso, como elemento objetivo del orden constitucional. Como muy bien explica Díez-Picazo la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce en la existencia del deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos.

El Artículo 38 se completa con otros muchos preceptos relacionados en la regulación de los derechos fundamentales; pero quizás, el 42 es el que tiene más fuerte enlace. Aquí, la norma garantiza que nadie pueda ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La interdicción de «la tortura», así como de las penas o «tratos inhumanos o degradantes», se contiene también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 diciembre 1948 (Art. 5); y en Convenios internacionales como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 diciembre 1966 (Art. 7) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950 (Art. 3). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art.5)

Ha de significarse que el ámbito de cobertura del derecho fundamental en cuestión no se extiende, sin más e incondicionalmente, a toda suerte de maltrato, cualquiera que fuera éste, sino que es imprescindible que alcance un mínimo de gravedad para que opere la garantía.

En relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de señalar (cfr. ATC 333/1997) que su ámbito constitucionalmente garantizado prima facie «protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, 117/1990, 215/1994, y 207/1996). Ahora bien, más allá de ese genérico contenido protegido -*ab initio* y, por ende, susceptible de limitación-, el Constituyente quiso delimitar con mayor precisión el alcance del derecho, incorporando a tal objeto idéntica garantía que la contemplada en el Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a saber: la exigencia de que nadie pueda ser sometido «a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Como es palmario, se trata de unas prohibiciones delimitadoras del ámbito constitucionalmente protegido investidas de un carácter absoluto, razón por la cual la sola constatación de que han sido

transgredidas revelará ya, inmediata e inequívocamente, la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral. No es de extrañar que cuando se plantea la posible conculcación de este derecho, deba comenzarse por analizar si la medida frente a la cual se reacciona es subsumible dentro de algunas de las tres categorías citadas: tortura, trato inhumano, trato degradante (4.doc.)

Determinar cuándo se ha cruzado el umbral que separa el maltrato lesivo del derecho fundamental, por un lado, del maltrato constitucionalmente irrelevante, por otro, constituye un asunto que sólo puede resolverse a la luz de las específicas circunstancias del caso en cuestión. Con todo, es factible identificar un par de criterios susceptibles de ser utilizados con alcance general. En primer término, y correlato lógico del carácter absoluto de las prohibiciones que nos ocupan, no ha de perderse de vista que, al efectuar dicho enjuiciamiento, en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida con la medida objeto de control. Sobre esta base se erige la constante afirmación de que «aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se la pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados» (STC 215/1994, fundamento jurídico 5.º A, reiterando la doctrina ya contenida en las SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994). Y, en segundo término, cuando el pretendido maltrato se predica de una sanción, el sufrimiento por ella provocado sólo podrá catalogarse de «trato degradante» si va más allá del usual y, a menudo, inevitable elemento de humillación inherente a la sanción misma (casos Tyrer, 30; Soering, 100 y Castello-Roberts, 30). Por ello, el Tribunal Constitucional español sólo viene reputando como penas o tratos degradantes a los que «provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (STC 65/1986, fundamento jurídico 4.º; desde entonces doctrina constante: SSTC 89/1987, 120/1990, 137/1990, 150/1991 y 57/1994).

Yendo a algunos ejemplos concretos de la jurisprudencia española, el Tribunal Constitucional no ha considerado degradante ni contraria a la dignidad de la persona «la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina (5.doc.). Tampoco «cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la realización de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina» (STC 37/1989).

3.2. El derecho a la integridad física, psíquica y moral

En buena medida ya hemos anunciado y adelantado consideraciones, pero dada su importancia, creo preciso, ahondar en algunas de ellas. El derecho a la integridad física tiene un máximo exponente, que no es otro que dicho Artículo 37 CD, que consagra el derecho a la vida, configurándolo como inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte.

En consecuencia, no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte, ni las torturas, ni ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la pérdida o disminución de la integridad física o de la salud del individuo. Aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (cfr. STC 35/1996), reconocido constitucionalmente, su ámbito protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular» (STC 207/1996).

Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud, supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

Con el fin de precisar, aún más, esta doctrina dentro del ámbito en el que aquí nos movemos, habrá que señalar (por todas, la STC 207/1996) (6.doc) que, dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

a) Inspecciones y registros corporales. Una primera clase de actuaciones son las denominadas inspecciones y registros corporales,

esto es, aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.). En ellas no resulta, en principio, afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.

b) Intervenciones corporales. Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

Atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.). Ahondaremos, en estos supuestos, más adelante.

3.3. El derecho a la libertad de ambulatoria

La práctica coactiva de exámenes corporales y extracción de muestras del imputado supone la privación de la libertad de ambulatoria del individuo, al menos durante el tiempo necesario para realizar tales pruebas, y su conducción al centro donde hayan de ejecutarse.

Puede verse así afectado el derecho a la libertad (cfr. STC 120/1990). Es claro, sin embargo, que la práctica de intervenciones e inspecciones o registros corporales supone el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. Pero tales restricciones, siempre que estén justificadas por una situación previa legitimadora de la detención, no constituyen violación del derecho fundamental.

La libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios amparados por la CD en su artículo 40. Por lo tanto:

- 1) Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito;
- 2) Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse;
- 3) Toda persona, al momento de su detención, será informada de sus derechos;
- 4) Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, quienes tienen el derecho a ser informados del lugar donde se encuentra la persona detenida y de los motivos de la detención;
- 5) Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare;
- 6) Toda persona privada de su libertad, sin causa o sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta de inmediato en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona;
- 7) Toda persona debe ser liberada una vez cumplida la pena impuesta o dictada una orden de libertad por la autoridad competente;
- 8) Nadie puede ser sometido a medidas de coerción, sino por su propio hecho;

9) Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar;

10) No se establecerá el apremio corporal por deuda que no provenga de infracción a las leyes penales;

11) Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido está obligada a presentarlo tan pronto se lo requiera la autoridad competente;

12) Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de autoridad competente;

13) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa;

14) Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro;

15) A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica;

16) Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada y no podrán consistir en trabajos forzados;

17) En el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de forma directa o subsidiaria impliquen privación de libertad.

3.4. El derecho a la intimidad personal

En el Artículo 44 CD se garantiza la intimidad y el honor personal, de la que forma parte la intimidad corporal, haciéndola, en principio, «inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad» (cfr. SSTC 37/1989, 120/1990 y 137/1990).

“Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley. Por tanto:

1) El hogar, el domicilio y todo recinto privado de la persona son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito;

2) Toda persona tiene el derecho a acceder a la información y a los datos que sobre ella o sus bienes reposen en los registros oficiales o privados, así como conocer el destino y el uso que se haga de los mismos, con las limitaciones fijadas por la ley. El tratamiento de los datos e informaciones personales o sus bienes deberá hacerse respetando los principios de calidad, licitud, lealtad, seguridad y finalidad. Podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la actualización, oposición al tratamiento, rectificación o destrucción de aquellas informaciones que afecten ilegítimamente sus derechos;

3) Se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales, en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida en otro medio, salvo las autorizaciones otorgadas por juez o autoridad competente, de conformidad con la ley;

4) El manejo, uso o tratamiento de datos e informaciones de carácter oficial que recaben las autoridades encargadas de la prevención, persecución y castigo del crimen, sólo podrán ser tratados o comunicados a los registros públicos, a partir de que haya intervenido una apertura a juicio, de conformidad con la ley”.

De ahí que, el derecho a la intimidad corporal pueda resultar afectado desde la práctica de las intervenciones más banales, como cortes de pelo, cacheo o extracción de sangre, hasta las más graves, como los registros anales o vaginales. Claro es que, esta afirmación de principio

requiere no pocas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el Tribunal Constitucional español no considera que el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido se extienda absolutamente a todo el cuerpo humano, sino que queda reducido «a las zonas corporales donde reside el “recato” o “pudor”» (7.doc). La segunda es la de que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto.

3.5. La inviolabilidad del domicilio

La Constitución de la República Dominicana consagra la inviolabilidad del domicilio. Efectivamente, y como acabamos de transcribir el punto 1) del Artículo 44 lo protege. Para el Tribunal Constitucional español «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (STC 22/ 1984); o, en otras palabras, «el domicilio, lugar de residencia habitual, acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea» (STC 50/1995). Más ampliamente se ha dicho que «el domicilio, como lugar cerrado constitucionalmente protegido, puede ser cualquier habitáculo; incluso una construcción provisionalísima y perecedera, con independencia de su estructura y de los materiales de que se componga, deben considerarse domicilio a los efectos de la entrada en los mismos con tal de que sea susceptible de albergar la vida privada de una o varias personas, con independencia del título jurídico que ostente su titular o titulares sobre el mismo» (STC 137/1985).

Como se ve, este derecho individual encuentra su fundamento en la necesidad de proteger la vida privada; su razón de ser se halla en la protección de una parcela de la vida privada. Es, por tanto, un derecho instrumental de la «privacidad». A través de este derecho –dice la STC 22/1984– «no es sólo objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada». Por ello –añade la STC 50/1995– «su protección tiene un carácter instrumental» para la defensa del ámbito en el cual se desarrolla la vida privada. Existe, pues, un nexo indisoluble de tal sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el «derecho a la intimidad».

La inviolabilidad del domicilio se articula como una manifestación de los derechos de la persona cuyo desarrollo y protección se encomienda como finalidad principal al estado. Se complementará este estudio con los que más adelante señalaremos con ocasión del análisis de los artículos 191 y 192 del CPP.

3.6. El secreto de la correspondencia y las comunicaciones

Señala el Artículo 44.3) de la Constitución de la República, y como manifestación del derecho a la intimidad y el honor personal, la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, no importa el formato, papel o electrónico, los cuales no podrán ser ocupados ni registrados, sino mediante procedimientos legales en la subsanación de asuntos que se ventilen en la justicia. Por tanto, solo podrá practicarse bajo garantía judicial y en la investigación de delitos. La pregunta que el jurista se hace es: ¿vale para todos los delitos o por suponer una injerencia tan importante debe quedar circunscrito a los delitos graves? El derecho español lo circunscribe a los graves, según su clasificación establecida en la Parte General del Código Penal.

Ha de tratarse de una autorización judicial limitada en el tiempo, si bien susceptible de prórrogas, y en el objeto, es decir, circunscrita a la investigación del hecho delictivo que la motiva. Las escuchas y las grabaciones de conversaciones privadas, incluidas las que se mantengan en lugares públicos, así como las imágenes que en su caso se obtengan de las mismas, están sujetas a garantía y autorización judicial. Por ello, es fundamental que la resolución judicial que las autorice contenga lo que deben de durar, los motivos por los que la diligencia es imprescindible, la finalidad de la investigación, así como la identificación de la persona o personas investigadas.

4. INTERVENCIONES CORPORALES: CACHEOS Y REGISTROS PERSONALES

4.1. Concepto y naturaleza

Los cacheos, como dice De Llera, son aquellos actos dirigidos a registrar el perímetro corporal o parte externa del cuerpo de otra persona, sus ropas u objetos que porte. Consisten, por tanto, en la inspección o registro de los objetos de que fuere portador el sujeto afectado entre las ropas que vista; normalmente en los bolsillos y faltriqueras, o entre las ropas y su cuerpo, más no en el interior del mismo. Se trata,

como puede verse, de un registro superficial corporal y de las ropas del sujeto, que en nada afecta a su integridad física. De lo anterior fácilmente puede colegirse el acierto de Díaz Cabiale al expresar que cuando hablamos de cacheos difícilmente nos encontramos con derechos fundamentales afectados. Es, sencillamente, una actuación externa sobre el cuerpo humano. Por tanto, cualquier inspección de éste que vaya más allá de lo indicado, como exámenes radiológicos, inspecciones vaginales, anales, obtención de muestras, etc., se excluyen de la actuación de la que hablamos.

El cacheo no solo recae sobre el cuerpo, también, sobre las indumentarias del sujeto pasivo y todo aquello que acarrea el individuo, equipajes, paquetes, etc. La única condición que se reclama es que se trate de objetos sobre los que se demuestre una inmediata disponibilidad física por parte del detenido, sin que tengan suficiente entidad propia para constituir el objeto de un acto de investigación distinto.

El Tribunal Constitucional español ha abordado el tema de los «cacheos» y su incidencia en el derecho a la libertad de deambulación en sus providencias de 26 de noviembre de 1990 (recurso 2.252/90), 28 de enero de 1991 (recurso núm. 2.260/90) y 28 de enero de 1991 (recurso 2.262/90), negando su incidencia (8.doc.) El cacheo es un acto de investigación que lleva a cabo la policía y los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado. Forma parte del atestado y, por consiguiente, tiene el valor de denuncia. Pese al carácter poco agresivo, que hemos descrito, lo cierto es que ha de llevarse a cabo con la observancia de ciertas condiciones. Así:

- Derecho a ser cacheado por alguien del mismo sexo. STS 23-2-94.
- Derecho a que la actuación se desarrolle dentro de un espacio íntimo y que sólo asistan al mismo quienes lo practiquen. STS 2-12 -94.
- Derecho a que se practique sin provocar posturas ni situaciones que puedan considerarse humillantes, por no guardar una relación de causa efecto con la finalidad pretendida por la intervención corporal. STS 5-10 -89 y STC 28-2-94.

El artículo 40.9) apunta en esa dirección y se ve afectado por todo lo relativo y ya manifestado del respeto a la dignidad humana, Artículo 38.

4.2. Presupuestos

Los cacheos, como toda intervención corporal, presuponen la existencia de una persona detenida puesta a disposición de la autoridad. De hecho, la principal problemática que entrañan las intervenciones corporales se cifran en la licitud de la conducta inicial de quien detiene. Una detención que no cumpla las exigencias constitucionales acarrea la nulidad de cualquier actuación posterior consecuencia de la misma. La detención se convierte así en el núcleo de las intervenciones corporales. La CD lo acoge en su Artículo 40, y muy específicamente en los números 1), 2), 3), 6).

El tema de los cacheos o registros debe ser abordado con precisión por nuestros códigos procesales que deben autorizar, con carácter general, a los funcionarios del Ministerio Público o la policía a realizar registros de personas cuando razonablemente existan motivos que permitan suponer la existencia de elementos de prueba útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado, de conformidad a las normas y previsiones de este Código. De manera concreta deben señalar que, antes de proceder al registro personal, el funcionario actuante debe advertir a la persona sobre la sospecha de que entre sus ropas o pertenencias oculte un objeto relacionado con el hecho punible, invitándolo a exhibirlo. Los registros de personas deben practicarse separadamente, respetando el pudor y dignidad de las personas y, en su caso, por una de su mismo sexo.

Siguiendo a Díaz Cabiale, cabe señalar que, el primer interrogante a responder consiste en determinar si todo cacheo va precedido de una detención. Salvo el supuesto de los cacheos a reclusos, e incluso en estos casos se produce una mayor injerencia en los derechos fundamentales del interno, todas las restantes hipótesis suponen una restricción de la libertad de ambulatoria que implican una detención. Los criterios más acabados de la jurisprudencia española a la hora de perfilar la naturaleza jurídica de la figura que nos ocupa se encuentran en sendas STS de 1 de febrero de 1995, que elude crear una figura autónoma. Se reconoce, sin ambages, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo permite detener cuando existe la comisión de un delito y se delimita acertadamente cuál es la naturaleza y misión de la detención gubernativa, para, a continuación, explicar que dicha medida cautelar se encuentra siempre precedida de actuaciones que no suponen una verdadera detención, sino que ésta es el estadio posterior de esas diligencias de investigación.

En definitiva, siempre que se produce la restricción de la libertad de ambulatoria de una persona, estamos en presencia de una detención que ha de fundarse en indicios que justifiquen la restricción de un derecho fundamental. Otra cuestión que suscita la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, al distinguir entre actuaciones previas a la detención y ésta, es que, precisamente, esa diferenciación también exigiría separar las actuaciones que se pueden llevar a cabo en uno y otro momento. No tiene sentido que, antes de que se produzca la detención, sea posible practicar cacheos de igual intensidad que cuando existe ya la restricción formal de libertad. Más lógico es que en esa antesala de la detención sólo deberían tener lugar cacheos superficiales, mientras que los que comportan mayor intensidad, obligando a una persona a desnudarse, sólo tendrían cabida cuando existiera la detención.

Solo cuando se examina la situación de la persona sometida a la restricción de movimiento a la luz de la concreta actuación policial, podría determinarse si el cacheo o registro puede llevarse a cabo con el consentimiento de la persona sin que hubiera existido una restricción de libertad. En otro caso, hay que exigir una sospecha fundada y concreta. Como explica el mencionado Díaz Cabiale, la situación más parecida a nuestros cacheos se encuentra en las llamadas «detenciones con fines de investigación», conocidas técnicamente como «*stop and frisk*». Para que se pueda proceder a esta actuación se requiere una «*reasonable suspicion*» de la existencia de una acción criminal, basada en hechos concretos, no en meras sospechas. El ejemplo que se suele poner es la continua presencia de una persona enfrente de una joyería, lo que permitiría darle el alto, pero el cacheo sólo estaría justificado si el agente considera razonablemente que el sujeto está armado. La constitucionalidad de estas actuaciones se reconoció en *Terry v. Ohio* (1968).

Se trata de un standard inferior a la «*probable cause*» requerida para el arresto. Si la policía tiene también una sospecha razonable de que el detenido se encuentra armado y es peligroso, se le puede cachear, incluyendo el registro y detención, por un breve tiempo, de los objetos personales. Así, para poder utilizar como fuente de prueba un elemento distinto a un arma que se encuentra en el cacheo, tiene que poderse confundir con ésta, de manera que una pistola sí se podría exhibir, pero no una bolsa que contiene droga. Cualquier otra actuación de mayor intensidad en el tiempo y en la búsqueda constituiría un «arresto», y ésta última entraría de lleno en el derecho a la intimidad, como se explica a continuación. En el caso del arresto, cabe el cacheo y registro

de efectos personales, de forma incidental y contemporánea al arresto, siempre bajo la exigencia de «probable cause».

En cuanto al derecho fundamental a la intimidad reconocido en el Artículo 18.1 CE cabe señalar que tampoco se ve afectado (9 doc.). Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente y la más restrictiva del Tribunal Constitucional, al no mediar la existencia de un detenido, en el cacheo no procede preguntarse por la presencia de abogado y las restantes garantías del detenido. No cabe entender que el sometimiento al cacheo suponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al «test de alcoholemia», sobre el que existe abundante jurisprudencia.

Por último, señalaremos que, en cuanto a las exigencias de previsión legal, control judicial y vigencia del principio de proporcionalidad, propias para la restricción de los derechos fundamentales el examen de estos requisitos, por todo lo expuesto, es superfluo.

5. RECONOCIMIENTOS MÉDICOS E INTERVENCIONES CORPORALES

5.1. Fin constitucionalmente legítimo

Siguiendo a Díaz Cabiale y Magaldi Paternostro, las intervenciones corporales comprenden una amalgama de actuaciones diversas, que implican intervenciones de distinta intensidad: desde los exámenes radiológicos o ecográficos, los registros anales o vaginales, análisis de sangre, de orina, extracción de ADN, hasta cualquier otro tipo de actuación sanitaria. Los actos descritos se caracterizan porque son actos de investigación que tienden a fijar, en unos casos, las circunstancias que afectan a la personalidad del imputado, en otros, la evaluación del resultado del presunto acto delictivo, y los restantes supuestos son una manifestación del derecho de defensa del detenido o preso, que asegura las condiciones de su restricción de libertad.

Toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley. Es preciso insistir, aunque algo ya hemos reflejado, en la diferenciación entre inspección corporal e intervención corporal. Las primeras son reconocimientos externos en los términos descritos y salvo las excepcionales no necesitarán

autorización judicial. En cambio, las intervenciones reclaman esa autorización siempre.

Podríamos establecer como regla general, aún a riesgo de requerir muchos matices, que las intervenciones corporales graves, en cuanto tengan por objeto la extracción de sustancias o elementos de zonas íntimas o interior del cuerpo, requieran anestesia, sedación o supongan un dolor o sufrimiento deben quedar sujetas siempre a un régimen normativo más exigente. Podrán practicarse únicamente en la investigación de delitos graves, siempre que no supongan un riesgo para la salud del investigado, requerirán autorización judicial siempre que el afectado no preste su consentimiento y deberán ser practicados por personal médico o sanitario cualificado en el centro correspondiente. Como correlato de lo anterior, es obligación del investigado someterse a dicha inspección o intervención siempre que haya sido ordenada en la forma descrita. Ante la negativa del afectado podrá acordarse su cumplimiento forzoso, fijándose en la resolución las medidas coercitivas que pueden emplearse a estos efectos.

La anterior exigencia ha sido recordada por la doctrina del Tribunal Constitucional español. Así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal, y en relación entonces con el derecho a la intimidad corporal, dijo el Alto Tribunal que la limitación de dicho derecho sólo podría producirse «con fundamento en una inexcusable previsión legislativa» (STC 37/1989). De manera igualmente explícita, afirmó la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º): «... debe existir una causa prevista por la Ley, que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconoció la existencia de habilitación en el Art. 127 del Código Civil, en consonancia con el art. 39.2 CE). Y, finalmente, también lo hizo en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 (fundamento jurídico 8.º), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (Art. 3.4 LO GP) y en la STC 35/1996 (fundamento jurídico 2.º) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos, como medida de vigilancia y seguridad, tenía su fundamento legal en el Artículo 23 Ley Orgánica General Penitenciaria.

En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 se dijo que era «sólo posible por decisión judicial» (fundamento jurídico 7.º), aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (fundamento jurídico 8 STC 207/1996).

En cuanto a la exigencia de motivación, recordar lo anteriormente dicho de que es, ante todo, un requisito formal de la regla de proporcionalidad. (10 doc.). Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional español, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, ya se ha comentado también (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres mencionados requisitos o condiciones, (juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto). (11 doc.). Con carácter general, ya hemos mencionado la protección constitucional prestada por el Artículo 42 CD.

5.2. Otras exigencias específicas

Con Magaldi Paternostro, señalaremos: en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla, un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994.) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características. Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta.

5.3. El consentimiento del sujeto afectado: presupuesto habilitante

Dada la naturaleza de los derechos fundamentales afectados, cabe plantearse si en todo caso el consentimiento del sujeto afectado es imprescindible para llevar a cabo la intervención corporal acordada por el juez o si ésta puede realizarse empleando la fuerza física para lograrlo. La respuesta ha de ser que es preciso, en todo caso, el presupuesto habilitante del sujeto afectado y, además, ha de ser libremente prestado y consciente de sus efectos. Véanse las SSTC 114/84; 24/92; 7/94 y 207/96.

5.4. Caso concreto: la prueba de alcoholemia

Consiste, normalmente, en la verificación del aire espirado para determinar la tasa de alcohol en el mismo, por medio de etilómetros y, subsidiariamente, la comprobación de la tasa de alcohol en sangre mediante los alcoholímetros. El propio interesado o la autoridad judicial pueden determinar la repetición de las pruebas, consistentes en análisis de sangre u orina. Si el resultado de la primera espiración de aire es positivo o si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se somete al sujeto a una segunda prueba, pasado un intervalo de tiempo, en España, 10 minutos. El interesado puede optar por contrastar estas pruebas con análisis de sangre, orina, o los que estime el personal facultativo más adecuados.

La llamada prueba de alcoholemia es un acto de investigación, practicado por la policía. Se trata de un acto de investigación de naturaleza pericial, por lo que le es aplicable lo dicho para los reconocimientos médicos. Siguiendo a Díaz Cabiale, a tenor de la regulación explicada, hay que distinguir entre varios supuestos distintos de intervención corporal que se regulan bajo el nombre de "prueba de alcoholemia".

1. Espiración de aire.

Se practica por la policía. Es un acto de investigación consistente en una intervención corporal, aunque suponga una intervención muy leve.

2. Análisis de sangre u orina que solicita el afectado.

Se practica por los facultativos. No es un acto de investigación, sino una manifestación del derecho de defensa. Carece de sentido proceder

a su examen ya que el consentimiento del interesado y el hecho de que se practique por su iniciativa son suficientes para justificar su procedencia. Análisis de sangre, orina, u otros análogos ordenados por la autoridad judicial. Tienen lugar ante la negativa del interesado a someterse a la espiración de aire y no solicitar «motu proprio» que se practiquen esos otros actos. Son actos de investigación consistentes en intervenciones corporales, pero al consistir en reconocimientos médicos, deben entenderse incluidos en el examen que se ha hecho de éstos en el apartado anterior. Respecto a la no autoincriminación resulta evidente que no tiene lugar, como refleja la jurisprudencia. (12.doc.)

6. VISITA DOMICILIARIA: LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y SUS LÍMITES; CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DOMICILIO

6.1. El concepto constitucional de domicilio

Como ya dejamos dicho, la CD en su Artículo 44.1) acoge el domicilio, al que equipara el hogar o recinto privado enmarcando su salvaguarda en el Derecho. A la intimidad y honor personal. El concepto de domicilio, a los efectos que aquí interesan (la entrada y registro del mismo), es un concepto funcional, centrado en la idea de lugar en el que se ejerce el derecho a la vida privada personal y familiar de forma más intensa o al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Siguiendo a autores como Coquilla, Juanes Peces, De Diego, Emilio Llera, y Barriento S.; podemos señalar una de las características del concepto constitucional de domicilio es la actualidad de su disfrute, lo que no se debe confundir con la exigencia de una presencia, in loco, del sujeto titular del derecho. De esta suerte quedarían bajo su amparo los domicilios de residencia transitoria (por ejemplo, de fin de semana o de verano), pero no así los que efectivamente no se habiten, aun estando absolutamente destinados para ello, como, por ejemplo, los domicilios definitivamente abandonados, o aún no ocupados. En este sentido la jurisprudencia ha considerado domicilios a las segundas viviendas y viviendas de temporada, aun cuando en el momento del registro no se hallen efectivamente habitadas por ninguna persona (STS de 15 de febrero de 1997).

Otra de las características es que el habitáculo, cuya finalidad sea la de constituir una suerte de vivienda, no puede cumplir esta función, no gozará del amparo constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, de

un chalet, que se halla en estado ruinoso. Al no poder albergar la vida privada, no merece la condición de domicilio ni, por tanto, su protección constitucional como tal (STS de 19 de enero de 1995). También por su incapacidad para albergar la vida privada se ha negado el carácter de domicilio a un edificio abandonado o semiderruido (13 doc.).

Una tercera, sería que el lugar o edificio que constituya un domicilio es físicamente indivisible en lo que se refiere a sus distintas partes espaciales, salas o habitaciones, pues todas y cada una de las dependencias de una casa forman parte del domicilio, con tal de que estén unidas entre sí en comunicación interior y destinadas al servicio constante y exclusivo de los que la habitan (SSTS de 14 de junio de 1958, y de 28 de octubre de 1980) (14.doc.) Quedan excluidos los lugares abiertos al público (15 doc.).

6.2. Lugares asimilados al domicilio

6.2.1. Las habitaciones de hoteles, posadas y fondas

La jurisprudencia estima que los hoteles, pensiones, posadas, fondas o similares, donde residan personas, aunque sea accidental o temporalmente, tienen la misma protección que el domicilio o morada. (16 doc.).

6.2.2. Las «roulottes» o autocaravanas y las tiendas de campaña (17 doc.).

6.3. Los presupuestos para el allanamiento de domicilios y lugares asimilados

Ya hemos indicado como el artículo 44.1) de la CD recoge la inviolabilidad del domicilio, proscribiendo las visitas domiciliarias a excepción de las que se hicieran conforme a Ley y siempre con las formalidades previstas en la norma. Por tanto, los títulos que legitiman la entrada lícita en un domicilio a efectos de la investigación criminal son variados: el consentimiento del titular, una situación de flagrante delito, casos de urgencia y la resolución judicial. No obstante, aún pueden resultar lícitas otras entradas en un domicilio cuanto la misma tiene finalidades distintas de las de la investigación penal. Se trata de las entradas o allanamientos motivados por razones asistenciales.

6.3.1. El consentimiento del titular

El consentimiento del titular no constituye propiamente una limitación legal del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino más bien una posibilidad de renuncia puntual al mismo ante una concreta petición de acceso. Sorprendentemente, no aparece contundentemente esta habilitación legal para proceder al allanamiento en los Artículos 35 y siguientes, o, 87 y siguientes, 212 del CPC, aunque pudiera extraerse del Artículo 46 *in fine*. Los problemas que suscita el consentimiento del titular, como acto legitimador de la entrada, son los relativos al momento en que debe prestarse, a su forma expresa o tácita, así como a las condiciones en que debe producirse.

Parece no haber duda acerca de que el consentimiento ha de ser previo o coetáneo a la entrada. En cuanto a la forma se discute si el consentimiento ha de ser expreso o son bastantes las formas tácitas de otorgamiento. Parece razonable dar validez y eficacia a las formas tácitas y, entender así que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el Artículo 44.1) de la Constitución de la República (18 doc.).

6.3.2. Los supuestos de delito flagrante

El acceso a un domicilio y a los lugares asimilados al mismo en supuestos de flagrancia delictiva se halla contemplado, igualmente, en el Artículo 181 del CPP cuando indica que, "El registro sin autorización judicial procede cuando es necesario para evitar la comisión de una infracción, en respuesta a un pedido de auxilio o cuando se persigue a un sospechoso que se introdujo a una vivienda ajena". En términos generales se consideran delitos fragantes los que estuvieren cometiendo o se acaban de cometer cuando el delincuente o los delincuentes fuesen sorprendidos. El concepto de flagrancia se amplía al entender «sorprendido» en el acto de ejecutar el delito, no sólo al delincuente que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen.

6.3.3. Razones de urgencia: el allanamiento por motivos asistenciales

Pero el allanamiento de un domicilio no es siempre una diligencia de investigación; en ocasiones es una medida tendente a la salvaguarda de los bienes o de las personas en situaciones de alguna catástrofe o peligro semejante. Se trata entonces de un allanamiento o entrada en domicilio motivada por razones asistenciales. Y es que, los vínculos de solidaridad entre ciudadanos han determinado desde antiguo que el Derecho permita la entrada en domicilios privados de personas ajenas con el fin de refugiarse de algún peligro grave o de prestar auxilio a los moradores.

6.3.4. Resolución judicial

El tercer supuesto de legitimación para la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio lo constituye, según el artículo citado del CPP, la resolución judicial que es además el más frecuente en la práctica. Los principales problemas que suscita este supuesto son los relativos a la competencia para dictar tal resolución, así como las condiciones formales y de fondo o contenido de tal resolución. Del juego de los artículos descritos cabe deducir, sin dificultad, que la competencia para dictar la resolución judicial habilitante de la entrada corresponde al juez de Instrucción apoderado de la causa.

La resolución judicial que autoriza la entrada en un domicilio ha de ser necesariamente escrita. La orden de proceder al allanamiento de una morada nunca se puede conceder verbalmente por el órgano judicial; ello supondría la nulidad de lo actuado por infracción de las normas esenciales del procedimiento y también por la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Y es que, faltaría en estos casos la expresión del juicio de proporcionalidad que el juez debe efectuar y al que más adelante nos referiremos. (20 doc.). La motivación ha de ser bastante, lo suficiente como para conjurar todo peligro de arbitrariedad, de manera que los justiciables puedan controlar que el sentido de la decisión responde a criterios de interpretación jurídica. Solamente así se llenará de contenido el mandato constitucional y del CPP.

El Tribunal Supremo español acepta la validez de los autos de entrada y registro motivados de forma escueta, o por remisión al atestado de la policía judicial si este es detallado e incluso el empleo de impresos o formularios. Para el Tribunal Supremo la motivación del auto de

entrada, aun escueta o mediante el uso de impresos, puede quedar completada por el atestado de la policía judicial, ya que el auto y el atestado quedan unidos en la causa.

La motivación es exigida en cuanto sirve para constatar la necesidad del sacrificio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el Artículo 44 de la Constitución de la República. En este sentido cabe añadir que no es, sin embargo, la autorización judicial previa el único requisito que la Constitución impone a la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sometida además a las exigencias del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, cuyo fundamento constitucional se encuentra, básicamente, en la consideración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, en el principio del Estado de Derecho, en la prohibición de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos y en el contenido esencial de los derechos fundamentales. De dicho principio constitucional se deriva la necesidad de que sean respetados los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En términos generales, una medida es idónea cuando es útil para satisfacer la finalidad perseguida, necesaria, si tal finalidad no puede alcanzarse mediante la adopción de medidas menos gravosas, y proporcionada en tanto que el interés que trata de salvaguardarse mediante su ejecución sea preponderante en relación con los derechos e interés particulares afectados.

La resolución judicial previa al allanamiento es un mecanismo preventivo dirigido a proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio que ha de ponderar los intereses en juego. El requisito de la proporcionalidad implica una ponderación compleja compuesta de un «juicio de idoneidad», un «juicio de necesidad» y un «juicio de proporcionalidad en sentido estricto».

1.º Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Supone la necesidad de que se trate de un delito grave. La medida restrictiva de la inviolabilidad del domicilio solamente se justifica para la investigación de delitos graves. A estos efectos, se atiende a la gravedad de la pena asignada al delito de que se trate por la ley penal material.

2.º Juicio de idoneidad y necesidad

La gravedad del delito investigado no justifica por sí sola la entrada en cualquier domicilio; es además necesario que dicha entrada augure razonablemente la consecución de los fines de la instrucción, lo que implica una valoración sobre su idoneidad y necesidad. Como dice el Tribunal Supremo, ha de atenderse a criterios de policía científica y de criminalística para valorar este dato. Pero no basta con la mera intuición u olfato policial, sino que son precisos ciertos indicios razonables basados en la investigación que se haya llevado a cabo. Aunque nada diga el CPC, la orden de allanamiento contendrá una serie de requisitos, de los cuales, por su mayor importancia práctica, destacamos la indicación precisa del lugar o lugares que habrán de ser registrados y cómo ha de hacerse.

En cuanto al lugar ha de ser determinado y estar individualizado, y en cuanto a la forma debe observarse el respeto propio de un derecho ajeno y ocasionársele el menor quebranto posible; en concreto, el Artículo 38 y 39 CPC Señalan que los objetos “se sellarán y cerrarán, si fuere posible; y si no se pudiere escribir sobre ellos, se colocarán en una vasija, caja o en un saco, que se fajará con un lienzo o papel, sobre cuya faja el fiscal estampará un sello”, “Las diligencias prescritas por los artículos precedentes se practicarán en presencia del procesado, si hubiese sido aprehendido; y si no quisiere o pudiere asistir a dichas diligencias, se practican en presencia del apoderado que podrá nombrar. Los objetos ocupados le serán presentados con el fin de que los reconozca, y de que rubrique los que sean susceptibles de esta formalidad: en caso de negativa, se hará mención de ella en el acta”.

7. INTERVENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA Y LAS TELECOMUNICACIONES

Ya dijimos como el Artículo 44. 3) de la CD y bajo la rúbrica de intimidad y honor personal protege constitucionalmente “la inviolabilidad de la correspondencia, documentos o mensajes privados en formatos físico, digital, electrónico o de todo otro tipo. Sólo podrán ser ocupados, interceptados o registrados, por orden de una autoridad judicial competente, mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia y preservando el secreto de lo privado, que no guarde relación con el correspondiente proceso. Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica, cablegráfica, electrónica, telemática o la establecida en otro medio,

salvo las autorizaciones otorgadas por juez o autoridad competente, de conformidad con la ley”.

7.1. Intervención de la correspondencia

La CD, cuando contempla la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, los cuales no podrán ser ocupados ni registrados sino mediante procedimientos legales en la substanciación de asuntos que se ventilen en la justicia. Hay que tener en cuenta que el nuevo CPP regula con gran detalle esta materia, artículos, por lo que referencia esos preceptos es completo en la CD. De conformidad con la prescripción constitucional, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones -correspondencia y documentos privados- obliga a tratar con escurpulosidad legal el tema de las intervenciones de la correspondencia planteándose los problemas, como luego veremos, en el alcance gramatical y legal de lo que verdaderamente es correspondencia.

Siguiendo a Assalit Vives, la intervención postal puede ser conceptualizada como aquella medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones postales decretada normalmente contra un inculpado, excepcionalmente contra otra persona que efectúa una comunicación de la que se sirve el inculpado para sus fines delictivos, por órgano jurisdiccional competente y ejecutada bajo la intervención y control de éste, en la fase de instrucción de un proceso penal, con la finalidad de conocer la existencia de la misma, su remitente y destinatario, detenerla y conocer su contenido, para investigar la comisión de concretos delitos, averiguar su autoría y posibilitar la aportación al juicio oral de elementos probatorios, pudiendo influir en la adopción de las correspondientes medidas cautelares.

La legitimidad de la actuación judicial, invadiendo la intimidad de la correspondencia, debe necesariamente acompañarse de un formalismo procedimental imprescindible ante la injerencia que se lleva a cabo, y que pasa por los siguientes elementos:

Auto judicial motivado. Inmediata remisión de la correspondencia al juez o personación de éste en el lugar donde la misma se encuentre y apertura por el juez a presencia del interesado o de la persona que éste designe, salvo que no se haga uso del derecho o se encuentre en situación de rebeldía, todo ello bajo la fe del secretario, quien deberá diligenciar cuanto suceda en la apertura.

Como recogen De Diego y Estrella, la cuestión relativa a la diligencia de intervención de la correspondencia ordinaria no parece plantear especiales problemas, surgiendo por el contrario un tema trascendental en la actualidad y que no es otro que la determinación de si las prevenciones descritas son o no de aplicación a la apertura y registro de los paquetes postales, tema en el que como veremos, en el Derecho español, ha existido una desconcertante jurisprudencia. En una de las primeras resoluciones que abordó el tema, sentencia de 10 de marzo de 1989, se declaró, que correspondencia equivalía a comunicación por escrito de una persona con otra, mientras que la remisión de unos paquetes postales, aunque se efectuase a través del servicio de correos, no por ello se transformaban en correspondencia, ya que no eran sino simple transmisión de mercancías, postura jurisprudencial que se mantuvo en sentencias ulteriores (19 de marzo de 1989 y 27 de enero de 1994). Posteriormente se abrió camino una línea jurisprudencial extensiva con arreglo a la cual los paquetes postales son todos los envíos, que se efectúan por el servicio postal de correos y por extensión de cualquier entidad privada que ofrezca similares servicios, contemplando bajo la protección del derecho a la intimidad de la correspondencia no sólo a las cartas o correspondencia personal, sino a cualquier género de correspondencia postal, ya que a través del mismo se pueden enviar mensajes de carácter personal, cuyo soporte físico no tiene necesariamente que ser epistolar. En sentencias como las de 19 de noviembre o de 26 de septiembre de 1994 se advierte del peligro que implica la distinción de ambos supuestos a los efectos que nos ocupan, poniéndose de relieve la existencia de problemas incluso gramaticales, ya que la raíz etimológica del concepto «paquete», viene a confundirse con el de correspondencia. Esta tesis extensiva, que ha sido mantenida en sentencias como las de 13 de marzo, 9 de mayo y 22 de diciembre de 1995, afirmando que ello no implica desconocimiento de la reglamentación en vigor (D. de 14 de marzo de 1964), pero que, al interpretarse sus normas con los principios constitucionales, amén del Art. 8 de la Convención de Roma y el Art. 17 del Pacto de Nueva York, la correspondencia postal a que alude la Constitución debe interpretarse en su más amplia acepción. Sin embargo, se admite el reconocimiento de oficio y sin formalidades especiales cuando se trate de paquetes postales o sobre cuantos ostenten etiqueta verde. Dicha tesis fue refrendada en el pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en junta general celebrada el 4 de abril de 1995, en el que se adopta un acuerdo basado en tres puntos: a) Bajo la protección del derecho a la intimidad, se encuentran no sólo las cartas, sino todo género de correspondencia postal, entre ella, los paquetes postales al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial. b) La detención y registro de la correspondencia queda bajo la salva-guarda

de la autoridad judicial, por lo que la diligencia de apertura de la correspondencia desprovista de las garantías que la legitiman deviene nula. c) El reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. En relación con los envíos de paquetes con etiqueta verde, como recalca la jurisprudencia más reciente, conviene tener presente el XX Congreso de la Unión Postal Universal de Washington de 14 de diciembre de 1989 y su reglamento, que fueron ratificados por España, el 1 de junio de 1992, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. En el Art. 20 del citado acuerdo (BO E de 30 de septiembre de 1992), se prohíbe incluir en los paquetes de toda clase, documentos que contengan el carácter de correspondencia personal, advirtiéndose en el mismo la exoneración de responsabilidad de la Administración del Estado por las decisiones de los servicios de aduanas al efectuar la verificación de los envíos sujetos a control aduanero, estableciéndose en el Art. 117 del citado convenio, que los paquetes que deban someterse a control aduanero deberán llevar etiqueta verde. Por consiguiente, una vez se acepta el envío bajo etiqueta verde, se están aceptando implícitamente todas.

El nuevo Código Procesal Penal en su Artículo 191 es contundente: "Secuestro de correspondencia. Siempre que sea útil para el establecimiento de la verdad, el juez puede ordenar, por resolución motivada, el secuestro de la correspondencia epistolar o telegráfica, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto". Es sumamente respetuoso con el derecho fundamental.

7.2. Intervenciones telefónicas

Con carácter general ha de indicarse lo mismo que respecto del apartado 7.1.

7.2.1. Introducción, principios generales y regulación

La validez de las intervenciones telefónicas, como explica Estrella Ruiz, ha originado una prolija jurisprudencia derivada de una parca atención del legislador hasta el punto de que, hasta transcurridos diez años de la publicación de la Constitución española, dicho régimen legal se encontraba en la más absoluta orfandad. La Constitución española, respeto a las normas supranacionales, y en concreto al Artículo 12 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos, el Artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos,

en su Artículo 18.3, consagró el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo intervención judicial. Lo manifestado por nuestra Carta Magna, provocó cambios en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Código Procesal en su Artículo 192, señala: "Interceptación de telecomunicaciones. Se requiere autorización judicial para la interceptación, captación y grabación de las comunicaciones, mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones por el imputado o cualquier otra persona que pueda facilitar razonablemente información relevante para la determinación de un hecho punible, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas. Se procede conforme a las reglas del allanamiento o registro.

La medida de interceptación de comunicaciones tiene carácter excepcional y debe renovarse cada treinta días, expresando los motivos que justifican la extensión del plazo.

La resolución judicial que autoriza la interceptación o captación de comunicaciones debe indicar todos los elementos de identificación de los medios a interceptar y el hecho que motiva la medida.

El funcionario encargado debe levantar acta detallada de la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para la investigación, con exclusión de cualquier otra comunicación de carácter personal o familiar. Bajo esas formalidades la grabación puede ser reproducida en el juicio o su transcripción puede ser incorporada por su lectura, sin perjuicio de que las partes puedan solicitar su reproducción íntegra.

Los registros y transcripciones son destruidos a la expiración del plazo de prescripción de la acción pública.

La interceptación de comunicaciones sólo se aplica a la investigación de hechos punibles cuya sanción máxima prevista supere los diez años de privación de libertad y a los casos que se tramitan conforme el procedimiento especial para asuntos complejos.

Como recoge Estrella, antes de estudiar la interceptación o intervención telefónica por vía judicial, procede recordar que la divulgación del contenido de una conversación por uno de los interlocutores no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, es lo que se

denomina autoinjerencia o «Bugging», circunstancia ésta que fue estudiada por el TC en su sentencia 114/1984 que, aún referida a un supuesto de pruebas aportadas en un procedimiento laboral, parece extensible a todo tipo de ramas del Derecho, y más aún en el campo del Derecho Penal, ya que el único escollo con que cuenta dicha forma de intervención no es otro que la divulgación de la intimidad y la posible comisión de un delito escapa de dicho ámbito.

7.2.2. La resolución judicial, motivación y forma

La resolución, y por más de cuanto se ha dicho, debe ser motivada, en los términos ya expuestos, con el fin de que el interesado pueda en su momento conocer cuáles fueron los motivos que la originaron y con el fin igualmente de facilitar el derecho al recurso. (21 doc.). Una vez el juez detalla cuáles son las razones fácticas y jurídicas por las que se acordará la medida, habrá de ponderar las razones de hecho con un mínimo razonamiento jurídico en el que se haga mención a la gravedad del delito.

Las personas jurídicas ostentan, también, el derecho a la inviolabilidad de sus comunicaciones y ello pues, como señalara la sentencia del TS del 31 de octubre de 1994, el secreto de las comunicaciones deriva del derecho a la intimidad que también lo ostentan, y por tanto será preceptiva la intervención judicial para la interceptación de sus comunicaciones.

7.2.3. Desarrollo de la medida

Varias notas han de destacarse: forma, control, línea de investigación. Es preciso reflejar la forma en que se va a llevar a cabo y muy especialmente su control por parte de la autoridad judicial. Como elemento esencial debe hacerse constar en la resolución el tiempo durante el cual se va a acordar la intervención. El contenido mínimo vendrá dado por la determinación de la línea o líneas a investigar, sin que sea lícito ni admisible una intervención indiscriminada y sin olvidar que están proscritas por nuestro Derecho las intervenciones de prospección indiscriminada que estén desligadas de un hecho delictivo concreto, pues será preciso partir de datos contrastados que justifiquen la relación de todas las líneas a intervenir con los hechos, debiendo aclararse que tampoco existe inconveniente en acordar la intervención de una línea pública (cabinas telefónicas), exigiéndose únicamente que se haga constar su justificación.

La naturaleza secreta de la intervención telefónica es evidente, ya que de lo contrario carecería de sentido la medida en sí, y así se pone de manifiesto en la sentencia del 4 de noviembre de 1994, en la que se puntualiza que pese a no haberse declarado el carácter secreto del procedimiento expresamente, se entendió plenamente justificado el que no se pusiera en conocimiento del interesado la existencia del procedimiento conforme al Artículo 188, hasta que finalizaran las intervenciones telefónicas.

Dos temas quedan por abordar, los hallazgos casuales y el control judicial de los resultados. Sobre los hallazgos casuales (22 doc.), debe darse inmediata cuenta al juez instructor, con el fin de que éste, a la vista de las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente, siendo ineficaz como prueba si no existe una habilitación legal expresa para el segundo delito o para la segunda persona.

El segundo de los temas es el del control judicial de la medida. Se exige que el juez autorizante no se desentienda de la medida autorizada y la controle en lo posible, particularmente cuando se extienda en el tiempo o afecte a un número importante de teléfonos. Dicho control abarca, como afirma Soto Nieto, un triple frente. En primer lugar, velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante, no admitiéndose ningún tipo de discrecionalidades en su ejecución. En segundo término, la escrupulosidad en la recepción del material grabado, garantizándose su autenticidad e integridad. Y, por último, la adopción de las medidas necesarias para la advertencia escrita de las grabaciones obtenidas y selección de cuanto pueda ser importante. El secretario habrá de diligenciar las cintas que se entregan, su traducción escrita y las partes que sean de interés, evitando cualquier tipo de episodio ajeno a lo investigado.

La jurisprudencia más reciente, a partir del auto del 16 de junio de 1992, se ha preocupado por resaltar cuáles son las claves del control judicial de la medida, en el sentido que a continuación resumiremos (23 doc.): Incorporación al órgano judicial de los soportes originales físicos en que consten las conversaciones intervenidas o las observaciones hechas. Poder realizar de forma inmediata la selección de conversaciones, desechando las que sean irrelevantes a los fines de la investigación, siempre bajo la fe del secretario. Y conservación del material original para su posible acceso al plenario.

7.2.4. Efectos probatorios

Una vez finalizada la medida, ha de ponerse en conocimiento del intervenido, quien deberá tener acceso a la misma. La escucha será a presencia judicial y asistido de letrado, permitiéndosele que niegue su autenticidad total o parcial. Si se han completado los requisitos a que hemos hecho referencia, dicho actuar será por sí plenamente válido como medio de investigación a los efectos instructores del Artículo 299 LECrim, pero como prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia es preciso, además, acreditar la autenticidad del contenido de las grabaciones, lo que exigirá, salvo que sean reconocidas por los interesados, su audición por el órgano juzgador, confrontando lo recogido en las grabaciones con las declaraciones del acusado y testigos, e inclusive en caso de negarse la autenticidad de las voces, con la pericial que se practique a dichos efectos.

8. OTROS MEDIOS DE INJERENCIA EN LA INTIMIDAD: FILMACIONES Y ESCUCHAS MICROFÓNICAS

El Artículo 192 del Código Procesal Penal, acabado de transcribir, es la base normativa que las permite.

8.1. Cámaras de control y filmación de las vías públicas

En el contexto de las medidas policiales o judiciales restrictivas de derechos fundamentales, cobra singular importancia en la actualidad la eficacia procesal de la filmación videográfica debiendo indicarse las muy significativas lagunas de los textos normativos sobre la materia. Asépticamente considerada, como expresa Senés Motilla, la filmación tiene la virtud de «devolvemos» un acontecer o estado de cosas a través de la imagen, lenguaje que puede llegar a ser tanto más significativo que la palabra, y de ahí la consabida expresión coloquial de «una imagen vale más que mil palabras». Precisamente, esa aptitud genérica de los medios audiovisuales para fijar hechos, «sustituyendo, en palabras de Carnelutti, la percepción del hombre por la percepción de las cosas», ha propiciado su incorporación a las más avanzadas líneas de investigación criminal, debiéndose establecer un cúmulo de garantías en su utilización que, siendo respetuosas con los derechos fundamentales de la persona, permitan su ulterior incorporación al proceso jurisdiccional y su eventual eficacia probatoria.

8.1.1. La filmación videográfica como instrumento de la seguridad ciudadana

Como reseña la citada profesora, no puede dudarse que constituye un medio útil para la seguridad ciudadana, en sus dos más acusadas vertientes de prevención e investigación delictivas. De ahí que, en último término, el tratamiento jurídico-procesal de la filmación tenga que conectarse necesariamente con las siguientes realidades jurídicas: la instalación de cámaras como medida de control policial: así, mantenimiento –y eventual restablecimiento– de la seguridad ciudadana (Arts. 104 CE, 11, e LO FCS y 1 LO PSC); prevención de la comisión de actos delictivos (Art. 11.f LO FCS) e investigación de los delitos.

En el marco de las funciones de carácter preventivo, la práctica judicial ha revelado la idoneidad de la instalación de cámaras de control con fines disuasorios, especialmente en relación con posibles alteraciones del orden público, e incluso, de agresiones a las fuerzas y cuerpos de Seguridad. Igualmente, constituyen un ámbito particular de actuación de tales controles preventivos la instalación de cámaras en instalaciones deportivas, singularmente en relación con las competiciones calificadas de «alto riesgo». Curiosamente, en el partido de fútbol Real Madrid-Barcelona, febrero de 2001, un espectador agredió al portero del Barcelona y las imágenes han permitido su pronta identificación.

Las grabaciones obtenidas pueden resultar sumamente provechosas para la persecución, determinados delitos, tanto en la identificación de los responsables criminales, como en la determinación de las circunstancias (lugar, tiempo y forma) que rodean su comisión. Así, la llamada «jurisprudencia menor», da muestras de la operatividad de las citadas filmaciones, v.gr. en relación con los delitos contra la propiedad (robos a entidades bancarias o joyerías).

8.1.2. Límites constitucionales de las filmaciones videográficas

Una idea late en el epígrafe y ya ha sido comentado en no pocas ocasiones y es que en el proceso penal la verdad real no se puede conseguir a cualquier precio (24 doc.). Podemos marcar, con Senés Motilla, los siguientes límites constitucionales:

Límites locativos, de tal modo que las filmaciones deberán limitarse al ámbito de las vías públicas o los espacios abiertos, sin intromisión en la esfera domiciliaria.

Límites funcionales, la grabación de imágenes deberá incardinarse en el transcurso de una investigación criminal centrada en la actuación de personas «sospechosas» de haber cometido un delito.

Paradigmática es en relación con ambos límites, la sentencia del Tribunal Supremo, del 6 de mayo de 1993 (25 doc.).

Cuando de filmación en domicilio se habla, otros son los límites y otras las exigencias en los términos comentados.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 1994 –recaída a propósito de un delito contra la salud pública–, enuncia las garantías que deben regir la intromisión de los poderes públicos en la esfera domiciliaria, con singular aplicación a la captación de imágenes, medida ésta que, desde el punto de vista de su actuación, es calificada sin reservas de «excepcional» (26.doc.). Se concluye, por tanto, la aplicación analógica de los requisitos y garantías exigibles a las intervenciones telefónicas, según los términos establecidos en el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1992.

8.1.3. Garantías procesales de la prueba videográfica

Siguiendo a Senés Motilla y partiendo de la legitimidad de la captación de imágenes, resta analizar el régimen jurídico-procesal de la filmación al proceso jurisdiccional, los atinentes a su admisibilidad y eficacia probatoria en el juicio oral.

8.1.3.1. Incorporación de la filmación videográfica al proceso judicial

Se inscriben aquí un elenco de garantías de las que dependerá la ulterior eficacia probatoria de las filmaciones. Entre tales garantías podemos enunciar las siguientes: debe, efectuarse en la fase de instrucción; y ello, tanto si las filmaciones sirven de apoyo al atestado policial como si se acordaron por orden judicial en el transcurso de la investigación criminal en marcha; paralelamente, la salvaguarda del derecho a la defensa aboca al examen por las partes procesales del contenido de la filmación, a salvo el diferimiento de su visualización cuando se haya declarado el secreto de las actuaciones.

Respecto de la consideración de la filmación videográfica como pieza de convicción, repárese en la amplia conceptualización sostenida por el Tribunal Supremo en base a las previsiones legales, entendiendo por tales «los instrumentos y efectos del delito, los libros, documentos y papeles, y, en general, todos aquellos objetos inanimados que

puedan servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado a la causa, bien uniéndolos materialmente a los autos, bien conservándolos, debidamente etiquetados a disposición del tribunal aunque con independencia de la materialidad de los mentados autos».

Por el carácter funcional es por lo que pueden incorporarse a los autos como piezas de convicción las filmaciones esporádicas u ocasionales, esto es, aquellas que, no estando preordenadas a la prevención o investigación de hechos delictivos, pueden evidenciarlos de forma casual. Por ejemplo, las filmaciones llevadas a cabo por particulares siempre a salvo los problemas de integridad y autenticidad, así como las tomas efectuadas por organismos públicos con fines diversos a los específicamente represivos (v.gr. las filmaciones efectuadas por la Dirección General de Tráfico para el control del tráfico rodado).

8.1.3.2. Eficacia probatoria de la filmación videográfica

Supuestas la legitimidad de la filmación y su regular incorporación a los autos, es cuestión prioritaria a su eficacia probatoria el control de su autenticidad. Hasta tal punto es así, que los recelos de la jurisprudencia respecto de los medios audiovisuales de reproducción, no atienden tanto a su incardinación en los medios legales de prueba, cuanto a su eventual manipulación.

8.2. Grabaciones magnetofónicas o en otros soportes

El mismo celo descrito en relación con la autenticidad de las filmaciones videográficas resulta plenamente aplicable a propósito de las grabaciones magnetofónicas, en cuanto extrema la precaución del órgano jurisdiccional a la hora de admitirlas como prueba, pero confirmando paralelamente su eficacia probatoria en conexión con otros elementos probatorios. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1992, nos dice: "Con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ella se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Mas, una cosa es que, para evitar la proliferación de «pruebas» artificialmente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos

soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria... Partiendo, pues, del valor probatorio que, con las debidas precauciones, cabe otorgar al contenido de una cinta magnetofónica, deberá comprobarse a continuación si, en el caso de autos, dichas precauciones fueron observadas por los órganos judiciales».

Se confirma, pues, su carácter complementario respecto del testimonio del sujeto que controla la filmación. Diversos son los efectos que se derivan del carácter complementario o adicional de la grabación magnetofónica, que son por otra parte igualmente predicables de la filmación videográfica, así y siguiendo a Senés Motilla:

- a) Insuficiencia para destruir por si sola la presunción de inocencia.
- b) Inidoneidad del soporte magnetofónico o videográfico para fundar el error en la apreciación de la prueba. Ex art. 849.2º LECrim.



CAPÍTULO IX

LA PRISIÓN PREVENTIVA

Autor: José Manuel Maza Martín

Revisión y actualización: Jorge Jiménez Martín



LA PRISIÓN PREVENTIVA

Autor: José Manuel Maza Martín

Revisión y actualización: Jorge Jiménez Martín

1. GENERALIDADES: LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES EN GENERAL Y LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

1.1. Concepto y finalidad de las medidas de coerción personal

En el procedimiento penal, las medidas cautelares (o medidas de coerción personal, según denominación del CPP) son instrumentos que participan de naturaleza y finalidad semejantes, en principio, a las que presentan tales medidas en cualquier otra clase de procedimiento judicial. Sin embargo, las propias peculiaridades de los principios que informan el enjuiciamiento de los hechos delictivos hacen que sobre esta materia se proyecten unas luces muy específicas que le dotan de concreta singularidad. Aspecto éste de enorme trascendencia práctica, pues nos ayuda a comprender rectamente la aplicación de la norma que, precisamente por tal razón, se ha visto fuertemente influida en los últimos tiempos, a propósito de la protección de los derechos fundamentales, cual el de la libertad de movimientos, contenido en la práctica totalidad de los pactos supranacionales y los textos constitucionales nacionales, como el Artículo 40 de la propia Constitución de la República Dominicana, de 13 de junio de 2015.

En efecto, vamos a comprobar seguidamente cómo, junto con una serie de notas, caracteres y requisitos que son predicables en las medidas

cautelares penales, al igual que de cualquier medida cautelar en otro ámbito judicial, aparecen también aspectos diferenciales, específicos del procedimiento penal que, sin duda por ello, serán los que susciten, más aun, nuestro interés. Así, la afirmación general de que estamos, en este caso, ante "actos de aseguramiento", es predicable, por igual, de cualquier medida cautelar. Pero inmediatamente advertimos que, por ejemplo, el objeto de ese aseguramiento no es el mismo en el proceso civil, en el que se busca, exclusivamente, garantizar las resultas del juicio, que, en el penal, en donde primero habrá de asegurarse la celebración del propio juicio, en el que, generalmente, la presencia del acusado resulta imprescindible y, sólo después, hacerlo con sus resultas.

Por ello, aun cuando son muy numerosos los autores que se refieren a las medidas cautelares penales, definiéndolas, por ejemplo, como: "todas aquellas acordadas por el juez instructor (o, en su caso, tribunal resolutor) para asegurarse la efectividad de las resultas del proceso" (Jiménez Asenjo, 1949). Para nosotros, en el proceso penal, las medidas cautelares penales o medidas de coerción personal o real, en general, deberían describirse como: "aquellas actuaciones jurisdiccionales, llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga".

De esta forma, queremos destacar, tanto el que nos hallamos ante decisiones limitativas de derechos, en todo caso, de carácter jurisdiccional y naturaleza procesal, con lo que debería quedar excluida de esta categoría, a nuestro juicio y frente a la opinión de numerosos autores, la "detención policial" (el llamado "arresto y conducencia" sin orden judicial del CPP), que ni es procesal ni tan siquiera tiene por qué conducir siempre a la puesta a disposición de la autoridad judicial la persona del detenido, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos (civil, laboral, etc.), el objetivo del aseguramiento, como decíamos, es doble: de una parte, la correcta celebración del propio juicio, con la presencia del acusado, integridad de los medios probatorios, etc., y, de otra parte, la garantía de la correcta ejecución del futuro pronunciamiento, cumplimiento de la pena impuesta, abono de las indemnizaciones fijadas en concepto de responsabilidad civil, etc.

De ahí que gran parte de la doctrina haya afirmado que, en nuestro idioma, sería más propio hablar de "medidas de aseguramiento" o

“aseguratorias”, que evocan mejor la finalidad de estos instrumentos procesales, que de “medidas cautelares”, “preventivas” o “de coerción”, que parecen hacer referencia más al cuidado o la precaución que las motiva. No obstante, hay que dejar bien claro que, en nuestra opinión, como ya se ha dicho, la medida cautelar no es cualquier acto de aseguramiento del juicio o de su resultado, sino aquel que, adoptado por el juez, limita derechos individuales, esencialmente la libertad ambulatoria o la de disposición del propio patrimonio o parte de él, para garantizar el desarrollo del proceso y la ejecución de su resultado.

En consecuencia, aquí solo vamos a ocuparnos de una de las diferentes medidas cautelares posibles, dentro de las que son consideradas unánimemente tales, como es la prisión preventiva, también conocida como provisional, de la que, en rigor, se puede afirmar que busca el aseguramiento de la celebración del juicio y de las consecuencias, penales y económicas, derivadas de la sentencia, constriñendo el derecho a la libertad del imputado, encausado, procesado, acusado, etc.

1.2. Fundamento de las medidas de coerción personal, en general

La necesidad de adoptar medidas restrictivas de derechos trascendentes como los que vamos a ver posteriormente involucrados (concretamente el derecho a la libertad), sin un previo pronunciamiento de fondo firme, supone, en principio, un aparente contrasentido, especialmente en un procedimiento tan garantista como ha de serlo el penal. Sin duda, puede comenzar causándonos sorpresa la privación de libertad de quien aún es presumido inocente o la limitación de su derecho de disposición sobre su patrimonio. Pero esto es algo a lo que debemos, desde un principio, acostumbrarnos, toda vez que hay razones que, más que hacerlo posible, exigen su existencia.

La propia duración, en el tiempo, de cualquier clase de proceso, hace imprescindible la adopción de alguna medida que impida la desaparición, o incluso la modificación, de ciertos elementos de hecho, sin los cuales se puede ver seriamente perjudicada, y hasta anulada, la eficacia de la resolución que, en definitiva, recaiga. Pero es que, en el proceso penal, como ya vimos, el aseguramiento de la celebración del juicio, para el que, en la mayor parte de los casos, es imprescindible la presencia del propio acusado, es tan importante, si no más, que el de garantizar la efectividad de la sentencia misma. El hecho de que en un conflicto entre objetivos tan fundamentales como la protección del derecho a la libertad y a la propiedad,

amparados aún bajo la presunción de inocencia, y la garantía de la eficacia del procedimiento judicial mismo, se opte, en ciertas circunstancias y con concretos requisitos, por la restricción de aquellos en beneficio de ésta, es algo que requiere ser amparado por algún principio del máximo rango.

Tal principio amparador de esta posibilidad extrema no es otro que el de la "tutela judicial efectiva", consagrado en el Artículo 69 de la Constitución de la República Dominicana, que podría verse, en muchas ocasiones, burlada, en caso de no existir estos mecanismos garantizadores de la eficacia judicial. En modo alguno podemos compartir la opinión de quienes sostienen que el fundamento de esta institución cautelar sea, directamente, la de garantizar la ejecución de la ulterior condena, pues, en el supuesto de la prisión preventiva al menos, en el que no es propiamente reparable el perjuicio causado en caso de absolución final, ello equivaldría a admitir una inaceptable afirmación interina de culpabilidad.

La medida cautelar y el principio de presunción de inocencia mantienen, en el proceso penal, una relación aparentemente paradójica, pero que se justifica plenamente. La existencia de las medidas cautelares se justifica siempre por la necesidad de asegurar la tutela judicial verdaderamente eficaz, no solo respecto de los derechos de las víctimas y los perjudicados por la acción delictiva, sino, además, los del propio sospechoso de su comisión, acreedor de un procedimiento con todas las garantías, incluida la de su propia asistencia al juicio.

Sin embargo, no cabe duda de que la posibilidad de la adopción de tales medidas es, precisamente, lo que hace que se haya llegado a hablar del carácter "punitivo", "doloroso" o "gravoso", que presenta el proceso penal. Máxime cuando para la obtención de ciertas pruebas también pueden conculcarse, legalmente, derechos básicos de la persona (inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, etc.). De ahí, por tanto, el carácter restrictivo, por "odiosas", de estas medidas y la necesidad de tener siempre muy presente, en su aplicación, que nunca han de contemplarse como ejecución anticipada de una eventual conclusión condenatoria, sino como instrumento para hacer valer la posibilidad, de que se dispense una verdadera tutela judicial a los diferentes intereses puestos en juego en el procedimiento, razón que, incluso, ha llevado a hablar de una especial categoría: la "tutela cautelar".

1.3. Caracteres de las medidas de coerción personal

Lo dicho hasta aquí tiene su importante reflejo en la naturaleza de las medidas cautelares y en los caracteres que las informan, cuya recta comprensión resulta imprescindible para una adecuada interpretación de su régimen.

Por tanto, como caracteres generales de las medidas pueden citarse los siguientes:

- Toda medida cautelar o de coerción es instrumental, puesto que nunca puede ser considerada como un fin en sí misma, sino que siempre ha de concebirse, y dirigirse, en relación con el proceso cuya efectividad pretende garantizar. De ahí que también, en alguna ocasión, se llegue a hablar de su carácter "subsidiario".

- También es provisional, nunca definitiva, pues está llamada siempre a desaparecer, si no lo hace con anterioridad por decisión del juez, ineludiblemente al tiempo que gana firmeza la resolución que pone término al procedimiento, que, si es absolutoria, extingue la medida, y si lo es de condena hace que ésta pase a convertirse, si de acuerdo con el contenido de ese pronunciamiento corresponde, en substancia de la propia ejecución.

- Nunca ha de prejuzgar el pronunciamiento de fondo. Por eso ha de entenderse, en todo caso, como mera garantía para la correcta y eficaz celebración del juicio, cualquiera que fuere la conclusión que de éste se derive.

- Su adopción ha de ser excepcional y en sus formas más graves (prisión incondicional, por ej.), sólo aplicada cuando se considere imprescindible y no fuere sustituible por otra más leve. Ello hace que la interpretación de los preceptos que rigen esta materia haya de ser radicalmente restrictiva, frente al esencial principio rector del "*favor libertatis*", y nunca se aplicará la norma posterior en el tiempo, si es más gravosa que la precedente, aunque estemos ante una institución de naturaleza procesal.

- Por último, también se requiere que la medida sea proporcionada a la consecución de los fines congruentes con su naturaleza cautelar, que ya hemos descrito como constitucionalmente legítimos.

Toda medida cautelar o de coerción es instrumental, provisional, excepcional, proporcionada y nunca supone prejuzgar.

1.4. Clases de medidas cautelares penales

Varios son los criterios clasificatorios que se han venido empleando respecto de las medidas cautelares presentes en el procedimiento penal y todos ellos, aunque parezcan ofrecer un interés más doctrinal y sistemático que práctico, en realidad nos ayudan a comprender mejor la esencia y las características de las diversas posibilidades cautelares y a apreciar lo que en todas ellas hay de común frente a las notas específicas que individualizan cada supuesto. Por eso es conveniente distinguir, entre tales criterios, como los más ilustrativos, los siguientes:

Por el momento, o la fase procesal, en que pueden adoptarse, las medidas serán propias de la fase de "investigación", del "juicio" o "posteriores a la sentencia", antes de que ésta gane firmeza. Mientras que lo más frecuente es que ya desde la fase de investigación y preparación para el juicio se lleven a cabo las actuaciones que, por su propia naturaleza, tienden a asegurar éste y sus consecuencias, no es excepcional tampoco que sea el propio juzgador quien, bien en la fase llamada intermedia, comprensiva de los trámites inmediatamente anteriores al acto de la vista oral, adopte nuevas medidas o modifique las ya adoptadas, o que, a la conclusión de ese acto y antes de que, ganando firmeza y ejecutoriedad la sentencia, pueda pasarse ya a la fase de ejecución, también aún pueden articularse tales instrumentos procesales.

Según la finalidad perseguida, u objetivo que se pretende asegurar, hablamos de medidas que tienden a garantizar la "celebración del juicio" o la "ejecución de la sentencia", pues, como ya reiteradamente hemos visto, una de las principales características diferenciales de las medidas en el procedimiento penal es que las mismas no solo tienden a asegurar, como en otros órdenes jurisdiccionales ocurre, los resultados del juicio a través de la ejecución de la sentencia, sino la propia celebración de la vista, especialmente, garantizando la asistencia a ella del acusado.

Si la medida tiende a conservar una determinada situación de hecho que interesa que no se destruya o altere con el tiempo (integridad del patrimonio, por ejemplo) se denomina "conservativa", mientras que si lo que produce es una modificación en la situación de hecho, de modo que resulte la misma más favorable para la finalidad cautelar buscada (apresamiento de la persona, por ejemplo) se conoce como "innovativa".

Pero, con todo, la clasificación más habitual es la diferencia entre medidas cautelares “personales” y “reales”. Las primeras recaen sobre la persona del imputado o acusado, afectando su libertad, limitándola o condicionándola, a fin de impedir que pueda eludir la acción de la justicia, manteniéndole a disposición de la misma. Mientras que las reales tienen, por objeto el patrimonio de quién, a la postre, podrá resultar obligado a hacer frente a las responsabilidades económicas fijadas en sentencia.

1.5. Requisitos comunes a todas las medidas cautelares penales

Diversos son los requisitos concretos necesarios para la adopción de cada una de las medidas de coerción penales, ya sean personales o reales, y en especial de la prisión preventiva que, por su trascendencia, es amplia y pormenorizadamente contemplada en las legislaciones procesales. Pero, antes de pasar a examinar ese concreto supuesto, conviene recordar las dos exigencias genéricas sobre las que, en realidad, se asienta la adopción de cualesquiera actuaciones cautelares, no solo las penales. Tales requisitos comunes son los siguientes:

El “*periculum in mora*”, es decir, los riesgos derivados de la dilación en el tiempo del procedimiento, que, más allá que un simple requisito, constituyen la verdadera causa, o razón de ser, de la medida cautelar, en toda clase de procedimiento. Pues es, precisamente, esa dilación necesaria en la tramitación de cualquier proceso la que justifica la necesidad de disponer de instrumentos para garantizar que no se perjudique, en su transcurso, la conclusión del proceso y la efectividad del ulterior pronunciamiento judicial.

Un “*fumus boni iuris*”, o apariencia de fundamento jurídico, que, en el proceso penal, a diferencia de lo que acontece en otros órdenes, en los que se precisa una cierta “verosimilitud” respecto del derecho que asiste a aquel en cuyo favor se toma la cautela, se integra por la constancia de la comisión de un hecho que ofrezca los caracteres de infracción delictiva y la existencia de “motivos bastantes” para su atribución a una determinada persona, así como de la presencia, para la adopción de las medidas de carácter real en concreto, de unos perjuicios económicos consecuencia de la infracción.

El peligro de los perjuicios que puedan derivarse del retraso en la celebración del juicio (*periculum in mora*) y la apariencia de un derecho digno de protección (*fumus boni iuris*) constituyen los dos requisitos generales, imprescindibles para la adopción de cualquier medida de coerción.

2. MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONALES: LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. Las medidas cautelares penales de carácter personal

Como ya vimos, en la distribución de las medidas cautelares adoptadas en el seno del procedimiento penal, la categoría de las medidas de carácter personal se corresponde con aquellas cuyo objeto no es otro que la restricción de los derechos en el ámbito más personal, concretamente del derecho a la libertad, y siendo aún más precisos, de la libertad ambulatoria del sometido al procedimiento. Pero siempre que su finalidad sea la propia de garantizar la eficacia misma del enjuiciamiento.

Señala el Art. 226 del CPP que a solicitud del Ministerio Público o del querellante, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción personal:

1. La presentación de una garantía económica suficiente.
2. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
3. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez.
4. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe.
5. La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado.
6. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga.
7. La prisión preventiva.

No obstante, se señala que en las infracciones de acción privada no se puede ordenar la prisión preventiva ni el arresto domiciliario, ni la colocación de localizadores electrónicos. En cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento sea suficiente para descartar

el peligro de fuga. Resulta por eso fundamentalmente que se debe garantizar la presencia del imputado en el procedimiento, bastando su compromiso. Posteriormente analizaremos el peligro de fuga. Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas de coerción, la prisión preventiva solo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona (Art. 234 CPP).

Excluimos así, como ya adelantábamos líneas atrás, otras actuaciones judiciales como la citación (Art. 223 CPP) el arresto (Art. 224 CPP) y la orden de arresto (Art. 225 CPP) de aquel a quien se imputa un hecho punible, o contra el que resulta alguna indicación fundada de culpabilidad, con el fin específico de evitar en muchos casos los perjuicios que la detención llevaría consigo, cuando por las manifestaciones y explicaciones que diere los cargos o motivos de sospecha puedan resultar desvirtuados, y la detención de una persona, acordada dentro de las previsiones de legales, bien por un particular, dentro de los supuestos en que se encuentre autorizado para ello (Art. 224 CPP), por la policía judicial, como hipótesis más habitual, o por la propia autoridad judicial, pero siempre con la finalidad de poner a la persona del detenido a disposición del juez correspondiente. "... la medida (prisión preventiva) no es para asegurar la reparación del perjuicio, sino la presencia del acusado en el juicio". (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de septiembre de 2010, caso "Mangouras", y sentencia de 27 de junio de 1968, caso "Neumeister"). Ambos institutos procesales, citación y detención o arresto, no pueden equipararse -a nuestro juicio- a las que seguidamente trataremos como tales, tanto porque no persiguen, en realidad y de manera directa, un aseguramiento de la eficacia del procedimiento, sino tan sólo un concreto objetivo que es el de obtener la presencia del sujeto ante el juez o tribunal, que se agota en su misma práctica, cuanto por el carácter no jurisdiccional, y por ende propiamente procesal, de aquellas detenciones llevadas a cabo por personas distintas de los jueces o tribunales. De ahí que estas actuaciones no precisen la concurrencia de aquellos requisitos que, de otra parte, son imprescindibles para todas y cada una de las medidas cautelares propiamente dichas. Así pues, las dos medidas de coerción personales que vamos a analizar como medidas cautelares en sentido estricto son: la prisión provisional y, como secuela de ésta, la aplicación de ciertos condicionamientos a la libertad provisional del individuo que tiendan a asegurar, en ambos casos, la presencia de éste en el juicio y, eventualmente, el cumplimiento de la sanción que del mismo

podiere derivarse. En definitiva, la eficacia misma del procedimiento penal; materia esta que, en la legislación dominicana se regula, esencialmente, en los textos siguientes:

- Constitución de la República Dominicana (CRD) de 13 de junio de 2015, Art. 40.

- Código Procesal Penal (CPP), Arts. 226 a 245.

2.2. La prisión preventiva en concreto

2.2.1. Introducción

A la privación de libertad temporal, de carácter cautelar, la cual tiene como finalidad el aseguramiento de la persona del acusado en el acto del juicio oral o, en su caso, el eventual cumplimiento futuro de la pena impuesta, interinamente, por resolución que aún no es firme, es a lo que denominamos "prisión provisional" o "prisión preventiva".

Denominaciones ambas profundamente expresivas de dos de los aspectos más característicos de esta institución: la provisionalidad y su finalidad aseguradora. En efecto, la nota de temporalidad, común, por otra parte, a cualquier otra privación de libertad, fuere de la clase que fuere y siempre a salvo la prisión perpetua en aquellos sistemas que la incluyen, en el caso de la medida cautelar ha de interpretarse en clave de "provisionalidad", siempre revisable, nunca definitiva y pendiente, en todo momento, de su finalidad asegurativa.

El CPP permite la posibilidad de revisión de esa prisión en cualquier estado del procedimiento, a solicitud de parte o incluso de oficio en beneficio del imputado (Art. 238). Pedimento que se tramitará en 48 horas (Art. 240). Es más, recoge el Art. 239 la revisión obligatoria de la prisión preventiva cada tres meses en audiencia oral con todas las partes. Mientras que su objetivo solo alcanza a prevenir, garantizar, el cumplimiento de la presencia del acusado en juicio o, todo lo más, el debido cumplimiento de la pena impuesta por sentencia que aún no es firme (Art. 222 CPP). Otras características, igualmente decisivas, como la jurisdiccionalidad en su adopción, la proporcionalidad que debe regirla, etc.... van desgranándose de los diferentes presupuestos, o requisitos, precisos para su existencia y que enumeramos a continuación.

Siguiendo al magistrado Alberto Jorge Barreiro, habría que tener presentes, en todo caso, una serie de principios rectores en esta materia, que son, con carácter general, los de:

– Legalidad, o necesidad de que sea la propia Ley la que tipifique tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos (Art. 40.1 CRD).

– Jurisdiccionalidad, pues su adopción corresponde, en exclusiva, a los tribunales de justicia (Art. 40.1 CRD).

[El derecho a la libertad se encuentra proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Nueva York, en 10 de diciembre de 1948 (Arts. 3 y 9), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma, en 4 de noviembre de 1950 (Art. 5), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, en 16 de diciembre de 1966 (Arts. 9 y 10) y la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en 22 de noviembre de 1969 (Art. 7). Pero, en todos ellos, se admite seguidamente la posibilidad de privaciones de libertad con arreglo a la Ley].

- Instrumentalidad, ya que no es un fin en sí misma, sino que debe su existencia al fin cautelar al que se dirige.

- Excepcionalidad, frente al principio general de respeto a la libertad, constitucionalmente consagrado.

- Subsidiariedad, ante la preferencia inicial por otras medidas cautelares de preferente aplicación sobre la de prisión, dado el carácter especialmente gravoso de ésta.

- Proporcionalidad, o juicio de ponderación entre las circunstancias concretas del caso y la conveniencia de adopción de la medida.

- Provisionalidad, manteniéndose tan sólo mientras duren las circunstancias que aconsejaron su adopción.

- Temporalidad, con limitación legal de su duración máxima, bien por el establecimiento de un plazo concreto o de otro modo.

En definitiva, veremos cómo la gran cuestión, en torno a la que gira la principal polémica doctrinal en esta materia, no es otra que la del aparente contrasentido que representa el hecho de la privación de libertad de quien aún debe ser presumido inocente y que solo se justifica, frente al derecho fundamental a la libertad consagrado en el Art. 40 de la Constitución de la República Dominicana y prácticamente

en todos los convenios supranacionales de protección de los derechos humanos, por las exigencias y fines públicos del procedimiento penal, entre los que con mucha frecuencia se encuentra, y no debe olvidarse, el de la propia víctima, en su legítima demanda de justicia.

Es por ello que, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica señala: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".

Y el Art. 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, proclama que: "Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de libertad, salvo en los casos siguientes y por el procedimiento establecido por la ley:... b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a Derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a Derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido".

2.2.2. Requisitos para su aplicación

La adopción de medida tan odiosa en sí misma, como la de privación de libertad a un ciudadano que aún no ha sido objeto de condena judicial firme, ha de regirse por criterios rigurosos y exige el cumplimiento de toda una serie de requisitos expresamente enunciados en el Art. 227 CPP:

1. Que existan elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción.

Este requisito es el denominado “*fumus boni iuris*”, es decir, la apariencia de corrección jurídica, de la existencia de un derecho legítimo que justifique la adopción de la medida. Los elementos que integran este primer requisito, de obligada presencia en todos los supuestos de su aplicación, son:

a) La constancia en la causa de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Es decir, en primer lugar, será precisa la constancia sobre el acaecimiento de unos determinados hechos, lo que excluye la simple sospecha sobre su producción y requiere que esa constancia se derive del suficiente material probatorio obrante en la causa.

Además, los hechos habrán de presentar los caracteres de un delito, lo que supone que aparentemente es indiferente, para la concurrencia de este requisito esencial, la gravedad, mayor o menor, del delito.

b) El segundo elemento que completa el requisito del “*fumus boni iuris*” es el de que aparezcan en la causa motivos bastantes (“elementos de prueba suficientes”) para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de acordar la prisión preventiva.

La cuestión, sin duda importante, que suscita este aspecto no es otra que la de determinar qué alcance haya de darse a la expresión “elementos de prueba suficientes”. No cabe duda de que, deberá ser objeto de expresa motivación y ponderación en la resolución que se dicte acordando la medida de coerción (Art. 231 CPP).

En la práctica puede plantear serios problemas de valoración. No hay que olvidar que en muchas ocasiones la decisión acerca de la prisión preventiva se adopta apenas está comenzando el procedimiento, contando para ello, tan solo, en más de una ocasión, con la sola

versión ofrecida por la víctima o el denunciante y la declaración del propio sujeto sobre el que pende el pronunciamiento acerca de su privación de libertad. Pero tampoco se trataría de que con el afán de querer percibir y tener una mayor convicción sobre esos elementos de prueba, que considero suficientes, nos acerquemos, en exceso, al peligroso terreno de considerar que resulta tan exigente la fundamentación de la prisión preventiva que, acordada ésta, habrá de suponerse prácticamente acreditada la suficiencia para la condena misma. Ni un extremo ni otro, habrá que ponderar esos elementos de prueba y motivar por qué se consideran suficientes para justiciar ese “*fumus boni iuris*”.

En consecuencia, lo que en el sistema dominicano requiere tanto la adopción de la medida cautelar como el “procesamiento” mismo, a nuestro juicio, no es sino la existencia de base suficiente para dirigir lo que ha venido denominándose “juicio positivo de imputación” contra una determinada persona, es decir, razones susceptibles de argumentación lógica convincente para señalar interinamente a alguien como autor de los hechos objeto del procedimiento. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos habla incluso de “razonables sospechas” en la comisión del delito para poder acordar la prisión preventiva. Otra circunstancia que hay que tener en cuenta es que esos “elementos de prueba suficientes”, motivos bastante, indicios, habrán de relativizarse según el momento del procedimiento en el que la exigencia de la resolución que debe adoptarse imponga la necesidad del pronunciamiento, de acuerdo con el material probatorio entonces disponible.

No olvidemos tampoco la permanente opción de revisibilidad de que dispone la autoridad judicial sobre la prisión/libertad acordada, precisamente a causa, entre otras razones, de la evolución del conocimiento debidamente acreditado que tengamos de los hechos origen de las actuaciones, a lo largo de la tramitación de la causa. De ahí la necesidad de comprender el significado de este requisito, siempre en relación con los avances en el acopio del material probatorio disponible (Art. 238 CPP).

Por otro lado, la circunstancia de la aparición de razones para dudar sobre la capacidad de culpa o imputabilidad, del supuesto autor del hecho que, por ejemplo, pudiera padecer una severa anomalía psíquica, podrá suponer que se acuerda el internamiento en un centro de salud mental, exigiendo las mismas condiciones que para la adopción de la prisión preventiva (Artículo 233 CPP).

2. Que exista peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento.

El llamado “*periculum in mora*”, contempla, precisamente, una previsión de futuro que integra el que hemos venido designando como objetivo, y razón de ser, de la medida cautelar: el aseguramiento de la presencia de la persona en el juicio y de la eficacia del procedimiento.

El peligro derivado del retraso que, mayor o menor, se produce con la tramitación de la causa en las fases de investigación y enjuiciamiento, y posterior ejecución de lo acordado, no es otro que el de que la persona obligada a permanecer a disposición del órgano jurisdiccional y a acudir a todos sus llamamientos, pueda sustraerse a tales obligaciones, haciendo imposible la obtención de los fines que el sistema de enjuiciamiento penal persigue, frustrando así las expectativas legítimas de la sociedad, el Estado, la víctima o el perjudicado. En la actualidad, éste, y no otro, es el motivo verdaderamente atendible a la hora de decidir sobre el acuerdo de prisión/libertad, porque es la única razón reconocible con capacidad para relativizar, con toda una serie de condiciones y límites, el valor supremo del derecho a la libertad del individuo pendiente de juicio.

La legislación dominicana enuncia una serie de factores concretos que constituyen verdaderos indicadores a tener en cuenta para valorar el riesgo de elusión a la acción de la justicia por parte del sujeto, aún sin olvidar que, a la postre, el juicio de ponderación corresponde, libremente, al juez o tribunal competente. Tales indicadores legales, objeto de atención a la hora de establecer el grado de necesidad de adopción de la medida cautelar, como consecuencia del “*periculum in mora*”, y que pueden resultar de mucho interés para cualquier sistema nacional de prisión preventiva, según el Art. 229 CPP serían:

a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de fuga.

El legislador busca que la medida de coerción sea excepcional y que decaiga su adopción si existe arraigo en el país. Dicho arraigo viene dado no solo por tener domicilio, sino por su residencia habitual, trabajo o familia en el país. No obstante, el arraigo deberá ponerse en

relación con la existencia o no de medios económicos y materiales por parte del imputado que le puedan facilitar la fuga del país, aún teniendo ese arraigo. Habrá que ponderar la entidad y alcance de ese arraigo con los medios económicos que posea para poder tratar de eludir la acción de la justicia marchándose del país.

b) La pena imponible al imputado en caso de condena.

La gravedad del delito objeto de las actuaciones es un elemento a tener en cuenta, pues aun cuando, como ya se ha expuesto anteriormente, uno de los únicos requisitos imprescindibles para acordar la prisión es el de que nos encontremos ante un hecho que presente los caracteres de delito, sin que la gravedad del mismo sea tenida en cuenta para la integración de ese presupuesto. Ello no obsta para que la entidad de la pena correspondiente a su gravedad sí que constituya un elemento de primer orden para valorar el riesgo de sustracción a la acción de la justicia, pues es, en principio, evidente que cuanto mayor sea la amenaza penológica que planea sobre el futuro del imputado más intensa será su tentación a no facilitar los trámites que pudieran conducir a su aplicación.

Aunque el CPP nos ofrezca de forma expresa ese importante criterio de la gravedad delictiva, para orientar, en un principio, la decisión sobre la medida cautelar más apropiada, no se debe olvidar nunca, ni la finalidad esencial que tal medida, en realidad, persigue, ni, por ello mismo, la valoración del resto de los elementos relevantes a la hora de tomar la decisión sobre la conveniencia de acordar, o no, la prisión preventiva.

Hay quienes consideran necesario también valorar la existencia de antecedentes penales del imputado para la decisión acerca del decreto de prisión preventiva. Algunos consideran que este dato forma parte de aquellos que conviene encuadrar entre las consideraciones ajenas a la finalidad cautelar de la medida personal, refiriéndose, más bien a la propia "peligrosidad" del sujeto. Sin embargo, y aunque tal afirmación, sin duda, no está del todo descaminada, nosotros consideramos que, puesto que esos antecedentes generalmente pueden tener su repercusión, también, en el incremento de la gravedad de la posible sanción ulterior, este dato viene a asociarse con el ya analizado de la entidad de las previsiones penológicas.

Pero es que, además, también pueden, por esta vía, considerarse otros extremos, ajenos al hecho objeto de las actuaciones, pero con

indudable relevancia para la valoración definitiva de la existencia de verdadero riesgo de fuga, tales como anteriores rebeldías del sujeto, su arraigo en el país, contactos en el extranjero, etc.

c) La importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante el mismo.

Las concretas circunstancias del hecho, que igual pueden dirigirse a la consideración de aspectos ajenos a la finalidad principal de la privación interina de la libertad, como a la ulterior determinación de la pena aplicable, en relación con la gravedad de la misma y consiguiente riesgo de elusión de la acción de la Justicia. Existe un número restringido de delitos de extraordinaria gravedad por su repercusión en la seguridad nacional que tienen vedada la posibilidad de la libertad provisional.

d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

La incomparecencia a los llamamientos del juez o tribunal sí que integra un verdadero motivo para la adopción de la medida de prisión preventiva, rectamente ordenada a su fin natural de garantía de la presencia en juicio del imputado. Evidentemente, quien ha gozado de la situación de libertad y no ha comparecido al acto del juicio, para el que fue debidamente convocado, sin mediar causa justificada para ello, o a cualquier otro llamamiento del tribunal, está, con su actitud, demostrando la procedencia de acordar, contra él, la prisión preventiva, al exclusivo fin de asegurar esa disposición dentro del procedimiento.

Igualmente, la existencia de una condena contra el acusado, aún cuando ésta no haya ganado firmeza, es un elemento importante para que el tribunal considere oportuna la prisión provisional. Es de todo punto lógico que si la amenaza legal de la pena que, en su día, pudiese imponerse, justifica la sospecha acerca del riesgo de fuga, con mayor motivo ésta está presente si ya ha recaído condena, aún susceptible de ser recurrida. Así, tanto puede dar lugar, esta nueva circunstancia sobrevenida, al mantenimiento de la prisión preventiva ya acordada con anterioridad, como al acuerdo de la misma para quien llegó al juicio en situación de libertad y del que el tribunal sospeche que, al verse condenado, pudiese intentar eludir el cumplimiento de las resultas del juicio.

Otro motivo que podría contemplarse para la adopción de la medida de prisión provisional, aunque no está expresamente contemplado en la legislación dominicana, es el de evitar la ocultación de pruebas, dentro de la más auténtica finalidad de aseguramiento de la institución, cuando se advierta que, desde la situación de libertad, existe el riesgo de que el imputado pueda operar destruyendo, impidiendo u ocultando, el material incriminatorio del que, contra él, se disponga.

Sería muy discutible fundamentar la medida de coerción en la llamada alarma social, que podemos definir como "la inseguridad, el desasosiego o el temor que genera en los ciudadanos la ejecución de determinadas conductas delictivas" (Alberto Jorge Barreiro), "reacción que se produce en la sociedad ante el delito, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos" (Asencio Mellado) o "la perturbación de la seguridad ciudadana con la multiplicación de acciones dañosas" (Circular 2/1980 de la Fiscalía General del Estado de España). No sería un elemento único para fundamentar la medida, pero podría concurrir junto con los otros elementos referidos.

3. Que la infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad.

Solo cuando el hecho sea castigable con pena privativa de libertad, se podrá imponer la medida de prisión preventiva. En todo caso, no puede ordenarse la prisión preventiva de una persona mayor de setenta años, si se estima que, en caso de condena, no le es imponible una pena mayor a cinco años de privación de libertad. Tampoco procede ordenarla en perjuicio de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave y terminal.

Junto con esos requisitos de fondo, son necesarios otros requisitos de carácter formal. Como más importante, que la medida de coerción sea solicitada por la acusación. En ningún caso el juez está autorizado a aplicar estas medidas desnaturalizando su finalidad ni a imponer otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento resulta imposible. Es un requisito meramente formal, pero igualmente imprescindible en los sistemas más respetuosos con los derechos del individuo, para la adopción de la prisión preventiva, es el de la solicitud de la misma por la acusación. De modo que el órgano jurisdiccional no debiera tener la posibilidad de acordar tal medida, de oficio, sin preceder a su decisión la petición expresa de la parte. Esta exigencia pone de manifiesto la posición de neutralidad del órgano jurisdiccional, así como su preservación contra la contaminación objetiva.

Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas de coerción, señaladas en el Artículo 225 del CPP, la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona.

Señala el artículo 230 del CPP que, en la audiencia para la adopción de la medida de coerción, las partes pueden proponer prueba con el fin de sustentar la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de una medida de coerción. Dicha prueba se individualiza en un registro especial cuando no está permitida su incorporación al debate. El juez valora estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en el CPP, exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida de coerción. En todos los casos el juez debe, antes de pronunciarse, convocar a una audiencia para oír a las partes o para recibir directamente la prueba. De dicha audiencia se levanta un acta.

El art. 231 CPP alude, precisamente, a los requisitos formales que debe contener la resolución que imponga una medida de coerción:

1. Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.
2. La enunciación del hecho que se le atribuye y su calificación jurídica.
3. La indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los presupuestos que la motivan concurren en el caso.
4. La fecha en que vence el plazo máximo de vigencia de la medida.

Previamente a la ejecución de la medida de coerción, según señala el art. 232 CPP, se levantará un acta en la que conste:

1. La notificación al imputado.
2. La identificación y el domicilio de la institución o de los particulares que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la función u obligación que les ha sido asignada.
3. El señalamiento del lugar o la forma para recibir notificaciones.
4. La promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones.

Pero esa aplicación de la medida cautelar por los tribunales hace, a su vez, necesarios dos elementos imprescindibles, junto a la previa existencia de los presupuestos legales ya estudiados en que se apoya tal decisión. Estos elementos son:

a) La tramitación del procedimiento adecuado, que deberá llevarse a cabo en un breve plazo a partir de la puesta a disposición del juez o tribunal de la persona del detenido (48 horas, según el art. 230 CPP), con presencia de la acusación, o acusaciones, y de dicho detenido debidamente asistido por su defensa.

b) La decisión que, en este sentido, se adopte lo será, siempre y obligadamente, por medio de resolución debidamente motivada (Art. 231 CPP), dictada, sin demora, pues no ha de olvidarse el respeto a los plazos máximos de privación de libertad pendiente de decisión judicial que legalice debidamente esa situación, que, en todo caso, deben existir (las referidas 48 horas).

Exigencia, por tanto, básica de este pronunciamiento, es el de su correcta motivación, bajo criterios de suficiente "razonabilidad". Ha de tenerse presente que la decisión solo necesita apoyarse en los datos que revelen la existencia de los requisitos ya vistos, "*fumus boni iuris*" y "*periculum in mora*", de modo que la extensión a extremos como el detallado examen de las pruebas sobre la autoría del hecho delictivo, más allá de la mera existencia de ellas, no es materia propia de este momento procesal y, en el caso de prisiones preventivas adoptadas por tribunales que conocerán del enjuiciamiento de la causa, incluso podrían acarrear la pérdida de imparcialidad objetiva de éstos, máxime a la vista de la más reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto.

En cualquier caso, la resolución dictada por el juez ha de ser, para una mayor garantía, recurrible ante una instancia superior, tal como disponen los pactos internacionales. Así dice el artículo 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: "Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuere ilegal." Y, en semejante sentido, el art. 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.2.3. Contenido

Los efectos del acuerdo de prisión preventiva se concentran en la privación de libertad ambulatoria al sometido a la medida, de manera que así se asegura, del modo más riguroso posible, la presencia de su persona en el procedimiento. Pero las diferentes legislaciones suelen prever hasta tres distintas posibilidades en el régimen de aplicación de esta medida, cada una de ellas con un diferente contenido.

Tales posibilidades, no contempladas expresamente en la legislación dominicana pero que sí se ofrecen a la elección judicial en otros sistemas, de acuerdo con lo que las circunstancias aconsejen, y que aquí podemos citar tan sólo como simples ejemplos, son los siguientes:

a) La prisión comunicada, que es el supuesto habitual y más normal de la prisión preventiva y consiste en la permanencia y custodia, en el establecimiento correspondiente y de acuerdo con la legislación penitenciaria aplicable, del sometido a la medida cautelar. Debiendo destacarse el hecho, aparentemente paradójico, de que el preso, en estas circunstancias, sufre en la mayor parte de los sistemas una situación, regimental y de beneficios, absolutamente más gravosa que la de los internos que se hallan cumpliendo ya una pena, lo que, sin embargo, se justifica por la propia finalidad asegurativa de la medida y su ajenidad a los contenidos del denominado tratamiento penitenciario.

Ello aún cuando, como es sabido, ese tiempo de permanencia en prisión provisional ha de ser posteriormente abonable, en su integridad, para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que, eventualmente, pudiera ser impuesta en el futuro.

Por otra parte, esa pérdida de libertad del preso de la que venimos hablando requiere que la propia Ley recuerde expresamente una serie de condiciones y derechos que deben serle respetados en semejante situación, en todo caso, absolutamente al individuo preso. Y así, junto con el pronunciamiento genérico de que la prisión deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio, pueden también enumerarse todos aquellos derechos y garantías propios de cualquier situación de privación de libertad, que rijan en el sistema jurídico de que se trate.

b) La prisión incomunicada: cuando los intereses de la investigación así lo aconsejen, la autoridad judicial podrá extremar el régimen a que se encuentra sometido el preso preventivo, en especial limitando sus comunicaciones con el exterior, para evitar confabulaciones o destrucción de pruebas, por un tiempo que no deberá exceder de un límite razonable, salvo que, por circunstancias fundadas para ello, se pueda prolongar, expresamente, hasta otro límite temporal superior. Si esa duración excediere de la estrictamente necesaria a los fines previstos, podríamos estar ante el "trato inhumano o degradante" que proscriben los textos constitucionales y los tratados supranacionales.

La incomunicación deberá, obviamente, acordarse mediante auto debidamente motivado y supondrá la restricción temporal de las posibilidades de comunicación del preso con el exterior e, incluso, con su propio defensor de confianza.

c) La prisión atenuada: también puede caber la posibilidad de que el juez acuerde la prisión preventiva atenuada cuando el internamiento entrañe grave peligro para la salud del privado de libertad, que, en definitiva, no es sino aquella que se cumple en el propio domicilio del preso. O bien, sin ser la enfermedad el único motivo para la atenuación de la prisión e, incluso, siendo posible que se autoricen, por motivos laborales, las salidas diurnas, bajo vigilancia. Supuestos, en todo caso, verdaderamente excepcionales, en la práctica.

Tal opción debe entenderse como posible, siempre que la autoridad judicial la considere el mejor medio para obtener, por cualquier motivo, los fines de aseguramiento suficiente junto con la menor lesión de los derechos del individuo, puesto que, siendo posible la privación absoluta de la libertad ambulatoria, nada debería impedir esta fórmula menos gravosa, aunque igualmente limitativa, a todos los efectos, del derecho a la libertad.

2.2.4. Duración

La prisión preventiva, por su propia naturaleza, tiene un carácter de estricta temporalidad. Pero el control de su duración puede ejercerse con dos criterios distintos, ambos presentes en el derecho comparado.

Hay sistemas, como el consagrado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 5.3) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), que cifran la extensión temporal de la medida

en un “plazo razonable”, sin mayor concreción normativa, de modo que ha de ser la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que vaya determinando, en cada caso, la concurrencia o no, de ese concepto de la “razonabilidad” de su duración, para lo que acude a datos tales como la complejidad del asunto, la valoración de la diligencia del juez en su actuación, la propia conducta procesal del preso y de su defensa, la gravedad del delito, etc.

En el sistema dominicano, el Art. 16 CPP señala que la prisión preventiva está sometida a un límite temporal razonable a los fines de evitar que se convierta en una pena anticipada. El artículo 222 del CPP dice que lo será por el tiempo absolutamente indispensable.

No se señala de forma expresa la duración concreta, pero sí se refleja cuando, debe cesar la prisión preventiva. Según dispone el artículo 241 del CPP:

1. Nuevos elementos demuestren que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida.

2. Su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional.

3. Su duración exceda de doce meses.

4. Se agraven las condiciones carcelarias de modo que la prisión preventiva se convierta en una forma de castigo anticipado o trato cruel, inhumano o degradante.

Por tanto, de lo dispuesto en el artículo 241 del CPP hemos de concluir que la duración máxima sería de 12 meses. Y, de acuerdo al artículo 242 del CPP, dicho plazo se podría prorrogar únicamente por seis meses, si el fallo ha sido recurrido por parte del imputado o del Ministerio Público. En todo caso, siempre será revisable tanto de oficio como a instancia de parte. Señala el artículo 238 del CPP, que, salvo lo dispuesto especialmente para la prisión preventiva, el juez, en cualquier estado del procedimiento, a solicitud de parte, o de oficio en beneficio del imputado, revisa, sustituye, modifica o hace cesar las medidas de coerción por resolución motivada, cuando así lo determine la variación de las condiciones que en su momento las justificaron. En todo caso, previo a la adopción de la resolución, el secretario notifica la solicitud o la decisión de revisar la medida a todas las partes intervinientes para que formulen sus observaciones en el término de 48 horas, transcurrido el cual el juez decide.

Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en que se dispone expresamente, el juez o tribunal competente examina los presupuestos de la prisión preventiva y, según el caso, ordena su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado (artículo 239 CPP). La revisión se produce en audiencia oral con citación a todas las partes y el juez decide inmediatamente en presencia de las que asistan. Si compete a un tribunal colegiado, decide el presidente. El cómputo del término se interrumpe en los plazos previstos en el artículo siguiente o en caso de recurso contra esta decisión, comenzándose a contar íntegramente a partir de la decisión respectiva.

El imputado y su defensor pueden provocar la revisión de la prisión preventiva que le haya sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento. La audiencia prevista se lleva a cabo dentro de las 48 horas contadas a partir de la presentación de la solicitud. Al revisarse la prisión preventiva el juez toma en consideración, especialmente, la subsistencia de los presupuestos que sirvieron de base para su adopción (artículo 240 CPP).

2.3. Libertad provisional

2.3.1. La libertad provisional como complemento y alternativa a la prisión provisional

El aseguramiento de la presencia del imputado en juicio o de la eficacia del pronunciamiento condenatorio no requiere, en todos los casos, la aplicación de la prisión preventiva. Antes, al contrario, lo general debería ser que el sujeto permanezca disfrutando de su libertad ambulatoria pues, insistamos una vez más, sin celebrarse el juicio en el que pueda ser acusado y recaiga sentencia condenatoria firme, le ampara la presunción de inocencia. Pero, desde que se adquiere la condición de imputado, alguna medida cautelar de carácter personal habrá de adoptarse para el cumplimiento de los fines aseguratorios tantas veces aludidos. Y esa medida no es otra que la que vamos a denominar como "libertad provisional", es decir, la imposición interina de una serie de condiciones a quien permanece en libertad, para garantizar el procedimiento y sus efectos.

2.3.2. Requisitos para su aplicación

Además de aquellos requisitos de carácter general, para la adopción de cualquiera medida cautelar, a los cuales nos referimos en páginas

anteriores, especialmente los que integran el complejo que venimos denominando “*fumus boni iuris*”, concretamente la constancia de delito y los motivos bastantes para considerar la autoría, pueden mencionarse otros más específicos:

En primer lugar, y con carácter general, deben recordarse los mismos requisitos necesarios para la adopción de la prisión cautelar, pero en su faz negativa, esto es, si la pena prevista para el delito investigado o enjuiciado no es muy grave, el criterio habitual será el de la libertad provisional, al margen de la concurrencia de otros datos, que ya fueron examinados anteriormente y que, a pesar de la escasa gravedad de la infracción, permitieran y aconsejaran la medida privativa de libertad. Pero, por encima del criterio relativo a la gravedad del delito y de la correspondiente pena, el factor más importante, sobre todo a partir de la más reciente doctrina, es el del peligro de fuga o de elusión de la acción de la Justicia, para el que prácticamente todos los demás, incluido el de la gravedad de la sanción, no son sino elementos valorativos en orden a su concurrencia.

Por ello, lo determinante para la procedencia de la libertad provisional y consiguiente exclusión de la prisión preventiva, es la no apreciación, por el juez o tribunal, de ese peligro de que el imputado o acusado, se sustraiga de sus obligaciones de atender las convocatorias de la autoridad judicial. Lo que hace que, incluso ante las más elevadas previsiones sancionadoras haya de plantearse la disyuntiva acerca de la prisión o libertad provisionales.

En ciertos sistemas, como el dominicano y el español, será siempre necesaria, así mismo, la previa petición de parte, tras audiencia contradictoria de acusaciones e imputados asistidos de defensor, para acordar, no sólo la prisión preventiva, sino incluso la libertad provisional, pero sólo cuando ésta se someta a la prestación previa de fianza. La decisión en esta materia adoptará, también, la forma de resolución debidamente motivada y recurrible en las mismas circunstancias y forma que la que acordase la prisión. De igual manera que, de acuerdo de nuevo con lo ya visto, la medida de libertad provisional podrá ser modificada en cualquier momento de la tramitación de la causa y sólo subsistirá en tanto concurren los requisitos necesarios para ella.

2.3.3. La fianza «carcelaria»

Junto con los requisitos ya enumerados, el juez o tribunal podrá condicionar la situación de libertad del imputado a la prestación de una fianza, que sustituya la garantía que supone, en otro caso, su privación de libertad. El CPP habla de garantía en su artículo 235.

La garantía será presentada por el imputado u otra persona mediante el depósito de dinero, valores, con el otorgamiento de prendas o hipotecas sobre bienes libres de gravámenes, con una póliza con cargo a una empresa de seguros dedicada a este tipo de actividades comerciales, con la entrega de bienes, o la fianza solidaria de una o más personas solventes. Al decidir sobre la garantía, el juez fijará el monto, la modalidad de la prestación y aprecia su idoneidad. En ningún caso fijará una garantía excesiva ni de imposible cumplimiento en atención a los recursos económicos del imputado.

El juez hará la estimación de modo que constituya un motivo eficaz para que el imputado se abstenga de incumplir sus obligaciones. El imputado y el garante pueden sustituirla por otra equivalente, previa autorización del juez. Por lo tanto, esta fianza, denominada "carcelaria" para diferenciarla de la destinada al aseguramiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito, puede ser considerada de igual manera como un requisito más de la libertad provisional que como otra forma de garantía de la disponibilidad de la persona del afianzado. La "fianza carcelaria" sustituye a la prisión preventiva como garantía, en este caso económica, de que el imputado no eludirá la acción de la justicia.

Respecto de su régimen rector puede decirse que ha de acordarse mediante resolución susceptible de recurso, por el órgano jurisdiccional, en cualquier momento del procedimiento y a instancia de parte. Y que para determinar su cuantía se debe estar a la naturaleza y gravedad del delito y demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés del afianzado para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial, de una parte, y a su situación económica y antecedentes, de otra.

La fianza concluirá, lógicamente, cuando pierda su razón de ser, porque el juicio se celebre o el acusado sea absuelto, fallezca, pase a cumplir la pena definitivamente impuesta, etc. Y podrá aplicarse, excluirse o modificar su cuantía, en cualquier momento, a la vista de las circunstancias y requisitos concurrentes.

“La determinación de la cuantía de la garantía que tiene que prestar un detenido en función exclusiva del daño que se le imputa no parece ajustarse al art. 5.3. La finalidad de la garantía que previene dicho precepto es asegurar la comparecencia del acusado en el juicio y no la reparación del daño causado. Su cuantía, por tanto, debe considerarse principalmente en relación al interesado, a sus medios de vida, a sus lazos con quienes pueden afianzarle y, en resumen, a la confianza que se tenga en que la perspectiva de pérdida o ejecución de la garantía en el supuesto de no comparecer en el juicio será freno bastante para eliminar cualquier idea de fuga” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27 de junio de 1968, caso “Neumeister”).

2.3.4. Contenido

Lo que supone la “libertad provisional” es una simple restricción de la libertad ambulatoria, sometida a la obligación de permanente disponibilidad ante los llamamientos de la autoridad judicial. Para hacer efectiva esta garantía, lo más habitual es el establecimiento de la obligación de presentación periódica, y siempre que se fuere convocado, ante el juez o tribunal que conoce de la causa.

2.3.5. Efectos

Cuando se declare la rebeldía del imputado o cuando éste se sustraiga a la ejecución de la pena, el juez concede un plazo de entre 15 a 45 días al garante para que lo presente y le advertirá que, si no lo hace o no justifica la incomparecencia, se procederá a la ejecución de la garantía. Vencido el plazo otorgado, el juez dispone, según el caso, la ejecución en perjuicio del garante o la venta en pública subasta de los bienes dados en prenda o de los hipotecados, sin necesidad de embargo inmobiliario previo (artículo 236 CPP).

La garantía deberá ser cancelada y devueltos los bienes afectados a la garantía, más los intereses generados, siempre que no haya sido ejecutada con anterioridad, cuando dispone el artículo 237 del CPP:

1. Se revoque la decisión que la acuerda.
2. Se dicte el archivo o la absolución.
3. El imputado se someta a la ejecución de la pena o ella no deba ejecutarse.



CAPÍTULO X

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Autora: Norma Bautista de Castillo

Revisión y actualización: Ysis Muñiz Almonte

10

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Autora: Norma Bautista de Castillo

Actualizado y revisado por: Ysis Muñiz Almonte

Antes de entrar al tema que nos corresponde, relativo a la prueba en el proceso penal, desde la óptica constitucional, entendemos importante a los fines de sentar las bases que nos permitan analizar la redimensión del tema a partir del contenido del artículo 69 de la Constitución dominicana, específicamente en su ordinal 8, hacer referencia a dos cuestiones que nos parecen importantes.

De un lado, no podemos hablar de reconocer derechos si no garantizamos la efectividad de los mismos, lo que es igual a su aplicabilidad en la práctica. Aquí vale hacer referencia a la máxima “los derechos valen lo que valen sus garantías”. Por ello refiere Ángel J. Sánchez Navarro que, si bien un catálogo amplio de derechos constitucionalizados tiene por sí solo, un valor importante en el plano político, ético... también es necesario en términos jurídicos contar con los mecanismos que permitan hacerlos efectivos. Por eso muy bien destaca el autor que la Constitución dominicana del año 2010 dedica a esta materia dos capítulos específicos, como son el Capítulo II “De las Garantías a los Derechos Fundamentales” y el Capítulo III “De los Principios de Aplicación e Interpretación de los Derechos y Garantías Fundamentales” con lo cual agrupa estos contenidos, muchos de los cuales se encontraban dispersos en el texto anterior. En ese sentido, reflexiona Sánchez Navarro que el artículo 68 de la Constitución dominicana: “(... los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos

establecidos por la presente Constitución)”; se suma a una corriente mayoritaria que recoge el principio de eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos, lo que vale por sí mismo como protección a esos derechos y no como señalaba el texto anterior en su art. 46 (son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución), con un alcance general supeditado a la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia.¹ Y es que la Constitución dominicana proclama que la efectividad de sus postulados queda a cargo de la propia Constitución, a través de los mecanismos que ella misma prevé para su tutela y protección. Esto es de vital trascendencia cuando analicemos más adelante que en la Constitución democrática el poder del soberano para autodeterminarse a través de la norma, también se utiliza para fijarse límites y al final son esos límites los que sirven para legitimar al soberano.

De otro lado, queremos hacer referencia a la democracia como principio legitimador de la Constitución y para ello vamos a partir del concepto emitido por Francisco Rubio Llorente y al que recurre Manuel Aragón en su obra *Constitución, Democracia y Control*, quien entiende la Constitución como un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre los gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. Siendo, así las cosas, no hay otra Constitución que la Constitución democrática. Manuel Aragón establece que la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta como forma política, histórica y como forma jurídica específica, de tal suerte que la Constitución adquiere su condición normativa de la democracia como principio legitimador donde validez y legitimidad se conectan.²

El autor hace un análisis del artículo primero, apartado 2, de la Constitución española³ que aplica también a los postulados del artículo 2 de la Constitución dominicana, cuando establece que a partir de su lectura queda claro que la Constitución está legitimada a través del principio democrático cuando establece, y aquí nos vamos a referir específicamente al texto dominicano: La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes

¹ González, P.; Arnaldo Alcabilia, E. (2012). Comentarios a la Constitución de la República Dominicana. Torno II comentario sistemático. (Primera edición). Trabajo realizado por: Sánchez Navarro, A. sobre Los Derechos y Libertades; p. 368. España: Edita: Wolters Kluwer S.A.

² Aragón, Manuel (2002). *Constitución, Democracia y Control*. Primera edición. Ciudad de México, D.F., Estados Unidos Mexicanos: Universidad Nacional Autónoma de México; pp. 11- 12.

³ *Ibidem*, p.13.

[...]. Pero esa legitimación de la Constitución a través de la democracia, sigue explicando el autor, exige una concepción jurídica que venga a ponerle límites a la soberanía reconocida en el pueblo. Por eso la parte *in fine* del Artículo 2 de la Constitución dominicana (en los mismos términos se pronuncia la Constitución española, en el ordinal segundo del artículo primero) establece: [...] esos poderes del pueblo se ejercen por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establece esta Constitución y las leyes.

Por todo lo anterior, constitucionalizar la soberanía significa que de un lado el estado constitucional descansa en el reconocimiento normativo de que hay un soberano y ese soberano es el pueblo; y, de otro lado, que el propio soberano se fija límites a través de la Constitución. Aragón plantea que la autolimitación no conlleva contradicción con la teoría, siempre que no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría. Es decir, siempre que no separemos estado democrático y estado de derecho. Para que exista un derecho constitucional, es necesario asociar y no separar ambas categorías (democracia y derecho), de lo contrario solo tendríamos un derecho estatal.⁴

Basado en lo anterior, explica el profesor Aragón, que la grandeza histórica de la Constitución como categoría radica, precisamente, en tener como finalidad garantizar jurídicamente el hecho de la soberanía popular. De manera que ese poder del pueblo pueda autodeterminarse, lo que significa que el pueblo pueda jurídicamente regular los cambios de consenso político. Lo que plantea el autor es que convertir el hecho de la soberanía popular en derecho implica regular esa soberanía a través de la norma, de forma que la voluntad popular no pueda ser suplantada.⁵ En este punto el autor hace una distinción que nos parece importante cuando señala que la normativización de la soberanía popular debe ir encaminada no solo a limitar al soberano, sino más bien a garantizarla porque así la autolimitación del soberano (pueblo) no entra en contradicción con su propia condición de soberano. Esto quiere decir que el pueblo como soberano se gobierna a sí mismo, lo que significa que no está sometido a ningún otro poder que aquel que emana de sí. Por eso, cuando se impone límites está ejercitando su soberanía.

No vamos a entrar en esta ocasión a debatir los principios generales como categoría jurídica ni el significado de esos principios generales,

⁴ *Ibidem*, p.15.

⁵ *Ibidem*, p.16.

sin embargo sí resulta de interés señalar, en ocasión del tema que nos ocupa, que existe una diferencia cualitativa entre los principios constitucionales y los principios jurídicos: el derecho constitucional es el derecho fundamental del ordenamiento, entonces los principios constitucionales son también fundamentales respecto de cualquier otros principios jurídicos.⁶ Esto deja claro la importancia de que el Constituyente haya elevado al grado de garantía constitucional la necesidad de la legalidad de la prueba, pues con ello entra a regular la actividad, tanto de los órganos investigativos como de los ciudadanos, para la obtención y utilización de los medios de prueba, no ya solo en el proceso penal, sino con un alcance general en cualquier tipo de proceso; además de que esta garantía queda salvaguardada de cualquier modificación de la ley, dado que pasa a convertirse en un principio que debe servir de inspiración y contención al legislador.

La prueba en el proceso penal ha sido definida como datos externos que se encuentran en la psiquis del juzgador, que se incorporan legalmente al proceso y que son idóneos para producir el conocimiento necesario para la verificación de los extremos objetivos (existencia del hecho) y subjetivos (participación del imputado) de la imputación delictiva, o de cualquier individualización de la pena.⁷

En cuanto a la legitimidad de la prueba refiere el autor que, aunque no hubiera reglamentación expresa en el derecho interno, la tutela de las garantías individuales reconocidas por el sistema constitucional exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación a ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez.⁸ Los delitos de acción pública la responsabilidad de suministrar la prueba de culpabilidad recae sobre el fiscal, pero esa oferta probatoria tiene que obedecer al principio de legitimidad de la prueba, tanto en su obtención como en su incorporación, para luego ser recibida en el juicio oral y público, con inmediación y plena vigencia del contradictorio de acusador y acusado y de la identidad física del juzgador.⁹

La prueba en el proceso penal es lo que va a permitir inclinar la balanza del derecho, no necesariamente de la justicia, hacia una u otra dirección permitiendo reconocer o denegar el derecho a quien ejerce la acción penal de manera directa, así como la acción civil que

⁶ Ibidem, p. 41.

⁷ Cafferata Nores, J., Tarditti, A. La Prueba en el Proceso Penal Dominicano. <https://www.monografias.com/trabajos102/prueba-dentro-del-proceso-penal-dominicano/prueba-dentro-del-proceso-penal-dominicano.shtml>

⁸ Cafferata Nores, José I. (2011). Proceso Penal y Derechos Humanos. 2da. Edición. actualizada por Santiago Martínez. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editora Voros, S.A.; p. 164.

⁹ Ibidem, pp.166-167.

pueda ejercerse de manera accesoria y conjunta a la primera. Dicho esto, queda más que evidente la importancia del tema de la prueba durante todo el devenir del proceso penal.

El Artículo 170 del Código Procesal Penal establece que en materia penal existe el principio de libertad probatoria y en ese sentido los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa. De lo anterior se desprende que la propia norma deja claro que el principio no opera de manera absoluta y, por el contrario, está sujeto a ciertos límites que señala el propio legislador cuando establece “medio de prueba permitido” y “salvo prohibición expresa”.

La limitación a este principio de libertad probatoria descansa mucho en cuál es el objeto del proceso penal y en ese orden se ha dicho que la prueba es un medio en la búsqueda de la verdad y resulta que el proceso penal tiene por objeto el esclarecimiento de unos hechos en procura de determinar si se constituyen en un ilícito penal, fijar responsabilidades y resarcir el daño causado por el delito. De ahí, entonces que, la prueba dentro del proceso penal tiene como función coadyuvar a la búsqueda de la verdad con relación a los hechos contenidos en la acusación.

Aquí vale la pena reflexionar que la verdad en el proceso penal es relativa, sin que con ello pierda su condición natural de objetiva. Lo que significa que esa relatividad va a depender del conocimiento que se tenga de esa verdad a partir de las informaciones de que se disponga y de la calidad de la investigación que se desarrolle. Dicho en palabras del autor, la verdad de un enunciado está determinada inequívocamente por la realidad del evento que representa y, por tanto, es absoluta en el sentido de que no admite graduación. Un enunciado es verdadero o no es verdadero: no puede ser más o menos verdadero. Lo que puede variar según las circunstancias es el grado de confirmación.¹⁰

Lo anterior significa que no existe una verdad procesal y una verdad real. La verdad con relación a un hecho es una sola. Y esa verdad es la que debe interesar al proceso penal y al juez como árbitro del proceso, sin que con ello se entienda que se vulnera de alguna forma ni la imparcialidad ni la independencia del juzgador.

¹⁰ Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad. El Juez y la Construcción de los Hechos*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. p. 99.

Ahora bien, dentro del proceso penal, las reglas que se refieren a la admisión, a la práctica y la valoración de las pruebas, pueden limitar o condicionar la búsqueda de la verdad de varias formas, pero ello no quiere decir que esas reglas determinen el descubrimiento de una verdad diferente de aquella que se pudiera descubrir fuera del proceso. Estas reglas producen un déficit en la determinación de la verdad al no poder incorporar, por ejemplo, prueba relevante para el caso. Pero ese déficit no implica que exista una verdad procesal: solo implica que en un proceso en que rigen normas que limitan la posibilidad de utilizar las pruebas, cuando no hayan sido obtenidas e incorporadas conforme a la norma no obstante resulten relevantes al caso, harán que no se pueda determinar la verdad de forma completa.¹¹

Esto que pareciera un problema semántico e irrelevante, entendemos, juega un papel muy importante en la psiquis del juzgador. La finalidad de todo proceso no puede ser otra que el descubrimiento de la verdad con relación a los hechos objeto de indagatoria, pero también es una realidad que esa investigación por parte de los órganos represivos del Estado debe estar reglada como forma de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y evitar los excesos y arbitrariedades por parte del Estado. Entonces, se ha creado un aforismo "una cosa es la verdad real y otra cosa es la verdad procesal, siendo esta última la que interesa al proceso". Y como ya se ha dicho, no existen dos verdades porque la verdad siempre será única y objetiva en tanto descansa en la realidad de unos hechos que no son cambiantes, lo que puede ser relativo es el conocimiento que se tenga de esa verdad. Con esa distinción se busca, de alguna forma, acallar la consciencia del juzgador, pues le crea la falsa percepción de que existe una verdad distinta de la realidad de los hechos sometidos a su consideración y entonces el proceso se convierte muchas veces en una burla donde se ven desfilar pruebas esenciales para determinar la verdad y sobre ella establecer responsabilidades; sin embargo, estas deben ser desechadas al tratarse de pruebas ilegales en tanto fueron recogidas o incorporadas en violación a la norma.

Es necesario buscar un equilibrio que, de un lado, garantice el debido proceso de ley y el respeto a las garantías de los derechos fundamentales sin que ello se convierta en un obstáculo insalvable para el esclarecimiento de la verdad como si ésta no importara en el proceso penal. Y es que la sola observancia del debido proceso

¹¹ Taruffo, Michele. (2010), op. cit.: p. 101

de ley, entendido éste como el respeto a las garantías procesales fundamentales y los derechos de las partes, no es garantía de que se logren sentencias justas.

En ese sentido, refiere Taruffo, es difícil que un “debido” proceso esté sistemáticamente dirigido a producir decisiones injustas o en el que la posibilidad de una decisión injusta sea irrelevante. Para evitar esa posibilidad no es suficiente que el proceso se articule a través de un procedimiento correcto desde el punto de vista de las garantías (...).¹²

Al momento de aplicar el principio constitucional de la legalidad de la prueba, es necesario que el juez esté dispuesto a desempeñar un rol activo a la hora de determinar qué tipo de acciones u omisiones deben acarrear la invalidez de la prueba, sin que ello comprometa en ninguna forma la independencia e imparcialidad del juez, sobre todo en el caso dominicano donde, como veremos en otro apartado, tenemos una norma muy abierta, pues habla de violación a la ley y no solo a derechos fundamentales.

Volviendo al principio de libertad probatoria, respecto de este se ha pronunciado en innumerables ocasiones la Suprema Corte de Justicia cuando establece: “Existe la libertad de pruebas y el juez tiene un amplio poder de apreciación de estas, unido dicho examen a otros elementos de juicio presentes en el caso sometido, que dichos elementos probatorios fueron aportados regularmente al plenario y aceptados como prueba útil por el juzgador del fondo, quien al someterlas a su escrutinio pudo determinar que las mismas no contenían ningún tipo de alteración, y que fueron introducidas de manera lícita” (...) “el principio de libertad probatoria, mediante el cual los hechos punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa, y en virtud del mismo, las partes pueden aportar todo cuanto entiendan necesario, siempre y cuando la misma haya sido obtenida por medios lícitos (...)”.

Ese principio de libertad probatoria tiene límites y, en ese sentido, la Constitución del año 2010 ha venido a reforzar uno de esos límites que sujeta la admisión a que el medio utilizado no esté prohibido por la ley, pues la prueba solo podrá utilizarse cuando haya sido obtenida en observancia a las formalidades procesales fijadas por el

¹² Taruffo, M. (2010), op. cit., p. 135.

legislador. La norma constitucional es imperativa. El Constituyente ha elevado el rango constitucional como una de las garantías supremas del debido proceso, la regla maestra en la admisibilidad y valoración probatoria que ya recogía el Código Procesal Penal en sus artículos 26, 110, 166 y 167: la de su legalidad. Estas formalidades van dirigidas al procedimiento probatorio que impone que los medios de prueba deben someterse al debate oral, público y contradictorio como una garantía al derecho constitucional de defensa, al principio de igualdad entre partes y al principio de inmediación.

En efecto, con una voluntad clara de proteger a las personas frente a la arbitrariedad y el exceso en la actividad probatoria, la Constitución vigente a partir del 26 de enero del año 2010, en su Artículo 69.8, ha redimensionado y reforzado el principio de legalidad de la prueba, estableciendo una norma imperativa contra la que no puede revelarse el legislador ni autoridad alguna, proveyendo una fórmula de resistencia frente a la deslealtad y el abuso en la recolección, conservación e incorporación y valoración probatoria como garantías secundarias que hacen valer los jueces en su labor jurisdiccional, a favor de la seguridad de toda persona imputada, como dueña de un derecho a un juicio justo.

La regla del apartado 8 del artículo 69 de la Constitución dominicana se formula en términos muy genéricos y ello conduce a un análisis en una doble dirección. En primer término, debe ser entendida como una regla general aplicable a cualquier proceso y no solo en el ámbito penal. Y, en segundo término, habla de pruebas obtenidas en violación a la ley y no solo en vulneración de derechos fundamentales.¹³

Ya habíamos establecido en otra parte del presente trabajo que la eficacia en este principio no es exclusiva de la jurisdicción penal, sino que alcanza a procesos de otra naturaleza. En ese sentido, el Tribunal Constitucional dominicano en su sentencia núm. TC/0135/14, fundamento jurídico 10.3, reconoce la eficacia de este principio en materia civil, aunque deja establecido que el principio de legalidad de la prueba no tiene un carácter absoluto en material civil, como ocurre en lo penal, pues, permite a los jueces desde su posición superpartes, contradecir a la prueba presentada por las partes, garantizando el derecho al debido proceso.

¹³ Op. cit. González, Pedro y Alcabilia, Enrique Arnaldo (2012). Comentarios a la Constitución de la República Dominicana. Torno II comentario sistemático. 1era. edición. Edita: Wolters Kluwer España, S.A. Trabajo realizado por: Eduardo Espín. Templado, sobre Las Garantías de los Derechos y Libertades.

Lo que ha dicho el Tribunal Constitucional es lo siguiente:

[...] este principio constituye una barrea contra aquellas desviaciones del ius puniendi del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones. Se regula constitucionalmente en el artículo 69.8 en términos de que “es nula toda prueba obtenida en violación a la ley” y para el ámbito del derecho civil, se desarrolla los artículos 1315 y siguientes del Código Civil Dominicano, así como en el procedimiento civil, modificado por la Ley núm. 834 del 15 de julio de 1978, donde en su artículo 50 y siguientes se establecen reglas que permiten aportar y contradecir las pruebas presentadas por las partes garantizando el derecho al debido proceso que la Constitución protege y que será observado en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (FJ. 10.3 TC/0135/14). El Constituyente de 2010, ha consagrado en forma imperativa que: “es nula toda prueba obtenida en violación a la ley”. Ya el Tribunal Constitucional dominicano está instituido para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales se ha pronunciado en decisiones diversas sobre el valor de esta disposición normativa suprema, que asume como parámetro establecer la legitimidad y validez de los actos provenientes de las agencias investigativas y encargadas de perseguir los actos contrarios a la ley penal. Así, en el fundamento 10.2 de su Sentencia TC/135/14, el Tribunal Constitucional dejó establecido: en virtud del principio de legalidad de la prueba, solo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas establecidas por la Constitución, la legislación procesal y los convenios internacionales en materia de derechos humanos. Este criterio, reiterado por el TC en su sentencia (TC/0264/17), constituye una línea jurisprudencial –invariable- y un criterio con valor de precedente.

Es cierto que el legislador, mucho antes que el TC, se refirió a esta regla garante de otras garantías en los artículos 26, 166 y 167 del Código Procesal Penal, pero, de nada valen las leyes cuando no existe un órgano encargado de hacerlas cumplir. Por ello, que lo diga un ente cuyas decisiones han sido dotadas por el Constituyente con el valor de precedentes vinculantes frente a todo el mundo, hace de esa regla un límite insalvable frente a la arbitrariedad y el exceso.¹⁴

Por su vinculación con la protección de las pruebas frente a las torturas y otras penas crueles, inhumanas y degradantes derivadas de su condición de ser digno, la Suprema Corte de Justicia, en el año 2005, interiorizó determinadas normas de los pactos internacionales, amparadas en la Constitución, entre las que el más alto tribunal de la justicia ordinaria dice:

¹⁴ República Dominicana. Constitución de 2010, sostenida en la reforma de 2015. Art. 184.

El principio de legalidad de la prueba, desarrollado en unas disposiciones normativas preconstitucionales de rango legal –ya referidas-, ahora redimensionado por los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional Dominicano, conecta con los criterios también fijados por su homólogo el Tribunal Constitucional Español (STC 131/1995). Su uso como parámetro de validez y legitimidad constitucional, permite decir que en el sistema dominicano como en el Derecho Español y en otros Estados Constitucionales, el ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado y, con él, el concreto derecho a utilizar los medios de pruebas pertinentes y lícitos como derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, consagrado en el artículo 69.4 de la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad de la prueba: es un derecho fundamental cuya configuración le corresponde a la ley TC/135/14. Su desarrollo normativo en la legislación infraconstitucional interna dominicana, ha sido orientado más por el Constituyente, por los compromisos internacionales suscritos por el Estado en instrumentos tan conocidos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos. En la normativa interna, es el Código Procesal Penal instituido por la Ley 76-02, del año 2002, luego de reformado por la Ley 10-15 del 6 de febrero de 2015, el que, dentro de sus principios, desarrolla en su artículo 26 el principio de legalidad de la prueba.

Respecto a su naturaleza de derecho constitucional de configuración legal, la Corte Constitucional de Colombia, citada por el TC en el fundamento 10.4 de su sentencia TC 135-14, ha estimado que dada su naturaleza de derecho de configuración legal, en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a utilizar los medios de pruebas pertinentes coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance “debe encuadrarse dentro de la legalidad” (STC 167/1988, fundamento jurídico 2).

En consonancia con el principio constitucional de legalidad de la prueba, el Código Procesal Penal dominicano, en sus artículos 110, 166 y 167, ha desarrollado una regla de prohibición de valoración probatoria (Regla de exclusión en E.E.U.U.) Que establece que los elementos de pruebas solo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones, por lo que no puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos

y garantías del imputado. Como se ve, lo que aquí se refiere como una regla de prohibición de valoración probatoria, constituye una manifestación del denominado principio del árbol envenenado del derecho norteamericano. Su raíz más profunda parece hallarse en las sagradas escrituras (Mateo 7:17-20).

Según el libro de Mateo, todo árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto es cortado y echado en el fuego. Así que por su fruto lo conoceréis. El principio del árbol envenenado hace alusión a las pruebas de un hecho punible obtenidas de manera ilícita y que, por su origen espurio o ilegal, impedirán su uso válido con posterioridad en el proceso judicial contra una persona, en el sentido de que cualquier prueba directa o de modo indirecto, mediante cualquier mecanismo o nexo viciado, resulte viciada, debe ser considerada nula. Esta doctrina se manifiesta en sus orígenes más remotos en los casos *Boyd vs US* (1886) y *Weeks v. United States* (1914).¹⁵

En el primer caso aludido en el párrafo que antecede, se refería a unas importaciones ilegales en que se prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilegal por un agente de la autoridad federal. El segundo, se le tiene como el caso que da origen a la doctrina de la exclusión probatoria del sistema norteamericano. Se basa, en cierto modo, en el poder que tiene el Tribunal Supremo Federal para supervisar a los tribunales inferiores y en su deber de respaldar la integridad del órgano judicial. En este caso la Corte Suprema de aquella nación dejó establecido: si aceptamos esta actuación -refiriéndose al allanamiento sin orden judicial- un acto, o negligente, o en desafío a las prohibiciones de la Constitución cuyo objeto es la protección del pueblo contra las actuaciones arbitrarias como esta.

Conforme lo dicho, el artículo 167 no solo excluye la valoración de la prueba irregular o lícita, directamente: "Tampoco pueden serlo aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado. Salvaguarda así este texto legal, la necesidad de la prueba legal como único fundamento válido para sustentar o fundar una sentencia de manera legítima en un Estado de derecho".

¹⁵ Alcaide González, J. (2012). La Exclusionary Rule de EE. UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos. Tesis Doctoral, pp. 58-59.

Otros límites al principio de libertad probatoria giran en torno a su pertinencia y su necesidad, pues partiendo de la idea que el proceso penal tiene por finalidad la determinación de la verdad, con relación a determinado hecho, a los fines de establecer primero si esos hechos constituyen algún delito o crimen tipificado como tal por el legislador; segundo, si existe una vinculación directa o indirecta con una determinada persona sindicada como autor; tercero, si esa vinculación compromete su responsabilidad penal y en qué grado. En ese orden, solo será necesaria la prueba respecto de aquellos hechos controvertidos por las partes litigantes y encaminados a probar la acusación.

En ese sentido, se pronuncia la normativa procesal penal cuando establece que la admisibilidad de la prueba está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado y su utilidad para descubrir la verdad. El juez o tribunal puede restringir los medios de prueba ofrecidos que resulten manifiestamente sobreabundantes. También puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.¹⁶

De lo anterior se desprende que el juez está en la obligación de verificar que esa prueba, una vez superado el examen de su legalidad, resulte pertinente y necesaria para los fines del proceso. Esa necesidad se puede evaluar desde varias ópticas, basta por el momento señalar que se trate de pruebas encaminadas a establecer el hecho en sus diferentes aspectos y verificar si convergen los elementos constitutivos del tipo penal endilgado.

En cuanto a la pertinencia, establece Antonio Rocha Alvira en su obra "De la Prueba en Derecho" que se entiende prueba pertinente, la relativa a un hecho tal que si fuere demostrado influirá en la decisión total o parcial del litigio. Resultando entonces impertinente y por tanto inadmisibles la prueba encaminada a establecer un hecho que, aún demostrado, no sería de naturaleza para influir en la decisión del asunto.¹⁷ Un ejemplo que nos puede ayudar a ilustrar la pertinencia de la prueba: en un homicidio se quiere aportar como prueba el acta de allanamiento mediante la cual se ocupó un arma en el domicilio del imputado y la experticia científica para demostrar que el casquillo recuperado en el cuerpo de la víctima coincide. Sin embargo, resultaría impertinente la prueba testimonial ofertada en el mismo caso para establecer que el imputado tiene inclinaciones homosexuales.

¹⁶ Código Procesal Penal de la República Dominicana. (2015). Sostenido en la reforma de febrero de 2015. Art. 171.

¹⁷ Véase a Antonio Rocha Alvira en De la Prueba en Derecho. Citado por Diccionario Jurídico: Prueba pertinente o conducente. Recuperado de <https://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/3322-diccionario-juridico-prueba-pertinente-o->

La norma procesal dominicana en ese sentido también plantea la inadmisibilidad de las pruebas dirigidas a establecer un hecho notorio. La doctrina ha venido a definir el hecho notorio, desde el punto de vista jurídico, como un hecho que no necesita ser probado, de manera que el tribunal puede rechazar un requerimiento de prueba no sólo por la notoriedad del hecho afirmado, sino también por ser notorio con lo contrario a la afirmación de la prueba.¹⁸

La doctrina de referencia, de igual manera sostiene que en el proceso penal no necesitan ser probados los hechos notorios, aun cuando se trate de hechos pertinentes para formar la convicción del tribunal. Por hecho notorio se entiende, para estos casos, aquellos “cuya certeza positiva o negativa es de general conocimiento dentro de un ámbito espacio-tiempo determinado”.¹⁹

Es cierto que las partes tienen derecho a presentar prueba, pero el ejercicio de ese derecho tiene que estar justificado sobre la base de la necesidad y la pertinencia, pues no se puede ir a los tribunales a probar cualquier cosa, sino que la prueba debe versar sobre el objeto del litigio y, dentro de ese objeto, sobre los aspectos en controversia y dentro de esas controversias sobre aquellos puntos que resulten determinantes para que el juez forme su convencimiento e incline su razonamiento en base a derecho al momento de solucionar el conflicto.

El derecho a probar tiene límites, pues debe circunscribirse a probar hechos que guarden relación con la cuestión debatida. La lógica de lo anterior descansa en el razonamiento de que solo en los hechos que constituyen el fundamento de las pretensiones de las partes existe interés en probarlos ya que eso es lo que va a determinar que se obtenga ganancia de la causa, restitución del derecho que se aduce violentado, que es precisamente lo que se busca en el proceso penal. Finalmente, el precepto constitucional “es nula toda prueba obtenida en violación a la ley” implica una nulidad absoluta que obliga al tribunal para llegar a la misma conclusión que resultaría de la valoración de la prueba ilegal, el examen de otras pruebas lícitas e independientes de aquellas afectadas de nulidad. Reiterando en este punto nuestra posición de que la jurisprudencia tendrá que pronunciarse, pues entendemos que no toda ilegalidad puede incidir de forma automática en la exclusión de la prueba y ello debe quedar al examen del juez

¹⁸ Balcácer, Carlos (2017). Tratado del Código Procesal Penal Anotado. Anotado y Concordado. Instituto Dominicano de Estudios Penales: Santo Domingo, República Dominicana; p. 631.

¹⁹ Horvitz Lennon-López Masle, Derecho Procesal. Tomo II, p. 137; citado por Balcácer, Carlos. (2017). Tratado del Código Procesal Penal Anotado. Anotado y Concordado. Santo Domingo, República Dominicana. Instituto Dominicano de Estudios Penales; p. 632.

en cada caso. Sin embargo, lo más importante y trascendente, como hemos planteado a lo largo del trabajo, es cómo el principio de legalidad de la prueba contemplado en la normativa procesal penal dominicana se ha visto reforzada hasta alcanzar el grado de principio fundamental que tiene supremacía sobre cualquier otro principio ordinario y se impone a toda autoridad.



CAPÍTULO XI

LA SENTENCIA PENAL

Autor: Perfecto Andrés Ibáñez

Revisión y actualización: Claudio A. Medrano



LA SENTENCIA PENAL

Autor: Perfecto Andrés Ibáñez

Revisión y actualización: Claudio A. Medrano

INTRODUCCIÓN

En esta edición, el abordaje de la sentencia penal se conserva en su esencia, como lo ha tratado el maestro Perfecto Andrés Ibáñez. El enfoque es el mismo. Se ha hecho un esfuerzo de actualización que en fin de cuentas no ha terminado de ser más que un trabajo de localización. La concepción de la sentencia que el autor de origen ha configurado permanece intacta. La sentencia penal, por tanto, se sigue viendo como una manifestación del poder del Estado, que es, a la vez, un acto particular del juez, como nota distintiva frente a otros actos de poder del Estado, de carácter asimismo jurídico y de contenido preceptivo.

«Aquello por lo que se legitima la decisión -judicial- no la precede», «es lo que debe producirse» escribió Karl Schmitt (Ley y Juicio Capítulo IV), porque en su lógica, «De lo que se debe convencer a otro juez es de que el decidiría del mismo modo».

En este escenario, sigue siendo indudablemente válido aquel enfoque schmittiano, pues, aunque pudiera encontrarse un profundo cambio en los fundamentos de las bases materiales de su fundamentación en los estados constitucionales del presente, aun hoy la fundamentación adecuada sigue pudiendo hallarse «en la síntesis reflexiva de numerosos aspectos, y definitivamente de aquel que sea capaz de determinar el derecho más aplicable al caso» (Posiciones del derecho. Edición, estudio

preliminar y notas de Montserrat Herrero. LXI). Hoy pudiera decirse, el mejor derecho aplicable al caso. La tarea que se realiza en esta edición pasa necesariamente por el examen de la doctrina jurisprudencial pertinente, extraída de la práctica de los tribunales constituciones y cortes o tribunales supremos de los países a cuyo ambiente jurídico está orientado, mayormente, este ensayo del maestro Perfecto Andrés Ibáñez.

La fundamentación de la sentencia como base de su legitimación emerge en el trabajo del autor de origen, como una experiencia cognitiva del órgano decisor, fundada esencialmente en el reconocimiento del derecho aplicable y en la verificación verificable del autor de la decisión, más que en una referencia de fe en sus cualidades de buen juez. No es su honorabilidad la que confiere legitimidad a la decisión -por si sola-, son esas razones comprobables en hecho y en derecho las que dan expresión el principio básico de legitimación de la jurisdicción en el Estado constitucional. Es que, el juez, como ha escrito Ferrajoli, no se legitima en los poderes de mayoría; su legitimación no posee un «carácter representativo o consensual», que le confiera legitimidad formal en su acto de enjuiciamiento (Ibáñez). Además, «El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella», mediante un silogismo (L. Ferrajoli. Derecho Razón. p.38).

Como se ha de ver con Luis Guilherme Marinoni (2016), la legitimidad de la decisión jurisdiccional depende no sólo de que el juez esté convencido, sino también de que el juez justifique la racionalidad de la decisión con base en el caso concreto, en las pruebas producidas y en la convicción que se formó sobre las situaciones de hecho y de derecho (p.100). En este punto, resulta inevitable una mirada ya no solo a la jurisprudencia de los citados órganos jurisdiccionales supremos, sino, a legislación interna relativa al proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional en materia penal. Se trata de reconducir las reflexiones del maestro Ibáñez, al escenario del proceso judicial en la República Dominicana, y más concretamente, al momento de determinar los presupuestos del juzgamiento y de justificación de lo decidido, tomando en cuenta las exigencias del derecho vigente.

En el marco de referencia dado, los principios del debido proceso consagrados por el Constituyente y desarrollados en el Código Procesal Penal dominicano, han sido deliberadamente filtrados en la estructura del trabajo original, en un esfuerzo por facilitar la conexión

del enfoque del autor, con el posicionamiento que puedan alcanzar los jueces dominicanos en su aplicación y valoración de los hechos al momento de dar fundamento a sus decisiones.

Desde luego, en el Código Procesal Penal y normas complementarias, se hallan exigencias concretas orientadas a garantizar la fundamentación adecuada de las decisiones jurisdiccionales, en procura de que las decisiones adoptadas sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y que sus fundamentos sean de fácil comprensión, como se ha de ver. No pierden vigencia con el paso del tiempo, juicios tan vigorosos del autor como el señalamiento de que la potestad de los jueces para discriminar entre el contenido de una prueba u otra y en un juicio final de adjudicación, solo puede estar fundado en el antecedente y fundamento de una actividad de adquisición y valoración de los datos relevantes y orientada en criterios de racionalidad cognoscitiva.

De este modo, cerramos con el maestro Ibáñez, reconociendo que «en el Estado constitucional, se abandona la concepción tradicional, de la sentencia entendida como un acto exclusivamente interno al proceso, y se la asume en un espacio de mucho mayor amplitud, en gran medida extraprocesal». Hoy la jurisprudencia de las altas cortes penetra todo el ordenamiento y con ello, se constituye en parámetro de los jueces para decidir los asuntos que deciden. Por ello, como señala Ibáñez, en ella el juez o la juez se dirige a un círculo de destinatarios mucho más abierto, potencialmente ilimitado, lo que señala, que, desde luego, ocurre en línea de principio, pero también, cada vez más, en la práctica.

Otros autores, como Owen Fiss, citado por Marinoni (2016), nos permitirán comprender con mayor precisión la conexión con el modelo constitucional y con el concepto de Constitución imperante, de la función de la jurisdicción, entendida no solo como el acto de «atribuir significado concreto y aplicación a los valores constitucionales», sino, también, la misión de «atribuir significado al caso y, a partir de ahí, tutelar de forma concreta el Derecho» (p.101). Es un escenario en donde el silogismo judicial resulta insuficiente como señala Ibáñez, porque el Estado constitucional que encierran constituciones como la dominicana de 2015, exige un modo de razonar en el ejercicio de la función judicial «mucho más complejo de lo que sugiere la idea de esa esquemática inferencia deductiva» (Ibáñez).

Por todo lo dicho, se mantiene aquí la idea de escudriñar la forma operativa de un juicio de hecho integrado por una actividad de carácter cognoscitivo, orientada a establecer la verdad o falsedad de ciertas afirmaciones fácticas sometidas a controversia en el procesos judicial, en el que, a la vez, se proyecta como la más genuina representación del juicio de derecho, el acto por el que, una vez establecida como cierta la existencia de un hecho, se le hace objeto de valoración a la luz de una norma penal. Desde luego, el reconocimiento de esa relación entre el juicio de valoración normativa y su antecedente supone, como idea apriorística; la selección de alguna de las normas que integran ese sector del ordenamiento y la atribución a la misma de un determinado significado, en presencia de aquel dato fáctico que ha provocado su aplicación, lo que confiere especial relevancia como objeto de atención aquí, la redacción de los hechos probados, sus particularidades, la interpretación judicial y la fundamentación de la sentencia.

1. LA EXIGENCIA DE LEGITIMACIÓN RACIONAL DE LA SENTENCIA COMO ACTO DE PODER PRIVADO

La sentencia penal, si bien es antes que todo una manifestación del poder del Estado, lo es de un modo particular, que la distingue de otros actos de poder del Estado, de carácter asimismo jurídico y de contenido preceptivo. Ello obedece, desde luego, a que es un acto judicial, pero, sobre todo, a que tiene un fundamento al menos tendencialmente cognoscitivo. Es decir: el juicio penal, antecedente lógico, presupuesto procesal y político de la sentencia, tienen una naturaleza esencialmente cognoscitiva, se resuelve en la determinación de si ha tenido o no lugar en la realidad empírica un hecho delictivo imputable al acusado. De ahí que pueda decirse que la validez de la sentencia está subordinada a la verdad de sus enunciados fácticos. La imposición de una pena tiene que venir precedida de una actividad cognoscitiva de rigor suficiente para que pueda tenerse como efectivamente producido en la realidad lo que se afirma como tal en los hechos que se dicen probados. Es decir, que es verdad que el acusado realizó la acción por la que se le condena. Y la constatación de ese fundamento cognoscitivo ha de poderse efectuar mediante la propia sentencia, no por un ciego acto de fe en la autoridad del órgano judicial que la dicta.

En este rasgo de la sentencia cobra expresión el principio básico de legitimación de la jurisdicción. Ésta, como se sabe, no es de carácter

representativo o consensual, porque lo que confiere legitimidad formal al enjuiciamiento es la circunstancia de que quien lo realiza se encuentra en condiciones -estatutarias y procesales- que le habilitan para la averiguación imparcial de la verdad. Este dato fundamental del diseño constitucional de los órganos judiciales y de la jurisdicción se proyecta sobre la sentencia bajo la forma de una exigencia. Ésta es que la dimensión de protestas de la decisión que contiene debe contar con la auctoritas que solo puede darle la evidencia de tener como antecedente y fundamento una actividad de adquisición y valoración de los datos relevantes inspirada en criterios de racionalidad cognoscitiva.

Así, la decisión contenida en la sentencia no solo tiene que expresar una convicción digna de la confianza que pueda suscitar en terceros la figura del juez o de la juez o la transparencia del desarrollo procesal. Ha de reunir también las condiciones precisas de transparencia argumental en la justificación para hacer frente con eficacia a lecturas nutridas de legítima desconfianza. El fallo podrá o no convencer, pero idealmente -y es la dirección en la que apunta un modelo constitucional- deberá haber sido bien y suficientemente explicado. A su destinatario por excelencia, el acusado, a las restantes partes, pero, aún más allá, también a eventuales lectores ajenos a la relación procesal y al caso concreto. Mientras, en la concepción tradicional, la sentencia se concibe como un acto exclusivamente interno al proceso, en un modelo constitucional la sentencia se abre a un espacio de mucha mayor amplitud, en gran medida extraprocesal. En ella el juez o la juez se dirige a un círculo de destinatarios mucho más abierto, potencialmente ilimitado. Desde luego que esto ocurre en línea de principio, pero también, cada vez más, en la práctica.

Esta inflexión que implica el modelo constitucional en el sentido y el destino de la sentencia, no puede dejar de tener consecuencias en la propia morfología de ésta. En efecto, si la sentencia tiene que explicarse por sí misma, incluso para quienes no están en el conocimiento de las interioridades del proceso, deberá incorporar los datos que sean precisos para que pueda ser así. Será necesario, en palabras de Maier, que «se baste a sí misma». A esta cuestión nos referiremos con más detalle a continuación, a partir de la experiencia española.

2. MORFOLOGÍA DE LA SENTENCIA PENAL

2.1. El modelo preconstitucional

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 1882, prescribió para las sentencias penales la forma que ha sido tradicional en nuestro país, que expresa un determinado modelo jurídico y político-cultural, que no puede decirse que haya sido total y definitivamente desterrado de las prácticas de nuestros jueces y tribunales, no obstante, las exigencias que en la materia se derivan de la Constitución de 1978 y de la reforma establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985.

La sentencia que prescribe el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es un documento de naturaleza y significación exclusivamente procesal; su prefiguración legal (encabezamiento, hechos probados, calificación jurídica de éstos y fallo) responde solo a exigencias de este carácter. De manera particular, al facilitar el control casacional mediante un neto deslinde de las cuestiones fácticas y jurídicas, propósito que se hace explícito en el imperativo de que la declaración de los hechos que se entienden probados lo sea de forma «expresa y terminante». En la legislación dominicana, el artículo 334 del Código Procesal Penal contiene exigencias muy cercanas en la redacción de la sentencia, les manda a incluir: «La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado judicialmente y su calificación jurídica».

En el caso de España, el alcance de esta innovación frente al Derecho histórico no pasaba de lo puramente formal; pues, si podía facilitar la mecánica de la casación, no aportaba ninguna limitación a la arbitrariedad judicial como criterio único de apreciación de la prueba. La sentencia aparece así concebida como un acto interno al proceso y dirigido exclusivamente a las partes, obra de un tribunal que, aunque formalmente obligado a resolver conforme a «las pruebas practicadas en el juicio» (artículo 742), está por completo exento de dar cuenta del modo en que ha dado cumplimiento a ese deber.

Ciertamente, del propio tenor de la ley resultaban, de manera más o menos explícita, determinadas exigencias para el redactor de la sentencia, que debería ser clara, congruente con las pretensiones de las partes, no contradictoria y, como hemos visto, «terminante» en la expresión de los hechos. Pero estas genéricas exigencias no fueron suficientes en la práctica para evitar que la sentencia llegase a ser un

documento extremadamente burocrático, acusadamente formalista, escasamente explicativo y, en no pocas ocasiones, casi inteligible.

Aunque la regulación de la sentencia en el Código Procesal Penal dominicano, por obvias razones cronológicas, parece responder claramente a este modelo que hemos llamado preconstitucional. Su morfología fue regulada aún con menor detalle que en la ley española en el antiguo código de procedimiento de la República Dominicana y las únicas exigencias explícitas eran las de inserción de los preceptos legales aplicados (artículos 195 y 271) y la enunciación en el dispositivo de las sentencias de condena de los hechos por los que los acusados fueran juzgados culpables o responsables (artículo 195). Incluso era legal, conforme al artículo 15 de la Ley núm. 1014, la práctica de «fallar en dispositivo», obviando de este modo la fundamentación tanto en hecho como en derecho de la decisión pronunciada. Hoy el Código Procesal Penal dominicano mantiene esa posibilidad en ciertos casos, pero, exige en todo caso la fundamentación verbal de los puntos esenciales de la sentencia.

La posibilidad de lectura del dispositivo está condicionada por la complejidad del asunto, lo avanzado de la hora o que se torne necesario diferir la redacción de la sentencia. En estos casos, se lee tan solo la parte dispositiva y «uno de los jueces relata de manera resumida al público y a las partes los fundamentos de la decisión» (artículo 335 del Código Procesal Penal, modificado por el artículo 81 de la Ley núm. 10-15, del 6 de febrero de 2015). A esta posibilidad se refiere el artículo 337 del mismo código en su parte final, modificado por el artículo 82 de la referida ley de 2015, el cual autoriza a la secretaria del tribunal expedir de inmediato una constancia sobre la decisión emitida, para hacer efectiva la libertad de la persona imputada «directamente desde la sala de audiencias», en caso de absolución, aun cuando la sentencia absolutoria no sea irrevocable o se haya presentado recurso. A estos fines, previo a la sentencia a intervenir, el Ministerio Público encargado debe establecer los mecanismos de depuración de procesos pendientes que pudiera tener el imputado. La sentencia derivable de las exigencias del citado código instituido por la Ley núm. 76-02, responde a un concepto de sentencia propio de la forma de Estado adoptada por la Constituyente de 2010.

Como ha escrito Luis Guilherme Marinoni (2016) en su Teoría General del Proceso. Una Aplicación Neoconstitucional, «La legitimidad de la decisión jurisdiccional depende no sólo de que el juez esté convencido, sino también que el juez justifique la racionalidad de la

decisión con base en el caso concreto, en las pruebas producidas y en la convicción que se formó sobre las situaciones de hecho y de derecho». La ley que instituye el Código Procesal Penal dominicano exige a los jueces apreciar, de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, «de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos sean de fácil comprensión» (Art. 333).

La conexión con la forma de Estado y con el concepto de Constitución imperante se expresa en el cumplimiento de la función de la jurisdicción que, a decir de Owen Fiss, citado por Marinoni (2016), comprende no solo «atribuir significado concreto y aplicación a los valores constitucionales», sino, también, la misión de «atribuir significado al caso y, a partir de ahí, tutelar de forma concreta el Derecho» (p. 101). «La tarea no es solo declarar quién está en lo cierto o quién está equivocado (...) la tarea es remover la condición que amenaza los valores constitucionales» (p. 104). Igual es la misión que deriva de la garantía de los derechos y de los principios fundamentales, a los que el Constituyente dominicano (2010) y español (CE 1978. Art. 53) le atribuyen efecto vinculante *erga omnes* y, el primero, exige de todos los poderes públicos, «garantizar su efectividad» en los términos establecidos por la Constitución y por la ley (CD de 2010 -modificado en 2015- Art. 68).

2.2. El modelo constitucional

La Constitución española de 1978 permite hablar de un cambio de paradigma en la materia, articulado sobre tres pivotes: la exigencia incondicionada de motivación de las sentencias (artículo 120.3), el reconocimiento como derechos fundamentales de las garantías básicas del proceso (artículo 24) y con carácter más general, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3). En este marco, la aludida exigencia de motivación se traduce en deberes sumamente concretos para los jueces y tribunales, sobre todo en materia de explicación y justificación de la decisión, con clara vocación transformadora de los usos precedentes en las resoluciones judiciales.

Tal como lo refiere Juan José González Rivas (2005), en La Interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional, para ese órgano especializado de

justicia constitucional, «la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente producidas por las partes» (p. 606).

Aunque la Constitución Política de la República Dominicana es mucho menos explícita en el Artículo 2, del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva que se proclama en su Artículo 69, específicamente en sus numerales 2, 3 y 7; así lo permite apreciar de modo implícito al establecer en el último de estos tres numerales, la garantía de que ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio. El Constituyente está elevando a rango constitucional las garantías preconstitucionales desarrolladas en el Código Procesal Penal, especialmente la exigencia de motivación contenida en el artículo 24 de este instrumento.

La exigencia del legislador dominicano en el referido código es definitiva: «Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación (...)». Una exigencia específica de motivación se aprecia también en el artículo 40.1 de la Constitución dominicana. Este texto supremo dispone que «Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito».

Igual, cuando el Constituyente dominicano consagra el derecho a recurrir las sentencias judiciales, en virtud de los artículos 69.9 y 149, párrafo III, de la Constitución dominicana -potestad antes asumida internamente como derecho a través del artículo 8.2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, también implica un reconocimiento del deber de los jueces de motivar sus decisiones. Resulta obvio que una sentencia bien motivada le permite al acusado conocer las razones de su condena; le da la oportunidad de poder criticarla e impugnarla ante el tribunal superior y a éste poder analizar su grado de acierto.

En correspondencia con la idea anterior, la Suprema Corte de Justicia así lo ha juzgado, desde su importante sentencia del 20 de octubre

de 1998 (B.J. 1055, pág. 217). El Tribunal Constitucional dominicano, también ha dado importantes decisiones en torno a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales. Tanto a través del reconocimiento del derecho al recurso, en sus sentencias TC/0002/14, TC/0358/16, TC/0369/16 y TC/0717/16, este órgano de cierre de los conflictos constitucionales ha reconocido el carácter constitucional de un deber de motivación de las sentencias y resoluciones judiciales. Así puede ser apreciado en sus sentencias TC/0454/16, del 27 de septiembre, TC/0316/17 del 6 de junio, TC/0123/18, del 4 de julio, entre otras.

De modo concreto, tal como recoge el Tribunal Constitucional dominicano en su sentencia TC/0246/18, retoma lo que denomina un test en torno a la debida motivación de las decisiones judiciales que había formulado en sus sentencias TC/0009/13 y TC/0186/17 y, adiciona nuevos criterios, entre los cuales estimo como «de gran importancia que los tribunales no se eximan de correlacionar los principios, reglas, normas y jurisprudencia, en general, con las premisas lógicas de cada fallo, para evitar la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso por falta de motivación» (TC/0246/18. Fj. 10.i).

Para el órgano especializado de justicia constitucional dominicano, a fin de evitar la falta de motivación en sus sentencias y, contribuir «al afianzamiento de la garantía constitucional de la tutela efectiva al debido proceso», al momento de exponer las motivaciones, los jueces, «deben incluir suficientes razonamientos y consideraciones concretas en torno al caso específico objeto de su ponderación (...) correlacionar las premisas lógicas y base normativa de cada fallo con los principios, reglas, normas y jurisprudencia pertinentes, de forma que las motivaciones resulten expresas, claras y completas» (TC/0246/18. Fj. 10.i, apartados b y c. Sentencia TC/0413/17 y otras).

En España, el artículo 120.3 de la Constitución del 78 determina expresamente que «las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». A este respecto, el Tribunal Supremo de España, en su sentencia STS 303/2015, ha definido la motivación, diciendo: «La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo» (STS 303/2015, del 25 de junio).

Como se observa en la decisión referida, la motivación de las sentencias se presenta en la sentencia de aquel tribunal, «como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE,

configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE» (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009). Para este último tribunal existe incluso un «principio de economía motivadora». «No se explica lo obvio. Tan perturbador puede ser en ocasiones la penuria o pobreza motivadora como una acumulación agotadora de argumentos que se van amontonando y pueden llegar a aturdir por su obviedad, dificultando el hallazgo de los puntos clave, los puntos realmente controvertidos».

Según el Tribunal Constitucional español, «la obligación de motivar [...] forma parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el Art. 24.1 CE» (Cfr. STC 024/81 de 14 de julio. FJ 3). Más aun, «el Art. 24.1 CE comprende el derecho [...] a obtener de los jueces y tribunales una respuesta fundada en Derecho, esto es, motivada y razonable y no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente» (STC 215/2006, de 3 de julio. Fj 3). Si, como señalábamos antes, la arbitrariedad era consecuencia del carácter infiscalizable de una valoración judicial guardada «en el secreto de la conciencia», la eficacia en la interdicción de la arbitrariedad pasa necesariamente por el rigor en el cumplimiento del deber de motivar, que ha de extenderse a todos los planos de la decisión, si bien con particular incidencia en el segmento de la misma en que el juez es más libre: la valoración de la prueba y la declaración, a partir de ésta, de ciertos hechos como probados.

El mandato constitucional tiene algún reflejo, probablemente insuficiente y no siempre entendido, en la Ley Orgánica del Poder Judicial español de 1985, en su artículo 248.3 prescribe que las sentencias incorporan lo que se llama «antecedentes de hecho». Esta expresión algo oscura, ha de entenderse referida a los datos procesales de carácter fáctico que son un precedente discursivo necesario de los hechos que posteriormente podrían declararse probados, es decir, al desarrollo de la prueba. De este modo, lo que reclama el modelo constitucional de sentencia es una expresión suficiente del desarrollo concreto de la actividad probatoria que permita entender por qué y cómo ésta se ha traducido en una precisa convicción judicial, cuyo resultado se exterioriza inmediatamente.

Se trata, pues, de dejar constancia de los actos de prueba producidos y de sus resultados; lo que, evidentemente, no se cumple cuando se afirma genéricamente que una determinada convicción deriva, por ejemplo, de «la testifical» o de «la documental» practicadas, lo que

es tanto como no decir nada. Y ello porque, en rigor, «la testifical» como tal no existe, sino solo testimonios singulares, cada uno en relación dialéctica con los demás, y que, incluso siendo concordantes, tendrán seguramente matices diferenciales entre sí (malo sería, desde el punto de vista de la credibilidad, que no fuera así). Y lo mismo puede decirse de los restantes medios de prueba, en especial los de naturaleza personal.

Así pues, la sentencia que demanda un modelo constitucional habrá de contener expresión clara y suficiente de los «antecedentes probatorios» de los hechos probados. Pero es necesario introducir en ella, además, un plano de motivación que no se agota en los «fundamentos de derecho», puesto que, de ser así, entre los datos fácticos de carácter probatorio y los hechos probados seguirá existiendo un vacío argumental. Para evitar que éste se produzca, la sentencia deberá incorporar -como se verá-, también de forma explícita, los criterios de valoración empleados, las razones por las que se atribuye en definitiva un determinado sentido al mosaico fragmentario y generalmente contradictorio que ofrece la práctica de la prueba en el acto del juicio.

Junto con las exigencias de motivación que contiene el artículo 24 del Código Procesal Penal dominicano, las disposiciones normativas recogidas en los artículos 333 y 334 del referido Código Procesal, permiten apreciar la correspondencia de la sentencia diseñada en el ordenamiento dominicano, para responder a las exigencias del Estado constitucional.

En el artículo 334 del Código Procesal Penal dominicano, ya comentado, se advierten los contenidos macro de la sentencia, entre los cuales, además de las menciones del encabezado, que incluye la indicación del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta, el nombre de los jueces y de las partes y los datos personales del imputado, la sentencia debe contener:

- ...2) La enunciación del hecho objeto del juicio y su calificación jurídica.*
- 3) El voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quién vota en primer término.*
- 4) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado judicialmente y su calificación jurídica.*
- 5) La parte dispositiva con mención de las normas aplicables.*
- 6) La firma de los jueces, pero si uno de los miembros del tribunal no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior*

a la deliberación y votación, ello se hace constar en el escrito y la sentencia vale sin esa firma.

El artículo 333 del Código Procesal Penal dominicano contiene las normas para la deliberación y la votación, otras que complementan el contenido del artículo 172, del código anteriormente citado, relativo a la valoración de las pruebas. Este artículo contiene pautas en relación al nivel de lenguaje en el discurso del juez y a la decisión judicial como acto cognoscitivo de la verdad procesal; de los hechos y del derecho de los que toma conocimiento durante la experiencia dialéctica del juicio oral, público y contradictorio y el modo en que se comunica. El texto aquí referido prescribe lo siguiente:

Los jueces que conforman el tribunal aprecian, de un modo integral cada uno de los elementos de prueba producidos en el juicio, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos sean de fácil comprensión. Las decisiones se adoptan por mayoría de votos. Los jueces pueden fundar separadamente sus conclusiones o en forma conjunta cuando existe acuerdo pleno. Los votos disidentes o salvados deben fundamentarse y hacerse constar en la decisión.

Solo así, respondiendo a un marco de exigencias como el que reclaman las citadas normas del ordenamiento jurídico procesal dominicano extraído de los textos comentados, se torna posible que la sentencia, según la expresión de Maier que anteriormente hemos citado, «se baste a sí misma», es decir, que sea un documento cuando menos potencialmente accesible y comprensible por terceros no implicados en el proceso concreto. Por la sociedad civil, que un modelo constitucional concibe como interpelante permanente y conciencia crítica de quienes ejercen alguna forma de poder y cuya presencia en el ámbito de la jurisdicción es garantía ideal de la calidad democrática de ésta.

Las normas preconstitucionales antes dichas, del Artículo 24 del Código Procesal Penal dominicano, regulan la motivación de las sentencias en materia penal. Contiene exigencia para los jueces; lo que constituye una garantía a la hora de motivar, en beneficio de las partes del proceso y responde a la potestad del deber al momento de rendir cuentas, lo que satisface una finalidad política y cumple una función didáctica para la sociedad en general beneficiaria última de las cualidades de la buena administración de justicia. Según prescriben sus disposiciones:

Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

En resumen, la sentencia penal hoy tendría que contar entre sus elementos integrantes una exposición –suficiente para que sea explicativa– de los datos probatorios obtenidos a través de la actividad de ese orden producida en el juicio, y de las razones de experiencia, y también jurídicas, del porqué de la atribución o negación de esa cualidad, incluidas las relativas a la legalidad de la fuente de prueba y del procedimiento de obtención, como se advierte en el contenido de los artículos 69.8 de la Constitución, 1, 26, 110, 166 y 167 del Código Procesal Penal dominicano. Y en el campo de la motivación, antes de discurrir sobre los fundamentos de derecho, tendría que justificarse, en términos que la hagan inteligible, la valoración que conduce desde esos datos probatorios hasta la declaración como probados de determinados hechos y no de otros. Como ha dicho el legislador dominicano, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos sean de fácil comprensión.

3. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

3.1. La insuficiencia del modelo silogístico

El pensamiento jurídico ilustrado, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y con un exponente tan destacado como el propio Beccaria, quiso ver en el silogismo el modelo ideal del juicio que se expresa en la sentencia penal. Según esta teoría, la decisión judicial de absolución o condena sería la conclusión necesaria de una inferencia deductiva, obtenida a partir de una premisa general (la norma penal) y una premisa particular (el hecho) bien determinadas. Como lo propio de la lógica deductiva, cuando se respetan sus reglas; es decir, que, si las premisas son verdaderas, la conclusión también lo es. Este modelo garantiza teóricamente una total vinculación del órgano judicial a la ley –entendida en el sentido más positivista– y con ella la plena validez del fallo, con el consiguiente efecto legitimador.

En cambio, el pensamiento jurídico contemporáneo tiende a considerarse cada vez más que el modelo del silogismo, sin ser falso en sí mismo, es insuficiente, por excesivamente simplificador, tanto para representar el proceso de razonamiento del juez como para controlar su validez. El modo de razonar propio de la función judicial es mucho más complejo de lo que sugiere la idea de esa esquemática inferencia deductiva. Por eso, la capacidad descriptiva o de control del modelo quiebra precisamente allí donde surge el verdadero problema: la determinación de las premisas. La de hecho, sobre todo, pero también la de derecho, que puede presentar una elevada complejidad. En efecto, como veremos, aunque el curso motivador de la decisión judicial pueda siempre representarse a posteriori como un silogismo, el proceso de razonamiento que lleva a la misma opera, sobre todo en la reconstrucción del supuesto de hecho, con recursos no solo lógicos, y entre éstos no solamente los de la lógica deductiva.

3.2. Juicio de hecho y juicio de derecho

Por otra parte, la concepción silogística de la decisión judicial presenta otro inconveniente de relieve. Por su consideración unitaria del juicio, pierde de vista la necesaria distinción entre el juicio de hecho y el juicio de derecho, como momentos diferentes de la resolución y dotados cada uno de una complejidad interna que no puede dejarse de lado.

El juicio de hecho está constituido por una actividad de carácter cognoscitivo, orientada a verificar, a través de la experimentación de los diversos medios de prueba, la capacidad o falta de capacidad explicativa de las distintas hipótesis, inculpatoria(s) y exculpatoria(s), mediante las que las partes tratan de establecer la verdad o falsedad de ciertas afirmaciones fácticas sometidas a controversia. El juicio de derecho tiene su representación más genuina en el acto por el que, una vez establecida como cierta la existencia de un hecho, se le hace objeto de valoración a la luz de una norma penal. Presupone, por tanto, la selección de alguna de las normas que integran ese sector del ordenamiento y la atribución a la misma de un determinado significado, en presencia de aquel dato fáctico que ha provocado su aplicación.

En realidad, el juicio de hecho y el juicio de derecho, aunque analíticamente deben distinguirse por la diversidad de su metodología y de su objeto, se producen en el marco de la actividad sentenciar,

tomada en su conjunto, más bien como momentos distintos, pero estrechamente interimplicados, puesto que entre ellos se da una fluida comunicación circular. El proceso de toma de decisión y de motivación obliga con frecuencia a pasar del plano de los hechos al del derecho, y viceversa.

Por otra parte, aunque al hablar de juicio de derecho generalmente se alude al momento en que tiene lugar la subsunción de los hechos que se consideran probados en una norma jurídica, lo cierto es que, en algún otro tramo de la actividad de enjuiciamiento, se producen también otros juicios de derecho, debido al carácter reglado de dicha actividad.

3.3. Decisión y justificación

Desde otro punto de vista, dentro del juicio de hecho es útil discernir la existencia de dos contextos: el de decisión y el de motivación, trasladando así a la actividad judicial, con algunos matices, una distinción consagrada en la teoría de la investigación científica. En cada uno de estos contextos se persiguen finalidades diferentes: en el contexto de decisión, la búsqueda de una explicación dotada de suficiente verosimilitud y certeza para un resultado que interesa al derecho penal; en el contexto de justificación, acreditar de manera convincente la validez de esa explicación.

Por lo demás, y más aún que con la distinción entre juicio de hecho y juicio de derecho, debe tenerse en cuenta que la división entre un «contexto de decisión» y un «contexto de justificación» es el resultado de una disección analítica de un proceder jurisdiccional ideal y que ambos contextos forman una secuencia lógica y no cronológica. En el modelo ideal, se encuentran estrechamente y dialécticamente interrelacionados, de manera que, si es cierto que los y las jueces al motivar parten de la decisión, también se trata de que al decidir tengan ya en cuenta la necesidad de motivar razonadamente su decisión. Porque hay una diferencia cualitativa, de calidad de racionalidad, entre el proceso de formación de una decisión que ha de justificarse y el de otra que no estuviera sujeta a tal imperativo de motivación.

De esta suerte, en el ideal al que tiende un modelo constitucional de la actuación judicial, el juez o la juez decide en el ámbito de lo motivable; solo debe decidir lo que esté en condiciones de motivar.

En lo que sigue, analizaremos la actividad judicial que se plasma en la sentencia, partiendo de esa distinción analítica entre la toma de la decisión y su justificación.

4. EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DECISORIA

4.1. El juicio de hecho

La actividad decisoria se resuelve, como hemos dicho, en un doble juicio: el de hecho y el de derecho, mutuamente interrelacionados. A pesar de que la presencia de ambos nunca ha pasado inadvertida, la doctrina procesalista ha prestado escasa atención a la profunda diferencia de naturaleza existente entre ambos y, en general, al contenido no estrictamente jurídico-formal de la sentencia, quizá por influencia de la concepción silogística, que ha puesto siempre el acento en la llamada «premisa mayor». Ello hace necesario que demos aquí un especial desarrollo a todo lo relativo a la cuestión de hecho, evitando la añeja tendencia a la banalización de su relevancia, si no a su completa erradicación como objeto de análisis.

4.1.1. Naturaleza de lo fáctico en el proceso

En este punto se impone una primera consideración de carácter metodológico, que se ha formulado muchas veces, pero que se olvida con igual frecuencia: en su actividad de toma de decisión, los y las jueces no trabajan directamente con hechos, sino con proposiciones que los tienen por objeto. En efecto, la actividad probatoria se desarrolla a través de enunciados que contienen afirmaciones relativas a hechos. Y estas afirmaciones se presentan en el acto del juicio, por medio del lenguaje y de forma contradictoria: todas, siempre, con la pretensión de ser tenidas por verdaderas y excluyentes, por ende, de la verdad de las que se le opongan.

Por tanto, y este es un primer nivel de dificultad sobre el que llamar la atención, lo fáctico en el proceso no se presenta directa y pasivamente, sino que tiene una existencia siempre mediada por el lenguaje y su determinación se lleva a cabo por un procedimiento controversial y a través de aportaciones parciales, en el doble sentido de fragmentarias y de (consciente o inconscientemente) interesadas. Por tanto, los enunciados fácticos que fluyen de la actividad probatoria son versiones que incorporan «lecturas», narraciones, es decir, interpretaciones o atribuciones de sentido, que deben, a su vez, ser «leídas» e interpretadas por el juez o la juez.

Consecuencia de esto es que el hecho en el proceso no aparezca ya «dado» -que es como tiende a tratarlo la doctrina-, sino que resulte «(re)construido» dentro del propio proceso, y precisamente con

materiales lingüísticos aportados de manera parcial y contradictoria. De esta manera, el «objeto» del proceso resulta tener una importante dimensión subjetiva, presente en la transmisión, en la recepción, y en general, en todo el curso de elaboración de los datos.

El juez o la juez ha de ser consciente de esa dimensión subjetiva para que su actuación, que protagoniza en el proceso de reconstrucción del supuesto de hecho, esté presidida por una fuerte tensión hacia la objetividad, hecha de respeto a las reglas procesales del juego contradictorio, de conciencia crítica y, sobre todo, autocrítica, de las hipótesis que comporta su condición de «lector» de otras «lecturas», a través de las cuales se trata de llegar al mejor conocimiento posible de una verdad empírica relativa a la forma de producción de algún hecho pasado.

Por otro lado, la hipotética «pureza» de los hechos no sólo se ve «contaminada» por la subjetividad de los que intervienen en el proceso, sino también por la propia mediación jurídica, que los selecciona y conforma como relevantes a la luz de un determinado sistema de reglas que les atribuye un determinado significado jurídico. Pese a todo ello, sin embargo, lo cierto es que los hechos como tales tienen una existencia material y el proceso penal, pese a las aludidas mediaciones lingüística, subjetiva y jurídica, tiene como orientación ideal captarlos en esa dimensión «real»; es decir, evitando al máximo forzamientos y distorsiones, de manera que operar jurídicamente no se traduzca en la artificiosa construcción de un supuesto ad hoc, de una verdad puramente formal.

Una precisión final en este punto, claramente necesaria en la realidad española, aunque quizá no lo sea en la dominicana. Al ámbito de lo fáctico pertenecen no solo los hechos objetivos, atinentes a la exterioridad de la conducta, sino también los hechos psíquicos, singularmente la intención del agente, que aparecen contemplados en un tipo penal o pueden resultar relevantes para la calificación jurídica del acto enjuiciado. Por tanto, estos hechos psíquicos o internos son susceptibles de prueba y su determinación requiere el empleo de recursos de idéntica naturaleza que los puestos en juego para determinar la forma concreta en que se produjo la «cara externa» del acto concreto. Y ello a pesar de que una extendida jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha venido considerando a los hechos psíquicos como «juicios de valor» o «pareceres del juez», que al no referirse a datos aprehensibles por los sentidos no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha, de manera que su determinación tendría que desplazarse al área de la fundamentación jurídica.

4.1.2. Tratamiento procesal de la cuestión de hecho: generalidades

El juicio de hecho parte de un dato fáctico, de un resultado (por ejemplo, la muerte violenta de una persona). Ese hecho interesa al derecho penal, y por ello se procurará establecer con la suficiente certeza el modo en que tuvo lugar. Es decir: habrá que remontarse de un hecho particular, el resultado que se conoce, a otro hecho particular antecedente que podría explicarlo.

Con esa finalidad, y en un momento procesal anterior (la fase de indagación sumarial), se habrán recogido, catalogado y tratado sistemáticamente los vestigios dejados por el autor o autores del hecho investigado. Y, si el resultado de ese trabajo preparatorio lo hace posible de forma razonable, el órgano legalmente habilitado al efecto habrá solicitado la apertura del juicio oral y formulado una hipótesis acusatoria. Esta hipótesis es un intento de explicación de lo sucedido y tiene carácter provisional. Sirve a la acusación para tratar de articular la actividad probatoria de que pretende servirse y a la defensa para orientar su estrategia de contestación.

En apoyo de esa hipótesis, la acusación señala algunas fuentes de prueba (personas, documentos), a través de cuyo examen como medio de prueba (la audición del testigo, la lectura del documento), persigue el objeto de acreditar algún dato concreto que guarde relación con el *thema probandum*, es decir, con el conjunto de los hechos que es necesario averiguar como fundamento de la decisión. Si esos datos, objeto de cada prueba, guardan efectiva relación con el *thema probandum* y la misma se pone eficazmente de manifiesto, merecerán ser considerados como elementos probatorios, eventualmente confirmatorios de la hipótesis de la acusación, que en ese caso se trasladará a los hechos probados.

Puede ocurrir también que la acusación no alcance a obtener la confirmación probatoria de su hipótesis; o, incluso, que esta sea desmontada por la actividad probatoria desarrollada por la defensa, acreditativa, bien de la coartada del acusado -la contra hipótesis por antonomasia-, bien de la concurrencia de hechos (como la legítima defensa, por ejemplo) que excluyan la responsabilidad criminal del acusado que derivaría en principio de la hipótesis de la acusación. Cualquiera de estos supuestos hará imposible la aplicación ulterior del precepto invocado por la acusación. En el curso de la actividad probatoria, pues, cada uno de los datos obtenidos deberá ser evaluado analíticamente en su eficacia demostrativa, a la luz (como veremos) de alguna máxima de experiencia; y el resultado de esa valoración habrá

de ser puesto a su vez en relación con el resultado de la valoración, asimismo individualizada, de cada uno de los restantes elementos de juicio.

4.1.3. Observaciones sobre la valoración de la prueba

Puede darse, aunque rara vez, el caso de un hecho muy simple, percibido directamente por un único testigo. En un caso como éste, la declaración del testigo versará directamente sobre el *thema probandum*, que será, él mismo, el objeto de prueba. Pero, por lo general, la prueba de la hipótesis acusatoria se plantea de forma indirecta. Es decir, el objeto de cada uno de los distintos medios de prueba no es directamente el hecho principal de la acusación, sino algún elemento secundario (por ejemplo, que el acusado fue visto saliendo de la casa en que se cometió el homicidio el mismo día en que este se produjo). Cada uno de estos hechos secundarios, si se considera acreditado, podrá servir a su vez como dato probatorio o base de una inferencia del conjunto de las dirigidas a la acreditación ulterior del hecho principal.

En este sentido, cada una de las afirmaciones sobre aspectos o elementos parciales del hecho principal en que es susceptible de descomponerse la acusación, en la medida en que su veracidad debe ser acreditada mediante concretos actos de prueba, constituye un objeto de prueba, que como tal ha de ser tratado en un primer momento de forma individualizada. Es decir, «la prueba» debe ser abordada como una serie de actos de prueba, practicados de forma relativamente independiente.

Cada uno de estos actos de prueba requiere del juez o de la juez una valoración específica, dotada a su vez de cierta complejidad. Por ejemplo, si se tratase de la identificación de un individuo por otro, será preciso tomar en consideración las particularidades de la «rueda» en que se produjo la identificación, la seguridad y firmeza de las manifestaciones de quien hizo el reconocimiento, la mayor o menor concordancia de los rasgos físicos del reconocido con los que el testigo describió en el momento de la denuncia, etc. El resultado de esas comprobaciones previas constituirá la base de la inferencia que permitirá, en su caso, al juez o a la juez pasar del elemento de prueba, aquí la afirmación positiva del testigo, al resultado de tener o no por producida la identificación. Así, las reglas particulares para la realización adecuada de la rueda de personas, contenidas en el

artículo 218 del Código Procesal Penal dominicano, influirán luego en la labor de interpretación y validación por el tribunal de este medio de prueba.

De esta forma, el juez o la juez debe formarse el criterio sobre el rendimiento de cada medio probatorio practicado, integrando al mismo tiempo estos elementos parciales de juicio en un juicio de conjunto sobre la hipótesis acusatoria, en función del comportamiento de ésta en el marco del contradictorio. La valoración de la prueba solo puede ser independiente, pues, de la valoración del rendimiento de cada medio de prueba en particular y del conjunto de todos ellos. Ese momento de valoración conjunta debe serlo del conjunto de los elementos de prueba previamente adquiridos de forma regular a través de cada medio de prueba, evaluado individualmente en su rendimiento específico. Es decir, la valoración conjunta de la prueba requerida en los artículos 172 y 333 del Código Procesal Penal dominicano, únicamente debe ser realizada al momento de la síntesis de lo aportado por una serie articulada de actos individuales de prueba.

Este modo de operar se separa netamente, pues, del representado por lo que en la praxis más tradicional de los tribunales españoles se conocía como «apreciación conjunta de la prueba», que venía a significar prácticamente, si no la eliminación completa de esa primera aproximación analítica al resultado de cada medio de prueba, sí su banalización, puesto que la valoración de la prueba se interpretaba como una especie de asunción global del resultado de la misma. De esta manera, los dos momentos de valoración a que hemos hecho referencia se veían sustituidos por una mera «impresión de conjunto», con la consiguiente pérdida de calidad racional de la valoración, incompatible con un modelo constitucional de la jurisdicción. Los mencionados artículos 172 y 333, hablan de la apreciación «integral» (artículo 333) y de la valoración «conjunta y armónica» de cada uno de los elementos de prueba, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia (artículo 172).

4.1.4. La inferencia inductiva del juez

El modo de operar judicialmente en la determinación de los hechos discurre, como resulta de lo que hemos dicho anteriormente, por los cauces de la inferencia inductiva, que es la que corresponde a una actividad cognoscitiva que se produce a partir de la experiencia y opera mediante el paso de unos enunciados particulares a otros igualmente particulares (ver 4.1.2).

La inferencia inductiva implica inevitablemente un «salto» de lo que se conoce –el resultado de un acto– a algo que todavía se desconoce: el modo en que se produjo. En esta clase de razonamiento no se dispone de una ley general de validez universal, cuya simple aplicación a un supuesto de hecho permitía extraer una conclusión absolutamente cierta. Por eso mismo es tan importante proceder de la manera que se ha dicho, puesto que solo si el paso anterior del razonamiento se ha dado con el máximo rigor, podrá intentarse el siguiente con alguna garantía de progreso en el conocimiento. Este necesario procedimiento inductivo, basado en el rigor analítico en el examen de cada dato y en cada paso del razonamiento, vale incluso para la llamada prueba directa, por las razones que veíamos en 4.1.1. No se trata solo de quien afirma ser testigo presencial de un hecho delictivo pueda mentir; es que también puede haber errado en su percepción inicial, o confundir su auténtica percepción sensorial con lo que no son más que inferencias inconscientes basadas en prejuicios o en reelaboraciones posteriores.

Por eso, el modo de proceder inductivo está reñido, no solo con la «apreciación conjunta de la prueba» en el sentido a que en el apartado anterior nos referíamos, sino también con la «certeza moral» o la «íntima convicción», en la medida en que, contra la exigencia de racionalidad inherente a un modelo constitucional, unas u otras expresiones encubran la ausencia de un eficaz control de la calidad demostrativa del resultado de cada uno de los medios probatorios puestos en juego en el juicio, incluidos los propuestos por la defensa en apoyo de sus contra hipótesis o contrapruebas.

En todo caso, hay que tener presente que el conocimiento así obtenido no puede aspirar a otra calidad que el conocimiento probable, que únicamente permite el acceso a un saber dotado de certeza práctica, y ello solo cuando se ha operado con el suficiente rigor en el manejo de los datos y en el encadenamiento sucesivo de las inferencias. Solo el razonamiento deductivo permite alcanzar una certidumbre absoluta; pero ello se debe a que el contenido informativo de la conclusión está ya implícitamente contenido en las premisas, de modo que solo la inducción permite avanzar en el conocimiento, como exige la toma de decisión judicial.

Es preciso, pues, ser consciente de los riesgos inherentes a las explicaciones probabilísticas propias del conocimiento inductivo, lo que obliga a extremar el rigor del razonamiento; pero también de que la decisión judicial en ningún caso puede aspirar a la seguridad

absoluta, sino solo a esa «certeza práctica», lo que es importante a la hora de manejar el concepto de «duda razonable» y el principio *in dubio pro reo*.

Esquemáticamente, pueden señalarse los siguientes rasgos distintivos de la inferencia judicial:

Tiene como antecedente remoto y externo al proceso un acaecimiento humano que rompe la normalidad y que interesa al derecho penal como posiblemente delictivo.

El punto de partida inmediato e interno al proceso es una hipótesis acusatoria, es decir, un enunciado que pretende ser explicativo de cómo se ha producido ese hecho.

Esa hipótesis debe ser contrastada mediante la actividad probatoria, durante la que se le confrontan con otras hipótesis alternativas que tienen la misma pretensión explicativa del cómo de lo ocurrido.

La hipótesis acusatoria puede considerarse válida si ha sido suficientemente confirmada; lo que exige, en general, una pluralidad de confirmaciones, coincidentes y no contradictorias.

La hipótesis acusatoria, para que pueda prevalecer, deberá resistir las contrapruebas que la defensa articule en apoyo de su hipótesis de explicación del hecho imputado. Puede suceder que una sola contraprueba eficaz baste para desvirtuar la hipótesis acusatoria, como ocurre en el caso de una verdadera coartada.

Para que prevalezca la hipótesis acusatoria no basta con que las pruebas que la sostienen hayan dado resultado positivo. Es preciso también que resulten eficazmente desvirtuadas las hipótesis alternativas de signo exculpatario (propuestas por la defensa o elaboradas por el juez). En otro caso, al subsistir dos hipótesis no desmentidas y de similar calidad explicativa, habrá de apreciarse la existencia de una duda razonable y optarse por la hipótesis favorable al acusado.

A mayor complejidad de la cadena de inferencias, menor será el grado de probabilidad de la inducción probatoria. Las pruebas son más eficaces, por más informativas, cuanto mayor es su contenido empírico.

4.1.5. Las máximas de experiencia

Ya se ha visto la referencia que hacen los artículos 172 y 333 del Código Procesal Penal dominicano a este elemento del razonamiento judicial en la valoración probatoria. Así, en el desarrollo de la inferencia inductiva desempeñan un papel central las llamadas máximas de experiencia. En una definición ya clásica, debida a F. Stein, las máximas de experiencia son «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, más allá de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos». En definitiva, las máximas de experiencia cumplen la función de traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio de certeza estadística, del *id quod plerumque accidit* («lo que de ordinario sucede»).

Las máximas de experiencia tienen un valor indiscutible como instrumentos idóneos para propiciar un control lógico del juicio en materia de hechos; pero no debe olvidarse que no pasan de ser generalizaciones empíricas, cuya aplicación autoriza a realizar inferencias que permiten llegar a conclusiones cuya calidad es de conocimiento probable. No son reglas legales de valoración ni proporcionan certeza absoluta.

Por otro lado, es evidente que no todas las máximas de experiencia tienen igual calidad explicativa. Muchas de las máximas de experiencia científicas o técnicas, como las que fundan la dactiloscopia, tienen una fiabilidad prácticamente total en el estado actual del conocimiento en la materia. Otras, en cambio, como muchas de las máximas de experiencia cotidiana, no pasan de ser criterios solo tendenciales del comportamiento humano, cuyo valor puede ser poco más que orientativo y no permitirían fundar en ellas exclusivamente una decisión.

El papel que corresponde a las máximas de experiencia en el razonamiento inductivo del juez o de la juez es el de servir de enlace, de puente de paso, entre los datos probatorios y los hechos probados. Es la aplicación de las máximas de experiencia, en cuanto a criterios empíricamente acreditados, lo que hace posible atribuir o negar con fundamento racional a cada uno de los resultados ofrecidos por los distintos medios de prueba practicados en el juicio valor demostrativo de alguna de las hipótesis objeto de controversia.

4.1.6. Observaciones sobre la redacción de los hechos probados

No terminan con lo dicho hasta ahora las exigencias que el rigor en la realización del juicio de hecho impone al juez o a la juez. Éstas se proyectan también sobre un momento cronológicamente posterior, pero no menos esencial: el de exposición escrita de la convicción a que se ha llegado mediante la redacción de los hechos probados. Nunca se insistirá lo suficiente en la importancia de que la plasmación de los hechos probados sea tan detallada y rica en matices como resulte posible, de que la misma contenga el máximo de contenido empírico y de que éste sea tratado descriptivamente como tal; todo ello, por supuesto, en lo que tenga auténtica relación con las hipótesis en controversia, aligerando el relato de elementos innecesarios.

No solo hay que evitar la anticipación de conceptos propiamente jurídicos, sino también eludir el forzamiento de la realidad para hacer más fácil su encaje en alguna definición legal. Se trata, en definitiva, de respetar la «autonomía de los hechos» en cuanto tales, por más que el tratamiento dado a los mismos durante el desarrollo de la actividad probatoria se oriente a la eventual aplicación de un precepto legal.

La praxis judicial española no es, en términos generales, ni mucho menos modélica en materia de redacción de hechos probados. Son demasiado frecuentes los relatos de hechos probados con períodos larguísimos, hipérbaton excesivo y sobreabundancia de incisos, oraciones subordinadas de relativo y paréntesis que dificultan la comprensión; así como el abuso de gerundios y el déficit o la total ausencia de puntos, unidos a la utilización indiscriminada y muchas veces incorrecta de las comas. De esta suerte, una sintaxis pretendidamente culta, pero en realidad incorrecta (a veces groseramente incorrecta) dificulta la inteligibilidad del relato y produce incluso anfibologías en puntos importantes, que no siempre pueden resolverse acudiendo al sentido que se desprende del contexto. Ello cuando no se incurre en la lamentable práctica de copiar literalmente el relato de hechos contenido en el escrito de acusación, como si nada relevante hubiera ocurrido en el juicio, y a veces aun a despecho de lo realmente ocurrido.

Debe recomendarse que, en la redacción de los hechos probados se haga uso en lo posible de frases breves, se eluda el léxico rebuscado y se respete el orden gramatical ordinario: sujeto-verbo-predicado-complementos. Debe buscarse también el orden y la gradualidad

en la introducción de los datos, en función de la propia dinámica y economía de la acción que tiene que describirse; todo de la manera que mejor favorezca la comprensión de lo narrado. Así, tendrán que aparecer claros, en primer plano, los datos precisos para ilustrar sobre el desarrollo de lo acontecido; desplazándose a un momento posterior la incorporación del resto de las informaciones de relevancia complementaria o de carácter formal, como las referencias a los antecedentes penales del acusado o al seguro obligatorio de los automóviles implicados en un hecho de la circulación.

La redacción de los hechos probados puede ofrecer especiales dificultades en algunos supuestos de sentencia absolutoria. En efecto, cuando no se ha llegado a probar la propia existencia del hecho principal imputado –el acto nuclear del tipo conforme al que se formuló la acusación– resulta difícil saber qué es lo que podría declararse probado. Es difícil que esto ocurra, porque normalmente los casos de este género no suelen pasar el filtro de la apertura del juicio oral. Sin embargo, no es tan raro que se pueda llegar a una situación de este tipo como consecuencia de la declaración de nulidad de un acto de investigación o de prueba por violación de un derecho fundamental o por infracción de un precepto legal de carácter imperativo con menoscabo de las garantías de la defensa, con la consiguiente exclusión probatoria directa o derivativa, que puede acabar redundando en la imposibilidad de tomar en consideración datos probatorios relevantes para la redacción de los hechos probados.

En supuestos de esta índole, la sentencia deberá contener como «hechos» la descripción de las vicisitudes de la actividad de investigación policial o de las de carácter procesal que han merecido la tacha de nulidad insubsanable determinante de la exclusión probatoria. De esta forma se hará inteligible la decisión y se permitirá la revisión de la misma en otra instancia con pleno conocimiento de causa.

En los supuestos menos frecuentes, es decir, cuando pese a la existencia de una actividad probatoria regular no cabe declarar probado ni siquiera el hecho principal de la acusación, cualquier relato de «hechos probados» resultará artificioso y forzado. Es importante, en cualquier caso, dejar constancia de los datos probatorios obtenidos en el proceso, razonando su insuficiencia para declarar probada la existencia de los hechos objeto de la acusación. De esta forma, no se fuerza la realidad consignando como «hechos probados» meros datos procesales o preprocesales, al tiempo que se posibilita al tribunal de apelación o de casación revisar la racionalidad del juicio sobre el resultado de la prueba.

4.2. El modo de proceder en la cuestión de derecho

4.2.1. Generalidades

Si el tratamiento de la cuestión de hecho debe responder a las reglas de la inferencia inductiva, el juicio de derecho ha de hacerlo a las de la inferencia deductiva. En él, una vez acreditado como realmente producido un comportamiento concreto, se trata de determinar si el mismo constituye efectivamente el supuesto de hecho previsto como base de la aplicación de un precepto legal; y, si la conclusión es positiva, se traducirá en una afirmación inculpatoria.

Como indica Ferrajoli, el juicio de derecho se resuelve en un silogismo de carácter teórico, dirigido –como la precedente inferencia inductiva– a establecer una verdad, en este caso no fáctica, sino jurídica. Para ello, el punto de partida se sitúa ahora en lo que fue antes conclusión del juicio fáctico, es decir, en el hecho que se declara probado. Si éste resulta subsumible, es decir, «clasificable», dentro de un tipo penal, porque contiene todos y cada uno de los elementos integrantes de la previsión normativa, entonces podrá decirse que el acusado ha cometido un delito determinado.

La corrección de la decisión depende del rigor con que se haya llevado a cabo la correspondiente inferencia, que tampoco puede ser arbitraria, sino que deberá ajustarse a las reglas de aplicación del lenguaje legal.

Como en el caso de la cuestión fáctica, al decidir sobre la cuestión de derecho el tribunal formula un enunciado en lenguaje asertivo (este hecho constituye tal delito), que es lo que hace que ese enunciado sea susceptible de ser declarado verdadero o falso. Todo esto en términos de inevitable relatividad, por el carácter siempre susceptible de discusión de las premisas, que es lo que da lugar a que sea imprescindible –como precondition de un juicio de derecho riguroso– que las definiciones legales de las conductas delictivas se hagan con minuciosidad y precisión descriptiva.

En esta fase de la decisión corresponde al juez o a la juez realizar una tarea habitualmente descrita como interpretación que, aunque de menos densidad problemática que la antes analizada en relación con el juicio de hecho, hoy está reconocida como notablemente compleja.

Como hemos visto, también en relación con la cuestión de hecho los jueces y tribunales realizan juicios jurídicos, como son los

relativos a la pertinencia y práctica de las pruebas o a la legalidad de determinadas actuaciones de investigación. Pero el que ahora se toma en consideración es el juicio de derecho por excelencia, es decir, el dirigido a decidir sobre el fondo, sobre la eventual relevancia penal de una conducta.

4.2.2. Observaciones sobre la interpretación judicial

Frente a la interpretación puramente doctrinal o científica, lo que singulariza a la interpretación judicial es que ésta se encuentra orientada a los hechos. Es decir, que en la interpretación judicial la norma y el hecho se interpelan recíprocamente; puesto que si el hecho es objeto de interés se debe, precisamente, a su posible significación jurídica (antijurídica) y si la norma cuenta es en la perspectiva del eventual carácter típico del hecho, o sea, de que pudiera hallarse comprendido en la previsión legal.

Ahora bien, si la determinación del hecho no resulta sencilla, como hemos visto, su calificación jurídica presenta también algunas particularidades dignas de relieve.

La primera es que el conjunto normativo en principio aplicable no suele estar constituido por un solo enunciado, lo que con frecuencia obligará a una previa tarea de selección, entre varios, del más pertinente al caso. Pero aún cuando el enunciado legal a considerar, en vista del hecho, sea uno solo, siempre seguirá planteándose la necesidad de una opción acerca de uno de sus posibles significados. En este sentido se ha dicho por Tarello que la norma no preexiste a la interpretación, sino que es el resultado de la actividad del intérprete. Este punto de vista es interesante, porque hace ver al aplicador judicial del derecho el auténtico alcance de la tarea que realiza y hasta dónde llega su extraordinaria responsabilidad, por el amplio margen de decisión que le corresponde por la naturaleza siempre abierta del texto recibido del legislador.

Importa hacer énfasis en este punto, porque no son pocas las posturas alegremente desproblematizadoras de la actividad de subsunción, es decir, de la operación de calificar jurídicamente un hecho probado, al considerarlo perteneciente a la clase de los descritos con carácter general en la norma-resultado del acto interpretativo. Lo cierto es que, como decía el juez Holmes, «las proposiciones generales no resuelven los casos concretos». De ahí que, incluso cuando se ha llegado a seleccionar la disposición aplicable y a establecer un significado concreto de la misma, la decisión sobre si el hecho concreto

enjuiciado encaja en ese significado normativo implica todavía una tarea reconstructiva que no tiene nada de mecánica ni de trivial y que en ocasiones ofrece un grado no pequeño de incertidumbre (un ejemplo claro sería la decisión sobre la proporcionalidad del medio en la legítima defensa). Eso, cuando el legislador no desplaza deliberadamente sobre los órganos judiciales la función de integrar el tipo penal mediante el uso de «conceptos abiertos».

Por la doble razón que acabamos de exponer (la dificultad de selección e interpretación de la norma y la dificultad de decidir si encaja en ella el hecho enjuiciado), es peligrosa la frecuente tendencia a dejar de lado o a restar importancia a esa dimensión -siempre en alguna medida creativa- de la aplicación judicial del derecho. En efecto, quizá con el propósito de no contribuir a potenciar una «creación judicial del Derecho», quienes menosprecian la importancia de estos problemas pueden contribuir a producir el resultado contrario al que pretenden, es decir, a estimular la realización de esa delicada tarea como algo mecánico y rutinario, y en consecuencia de manera irresponsable y con resultados nefastos de irracionalidad en el plano de la motivación.

Claro está que el rechazo del punto de vista formalista, que en su versión más extrema llegaría a asimilar la aplicación judicial del derecho al uso de la guía telefónica, no puede llevar a caer en el extremo contrario de un cierto «realismo judicial», para el que las leyes nada tendrían que decir por sí mismas ante el omnímodo poder de interpretación y de calificación de los jueces. Las dificultades que aumentan el poder discrecional de los jueces se dan sobre todo en los casos dudosos; y tan absurdo como negar que existen casos dudosos sería afirmar que todos lo sean, y menos en la misma medida.

Hay que recordar, por otra parte, que la interpretación de las disposiciones legales y la aplicación de las normas no se hacen en el vacío, sino en un contexto cultural determinado, del que forman parte precedentes jurisprudenciales, elaboraciones doctrinales y, en el caso de la justicia penal, los recursos que ofrece la dogmática, en particular la teoría del delito, que permite proceder analíticamente a la elaboración y calificación de los supuestos de hecho de forma altamente racionalizada, lo que disminuye el margen de pura discrecionalidad y facilita el control del acierto de la decisión judicial. Puede así concluirse este apartado, con el teórico español Alfonso Ruiz Miguel, diciendo que si la insuficiencia y multivocidad del lenguaje jurídico impiden mantener la idea de un significado objetivo de la norma que permita distinguir con claridad entre aplicación y creación judicial del derecho, tampoco deben exagerarse las dificultades hasta

creer que la existencia de lagunas o de ambigüedades impida decir que hay decisiones judiciales que aplican y se adecúan a criterios abstractos preexistentes (y otras que no).

5. LA MOTIVACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN

5.1. Generalidades

Como ha escrito el filósofo francés Paul Ricoeur, el motivo responde a la pregunta «¿por qué?»; tiene, por tanto, una función de explicación. Y el mismo filósofo añade que la explicación consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender.

En el campo que nos ocupa, aquello que se trata de explicar o de hacer comprender es un acto sumamente específico: un acto de autoridad que afecta a derechos. Ello confiere a la necesidad de explicar el porqué del sentido de ese acto una particular significación político-jurídica que tiene que ver con la legitimidad del mismo, como vimos en los apartados 1 y 2 de este mismo texto.

Dada esa función de legitimación, no resulta aceptable el intento de alguna doctrina de atribuir a la motivación una función simplemente descriptiva, en la que el juez o la juez trataría simplemente de dar cuenta, de hacer visible, el proceso lógico -psicológico, intelectivo-volitivo, desarrollado en su mente. No solo por la propia dificultad del empeño, que exigiría una extraordinaria capacidad de autoanálisis (y que probablemente resultaría imposible en los órganos colegiados); sino, sobre todo, porque la metodología de la actividad decisoria y de la propiamente motivadora de la decisión son esencialmente diferentes.

Como ha señalado Taruffo, el método de la decisión tiende a la búsqueda de la verdad mediante un proceso dialéctico en el que se verifican o refutan hipótesis; el método de la motivación parte de la decisión como dato a justificar y consiste en la elección y racionalización de los argumentos idóneos para que la decisión se considere válida.

Naturalmente, con esta distinción no pretendemos defender una concepción puramente irracional del proceso que lleva a la decisión, sobre el que, al contrario, nos hemos extendido ya en consideraciones racionalizadoras. Se trata simplemente de señalar que en la orientación y desarrollo del proceso decisorio entran en juego factores como la

intuición, la imaginación o la inventiva sobre cuyo modo de operar en el caso concreto sería absurdo e inútil pedir al juez un discurso.

De todas formas, como ya dijimos (*supra*, 3.3), aunque exista una autonomía metodológica entre decisión y motivación, cuando la decisión se adopta con la conciencia de que ha de ser motivada, el desarrollo del proceso decisional se ve afectado por la exigencia de justificación, de manera que ésta se proyecta anticipadamente sobre la decisión, bajo la forma de un control de racionalidad de todo el proceso que conduce a ella. Resulta evidente que el deber de motivar así concebido dota a las resoluciones judiciales de un grado de racionalidad que de otro modo no tendrían, y esto es lo que hace de la motivación un dispositivo de garantía.

En efecto, el deber de motivar implica un determinado tipo de jurisdicción, un modo de relacionarse ésta con los destinatarios de sus decisiones y, en definitiva, una cierta calidad de la actividad judicial. Es decir, jueces que no pueden decidir arbitrariamente, sino que están obligados a razonar las resoluciones que adoptan; unas resoluciones que, al menos en alguna medida, tienen que defenderse por sí mismas ante unos afectados que no están reducidos a la pasividad inerte frente a ellas y podrían discutir las. Y, como resultado, una jurisdicción que incorpora un principio de justificación racional de las actuaciones en que se expresa, admitiendo, en línea de principio, la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control.

Sería irrelevante que Watson y Crick explicaran en un congreso científico cómo llegaron a la hipótesis de la doble hélice como modelo de las cadenas de ADN (a lo que parece que no fue ajena una pura intuición estética); lo importante es que demostraran a posteriori, con argumentos científicos, que esa hipótesis era la única correcta. Lo mismo vale para la motivación judicial.

Este es el concepto de motivación que exige un modelo constitucional del proceso penal y que enriquece de forma sensible la significación de la organización judicial como articulación del Estado de Derecho. Por una parte, al ampliar el círculo de los destinatarios de la sentencia y atribuir a ésta también una función extraprocesal; por otra, al extender el ámbito de lo que debe justificarse, puesto que, si la motivación debe iluminar el campo de la decisión, tendrá que versar sobre todo aquello que es objeto de la misma: la cuestión de hecho y la cuestión de derecho.

5.2. Requisitos de la motivación

Los requisitos de la motivación vienen impuestos por su propia naturaleza y finalidades, a las que ya hemos hecho referencia. Esquemáticamente, pueden enumerarse del siguiente modo:

1.- **Concreción.** La motivación deberá discurrir directamente sobre los elementos constitutivos de las cuestiones problemáticas sometidas como tales a la decisión judicial y sobre las que debe versar la resolución. Éstas deberán ser abordadas de forma particularizada en algún momento del discurso motivador.

2.- **Suficiencia.** Debe tomarse en sentido cualitativo e implica la existencia de motivación en sentido más que formal. Si, como hemos visto, motivar es justificar, en la motivación tendrá que darse cuenta de las auténticas razones de la decisión y de todas las que han sido relevantes para adoptarla. En relación con este requisito, se ha especulado mucho sobre la extensión de la motivación, y es frecuente que se diga que puede ser sucinta, que no tiene que ser agotadora, etc. Con ello seguramente quiere aludirse a la inutilidad de pronunciarse en abstracto sobre una cuestión que depende en gran medida de la dificultad y complejidad del caso concreto. Cabe dar, sin embargo, un criterio general: el contenido de la motivación ha de ser tal que cubra toda la materia del juicio y que lo haga en términos tales que las razones de la decisión sean comprensibles para los destinatarios.

En cualquier caso, es importante tener claro que no se trata de una cuestión tanto de cantidad como de calidad. Puede haber resoluciones amplísimas, cargadas de erudición doctrinal y jurisprudencial y, sin embargo, paradójicamente inmotivadas desde el punto de vista de la motivación como ejercicio de racionalidad explicativa de la decisión. Por otra parte, teniendo en cuenta que el círculo de destinatarios de las sentencias se extiende más allá de las partes o de los directamente interesados o afectados por la misma, la suficiencia de la motivación exige que ésta incorpore los datos necesarios para que también resulte comprensible a personas que procesalmente tendrían la consideración de terceros.

3.- **Claridad.** De modo que pueda ser accesible al mayor número posible de los potenciales lectores (directos o a través de los medios de comunicación). La satisfacción de esta exigencia demanda como presupuesto que el imperativo de la claridad se haya hecho efectivo

previamente en la redacción de los hechos probados, donde nunca cabría invocar la excusa del tecnicismo, puesto que lo que se exige en este punto es un relato sencillo, ordenado y fluido, que recoja con la mayor plasticidad y rigor descriptivo posibles la secuencia de los acontecimientos que integran el supuesto fáctico, tal como el tribunal entiende que el mismo se produjo en su día. Al partir de tal presupuesto, es necesario que la motivación fáctica dé cuenta de los pasos representados por la serie de inferencias en que se funda la atribución de valor probatorio a determinados datos y, a partir de éstos, la consideración de algunos hechos como probados. Es necesario, además, y volveremos sobre ello, que la motivación constituya un todo estructurado, sin saltos en la exposición, para que resulte eficazmente explicativa.

4.- Coherencia. De tal forma que exista correspondencia entre los distintos planos en que se articula la sentencia. Es decir, que los hechos probados sean una derivación efectiva de la actividad probatoria que se ofrece como antecedente discursivo de los mismos, que los fundamentos de derecho tengan a los hechos probados como referente real y que la parte dispositiva tenga en unos y otros su verdadero presupuesto. Además, es imprescindible que ni en la relación entre esos planos ni dentro de cada uno de ellos se produzcan contradicciones; que lo que se presenta como conclusión de algunas premisas lo sea efectivamente y que se haya llegado a ella en virtud de un razonamiento correcto desde el punto de vista lógico.

5.- Congruencia con las peticiones de las partes. De manera que todas ellas, tanto las que resulten acogidas en la parte dispositiva como las que resulten rechazadas hallen cumplida respuesta en el texto de la motivación. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la congruencia de la motivación solo exige que se dé respuesta a las pretensiones de las partes, no necesariamente a cada una de las alegaciones o argumentos con que éstas las apoyan; y que en ocasiones, y con ciertos límites, puede ser válida una desestimación tácita de una pretensión, cuando ésta es incompatible con otra cuya acogida se ha motivado suficientemente (un buen ejemplo sería la innecesariedad de motivar el rechazo de la eximente de legítima defensa, si previamente se ha motivado ya la apreciación probatoria que conduce a declarar que el hecho consistió en una agresión unilateral del acusado).

5.3. Particularidades de la motivación de los hechos

Sin duda, el momento central de la motivación en materia de hechos, aunque no el único, es el relativo a la justificación del valor de convicción que se ha dado al resultado de cada uno de los medios de prueba practicados en el juicio. El valor que deba darse a cada uno de tales medios no está tasado jurídicamente, sino que se rige por el principio de la libre convicción, que hoy sólo puede entenderse como convicción racional.

En efecto, y contra lo que a veces se entiende, que se reconozca al tribunal un margen de apreciación discrecional no significa que el mismo no pueda ser justificable y mucho menos que no deba ser justificado, mediante una adecuada verbalización de los criterios de ponderación de que se ha hecho uso. La posibilidad de este tipo de motivación debería ser evidente, y no representa un obstáculo para ello que en la toma de decisión puedan interferir factores tan personalísimos como la intuición. Aun reconociendo el papel que ésta puede desempeñar como criterio de orientación, ni la intuición ni determinadas impresiones subjetivas intransferibles, que no puedan ser objeto de comunicación intersubjetiva, pueden constituir la base de la decisión en una justicia que, conforme a un modelo constitucional, venga obligada a legitimarse racionalmente.

En consecuencia, deberíamos tener claro que los jueces se encuentran obligados a justificar argumentalmente por qué se sirve o se renuncia al uso de determinado medio de prueba, por qué confieren o niegan valor a sus resultados o privilegian algunos de éstos sobre otros, y qué criterios de ponderación han utilizado en cada caso. En definitiva, en el ámbito de la motivación de los hechos, el tribunal dará cuenta de las opciones valorativas realizadas en los diversos momentos del proceso decisional. Sobre todo, de aquellas que no están jurídicamente vinculadas y son, por ende, más personales y más libres. Por ello deben ser filtradas con un cuidado especial.

Insistimos: la concepción racional de la libre convicción, cuando se profesa seriamente, preactúa sobre el curso del razonamiento como filtro para evitar una sobrevaloración de aquellas apreciaciones subjetivas cuyo rendimiento en el plano cognoscitivo debe ser cuidadosamente examinado. No es que en un juicio informado por el criterio de la libre convicción racional esas apreciaciones subjetivas no tengan ningún lugar, es que ocuparán el que realmente les corresponde. Porque no es ilegítimo que a un juez o una juez

les inspire especial confianza el modo de mirar o de expresarse de un determinado testigo, pero no parece necesario decir que esa sola impresión subjetiva no debe bastar para convertir ese dato en el fundamento de una condena.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que la relevancia constitucional de la motivación del relato fáctico es aún mayor en las sentencias penales que en las de otros órdenes jurisdiccionales; puesto que en el ámbito penal la motivación no se conecta solo con el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también, cuando la decisión es de condena, con otros derechos fundamentales, singularmente la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal.

Esta plural dimensión constitucional que reviste la motivación fáctica de las sentencias penales condenatorias ha sido puesta de relieve en una serie de resoluciones por el Tribunal Constitucional español (sentencias 5/2000, de 17 de enero, 139/2000, de 29 de mayo, y 249/2000, de 30 de octubre). Por su interés general, reproducimos parcialmente el tercer fundamento de la última sentencia mencionada, suprimiendo citas intercaladas:

No está de más reiterar aquí la exigencia de motivación de las resoluciones que se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta exigencia, según hemos dicho, es mayor cuando se conecta, no sólo a la tutela judicial efectiva, sino también a otro derecho fundamental (...).

En este sentido, el Tribunal Constitucional dominicano, en su sentencia TC/0009/13, del 11 de febrero, haciendo referencia al deber de motivar las decisiones judiciales, dijo:

... consideramos que la obligación de motivar las resoluciones de una forma expresa, clara, completa y lógica debe permitir la configuración de una metodología racional de análisis que permita identificar, de una forma inequívoca y directa, los motivos y razonamientos que han servido de fundamento para la toma de una decisión judicial, cuya aplicación debe guardar relación con la naturaleza propia de cada caso, aún (sic) cuando se trate de declarar la inadmisibilidad del recurso de casación, pues tal obligación no solo debe quedar extrapolada al ámbito de los casos complejos, sino que además, en virtud de la aplicación de la garantía constitucional del debido proceso, deben aplicarse a los casos que pudieran considerarse simples.

En consecuencia, hemos destacado recientemente (...) la relevancia constitucional de la motivación del relato fáctico de las sentencias

penales, pues, en efecto, su total ausencia afecta al derecho a la presunción de inocencia (...), por cuanto la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente la condena penal, constituye un factor relevante no solo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al respecto, sino también de que este tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo. Es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado. De manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba a cargo -presunción de inocencia- y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales, hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica.

Dicho de otro modo (...) los tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. La garantía que examinamos es exigible, no solo en los supuestos de condena basada en prueba de indicios (...), sino también en la denominada prueba directa (...), pues también ésta, para ser conectada con los hechos probados, requiere, en muchas ocasiones, una interpretación o inferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el tribunal deberá explicarse y explicar el porqué de excluir de su valoración determinados datos y de dar relevancia a otros. Y qué criterios -máximas de experiencia- le han llevado a atribuir a algunos de esos datos la condición de probatorios, es decir, de antecedente lógico y procesal de los hechos probados. En resumen, parece que lo exigible en materia de motivación de hechos en un modelo constitucional de sentencia es que en ella se exprese analíticamente: la ilicitud, si es el caso, de un determinado medio de prueba, que determina su rechazo como tal e impide

entrar en la valoración de su resultado; el porqué de que se haya conferido eficacia probatoria a actividades no practicadas en el acto del juicio, si es que tal cosa ha ocurrido; los datos fundamentales de relevancia probatoria producidos en el acto del juicio (lo manifestado por el acusado, lo declarado por los testigos o peritos, el contenido de ciertos documentos...) y la razón de esa relevancia. Todo ello de forma sintética (no se trata de reproducir o suplantar el acta del juicio), pero clara e inteligible para terceros; los datos que, a pesar de haberse producido como resultado de la práctica de un medio de prueba no van a gozar de valor probatorio y por qué; las máximas de experiencia o criterios de evaluación tenidos en cuenta.

5.4. La motivación en derecho

Si en materia de hechos el modelo tradicional de sentencia escatima o prescinde por completo de la exposición de las razones fundantes de la decisión, los fundamentos de derecho han solido entenderse conforme a una concepción esencialmente mecánica de la labor interpretativa y aplicativa del juez. Conforme a una práctica muy extendida -a la que parece responder la regulación legal dominicana- bastaría yuxtaponer al hecho declarado probado una norma de derecho para entender realizada la subsunción. Y, a lo sumo, aderezar esta operación con algún ejercicio de erudición jurisprudencial, exento de pretensiones explicativas y más utilizado como argumento de autoridad.

Con esta práctica, los hechos, declarados probados de forma apodíctica y oracular, eran valorados jurídicamente de la misma manera. Hemos visto, sin embargo, que la labor judicial de interpretación y aplicación del derecho, en la perspectiva de dar solución a una situación conflictiva, es algo bastante más complejo (supra, 4.2.2). Por eso, la fundamentación en derecho solo puede considerarse correcta cuando incorpora una exposición de las razones tenidas en cuenta para dar cada uno de los pasos que componen este segmento de la resolución, tanto en relación con la calificación de los hechos probados como con la categoría de autoría o participación por la que haya de responder el acusado y con la presencia o no de circunstancias eximentes o modificativas de responsabilidad criminal.

Por lo tanto, en esta área de la motivación de la sentencia habrá de dejarse constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación y después explicarse el proceso de subsunción, o sea, por qué se entiende que un determinado acto individual debe ser reconducido a una categoría legal de supuestos y no a otra.

La presentación de este momento como ulterior al de determinación de los hechos probados no implica la existencia de una rígida sucesión de planos temporales en el proceso de formación de la sentencia. Con frecuencia, en el momento de razonar la aplicación de la norma que se considera pertinente al caso ya analizado, nos daremos cuenta de la necesidad de volver sobre éste para perfilar mejor sus caracteres en la perspectiva de la aplicación de la norma; eventualmente con la consecuencia de tener que revisar el juicio de subsunción, porque esos caracteres no se ajustan a las exigencias del tipo en cuestión. Esta es una razón más para no tratar mecánicamente la motivación en derecho.

Por otra parte, no puede desconocerse que junto a casos «fáciles» en su tratamiento jurídico, existen casos «difíciles», que son, sobre todo, aquellos en los que el legislador -ya sea deliberadamente, por la imposibilidad de acceder a un mayor nivel de precisión semántica, por simple defecto de técnica legislativa- delega objetivamente en los tribunales una parte de la función de tipificación, mediante el uso de términos ambiguos, de conceptos vagos o de categorías abiertas. En tales supuestos, a mayor indeterminación de la previsión legislativa, al incrementarse la capacidad de apreciación judicial, crece el margen abierto a la discrecionalidad y por tanto el poder del juez y, por tanto, el nivel de responsabilidad de su decisión y, consiguientemente la necesidad de autocontrol. En estos casos la opción en derecho habrá de ser más cuidadosa y su justificación mediante la motivación habrá de ser tan explícita y rigurosa como sea posible.

En todos los supuestos, del mismo modo que tratándose de la cuestión de hecho, resulta exigible la referencia a la máxima de experiencia que fue usada como clave de lectura de los datos probatorios, aquí será necesario hacer explícitos los criterios reguladores conforme a los cuales se produce la integración que permite considerar un determinado hecho como comprendido dentro de la previsión normativa.

La motivación de la decisión adoptada sobre la cuestión de derecho ha de extenderse también al pronunciamiento sobre la extensión de la pena impuesta, en la medida en que ésta no venga taxativamente determinada por la Ley (como ocurre cuando se opta por imponer la pena en su extensión mínima) y, especialmente, cuando para individualizar la pena se haga uso de criterios legales tan susceptibles de un uso arbitrario como «las circunstancias del hecho y de la persona de su autor», en términos del artículo 114 del Anteproyecto

de Nuevo Código Penal español. En estos casos, si en función de tales circunstancias se considera necesario imponer una pena superior al mínimo legal, será especialmente necesario justificarlo de una forma razonada, argumentada y convincente. Nunca acudiendo a la vía de las fórmulas estereotipadas, que constituye un auténtico «fraude de motivación».

5.5. Algunas clases particulares de motivación

5.5.1. Motivación implícita

La motivación implícita sólo puede operar respecto de algún tramo o aspecto parcial de la justificación de una determinada decisión. Porque es evidente que si el nudo central de la argumentación, que constituye la base de la decisión, carece de expresión suficiente, se daría más bien un supuesto de pura y simple falta de motivación.

El límite de lo que resulta admisible en materia de motivación implícita está en conexión directa con la exigencia de que la sentencia resulte inteligible no solo para las partes sino también para terceros. Así, será posible dar por supuesto algún tramo de la argumentación, en tanto ello no perjudique la comprensión de la resolución desde fuera. Esto puede no plantear problema alguno tratándose de aspectos de la fundamentación relativos a cuestiones accesorias, pero será normalmente muy problemático cuando afecte a aspectos centrales del asunto debatido. En todo caso, al ser una cuestión de grado y eminentemente circunstancial, es muy difícil tratar de sentar reglas generales.

En buena técnica motivadora, toda motivación debería ser explícita. O al menos tan explícita como resulte necesario para que un lector ajeno a la causa pueda comprender la sentencia de que se trate. No se trata, claro está, de postular una suerte de motivación diabólica por exhaustiva, que resultaría torturadora para la persona obligada a redactarla, además de en buena medida inútil. Así, si se debe dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por las partes, no habrá que hacerlo en todos los casos con la misma intensidad. De este modo, cuando se trate de cuestiones secundarias cuya solución dependa estrictamente de la que se dé a otra principal, podrá ser suficiente con que esta se razone lo bastante de forma expresa para entender que aquélla ha sido también respondida (es el caso de la desestimación tácita a que nos referíamos supra, en el apartado 5.2, al hablar del requisito de congruencia).

La invocación de la motivación implícita es, en España, un recurso muy utilizado por los tribunales de apelación y casación, incluso por el Tribunal Constitucional, para evitar la declaración de nulidades por defecto de motivación. Pero al razonar así se incurre en lo que coloquialmente se llama «hacer de la necesidad virtud» y se corre el riesgo de desvirtuar el verdadero significado de la exigencia de motivación. La subrogación de otro tribunal en la motivación que debió hacer el que conoció primeramente del caso es una pura ficción, en especial cuando se refiere a la valoración probatoria, y mucho más si la motivación omitida debería recomponerse mediante la lectura de las actas del proceso.

5.5.2. Motivación por remisión

Hay motivación por remisión o *per relationem*, escribe Taruffo, cuando sobre un punto ya decidido el tribunal no elabora una justificación ad hoc, sino que se remite a la justificación contenida en otra sentencia.

El mismo autor distingue dos modalidades posibles de motivación *per relationem*, según que el reenvío se haga a la sentencia objeto de examen por razón de un recurso, o bien a la sentencia o sentencias dictada en otro u otros asuntos por el mismo tribunal, es decir, mediante la referencia a un precedente.

En materia de recursos, la motivación por remisión, en España se adquirió la fórmula de confirmar una resolución recurrida «por sus propios fundamentos» no resulta adecuada, al menos en línea de principio, si se considera que la petición implícita en todo recurso es, precisamente, que se juzgue la corrección del juicio emitido por otro tribunal. Es decir, que se examine y se descomponga analíticamente todo el discurso lógico-argumental que sirve de sustrato a la resolución impugnada, para verificar su coherencia y consistencia y si cuenta o no con el apoyo probatorio que da por existente. De este modo, si la sentencia impugnada se encuentra satisfactoriamente fundada, el órgano del recurso habrá de explicar concretamente por qué lo considera así.

La motivación por remisión es especialmente frecuente en la decisión sobre recursos en los que lo que se cuestiona es la valoración de la prueba, y se produce mediante la atribución del máximo valor al criterio del órgano de la instancia, generalmente con el argumento de que éste ha gozado de inmediatez. Ocurre, sin embargo, aparte de

que la sola inmediación no confiere sin más racionalidad a la inferencia inductiva, que esa racionalidad debería resultar evidente, precisamente a través de la motivación, ya en la sentencia recurrida. Y declararse, con el debido soporte argumental, por qué se estima que ha sido así en la sentencia resolutoria del recurso. De otro modo, la inmediación pasa de ser una garantía instrumental a convertirse en una coartada retórica para el decisionismo judicial; y la motivación fundada en la inmediación se convierte en motivación puramente aparente.

La otra modalidad de motivación por remisión, el recurso al precedente, puede ser admisible con ciertos límites, cuando la cuestión decidida es puramente jurídica. Y siempre tiene el inconveniente de que dificulta la inteligibilidad de la sentencia por terceros, que no tienen por qué conocer el desarrollo del proceso concreto, ni siquiera la doctrina jurisprudencial en la materia, que, además, nunca suele ser tan unívoca y claramente establecida como para que pueda bastar una remisión genérica a la misma.

5.5.3. Motivación aparente

Existe motivación aparente cuando la sentencia, no obstante incluir una exposición en apoyo o justificación de la decisión, en realidad elude dar cuenta de las razones de ésta, de manera que lo decidido no se desprende de lo argumentado, o cuando la relación entre esto y aquello es puramente superficial y no explicativa.

La motivación aparente se da con mucha frecuencia en materia de hechos, cuando el juez o tribunal se refugia en una genérica remisión a la prueba practicada a su presencia. Y también se da en materia de derecho, cuando la motivación se limita a decir que los hechos probados son constitutivos de tal o cual delito. Aunque la subsunción sea sencilla, una cuestión sencilla exigirá una motivación sencilla, pero no justifica la ausencia de motivación. En este apartado interesa, por último, llamar la atención sobre un vicio consistente en la sobrecargar de las resoluciones -ahora con el auxilio de la informática- de referencias jurídicas eruditas, con frecuencia perfectamente inútiles para la resolución del caso, mientras se escatima el análisis de los resultados probatorios, que es donde con más frecuencia incide la motivación aparente.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: PROPUESTA DE ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Al partir de las consideraciones que hemos ido examinando en los apartados anteriores, podemos llegar, como conclusión y resumen, a una propuesta de sentencia ajustada al modelo constitucional, que se articularía en los siguientes apartados:

- Encabezamiento;
- Antecedentes procesales;
- Hechos probados;
- Motivación sobre los hechos;
- Fundamentos de derecho;
- Parte dispositiva.

En el encabezamiento se conservaría el contenido tradicional, es decir, la identificación del tribunal, del proceso, de las partes, la indicación del delito imputado y de las circunstancias personales del acusado. Los antecedentes procesales darían cuenta de los presupuestos probatorios de los hechos, en su caso con referencia a las vicisitudes producidas en ámbitos institucionales: policial-pre procesal o procesal propiamente dicho. Como hemos visto (*supra*, 2.2), aquí debería hacerse expresión -de manera sintética, pero suficientemente expresiva- del modo en que se encuentra recogido con bastante claridad en el artículo 192 del vigente Código Procesal Penal italiano: "El juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados". En la República Dominicana, el legislador ha previsto en el Código Procesal Penal en su artículo 172, que:

El juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, y está en la obligación de explicar las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba.

Cuando en el contenido de la motivación fáctica se advierte que se ha producido una contradicción en lo tocante a la prueba, la redacción de este apartado debe estar presidida por un esfuerzo descriptivo de

lo aportado por cada medio de prueba. Dejando también constancia de los datos o elementos de juicio procedentes de la fase anterior del proceso que se consideren susceptibles de valoración. Este es también el espacio adecuado para transcribir el contenido de las calificaciones definitivas de acusación y defensa.

En la redacción de los hechos probados habrá de prevalecer idéntico rigor descriptivo, con traducción inmediata en el plano del lenguaje, y muy en particular en el de la sintaxis (supra, 4.1.6).

Partiendo de la información sobre las vicisitudes de la prueba contenida en los antecedentes, la motivación sobre los hechos es el espacio en el que se debe dejar constancia crítica razonada: de la eventual ilicitud de un medio de prueba y del porqué de tal consideración y consecuencias reflejas de la misma; del rendimiento atribuido a cada medio probatorio y de la razón de haberlo hechos así; del porqué de la inferencia de un cierto dato a partir de otro u otros y de la máxima de experiencia que permite dar ese paso. Y, tras la apreciación analítica, la necesaria evaluación sintética, y, a ambos niveles, la correspondiente justificación (supra 5.3).

Los fundamentos de derecho, por último, no deberían suscitar especiales dificultades, porque son la parte de la sentencia para cuya elaboración la cultura jurídica recibida brinda a los y las jueces más y mejores recursos (supra 5.4). Basta recordar la necesidad de que no quede sin motivar en derecho ninguna de las decisiones adoptadas en la parte dispositiva de la sentencia.





CAPÍTULO XII

SISTEMA DE EJECUCIÓN
PENAL DE LA REPÚBLICA
DOMINICANA Y LA
CONSTITUCIÓN

Autor: Luis Fernández Arévalo



SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA Y LA CONSTITUCIÓN

Autor: Luis Fernández Arévalo

1. EJECUCIÓN PENAL: CONCEPTO Y NATURALEZA

La voz ejecución se define por el Diccionario de la Academia Española como la acción y efecto de ejecutar; y a su vez ejecutar -derivado del latín, *exsequutus*, participio de *exsequi*, perseguir hasta el final- se entiende en su acepción común, según el Diccionario María Moliner, como hacer una cosa ideada o proyectada por el mismo que la hace o por otro; y en su acepción jurídica procesal, la ejecución se concibe el conjunto de actos protagonizados por los órganos del Estado facultados legalmente al efecto, encaminados a materializar y hacer cumplir los pronunciamientos adoptados en el fallo de una sentencia condenatoria. La ejecución penal es, consecuentemente, la actividad desplegada por los órganos estatales facultados legalmente en orden a hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal condenatoria y firme.

La naturaleza de la ejecución penal, y muy particularmente en lo concerniente a la ejecución de las penas privativas de libertad, constituye punto de conflicto de varias corrientes y teorías. Así, un sector doctrinal ha venido sosteniendo la naturaleza no jurisdiccional, sino material o administrativa, de la ejecución penal: así en Italia, Santoro, y en España, Gutiérrez de Cabiedes. Para esta corriente, la cosa juzgada penal determina el pase definitivo de la sanción penal al derecho administrativo, constituyendo

el punto y final del proceso penal, e inicio de una actividad netamente administrativa, sin perjuicio de la intervención judicial a través de un control jurisdiccional en incidentes puntuales.

Para un segundo sector, la ejecución penal constituye una actividad procesal. Esta línea toma como punto de partida a Marsich y es desarrollada en un primer momento por Carnelutti, sosteniendo que el proceso penal no acaba en el momento en que una sentencia penal condenatoria adquiere firmeza, sino que continúa hasta la completa extinción de la pena; en este sentido, la ejecución tiene una inequívoca naturaleza procesal, pero no jurisdiccional. En España ha mantenido esta línea Fairen, quien viene a calificar la intervención de la administración como una manifestación de jurisdicción delegada, que no excluye la intervención directiva o supervisora de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, existe una tercera corriente que afirma la naturaleza mixta de la ejecución penal. En Italia, Manzini, Falchi, Catelani y Leone; en España, a partir de Gómez Orbaneja, la doctrina tradicionalmente siempre ha venido interpretando que en el diseño de la fase de ejecución del proceso penal eran diferenciables dos aspectos, denominados, respectivamente, ejecución y cumplimiento: el primero, ejecución de las sentencias, tarea que correspondía a los órganos jurisdiccionales; el segunda, cumplimiento material de las penas privativas de libertad, que correspondía a la administración.

En España, la potestad jurisdiccional se define constitucionalmente como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales. Así, el art. 117.3 de la Constitución española, -en lo sucesivo CE- señala que: "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

Tomando este precepto como punto de partida, la diferenciación entre la actividad de ejecución de las sentencias y la del cumplimiento de las penas adquiere plena vigencia, así pues, la configuración de la ejecución de la sentencia penal como una actividad netamente jurisdiccional, en su manifestación de hacer ejecutar lo juzgado, aparece,, como un imperativo constitucional; y frente a la ejecución de la sentencia penal -ejecución penal en su denominación doctrinal española-, el cumplimiento material de las penas privativas de libertad

se asigna a los servicios administrativos de prisiones o instituciones penitenciarias, resultando ser así pues una actividad netamente administrativa, no conforme a un imperativo constitucional, pero sí en el terreno de la legalidad ordinaria, lo que además se acomoda a la naturaleza de las cosas.

Conviene precisar que el cumplimiento material de las penas forma parte de una actividad más amplia, que recibe la denominación de actividad penitenciaria, que podemos conceptualizar como aquella actividad desplegada por los servicios administrativos de prisiones (que en España reciben la denominación de instituciones penitenciarias), que tiene como finalidades, en primer lugar, la retención y custodia de los reclusos, con independencia de su condición procesal (es decir, detenidos, presos, pensados y en muchos países sentenciados sujetos a medidas de seguridad de internamiento), asegurando la convivencia ordenada y el buen orden de los establecimientos; en segundo lugar, la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad de dicha naturaleza; y finalmente, desarrollar un programa de prestaciones asistenciales a favor de los reclusos, durante el periodo de su internamiento y en su caso, tras su excarcelación. La primera parcela de la actividad penitenciaria recibe la denominación de régimen penitenciario; la segunda, la de tratamiento penitenciario, y la tercera, la de área prestacional o asistencial.¹

El examen de la normativa constitucional dominicana derogada permitía concluir que hasta 2015, no existían imperativos constitucionales que configurasen la ejecución penal –ejecución de los pronunciamientos contenidos en una sentencia penal– como una actividad jurisdiccional. Así, ni en las constituciones de la República Dominicana de 1994, ni en la de 2002, existió una definición genérica de la potestad jurisdiccional análoga a la establecida por el art. 117.3 CE que incluyera la manifestación de hacer ejecutar lo juzgado. La situación se ha visto sustancialmente modificada a partir de la nueva Constitución de la República Dominicana de 2010, cuyo Art. 149, en el inciso primero de su párrafo primero, establece que: “la función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.” Este precepto se mantiene en la vigente Constitución de la República Dominicana

¹ Así, el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria –en lo sucesivo LOGP–, señala que: “las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y pensados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”; agregando el art. 79 LOGP que “corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria”.

de 2015 -en lo sucesivo CRD-. No obstante, al abordarse en la CRD el marco competencial de la Suprema Corte de Justicia -art. 154 CRD-, y de las cortes de apelación -art. 159 CRD- se restringen sus respectivas actividades jurisdiccionales al conocimiento de determinadas causas, término este que al menos en la literatura española es equivalente al de enjuiciamiento, sin que se configure como actividad jurisdiccional la competencia de ejecución de los pronunciamientos contenidos en la sentencia; y por otro lado, la regulación del marco competencial de los restantes órganos judiciales por la CRD se defiende a un posterior desarrollo por parte de la legalidad ordinaria -art. 160- para los juzgados de primera instancia; art. 162 para los juzgados de paz. Pero, en definitiva, puede afirmarse que la previsión del Art. 149-I CRD configura un imperativo constitucional dominicano que atribuye a los órganos judiciales de la República la potestad de ejecución de sus pronunciamientos.

Y por otro lado, en el plano de la legalidad dominicana ordinaria, viene a confirmarse la jurisdiccionalidad de la ejecución en el art. 57-I del Código Procesal Penal de la República Dominicana aprobado por la Ley núm. 76-02 -en lo sucesivo CPP-, que establece que: "es de la competencia exclusiva y universal de las jurisdicciones penales el conocimiento y fallo de todas las acciones y omisiones punibles previstas en el Código Penal y en la legislación penal especial, y la ejecución de sus sentencias y resoluciones, según lo establece este código".

Frente a la noción de ejecución de la sentencia penal, entendida como ejecución penal, se alzaba el concepto de cumplimiento de las penas, integrado en el concepto más amplio de la actividad penitenciaria; pues bien, tal y como sucede en España, y prácticamente en todos los ordenamientos modernos, el sistema penitenciario dominicano se configura sobre la base de la naturaleza eminentemente administrativa de su actividad, dirigida por la Dirección General de Prisiones, si bien con la peculiaridad de su dependencia orgánica de la Procuraduría General de la República -art. 6 de la Ley núm. 224 Sobre Régimen Penitenciario, del 26 de junio de 1984 (G.O. 9640), en lo sucesivo LRP.

A partir de aquí, esto es, de las nociones de ejecución penal o ejecución jurisdiccional de las sentencias penales, cumplimiento material de las penas o ejecución administrativa de las penas (integrado en el concepto más amplio de la actividad penitenciaria), aparece una tercera noción, a saber, la de control judicial de la ejecución administrativa de las penas, que a su vez se integra en la noción más amplia de control judicial de la actividad penitenciaria.

En España este concepto nace de tres imperativos constitucionales, a saber:

*En primer lugar, el principio de conservación de derechos fundamentales de los reclusos, consagrado en el inciso segundo del art. 25.2 CE, que establece que: “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.*²

En el sistema dominicano el art. 68 CRD establece las garantías de los derechos fundamentales, disponiendo que: “la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley”. Por consiguiente, es predicable de los reclusos, que tras su ingreso en prisión conservan todos sus derechos excepto el de la libertad y restantes no afectados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria. Esta interpretación viene a confirmarse por el art. 436 CPP –redacción introducida por reforma legal de 2015–, que establece que: “el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este código, y no puede aplicársele mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley”.

En segundo lugar, las previsiones constitucionales de tutela judicial de derechos. Así, en España, el Art. 24.1 CE establece que: “todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, y el art. 53.2 CE, que dispone: “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la sección 1.^a del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso,

² Conforme al art. 3 LOGP “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: Uno. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. Dos. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión. Tres. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones. Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos. Cinco. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre”.

a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30”.

En el sistema dominicano, el art. 69 CRD establece el derecho a la tutela judicial efectiva, estableciendo a los efectos que aquí interesan que: “toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación: 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita; 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley...”. Las personas privadas de libertad conservan sus derechos al *habeas data* -Art. 70- *habeas corpus* -art. 71 y la acción de amparo consagrada en el art. 72 CRD, que establece que: “Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales-, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades”. Obsérvense los dos niveles de protección: la de derechos fundamentales (Art. 72 CRD y ordinarios. Art. 69 CRD).

Finalmente, en el sistema español, el principio de control judicial de la actividad de las administraciones públicas, consagrado en el art. 106.1 CE, que dispone que: “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”, siendo así que las instituciones penitenciarias no pueden quedar excluidas de este principio. En el sistema dominicano, el art. 139 CRD consagra ese control de legalidad de la Administración Pública, al establecer que: “Los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la Administración Pública. La ciudadanía puede requerir ese control a través de los procedimientos establecidos por la ley”. Sobre estas bases constitucionales, encuentra perfecto encaje el control judicial del cumplimiento de la pena, sino también de la totalidad de la actividad de la administración penitenciaria.

Y de esta forma, en la ejecución de las penas vienen a confluír tres actividades: la ejecución jurisdiccional o ejecución *stricto sensu*, el cumplimiento o ejecución administrativa de las penas, y el control judicial de ejecución administrativa de las penas, como proyección esta última del concepto más amplio del control judicial de la actividad penitenciaria.

2. CONTENIDO DE LA EJECUCIÓN PENAL EN ATENCIÓN A LA PLURALIDAD DE LOS PRONUNCIAMIENTOS CONTENIDOS EN LAS SENTENCIAS PENALES

Concebida la ejecución penal como aquel conjunto de actividades encaminadas a la actuación de los pronunciamientos contenidos en los fallos de las sentencias penales, la índole variada de dichos pronunciamientos determina contenidos diversos o proyecciones plurales de la ejecución penal, según la naturaleza de aquellos. Dichos pronunciamientos pueden clasificarse en el Sistema Penal español así: consecuencias penales y consecuencias civiles del delito; a su vez, dentro de las consecuencias penales se distingue entre principales, y accesorias. No obstante, en el sistema de ejecución dominicano la ejecución penal se extiende a dos medidas penales no incluidas en las categorías anteriores; el de la suspensión condicional del procedimiento penal, y el del perdón judicial. A ello se agrega un tercer ámbito específico dominicano, correspondiente a una alternativa del proceso penal: el de la suspensión condicional del procedimiento.

2.1. Las consecuencias penales principales del delito: penas y medidas de seguridad

Así, el primero de los contenidos de las sentencias penales condenatorias suele ser, de considerarse probados los hechos como constitutivos de infracción penal, la imposición de penas y de medidas de seguridad, que aparecen, así como las consecuencias principales del delito, imponibles en sentencia.

2.1.1. Penas

Respecto del concepto de pena, siguiendo a Cuello Calón, podemos definirla como la privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al culpable de una infracción penal. Desaparecidas en el derecho penal moderno las penas corporales, actualmente las penas pueden ser

privativas de libertad, privativas de derechos, y pecuniarias.³ En su Art. 32, el Código Penal español –en lo sucesivo CPE– así lo reconoce, cuando dispone que: “las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa”; y posteriormente las clasificará conforme a su duración como penas graves, menos graves y leves (Art. 33 CP).

A su vez, en el sistema penal dominicano, el art. 25 del Código Penal de la República Dominicana aprobado por Ley núm. 550-14 (en lo sucesivo CPD) establece la clasificación de penas, indicando que: “según el bien jurídico afectado, las penas aplicables conforme a este código son las siguientes: 1) Pena privativa o restrictiva de libertad, que comprenden la prisión mayor y la prisión menor. 2) Pena privativa o restrictiva de derecho, que comprenden las diversas penas complementarias. 3) Pena pecuniaria o multa. 4) Medida de seguimiento socio-judicial”.

2.1.1.1. Penas privativas de libertad

En cuanto a las penas privativas de libertad, en el sistema español son tales las de prisión permanente revisable –que luego desarrollará el CPE en sus arts. 36.1, 78 bis y 92–, de prisión –que regula en el art. 36.2 CPE–, localización permanente –que aborda en su art. 37 CPE– y la de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa –que se examina en el art. 53 CPE. Así, el art. 35 CPE establece que: “son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código”. A su vez, en el sistema dominicano el art. 25.1 CPD las limita a prisión mayor (luego desarrollada en el art. art. 27 CPD) y menor (a su vez contemplada en su art. 33).

El CPD no incluye ni las penas de prisión permanente revisable ni la localización permanente, ni la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas en su catálogo de penas privativas de libertad propiamente dichas. No obstante, en su art. 29 regula el procedimiento en caso de insolvencia de imponerse las multas correspondientes a infracciones graves, disponiendo que: “si el condenado es insolvente o

³ El CPE no facilita un concepto de pena, pero sí uno negativo, excluyendo del mismo determinadas figuras. En su art. 34 establece que: “no se reputarán penas: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal. 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas”.

no paga la multa impuesta, el juez de ejecución de la pena procederá según lo previsto en el Código Procesal Penal. Párrafo. Cuando sea necesario convertir la multa dejada de pagar en prisión, el tribunal de la ejecución de la pena fijará la modalidad y el monto de la compensación, conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Penal. La prisión impuesta en estas circunstancias no será nunca mayor de dos años de prisión". Respecto de las multas impuestas por delitos menos graves y leves, los arts. 35 y 39 CPD son básicamente trasuntos del anterior respecto de multas impagadas por infracciones menos graves y leves.

2.1.1.2. Penas privativas de derechos

En lo concerniente a las penas privativas de derechos, el Sistema Penal español en el art. 39 CPE las cataloga de la manera siguiente: "son penas privativas de derechos: a) La inhabilitación absoluta. b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho. c) La suspensión de empleo o cargo público. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos. g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal. h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. i) Los trabajos en beneficio de la comunidad. j) La privación de la patria potestad".

Su respectivo contenido aflictivo se define en los arts. 40 a 48 CPE.

A su vez, el sistema dominicano viene a configurar las penas privativas de derechos como penas complementarias -art. 35.2 CPD-, como veremos, distinguiendo a su vez entre penas complementarias a infracciones graves -art. 33 CPD-, a infracciones menos graves -arts. 36 y 37 CPD- y a infracciones leves -41 CPD-, para las personas físicas; y para las personas jurídicas, según se trate de infracciones graves y menos graves -art. 44 CPD- o leves -art. 48 CPD-.

2.1.1.3. Penas de multa

Por lo que atañe a las multas, el CPE las regula en sus arts. 49 a 53, distinguiendo entre el modelo escandinavo o de días-multa y el modelo de pena proporcional, lo que igualmente se acoge por el CPD para las multas por infracciones graves en su art. 28 .1 a .5 (modelo escandinavo), así como en el art. 28.6 (modelo proporcional), contemplando únicamente el modelo escandinavo para las infracciones menos graves (art. 34 CPD) y leves (art. 39 CPD).

2.1.1.4. Medidas de seguimiento judicial

Las medidas de seguimiento judicial dominicanas, claramente inspiradas en el sistema penal francés,⁴ se regulan en los arts. 70 a 76 CPD (aunque también se las alude en los arts. 3.1, 37, 59, 85, 87, y se contemplan específicamente en los arts. 103, 153, 172, 258), definiéndose en el art. 70 CPD cuando establece que: “son medidas de seguimiento socio-judicial aquellas que puede ordenar el tribunal para obligar al condenado, una vez cumplida la pena de prisión que se le impuso, a sujetarse a controles de vigilancia o asistencia bajo la inspección o control del juez de la ejecución de la pena”, y pueden consistir –art. 74 CPD- en: “1) Informar al juez de la ejecución de la pena sobre sus cambios de empleo o de residencia. 2) Abstenerse de entrar en contacto con la víctima de la infracción. 3) Someterse a exámenes médicos, tratamientos o cuidados, incluso bajo el régimen de hospitalización, siempre que lo consienta el condenado. 4) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y de visitar lugares donde éstas se expendan”.

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, el Art. 25.1 CPD parece catalogar las medidas de seguimiento judicial como penas, pues dispone que, según el bien jurídico afectado, “las penas aplicables conforme a este código son las siguientes: 1) Pena privativa o restrictiva de libertad... 2) Pena privativa o restrictiva de derecho... 3) Pena pecuniaria o multa. 4) Medida de seguimiento socio-judicial”. De este precepto parece desprenderse así pues su configuración inequívoca como pena, pues como tal aparece definida nominalmente, pero de alguna manera el propio CPD parece cuestionar esta naturaleza con su propia denominación (medida, y no pena de seguimiento judicial) lo que se refuerza en su art. 3.1, al afirmar el principio de legalidad,

⁴ El seguimiento socio-judicial francés se regula en los arts. 131-36-1 y siguientes del Código Penal Francés.

que advierte que: “a nadie se le podrá imponer ninguna sanción ni medida de seguimiento socio-judicial si su conducta, sea por acción u omisión, no se encuentra prohibida u ordenada de manera precisa e inequívoca por la ley. En ningún caso podrá la ley remitir a una norma jurídica de menor jerarquía para completar el supuesto de hecho de una infracción ni para fijar las sanciones, medidas de seguimiento socio-judicial o de seguridad que son aplicables a ella”. Parecen contraponerse así los términos sanción, como sinónimo de pena, y los de medida de seguimiento socio-judicial y medida de seguridad.

En el sistema penal español estas figuras se contemplan dentro del género de las medidas de seguridad, bajo el *nomen juris* de libertad vigilada, con un contenido más detallado y casuístico que el regulado en el CPD.⁵

2.1.1.5. Penas imponibles a las personas jurídicas

Tanto el Sistema Penal español desde el año 2010, como el dominicano, han acogido el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El CPE define el catálogo de penas de las personas jurídicas en su art. 33.6; el CPD las regula a su vez en sus arts. 42 a 48.

2.1.1.6. Penas accesorias

Junto con estas penas, denominadas principales, los códigos penales suelen contemplar las llamadas penas accesorias o complementarias, así llamadas por seguir a las principales. En España, las penas accesorias pueden serlo por razón de la pena principal impuesta (arts. 55⁶ y 56⁷ CPE) o por razón del delito castigado (art. 57⁸ CPE). En el sistema dominicano aparecen definidas en el art. 30 CPD, que dispone: “son penas complementarias aquellas que se imponen aparte de la pena principal a un condenado por la comisión de una infracción grave, menos grave o leve”, y como hemos visto son penas complementarias las penas privativas de derechos.

Así, el art. 31 CPD se refiere a las penas complementarias a infracciones graves, disponiendo que: “las penas complementarias aplicables a las personas físicas imputables de infracciones graves son las siguientes:

⁵ Conforme al art. 106.1 CPE: “la libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h) La prohibición de residir en determinados lugares. i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.” Por otro lado, y como veremos posteriormente, esta libertad vigilada puede aplicarse como complementaria de la pena en determinados delitos para cumplimiento posterior a una condena de prisión, con lo que se puede denominar libertad vigilada post prisional o postpenitenciaria.

1) *La confiscación o decomiso del producto y de los bienes, objetos y haberes procedentes directa o indirectamente de la infracción, sin perjuicio de los derechos que tengan los terceros de buena fe;*

2) *El cierre definitivo del establecimiento comercial o de la instalación involucrado, directa o indirectamente en la infracción, o su cierre temporal por un período no mayor de tres años;*

3) *La inhabilitación definitiva de la licencia de porte o tenencia de un arma de fuego, o su inhabilitación temporal por un período no mayor de tres años;*

4) *La inhabilitación definitiva para ejercer la función pública o actividad profesional o social en cuyo ejercicio se cometió la infracción que da lugar a la condena, o la inhabilitación temporal para ejercerla por un período no mayor de cinco años;*

5) *La inhabilitación definitiva para participar en concursos y oposiciones públicas, o la inhabilitación temporal para participar en ellos por un período no mayor de cinco años;*

6) *La inhabilitación temporal de los derechos de ciudadanía, conforme lo consagra la Constitución de la República respecto de las infracciones graves en ella previstas, o la suspensión, mientras se esté cumpliendo la pena principal de prisión, de los derechos cívicos, civiles y de familia, en particular de los siguientes: a) El derecho de elegir y ser elegible para los cargos que establece la Constitución; b) El derecho de ejercer la función de perito ante cualquier tribunal; c) El derecho de tutela o curatela, sin que esto excluya la facultad del condenado de mantener la autoridad parental de sus hijos si obtiene previamente la autorización favorable del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes competente”.*

⁶ Conforme al art. 55 CPE, “la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia”.

⁷ El art. 57 CPE establece que: “1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1.º Suspensión de empleo o cargo público. 2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art. 579 de este Código. 2. Lo previsto en este art. se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas”.

⁸ Finalmente, el art. 57 CPE dispone que: “1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. No obstante, lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”. 2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este art. cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una analoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidades necesitadas de especial protección que con el convivían o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. 3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este art. que tengan la consideración de delitos leves”.

A su vez, el Art. 36 CPD se refiere a las penas complementarias a infracciones menos graves, señalando que: "las penas complementarias aplicables a las personas físicas imputables de una infracción menos grave son las siguientes:

- 1) *La confiscación o decomiso del producto, los bienes, objetos y los haberes procedentes directa o indirectamente de la infracción, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.*
- 2) *El cierre definitivo del establecimiento comercial o de la instalación involucrado, directa o indirectamente en la infracción, o su cierre temporal por un período no mayor de tres años.*
- 3) *La inhabilitación definitiva de la licencia de porte o tenencia de un arma de fuego, o su inhabilitación temporal por un período no mayor de un año.*
- 4) *La inhabilitación definitiva para ejercer la función pública o actividad profesional o social con ocasión de la cual se cometió la infracción que da lugar a la condena, o la inhabilitación temporal para ejercerla por un período no mayor de dos años.*
- 5) *La inhabilitación definitiva para participar en concursos u oposiciones públicas, o la inhabilitación temporal para participar en ellas por un período no mayor de dos años.*
- 6) *La inhabilitación temporal, por un período no mayor de cinco años o mientras se esté cumpliendo la pena principal de prisión, de los derechos cívicos, civiles y de familia, en particular de los siguientes: a) El derecho de elegir y ser elegible para los cargos que establece la Constitución. b) El derecho de ejercer la función de perito ante cualquier tribunal. c) El derecho de tutela o curatela, sin que esto excluya la facultad del condenado de mantener la autoridad parental de sus hijos si obtiene previamente la autorización favorable del Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes competente.*
- 7) *El trabajo de interés comunitario no remunerado por un período no menor de doscientas ni mayor de trescientas horas".*

En este punto, el art. 37 CPD establece que: "la imposición de una pena de prisión, con o sin multa, no excluye la posibilidad de que el tribunal ordene también la imposición simultánea de una o varias penas complementarias o medidas de seguimiento socio-judicial, conforme lo dispone este código".

El Art. 41 se refiere a las penas complementarias a infracciones leves, precisando que: “las penas complementarias aplicables a las personas físicas imputables de una infracción leve son las siguientes:

- 1) La confiscación o decomiso del producto, los bienes, objetos y los haberes procedentes directa o indirectamente de la infracción, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.
- 2) El cierre temporal por un período no mayor de un mes del establecimiento comercial o instalación involucrado, directa o indirectamente en la infracción.
- 3) La inhabilitación temporal por un período no mayor de tres meses de la licencia de portar o tener un arma de fuego.
- 4) El trabajo de interés comunitario no remunerado por un período no menor de setenta y cinco ni mayor de ciento cincuenta horas”.

Finalmente, los arts. 44 y 45 CPD se refieren a las penas complementarias a infracciones graves o menos graves. El art. 44 CPD indica que: “las penas complementarias aplicables a las personas jurídicas responsables de infracciones graves o menos graves son las siguientes:

- 1) La confiscación o decomiso del producto, los bienes, objetos y los haberes procedentes directa o indirectamente de la infracción, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.
- 2) El cierre definitivo, o el cierre temporal por un período no mayor de tres años, de uno o varios de los establecimientos comerciales operados por la sociedad, o de toda su explotación comercial o parte de ella.
- 3) La revocación temporal, por un período no mayor de cinco años, de cualquier habilitación legal que le haya concedido a la persona jurídica una institución pública para la prestación de la actividad comercial o el servicio público de que se trate, sin importar la naturaleza del título habilitante, que podrá ser una concesión, licencia, permiso, autorización o cualquier otro.
- 4) La inhabilitación definitiva, o temporal por un período no mayor de cinco años, de hacer llamado público al ahorro en los sectores financieros, bursátiles o comerciales, con el fin de colocar títulos o valores de cualquier clase”.

Y el art. 45 CPD indica que: “la imposición de una pena de multa no excluye la facultad del tribunal de ordenar al mismo tiempo una o varias penas complementarias para sancionar las infracciones graves, menos graves o leves, conforme lo dispone este código”.

2.1.2. Medidas de seguridad

En el sistema penal español, y con base en el art. 95⁹ CPE, las medidas de seguridad son aquellas consecuencias jurídicas penales principales previstas por la ley frente a la comisión de un hecho delictivo en cuya virtud se priva de un determinado derecho al sujeto, no en función de su culpabilidad sino en base a su peligrosidad criminal, exteriorizada con la comisión de ese delito, apareciendo en todo caso la privación del derecho como imprescindible en orden a controlar esa peligrosidad criminal. La reforma del CPE introducida por la LO 5/2010 dejó de contemplar como presupuesto inexcusable la exclusión o reducción de culpabilidad, que sigue presidiendo la imposición de todas las medidas de seguridad, salvo en los casos de libertad vigilada impuesta para su cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad en los casos tasados que esta lo contemple, conforme al nuevo art. 106.1 CP.

Conforme al art. 96.1 CPE: “Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este código son privativas y no privativas de libertad”.

A su vez, el art. 96.2 CPE establece que: “Son medidas privativas de libertad: 1.^a El internamiento en centro psiquiátrico. 2.^a El internamiento en centro de deshabitación. 3.^a El internamiento en centro educativo especial”.

Y finalmente, el art. 96.3 CPE indica que: “Son medidas no privativas de libertad: 1.^a) La inhabilitación profesional. 2.^a) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. 3.^a) La libertad vigilada. 4.^a) La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. 5.^a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 6.^a) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas”.

⁹ Conforme al art. 95 CPE: 1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1.^a Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. 2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 96.3”.

A su vez, en el sistema dominicano vigente las medidas de seguridad se contemplan conjuntamente con las penas como consecuencias jurídicas penales principales del delito, pero aparecen escasamente contempladas en el CPD,¹⁰ que únicamente las alude como ya se ha visto en su art. 3.1, ya examinado, y en su art. 15, rubricado como excepción de imputación penal, que establece que: “no se podrá imputar a quien, al momento de cometer la infracción, está afectado de alguna perturbación psíquica o trastorno mental que anule por completo su discernimiento o el control de sus actos. En estos casos, el tribunal solamente podrá ordenar una medida de seguridad, según lo dispone el Código Procesal Penal. Párrafo. Si la perturbación síquica o el trastorno mental afecta de manera parcial a la persona que comete la infracción, el tribunal tomará en cuenta esta situación al momento de imponer la pena que le corresponda. La perturbación síquica o el trastorno mental transitorio no eximirá de pena si dicha perturbación o trastorno ha sido provocado por el mismo culpable para la comisión de la infracción”. La referencia debe entenderse colmada en los arts. 374 y 375 del Código Procesal Penal dominicano –en lo sucesivo CPPD–, que además las alude en sus arts. 3, 4, 7 y 249.

La ejecución de penas y medidas de seguridad aparece, así como primera parcela de la ejecución penal; y la ejecución de las penas privativas de libertad, objeto primordial de este estudio, no es sino una parcela aún más limitada de la ejecución penal.

2.2. Las consecuencias accesorias de los delitos

En ocasiones, determinadas legislaciones han previsto la existencia de pronunciamientos en los fallos condenatorios sobre unas denominadas consecuencias accesorias del delito, contempladas no como penas o medidas de seguridad, ni tampoco como consecuencias civiles. Hablamos así de la ejecución de las consecuencias accesorias de la infracción penal como tercera parcela de la ejecución penal.

En el Sistema Penal español, el CPE las ha contemplado precisamente bajo dicha denominación en sus arts. 127 a 129, catalogando como tales a la pérdida o comiso de los efectos del delito, instrumentos utilizados para su comisión, y ganancias provenientes del delito, prevista en el art. 127 CPE y siguientes;¹¹ así como eventuales medidas de clausura de empresas, locales o establecimientos, disolución de empresas,

¹⁰ Sin embargo, el Anteproyecto de Código Penal dominicano del Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia era más completo, pues en su art. 127 señalaba que: “las medidas de seguridad son: curativas, de internamiento y de vigilancia. Son medidas curativas: 1º el ingreso en un hospital psiquiátrico o en un centro de rehabilitación, deshabitación o terapia; 2º el ingreso en un establecimiento de tratamiento especial y educativo. Es medida de internamiento: el ingreso en establecimientos de trabajo técnico o vocacional. Es medida de vigilancia: la libertad vigilada”.

asociaciones o fundaciones, suspensión de actividades, prohibición de realización en el futuro de actos, negocios u otras operaciones en el art. 129 CPE,¹² y finalmente la toma de muestras biológicas y análisis para obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en base de datos policial, prevista en el nuevo art. 129 bis CP caso de delitos graves, de apreciarse en el condenado peligrosidad criminal.¹³

En el sistema dominicano el comiso o confiscación tiene la configuración legal de pena complementaria, aplicable a las personas físicas imputables de infracciones graves -Art. 31.1 CPD-, de infracciones menos graves -Art. 36.1 CPD-, y leves -36 Art..2 CPD-; igualmente aplicable a las personas jurídicas imputables de infracciones graves y menos graves -Art. 44.1 CPD-, y de infracciones leves -Art. 48.1 CPD-. Y lo propio la clausura o suspensión de actividades, bajo el nomen juris de cierre e inhabilitación, en los apartados subsiguientes de los preceptos precitados.

2.3. Las consecuencias jurídicas civiles del delito

Dentro de los pronunciamientos de las sentencias penales, muchas legislaciones contemplan -también la española- las denominadas consecuencias civiles del delito, que se proyectan en tres planos: en primer lugar, la responsabilidad civil ex delicto, materializada a su vez en la regulación de otras tres figuras distintas: restitución -art. 110 CPE-, reparación -art. 111 CPE-, e indemnización -art. 112 CPE-; en segundo lugar, en la imposición de las costas procesales -arts. 123 y 124 CPE-; y en tercer lugar, en los especiales supuestos de condenas por determinados delitos contra la libertad sexual, las legislaciones

¹² Conforme al art. 127 CP, regulador del comiso o decomiso: "1.- Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. 2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este art., se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición".

Los arts. 127.1 y 127.2 se refieren al denominado comiso directo; el art. 127.3 al comiso por sustitución. La regulación del decomiso se completa tras la reforma de la LO 1/2015 con las figuras del decomiso ampliado -arts. 127 bis en relación con 127 quinqués y sextés, y el decomiso de bienes de terceros, al que se refiere el art. 127 quater. Igualmente se contempla el decomiso sin condena, previsto en el art. 1er y octies. Por otro lado se regula el decomiso cautelar en el art.127 octies. 1, refiriéndose su apartado 2 al destitido de los bienes decomisados, para remitirse a la Ley de enjuiciamiento criminal -LECrim- que contempla la realización anticipada en su art. 367 quinqués, su utilización provisional en el art. 367 sextés, su destrucción anticipada en el art. 367 ter, su adjudicación a las víctimas y al Estado en el art. 127 octies. 3. CPE.

¹³ Conforme al art. 129 CPE: "1.- En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del art. 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en el mencionado cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este art. y con los límites señalados en el art. 33.7".

¹⁴ Conforme al precepto indicado: "si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad".

penales suelen prever la afirmación de la paternidad, y fijación de alimentos -así, en el sistema penal español, el art. 193 CPE-.

En el sistema procesal español los pronunciamientos sobre consecuencias civiles del delito fijadas en la sentencia penal se ejecutan por los tribunales penales y su regulación se contempla en un escueto art., el 989¹⁴ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -en lo sucesivo LECrim-. La ejecución de las consecuencias civiles de la infracción penal aparecería, así como otra parcela de la ejecución penal en el modelo español. Sin embargo, ello no es así en el sistema dominicano, ya que a la ejecución de los pronunciamientos civiles contenidos en las sentencias penales se refiere el art. 448 CPPD, que establece que: "la ejecución de la sentencia en cuanto a los intereses civiles y la ejecución de los acuerdos de las partes sobre la reparación del daño que provoca la extinción de la acción penal se tramitan ante la jurisdicción civil".

A las costas procesales se refieren, a su vez, los Arts. 246 y siguientes del CPPD, y a su liquidación y ejecución en concreto el Art. 254 CPPD, que tras la reforma de la Ley núm. 10/2015, establece que: "El secretario practica la liquidación de las costas en el plazo de tres días, regulando los honorarios que correspondan y fijando los gastos judiciales solicitados conforme a la ley de gastos y honorarios, la cual se indexará automáticamente conforme el índice de inflación elaborado por el Banco Central de la República Dominicana, vigente al momento del inicio del proceso.

La solicitud, a pena de nulidad, deberá contener detalladamente las partidas solicitadas, así como la normativa que la avala. Se puede solicitar la impugnación de la liquidación dentro del plazo de cinco días, ante el juez o tribunal que tomó la decisión o ante el ministerio público en su caso. Si la decisión es tomada por una corte de apelación, la liquidación de las costas la hace el secretario y su impugnación es conocida por dicha corte. Cuando la corte esté dividida en cámaras o en salas, la revisión la hace la cámara o sala, respectivamente. Si la decisión es tomada por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia, la liquidación de las costas la hace el secretario de la Suprema Corte de Justicia y su impugnación es conocida por dicha sala. Cuando la

¹⁴ Conforme al art. 989 LECrim: "los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. A efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Secretario judicial podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia. Cuando dichas entidades alegaren razones legales o de respeto a los derechos fundamentales para no realizar la entrega o atender a la colaboración que les hubiese sido requerida por el Secretario judicial, éste dará cuenta al Juez o Tribunal para resolver lo que proceda".

decisión sea tomada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, la liquidación de las costas la hace el secretario y su impugnación es conocida por dicho Pleno.

En todos los casos, la impugnación se realiza por medio de instancia al juez o tribunal correspondiente, pidiendo la reforma de lo aprobado por el secretario. El impugnante, a pena de nulidad, deberá indicar las partidas que considere deban reducirse o suprimirse. El secretario del tribunal apoderado de la impugnación, a más tardar a los cinco días de haber sido depositada la instancia, citará a las partes, para que el diferendo sea conocido en Cámara de Consejo por el juez.

La decisión que intervenga sobre la impugnación, en cualquiera de los casos mencionados anteriormente, no es susceptible de ningún recurso, y tendrá fuerza ejecutoria.

Conclusión

De esta manera, la ejecución penal constituye un género de la ejecución de sentencias, específicamente de los pronunciamientos contenidos en el fallo de las sentencias penales; y dentro de dicho género encontramos tres especies: en primer lugar, la ejecución penal de las consecuencias principales de la infracción penal (penas y medidas de seguridad); en segundo lugar, la ejecución penal de sus consecuencias civiles (responsabilidad civil ex delicto -restitución, reparación e indemnización-, costas procesales, fijación de paternidad y alimentos); y finalmente, en el derecho procesal penal español, la ejecución penal de las consecuencias accesorias (comiso, clausuras, disoluciones, suspensiones y prohibiciones de actividad).

En el sistema dominicano, la ejecución penal se extenderá a la ejecución de penas (y dentro de ellas a las penas privativas de libertad, con inclusión en su caso de las medidas de seguimiento judicial; a las penas complementarias privativas de derecho y a las multas) así como a la ejecución de las medidas de seguridad; y finalmente a la ejecución de las consecuencias civiles, materiales (responsabilidad civil ex delicto, lo que se articula ante tribunales civiles) y procesales o costas.

3. TÍTULO DE LA EJECUCIÓN PENAL

En España, existe un consenso generalizado acerca de que es título de la ejecución penal de la sentencia penal condenatoria y firme. Pero, a renglón seguido, en la doctrina española se han suscitado dos

problemas: el de si constituyen título de la ejecución las sentencias absolutorias, y si en caso de serlo solo las sentencias condenatorias han de haber obtenido firmeza.

Suele debatirse por la doctrina si cabe hablar de ejecución penal en el caso de las sentencias absolutorias. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española -en lo sucesivo LECr.- en su Art. 983, parece haber previsto explícitamente la ejecución de sentencias absolutorias precepto conforme al cual: "todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente, a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado".

Sin embargo, en estos casos la doctrina mayoritaria considera que no se asiste propiamente a la ejecución de una sentencia, sino al alzamiento de medidas cautelares previamente acordadas. Para este sector mayoritario, no puede pues hablarse de ejecución de sentencias absolutorias, sino cuanto más de una ejecución impropia. Se omite sin embargo una posibilidad: la sentencia absolutoria con imposición de costas a la acusación particular -persona física o jurídica agraviada u ofendida por el hecho constitutivo de infracción penal, a la que la ley española permite constituirse procesalmente como parte acusadora mediante querrela o personación en el proceso-, en cuyo caso cabe hablar de ejecución de sentencia en punto a dicho pronunciamiento.

En el sistema dominicano, igualmente, se parte de la ejecutoriedad proyectable a las sentencias condenatorias. En el párrafo primero del art. 438 CPPD se establece que: "Sólo la sentencia condenatoria irrevocable puede ser ejecutada. Desde el momento en que ella es irrevocable, se ordenan las comunicaciones e inscripciones correspondientes y el secretario del juez o tribunal que la dictó remite la sentencia al juez de la ejecución para que proceda según este título".

Ahora bien, en el sistema dominicano existe un segundo título de ejecución no contemplado en el sistema de ejecución español: la resolución del juez de suspensión condicional del procedimiento, figura regulada en los arts. 40 y siguientes CPP, y a cuya ejecución se refieren los arts. 74 y 437 CPP. Dicho título de ejecución no existe en España porque en su sistema procesal penal no existe dicha figura procesal, aunque sí existen figuras análogas de alternativa al procedimiento penal en el sistema de justicia juvenil, concretamente en el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en

el ámbito educativo y familiar, y en el caso del sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, contempladas en los arts. 18 y 19 de la Ley Orgánica núm. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.¹⁵ A las sentencias absolutorias se refiere el art. 337 CPP, cuyos dos últimos párrafos establecen que: “La sentencia absolutoria ordena la libertad del imputado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos secuestrados que no estén sujetos a decomiso o destrucción, las inscripciones necesarias y fija las costas. La libertad del imputado se hace efectiva directamente desde la sala de audiencias y se otorga aun cuando la sentencia absolutoria no sea irrevocable o se haya presentado recurso”.¹⁶ Deben tenerse presente: el arts. 250 CPPD –“si el imputado es absuelto, las costas son soportadas por el Estado y el querellante en la proporción que fije el tribunal”-, así como los arts. 252 –“cuando el denunciante hubiere provocado el proceso por medio de una denuncia basada en hechos falseados, y así fuere declarado por el juez o tribunal, se le impone el pago total de las costas”- y 253 CPPD –“en el procedimiento de acción privada, en caso de absolución o abandono, las costas son soportadas por el querellante. En caso de condena, son soportadas por el imputado. El juez puede decidir sobre las costas según el acuerdo que hayan alcanzado las partes”-. En cuanto a su liquidación y ejecución, debe estarse al art. 254 CCPD ya examinado.

La segunda cuestión que se suscita es si solo constituyen título de ejecución las sentencias condenatorias firmes, o si cabe la ejecución de las sentencias recurridas. Hablamos de sentencias condenatorias firmes en dos casos: a) cuando contra la sentencia no cabe recurso

¹⁵ Art. 18. Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar. ‘El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el art. 274 de la presente Ley’.

Art. 19. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

‘1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente art. habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores’.

¹⁶ En el sistema español la libertad del acusado absuelto se acuerda de inmediato, pero se materializa por la Dirección del Centro Penitenciario, ante la eventualidad de existencia de pluralidad de responsabilidades. El Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, establece que aun partiendo de que la libertad de los detenidos y presos sólo podrá ser acordada por mandamiento de la autoridad competente librado al Director del establecimiento –art. 22.1 RPE–, la excarcelación debe ser materializada por la Dirección del Centro Penitenciario de destino, al advertir que antes de que el Director extienda la orden de libertad a que se refiere el apartado anterior, el funcionario encargado de la Oficina de Régimen procederá a realizar una completa revisión del expediente personal del interno, a fin de comprobar que procede su libertad por no estar sujeto a otras responsabilidades –art. 22.3 RPE.

alguno; b) cuando siendo recurrible, transcurra el plazo previsto legalmente para interponer el recurso sin que ninguna de las partes lo formule.

En el derecho positivo español no cabe duda de que, tratándose de penas y medidas de seguridad, se hace necesaria la firmeza de la sentencia. Así resulta de la enunciación de la garantía procesal del principio de legalidad en materia penal definida en el art. 3.1 CP'95, conforme al cual: "no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales". Es cierto que la ley española -art. 504-V LECr- ha contemplado la posibilidad de prórroga del plazo de la prisión preventiva en caso de haber recaído sentencia condenatoria y haber sido ésta recurrida -"una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida"-, pero en este caso asistimos de suyo no a la ejecución de la sentencia, sino a la prolongación de medidas cautelares. Un supuesto especial lo constituye el caso de pluralidad de procesados, con preparación del recurso de casación por uno o varios de los procesados, en que la sentencia podrá llevarse a efecto en cuanto a los demás -art. 861 bis b) LECr.; pero "la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso"-, art. 903 LECr.

Pero si no cabe hablar de ejecución de sentencias no firmes en cuanto a penas y medidas de seguridad, y por razones extensibles en cuanto a las consecuencias accesorias, la doctrina española acepta que sí cabe hablar de ejecución provisional de sentencias recurridas en cuanto a las consecuencias civiles. Así se desprende del art. 989 LECr., que señala que: "Los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en el art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". La referencia del art. 385 debe entenderse efectuada con relación a los arts. 524 a 527 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por LO 1/2000, del 7 de enero. El examen de la normativa dominicana contenida en el art. 438 CPPD no establece dudas al respecto que sólo la sentencia condenatoria irrevocable puede ser ejecutada. Ahora bien, en el sistema dominicano, como ya hemos aludido, la ejecución penal no solo toma como título de ejecución las sentencias condenatorias irrevocables, sino además las resoluciones judiciales de suspensión condicional de los procedimientos.

4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA EJECUCIÓN PENAL

Son principios fundamentales de la ejecución penal el de jurisdiccionalidad, el de legalidad, y el de oficialidad.

4.1. Principio de jurisdiccionalidad

El principio de jurisdiccionalidad conlleva que toda actividad que entrañe hacer ejecutar lo juzgado tiene naturaleza jurisdiccional, y no puede ser acordada sino por jueces y tribunales competentes conforme a las normas de organización jurisdiccional. En España se consagra en el art. 117.3 CE, ya examinado, y se desarrolla en los arts. 983 a 985 y 990 LECr, que atribuyen al juez o tribunal que dictó la primera sentencia la competencia para su ejecución.

En el sistema dominicano, el principio de jurisdiccionalidad de la ejecución penal ha sido finalmente asumido en la CRD, cuyo art. 149, en el inciso primero de su párrafo primero, asevera que: “la función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”.

En el terreno de la legalidad dominicana ordinaria puede entenderse aludido en el párrafo primero del Art. 28 CPPD que, refiriéndose a la ejecución de la pena establece: “La ejecución de la pena se realiza bajo control judicial y el condenado puede ejercer siempre todos los derechos y facultades que le reconocen las leyes”. No obstante, este término de control judicial de la ejecución en puridad, como veremos en el análisis del principio de legalidad, no se refiere tanto a la jurisdiccionalidad de la ejecución, sino al control de legalidad de la actividad administrativa -cfr. arts. 3.1 y 3.2 CPE. Más propiamente es el art. 57 CPP el que establece la exclusividad y universalidad: “Es de la competencia la exclusiva y universal de las jurisdicciones penales el conocimiento y fallo de todas las acciones y omisiones punibles previstas en el Código Penal y en la legislación penal especial, y la ejecución de sus sentencias y resoluciones, según lo establece este código”.

4.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad, en su vertiente penal se desdobra en cuatro ya clásicas garantías, como ya advirtiera Rodríguez Mourullo: la garantía criminal (“*nullum crime sine lege*”, art. 1 CP'95), la garantía penal

(“*nulla poena sine lege*, art. 2 CP’95), la garantía jurisdiccional y procesal (“no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”, art. 3.1 CP’95); y la garantía ejecutiva (“tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizar bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”, art. 3.2 CP’95). Así pues, en España, la garantía ejecutiva del principio de legalidad incide no solo en la ejecución de la sentencia penal –art. 3.1–, sino además en el régimen del cumplimiento de la pena a cargo los servicios administrativos de prisiones, que igualmente deben ajustar su actividad a las previsiones establecidas en la ley, con la previsión de un preceptivo control jurisdiccional de dicha actividad administrativa penitenciaria.

En el plano constitucional, el principio de legalidad en materia penal se consagra en la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho –art. 1.1 CE–, y en el art. 9, tanto en su apartado 1: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, como en su apartado 3: “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; así como en el art. 25.1 CE¹⁷, y en el art. 117.3 CE ya examinado.

En la normativa constitucional de la República Dominicana, aunque la garantía jurisdiccional en su vertiente de ejecución penal del principio de legalidad penal no se encuentra explícitamente consagrada, puede derivarse de la propia cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho art. 7 CRD: “la República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”. Y complementariamente el art. 6 CRD consagra que: “todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”. A su vez, el Art. 109 CRD establece

¹⁷ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En puridad no consagra literalmente a garantía jurisdiccional del principio de legalidad, pero el Tribunal Constitucional español lo ha extendido como fundamento del principio de legalidad en materia penal.

que: "Las leyes, después de promulgadas, se publicarán en la forma que la ley determine y se les dará la más amplia difusión posible. Serán obligatorias una vez transcurridos los plazos para que se reputen conocidas en todo el territorio nacional".

En el terreno de la legalidad ordinaria, en materia de ejecución penal, el art. 5 CPP dispone que: "Los jueces sólo están vinculados a la ley", y el art. 7 CPP añade, al afirmar la legalidad del proceso, que: "nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado. Este principio rige además en todo lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales". A su vez, ya vimos como el art. 57 CPP sobre la exclusividad y universalidad establece que: "es de la competencia exclusiva y universal de las jurisdicciones penales el conocimiento y fallo... y la ejecución de sus sentencias y resoluciones, según lo establece este código".

4.3. Principio de oficialidad

A diferencia del proceso civil, donde rige el principio dispositivo y el de rogación, la ejecución penal viene presidida por la actuación o impulso de oficio a cargo del órgano estatal al que la ley encomienda la ejecución. En España, corresponde al propio juez o tribunal sentenciador.

Así resulta del art. 988-I y II LECr, que establecen que: "cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el art. 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado. Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente"; y se confirma para las penas privativas de libertad en el art. 990-II LECr, que establece que: "Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno".

Por el contrario, en Italia el típico órgano impulsor de la ejecución es el Público Ministerio, conforme a lo dispuesto en el art. 655 del *Codice di procedura penale* –en lo sucesivo CPPIt.– en el marco de una dialéctica

procesal que exige la presencia de un defensor, siendo competente para conocer la ejecución iljudice che lo ha deliberato –Art. 665.

En Alemania, la autoridad de ejecución es la fiscalía, como reconoce expresamente el párrafo 451 del Código Procesal Penal Alemán –en lo sucesivo STPO-, cuando señala que: “la ejecución penal se verificará mediante la fiscalía como autoridad de ejecución, en virtud de una copia legalizada de la fórmula de la sentencia, que debe ser otorgada por el fedatario de la secretaría del juzgado provista de la certificación de ejecutoriedad”.

El examen de la normativa procesal dominicana nos permite concluir que rige el principio de oficialidad, sin perjuicio de la iniciativa del fiscal o del condenado para poder suscitar los incidentes contemplados en el art. 442 CPPD, que establece que: “el Ministerio Público o el condenado pueden plantear incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena. Las solicitudes de los condenados no están sujetas a ninguna formalidad, pueden ser presentadas directamente por el condenado o por cualquier persona en su favor, o a través de la autoridad administrativa. En este último caso, el funcionario que recibe la solicitud debe transmitirla inmediatamente al juez de ejecución penal.

Notificados los interesados, el juez de la ejecución resuelve los incidentes, salvo que haya prueba que producir, en cuyo caso convoca a una audiencia para tales fines. El juez decide por resolución motivada y contra ésta procede el recurso de apelación, cuya interposición no suspende la ejecución de la pena, salvo que así lo disponga la Corte de Apelación”. Hay una matización en los casos de revocación de la libertad condicional, que debe ser instada por el Ministerio Fiscal.

5. ÓRGANOS Y SUJETOS INTERVINIENTES EN EL SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL

5.1. Tribunal sentenciador

A diferencia del sistema español, el sistema dominicano ha concentrado en el juez de ejecución penal la práctica totalidad de la ejecución penal tras la implementación de este órgano jurisdiccional, desapareciendo prácticamente el tribunal o corte que dictó la sentencia condenatoria. No obstante, a ese tribunal o corte que dictó la sentencia condenatoria se le reserva un papel de activación crucial en la ejecutoriedad, entendiendo por tal, como hace el Reglamento Juez de la Ejecución CPP, del 6 de abril de 2005, aprobado por Resolución núm. 296-2005,

de la Suprema Corte de Justicia “el conjunto de los requisitos formales para el apoderamiento del Juez de la Ejecución de la Pena”.

A este respecto, el inciso primero del art. 438-III CPP –redacción introducida en 2015- establece que: “El secretario del juez o tribunal que dictó la sentencia, el remitente, dentro de las cuarenta y ocho horas al juez de la ejecución, para que proceda a inscribirla en sus registros y hacer los cómputos correspondientes cuando el condenado deba cumplir pena privativa de libertad”.

Al margen de lo anterior, en la ejecución de costas ya hemos examinado que igualmente corresponde al secretario del juez o tribunal sentenciador. Por el contrario, en el sistema español, el juez o tribunal sentenciador no es que coexista en la fase de ejecución con los juzgados de vigilancia penitenciaria, sino que además la monopoliza en lo que se refiere a las penas privativas de derecho, multas, penas accesorias, consecuencias accesorias, y medidas de seguridad no privativas de libertad, coexistiendo con los juzgados de vigilancia en la ejecución de las penas privativas de libertad, en la ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad, y en las medidas de seguridad privativas de libertad, así como en la libertad vigilada pos penitenciaria.

Todas las decisiones que afectan al hacer lo juzgado se conservan por el tribunal sentenciador, que puede decidir tras la incoación de la ejecutoria decisiones tales como suspensión de ejecución de las penas privativas de libertad, aplazamientos del momento de inicio del internamiento, e incluso paralizaciones del cumplimiento iniciado; y practican además la liquidación judicial de condena, que en el sistema dominicano recibe el nombre de cómputo. Además, los jueces y tribunales sentenciadores españoles declaran la prescripción de las penas y causas en general de extinción de la responsabilidad criminal –por ejemplo, aprobación de libertad definitiva-. Todas las incidencias de ejecución de las penas privativas de libertad intermedias, entre el internamiento y la libertad, como veremos se deferirán al juez de vigilancia.¹⁸

¹⁸ En España, la LECr de 1882 garantizaba que, como segunda manifestación de la potestad jurisdiccional –hacer ejecutar lo juzgado-, la ejecución de las sentencias penales correspondía de manera exclusiva a Jueces y Tribunales. Así, el párrafo primero del art. 984 LECr establecía que: “la ejecución de la sentencia en los juicios sobre faltas corresponde al órgano que haya conocido del juicio”; paralelamente, el párrafo primero del art. 985 LECr, preveía que “la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme”; y para que no hubiera dudas, el párrafo tercero del art. 990 LECr, puntualizaba el carácter excluyente de dicha competencia, al disponer que: “la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena”. El internamiento, esto es, el momento en que la persona del condenado ingresaba en el establecimiento penal -o se la trasladaba al lugar en donde debía cumplir la condena- era precisamente el punto de partida para el inicio del cumplimiento material de las penas privativas de libertad, tarea que correspondía a los órganos administrativos creados para dicho cometido: los servicios de prisiones. La LECr establecía que, al menos nominalmente, no cesaba la competencia de Jueces y Tribunales durante la fase del cumplimiento de las penas. En su párrafo cuarto, el art. 990 LECr agregaba que: “los Tribunales ejercerán además las facultades de inspección que Leyes y Reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse penas”. La cuestión de cómo se desarrollaban esas facultades de inspección será respondida al abordar el control de la actividad penitenciaria, pero si podemos anticipar que en el año 1978, al aprobarse la CE, en España existía una convicción doctrinal generalizada de que, una vez ingresado en prisión el reo, la actividad de los órganos jurisdiccionales cesaba, hasta el momento en que surgiera eventualmente un incidente (acumulación jurídica de penas, o enajenación mental sobrevenida) o bien la necesidad de declarar modificada o extinguida la pena. Todo ello vino a modificarse con la introducción de la figura del Juez de Vigilancia. Por consiguiente, en el sistema español, el juez o tribunal sentenciador aparte de la decisión sobre suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador ostenta la competencia para acordar el internamiento en el centro penitenciario y lo que en la República Dominicana se conoce como cómputo definitivo, y que en España se denomina liquidación judicial de condena, a la que se refieren los arts. 38 y 58 CPE.

5.2. Juzgados de vigilancia penitenciaria españoles y juzgados de ejecución penal dominicanos

5.2.1. Juzgados de vigilancia penitenciaria españoles

El panorama español descrito se modificó sustancialmente con la aparición de los juzgados de vigilancia penitenciaria –en lo sucesivo JVP. La introducción en el sistema penal español de esta figura, que contaba con antecedentes en el derecho comparado, tuvo lugar en virtud de la previsión contenida en el art. 76 LOGP. En cualquier caso, la doctrina española y el Tribunal Constitucional español han significado repetidamente la vinculación de la aparición de los JVP a la existencia de determinados preceptos de la CE ya examinados. De este modo, el marco competencial de los juzgados de vigilancia penitenciaria se asentó sobre dos grandes ejes: de un lado, el ejercicio de atribuciones estricta y netamente jurisdiccionales, en su manifestación ejecutiva de hacer ejecutar lo juzgado, denominadas comúnmente funciones de ejecución penal; y de otro, el ejercicio atribuciones de salvaguarda de derechos fundamentales de los internos, y de control de legalidad de la actividad de la Administración Penitenciaria, generalmente conocidas como funciones de vigilancia, y que nosotros denominaremos control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria descansa pues en dos grandes pilares: la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales, y el control de legalidad ordinaria de la actividad administrativa penitenciaria.

En España, la LOGP establece en su art. 76.1 LOGP el marco competencial del juzgado de vigilancia penitenciaria, delimitando la asunción de competencias jurisdiccionales de ejecución penal y de control judicial de la actividad penitenciaria, al disponer que: “El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

En el apartado 2 se desgranar *ad exemplum* esas funciones, al establecer que: “Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven

a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento”.

En Italia encontramos una figura similar, antecedente de la española, denominada Magistratura di Sorveglianza, a la que se refieren los arts. 677 y siguientes del CPCIt.

5.2.2. El juez de ejecución penal dominicano

En la República Dominicana, el Art. 74 CPPD se refiere a los jueces de ejecución penal, señalando que: “los jueces de ejecución penal tienen a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena, y velarán por el respeto de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

Los jueces de la ejecución no tienen competencia para el control del cumplimiento de la medida privativa de libertad para los internos contra los que no se haya dictado sentencia. En estos casos, resolverá el juez o tribunal apoderado de lo principal”.

Dicho precepto se complementa con el art. 437 CPPD, en el que se dispone que: “el juez de ejecución sólo tiene competencia para controlar el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias, vela por el respeto de los derechos del condenado y resuelve todas las cuestiones que se suscitan durante la ejecución. Las solicitudes planteadas se resuelven conforme el procedimiento de los incidentes de este título.

- El juez de la ejecución dispone las inspecciones y visitas de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y puede hacer comparecer ante sí a los internos condenados o a los encargados de los establecimientos, con fines de vigilancia y control.
- Dicta, aun de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema, y ordena a la autoridad competente para que en resoluciones necesarias el mismo sentido expida las resoluciones necesarias.
- El juez de ejecución de la pena no tiene competencia para decidir sobre ningún pedimento que haga el privado de libertad por resolución o sentencia que no haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. En estos casos es competente el juez o tribunal apoderado de lo principal.
- Controla el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento, según los informes recibidos y, en su caso, los transmite al juez competente para su revocación o para la declaración de la extinción de la acción penal.

- Supervisa la ejecución de la pena de arresto domiciliario, dispone la modalidad de su cumplimiento y todas las demás medidas que sean necesarias.
- Las decisiones del juez de la ejecución no contravendrán las competencias que, para la administración del sistema penitenciario, las leyes reconocen a la Dirección General de Prisiones. Sin perjuicio de la obligación, acordada por la Constitución a los jueces, de salvaguardar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos”.

Examinaremos posteriormente todas y cada una de sus competencias, desarrolladas en el RJEP.

5.3. El Ministerio Público

En España, el ministerio fiscal desarrolla en la ejecución penal las misiones que constitucionalmente –art. 124 CE– le son encomendadas en orden a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Ello determina que, aun cuando no desempeñe el cometido motor o impulsor del ministerio público en Italia, su presencia será constante en el desarrollo de la ejecución penal, ante los órganos sentenciadores, y ante los juzgados de vigilancia penitenciaria.

En este sentido, y para el cumplimiento de dichas misiones constitucionales corresponde al ministerio fiscal legalmente velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes (art. 3.1 de la Ley 50/1981, de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en lo sucesivo EOMF), lo que determina su presencia obligada e intervención en cualquier incidente que se suscite durante la ejecución de la sentencia penal; y a tal efecto se le asigna, dentro del marco legal de sus competencias, interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de los mismos cualquiera que sea su estado, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas. Asimismo, podrá pedir información de los hechos que

hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que esté actuando (art. 4.1 EOMF). Ello determina la previsión legal de la intervención del Ministerio Fiscal en la ejecución de la pena, emitiendo los oportunos informes tanto ante el juez o tribunal sentenciador, como ante el juez de vigilancia penitenciaria, actuando a modo de un *amicus curiae* con legitimación para recurrir las resoluciones del juzgado de vigilancia.

Pero, además, el Ministerio Fiscal en España tiene reconocidas intervenciones de control de legalidad de la actividad penitenciaria. En el plano de la actividad penitenciaria el ministerio fiscal está expresamente facultado por la ley para: "visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente" (art. 4.2 EOMF), siendo además derecho de los reclusos el dirigir al fiscal peticiones y quejas (art. 4.j) del Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero –en lo sucesivo RP–, pudiendo entrevistarse con los reclusos sin que resulte factible ningún género de medida de intervención o censura de las comunicaciones orales o escritas por parte de la administración penitenciaria (art. 50.2 RP). El RP vigente prevé además dos funciones de control de legalidad por el fiscal especialmente relevantes, a partir de la notificación o dación de cuenta de las decisiones administrativas que seguidamente señalamos: las decisiones sobre admisión o retirada de hijos menores de las reclusas en el centro penitenciario –art. 17 RP–, y las decisiones sobre clasificación en tercer grado, que entrañan la asignación al mismo del régimen abierto –art. 107 RP–. El juicio de ilegalidad por el fiscal posibilitará a este promover las oportunas acciones judiciales ante la jurisdicción civil especializada en materia de familia, o los oportunos recursos ante el JVP.

La normativa de la República Dominicana atribuye al Ministerio Público dos órdenes de actividades que examinaremos a lo largo de este estudio.

En primer lugar, participa en la fase de ejecución penal, y así, en el caso de la suspensión condicional del procedimiento, no solo tiene legitimación para solicitar que se acuerde al juez de la instrucción en los casos contemplados por la ley -Art. 40 CPP-, sino que además aunque no vincula al juez para que acuerde las condiciones que solicita, si que establece un límite de onerosidad en sus peticiones ya que en ningún caso el juez puede imponer medidas más gravosas que

las solicitadas por el Ministerio Público -Art. 41 CPP reformado en 2015; en punto a la revocación de la suspensión, si el imputado se aparta, en forma considerable e injustificada, de las condiciones impuestas, comete una nueva infracción o incumple con los acuerdos sobre la reparación, el juez de la instrucción, necesariamente a solicitud del ministerio público, puede ordenar en audiencia, mediante decisión motivada, la revocación de la suspensión condicional y la reanudación del procedimiento -Art. 42 CPP, reformado en 2015. Si el condenado se halla en libertad, el Ministerio Público dispone lo necesario para su captura sin trámite posterior, con la obligación de informar al juez de la ejecución en las cuarenta y ocho horas -art. 438-II CPP, tras su reforma de 2015-; ostenta legitimación para promover incidentes de ejecución -Art. 442-I CPP-, siendo notificado de cuantos otros incidentes puedan suscitarse -Art. 442-II CPP- y debiendo ser citado a cuantas comparecencias se convoquen por el juez de ejecución penal -Art. 442-III CPP- contando con legitimación para interponer recursos de apelación contra las resoluciones adoptadas ante la Corte de Apelación -Art. 442-III CPP-; el incidente de revocación se promueve únicamente según la ley a solicitud del Ministerio Público -Art. 445-II CPP-.

Pero, en segundo lugar, no se debe olvidar que la LRP -art. 6- configura la Dirección General de Prisiones como un organismo central dependiente de la Procuraduría General de la República Dominicana, y bajo cuya dirección y control estarán todos los establecimientos penales del país. En este sentido la LRP establece tres previsiones complementarias relevantes. Así:

1ª.- Art. 99 LRP: “El procurador fiscal del distrito judicial correspondiente deberá visitar una vez al mes, por lo menos, los establecimientos penitenciarios. En estas visitas oírás las quejas de los reclusos respecto de sus procesos o del trato que se les diere en la prisión y se informará acerca del cumplimiento que dieren las autoridades penitenciarias de las leyes y reglamentos que rigen la vida en reclusión.

Dicho funcionamiento podrá hacer observaciones y presentar quejas verbalmente o por escrito a los respectivos alcaides y, si el caso lo requiere, al Director General del Servicio de Prisiones, quien tomará las providencias de lugar para corregir las irregularidades denunciadas”.

2ª.- Art. 100: “Corresponde al Procurador General de la República la supervigilancia nacional de los servicios penitenciarios. Para tales efectos deberá por sí, o por intermedio de los representantes del ministerio público, efectuar por lo menos cada 30 días visitas de

inspección a los establecimientos carcelarios, incluyendo todas sus dependencias, revisar sus libros, decretar allanamientos y practicar aquellas medidas de control que estime necesarias.

El Procurador General de la República, en atención a las denuncias, observaciones o sugerencias que le sean hechas, o en atención a las comprobaciones que haga personalmente, dispondrá lo que fuere de lugar.

3º.- Art. 101.- "Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. precedentes, el Procurador General de la República y los departamentos de la administración pública, según sus atribuciones, podrán efectuar y ordenar por medio de funcionarios de jerarquía, convenientemente especializados, las visitas de inspección que requiera la mejor administración de los establecimientos penales".

5.4. El condenado

En el sistema español ya hemos examinado la vigencia del principio de conservación de derechos fundamentales -art. 25.2 CE-, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva -art. 24,1 CE-, y la garantía constitucional de la tutela de los derechos fundamentales en procedimientos sumarios y preferentes -art. 53.2 CE-.

E igualmente hemos constatado que en la vigente CRD, dentro del sistema dominicano, el art. 68 CRD establece las garantías de los derechos fundamentales, el 69 CRD consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, con las previsiones complementarias de los arts. 70, 71 y 71 CRD; y que el art. 436 CPP -redacción introducida por reforma legal de 2015-, establece que: "el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este código, y no puede aplicársele mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley".

Por consiguiente, el condenado conserva su derecho a la tutela judicial efectiva: a) en la ejecución de la sentencia de condena irrevocable de acuerdo con su finalidad, durante la duración de la pena; b) de los derechos humanos reconocidos; y c) de los derechos penitenciarios basados en las normas del régimen penitenciario dominicano y demás leyes especiales.

El condenado, como el fiscal, ostenta legitimación para solicitar la revisión del cómputo definitivo –RJEP en relación con 440 CPP-; para solicitar como parte la unificación de penas o condenas –art. 441 CPP-; y en general para promover incidentes de ejecución ante el juez de ejecución penal –Art. 442-I CPP-, siendo notificado de cuantos otros incidentes puedan suscitarse –art. 442-II CPP- y debiendo ser citado a cuantas comparecencias se convoquen por el juez de ejecución penal –art. 442-III CPP-, contando con legitimación para interponer recursos de apelación contra las resoluciones adoptadas ante la corte de apelación –art. 442-III CPP-. Se le reconoce legitimación para solicitar la libertad condicional al juez de ejecución penal –art. 444-I CPP-; y si la solicitud es denegada, el condenado puede renovarla transcurridos tres meses desde el rechazo, en cuyo caso un nuevo informe debe ser requerido al director del establecimiento penitenciario –art. 444-II CPP-; en caso de serle concedida la libertad condicional, puede instar la reforma de las condiciones impuestas –art. 444-IV CPP-.

El RJP además reconoce en su regla XX el derecho a la defensa técnica del condenado o condenada, a quien se reconoce en concreto el derecho irrenunciable a hacerse asistir para los actos de ejecución y de extinción de la pena, por un abogado de su elección, y si no lo hace, el juez de la ejecución de la pena le designará un defensor público; sin perjuicio de que el condenado o condenada pueda asumir su derecho a la defensa.

En el ámbito de la actividad penitenciaria, los condenados tienen derecho a denunciar, poniendo en conocimiento del juez de la ejecución de la pena, cualquier violación a los derechos y garantías reconocidos durante la imposición de medidas disciplinarias por la administración del establecimiento penitenciario, conforme a los arts. 437 y 442 CPP. Además, a formular peticiones y quejas al juez de ejecución por sí o a través de su representante, cuando por acción u omisión le sean afectados derechos y garantías consagrados en la Constitución, los tratados internacionales, en el Código Procesal Penal y en la Ley sobre Régimen Penitenciario y otras leyes especiales.

En general, los condenados tienen derecho a que el juez de ejecución les garantice el goce de los derechos y garantías fundamentales que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, la Ley núm. 224 sobre Régimen Penitenciario vigentes y demás leyes especiales y el Código Procesal Penal; y a que controle y vigile la legalidad de la ejecución de la pena.

5.5. La administración penitenciaria

En general, la administración penitenciaria tiene como cometido primordial la realización de la actividad penitenciaria. Dicho cometido se traduce, en primer lugar, en la realización de actividades de retención y custodia de todos los reclusos; y, en segundo lugar, en el desarrollo de actividades de reeducación y reinserción social respecto de penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad. Las actividades de retención y custodia constituyen el fundamento de lo que la ciencia penitenciaria conoce como “régimen penitenciario”; y a su vez las actividades de reeducación y reinserción social se conocen en el derecho penitenciario como “tratamiento penitenciario”. Régimen y tratamiento penitenciario constituyen pues los dos pilares básicos de la actividad penitenciaria. A esas dos actividades, como veremos se suma una tercera parcela, consistente en el despliegue de prestaciones asistenciales o actividad prestacional.

Pero a su vez, la administración penitenciaria participa en el desarrollo de la ejecución penal mediante comunicaciones y propuestas a la autoridad de ejecución. Estas dos funciones, como titular de la actividad penitenciaria, y como colaboradora de la autoridad de ejecución, son universales, y como veremos posteriormente, son plenamente predicables de la normativa legal dominicana. Así, en la función de colaboración con la ejecución penal, se detecta de manera especialmente visible en la tramitación del expediente administrativo de libertad condicional que se anexa a la solicitud del interesado. Pero conviene desde ahora reseñar –y ya se ha apuntado– que, en cuanto al primer aspecto de desenvolvimiento de la actividad penitenciaria, la administración penitenciaria debe estar sujeta a unos controles de legalidad externos, de los que no puede ser ajena la jurisdicción en un sistema penal moderno.

5.6. Las víctimas

En España, la víctima tiene una creciente participación en el sistema de ejecución penal, lo que se ha potenciado en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito -en lo sucesivo EVD-. Su concepto general aparece contemplado en el art. 2 EVD, que distingue entre víctima directa e indirecta, siendo aplicable la ley a ambas modalidades de víctimas. Por víctima directa se entiende a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas,

daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. Y como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

El art. 3.1 EVD reconoce a las víctimas los derechos a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso. De manera casuística el art. 4 le reconoce el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia; el art. 5 el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes; el art. 6, sus derechos como denunciante, y el art. 7 su derecho a recibir información sobre la causa penal, y entre ellos se contempla que se le comuniquen las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para

su notificación a la víctima afectada -apartado e)-; así como las resoluciones a que se refiere el art. 13.

Estas resoluciones del art. 13 contemplan participación de la víctima en la ejecución. Así, en su apartado 1 dispone que las víctimas que hubieran solicitado (art. 5.1-m), que les sean notificadas las resoluciones podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la LECriL, aunque no se hubiera mostrado parte en la causa. Dichas resoluciones son las siguientes:

a) El auto por el que el juez de vigilancia penitenciaria autoriza, conforme al art. 36.2-III CPE (esto es, aplicación del régimen general de cumplimiento cuando se impuso el periodo de seguridad) la posible clasificación del penado en tercer grado, antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos de homicidio; 2.º Delitos de aborto del art. 144 del Código Penal; 3.º Delitos de lesiones; 4.º Delitos contra la libertad; 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral; 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual; 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación; 8.º Delitos de terrorismo; 9.º Delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el juez de vigilancia penitenciaria acuerde, conforme al art. 78.3 CP (imposición de régimen especial de cumplimiento por tribunal sentenciador en los casos de máximo de cumplimiento inferior al 50% de la suma aritmética de penas) que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el Art. 36.2-II del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

La víctima deberá anunciar al secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del Art. 7.1, e interponer

el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación. Antes de que el juez de vigilancia penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere el Art. 5.1-m) EVD.

Pero además, conforme al Art. 13.2 EVD las víctimas estarán también legitimadas para: "a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima; b) Facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado".

6. EXAMEN ESPECIAL DEL MARCO COMPETENCIAL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL DOMINICANO

En el presente capítulo procederemos a examinar el marco competencial del juez de ejecución penal dominicano -así aparece denominado en los arts. 69.5) y 74 CPP, y se le refiere en el art. 442-I CPP, así como en numerosos preceptos-¹⁹ que cotejaremos comparativamente con el sistema español.

El RJEP establece en su regla I su designación, disponiendo que la Suprema Corte de Justicia podrá designar en cada departamento judicial por lo menos un juez que desempeñará las funciones de juez de ejecución de la pena, tanto de manera provisional, conforme lo establece el Art. 8, párrafo, de la Ley núm. 278-04, sobre la implementación del proceso penal instituido por la Ley núm. 76-02, del 13 de agosto del 2004, como de manera definitiva, luego de la entrada en vigencia plena del Código Procesal Penal, conforme al Art. 67, numeral 4 de la Constitución Política de la República Dominicana.

En su regla XXIII el RJEP establece que el juez de ejecución penal será asistido por un despacho judicial en la forma prevista en el art. 77 CPP en lo que le sea aplicable. Tendrá su asiento dentro del departamento judicial y ejercerá sus funciones sobre aquellos distritos judiciales que determine la Suprema Corte de Justicia, y según lo previsto en el art. 8 de la Ley núm. 278-04; y el despacho estará integrado por

¹⁹ Pero esta denominación no es generalizada, pues se le denomina juez de ejecución (a secas), en los arts. 437, 438, 440, 441, 442-III, y así lo denomina el RJEP en su título o denominación del propio Reglamento. Como juez (sin más), en los arts. 444, 445, 446 y 447 CPP; juez de ejecución de la pena le denomina el art. 437-IV CPP, y en numerosos apartados y reglas del reglamento adoptado por la Suprema Corte de Justicia. Probablemente su denominación más correcta es la de juez de ejecución penal, pues nos lo ejecuta penas, sino diversas medidas penales.

un secretario y personal auxiliar. Dicha regla XXIII añade que, para el asesoramiento del juez de la ejecución de la pena, la Suprema Corte de Justicia designará los peritos que considere necesarios. Y concluye aludiendo a una denominada Unidad de Coordinación y Seguimiento sobre los jueces de la ejecución de la pena, bajo la dependencia de la Dirección General de la Carrera Judicial, cuyo personal técnico especializado será determinado por la Suprema Corte de Justicia, en que deben estar constituidos como personal mínimo, médico legista, psicólogo y trabajador social, además del personal de oficina.

6.1. Competencia

6.1.1. Competencia territorial

Conforme al Reglamento Juez de la Ejecución -en lo sucesivo RJE- aprobado por Resolución núm. 296-2005 de la Corte Suprema, de 6 de abril, que establece que el juez de la ejecución de la pena tiene jurisdicción territorial dentro del departamento judicial para el que ha sido nombrado. En caso de designarse más de uno, la Suprema Corte de Justicia al momento de su designación, establecerá el ámbito de su competencia territorial.

6.1.2. Competencia objetiva

Ya la hemos examinado anteriormente al referenciar los arts. 74 y 437 CPP.

A la vez, el RJEP en su regla II establece que, tomando como punto de partida las competencias del juez de la ejecución de la pena, de conformidad con los arts. 28, 436, 437 y 441 CPP, el RJE le atribuye las siguientes:

“1ª.- Garantizar a los condenados el goce de los derechos humanos fundamentales y de las garantías reconocidas por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y el Código Procesal Penal, sin mayores restricciones de las que resulten de la sentencia condenatoria irrevocable y de la ley.

2ª.- Controlar el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias, de conformidad con los principios de legalidad, de dignidad de la persona humana, de imparcialidad o no discriminación, resocialización como finalidad de la pena y al debido proceso.

3^a.- Resolver jurisdiccionalmente las cuestiones que se susciten durante la ejecución, conforme al procedimiento de los incidentes, Arts. 74 y 442 CPP.

4^a.- Controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado en la suspensión condicional del procedimiento -arts. 40 y siguientes CPP- a los fines de que el juez competente dicte el auto para su revocación o la declaración de la extinción de la acción penal.

5^a.- Controlar el cumplimiento de las condiciones de la suspensión condicional de la pena y en caso de violación por el condenado de las obligaciones impuestas, ordenar la suspensión y proceder a la ejecutoriedad de la sentencia para su cumplimiento íntegro -art. 341 CPP-.

6^a.- Controlar la ejecución de las sentencias irrevocables, contentivas del perdón judicial, a favor de los condenados o condenadas que le hayan reducido la pena - art. 340 CPP-.

7^a.- Disponer las inspecciones y visitas a los establecimientos penitenciarios que sean necesarias -art. 437 CPP-.

8^a.- Hacer comparecer ante él a los condenados y encargados de los establecimientos penitenciarios con fines de vigilancia y control, conforme al indicado -art. 437 CPP-.

9^a.- Dictar, aún de oficio -art. 437 CPP- las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las fallas que observe en el funcionamiento del sistema penitenciario.

10^a.- Ordenar a la Dirección General de Prisiones, o autoridad competente, dictar las resoluciones necesarias en el mismo sentido de corrección del sistema penitenciario, regulado por la Ley núm. 224, sobre Régimen Penitenciario del 13 de junio de 1984, en lo sucesivo LRPD -arts. 74 y 437 CPP-.

11^a.- Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los ondenados y su revocación si procediere -arts. 444 y 445 CPP- y Ley núm. 164 sobre Libertad Condicional vigente.

12^a.- Ejercer el recurso de revisión de la sentencia definitiva firme, cuando se dicte una ley que extinga o reduzca la pena o en caso de cambio jurisprudencial -art. 429 CPP-.

13^a.- Velar por la fiel ejecución de las sentencias en los casos en que el cumplimiento de las mismas esté sometida a condiciones especiales -art.342 CPP-.

14^a. Controlar jurisdiccionalmente, de oficio o a petición del condenado, las quejas o peticiones sobre las sanciones disciplinarias impuestas a los condenados o condenadas por la autoridad administrativa fundadas en la LRPD -arts. 437 y 442 CPP-.

15^a.- Declarar la prescripción de las penas y ordenar la liberación del condenado cuando procediere.

16^a.- Decidir sobre toda reclamación fundada en violación a los derechos humanos y garantías fundamentales de los reclusos, amparados ya sea en la Constitución, Bloque de Constitucionalidad, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, del 30 de agosto del 1955, y la Ley núm. 224 y demás leyes vigentes, conforme con el procedimiento de los incidentes.

17^a.- Promover la reinserción social del condenado o condenada después del cumplimiento de la pena privativa de libertad y del egreso de este o esta del penal.

18^a.- Realizar un nuevo juicio sobre la pena en el caso de la unificación de penas o condenas que modifiquen sustancialmente la cuantía, monto o régimen de cumplimiento de la pena -párrafo final del art. 441 CPP-.

19^a.- Y finalmente, la tutela de los derechos de los reclusos articulada en el siguiente haz de funciones y competencias:

a) Verificar que los reclusos reciban una alimentación adecuada tres veces al día;

b) Diligenciar lo necesario, a fin de que los reclusos mantengan un buen estado de salud y de higiene general;

c) Abogar porque los reclusos practiquen deportes, actividades físicas o ejercicios y que tomen sol varias veces por semana;

d) Realizar las diligencias de lugar con el objetivo de que los reclusos participen en programas educativos, sobre todo que reciban instrucción primaria;

e) Abogar por que funcionen en los penales las respectivas comisiones de vigilancia, evaluación y sanción instituidas por el art. 20 LRPD y acordar planes de colaboración recíproca;

f) Interesarse por el respeto de la legalidad penitenciaria en relación con derecho de visitas y a recibir correspondencia -art. 35 LRPD-, adecuada aplicación de las sanciones disciplinarias -art. 46 LRPD-, ejecución de trabajo penitenciario -arts. 55 y siguientes LRPD-, adecuado desenvolvimiento de la asistencia social -art. 77 y siguientes LRPD, aunque erróneamente se reitera como trabajo penitenciario-, clasificación técnica de los reclusos -art. 12 LRPD-, auspiciar que los reclusos practiquen la religión de su preferencia y que participen en los servicios religiosos efectuados en el penal -Arts. 75 y 76 LRPD-.

6.1.3. Competencia funcional

Contra las decisiones del juez de ejecución penal en los procedimientos de los incidentes de ejecución, que deben ser en todo caso motivadas, procederá el recurso de apelación, cuya interposición no suspende la ejecución de la pena, salvo que así lo disponga la corte de apelación.

6.2. Procedimientos de la ejecución penal

6.2.1. Ejecutoriedad o apoderamiento: art. 438 CPP

En el sistema de ejecución dominicano se conoce como ejecutoriedad al conjunto de los requisitos formales para el apoderamiento del juez de la ejecución de la pena -RJEP-. A este respecto, el Art. 438 CPP, reformado por la Ley núm. 10-15, que introduce modificaciones a la Ley núm. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana (G.O. núm. 10791 de 10 de febrero de 2015) parte de la ejecutoriedad de la sentencia como punto de partida para el apoderamiento del juez de ejecución penal. Dicho precepto establece que: "desde el momento en que la sentencia condenatoria es irrevocable, será ejecutada.

Si el condenado se halla en libertad, el Ministerio Público dispone lo necesario para su captura sin trámite posterior, con la obligación de informar al juez de la ejecución en las cuarenta y ocho horas.

El secretario del juez o tribunal que dictó la sentencia el remite dentro de las cuarenta y ocho horas al juez de la ejecución, para que proceda

a inscribirla en sus registros y hacer los cálculos correspondientes cuando el condenado deba cumplir pena privativa de libertad. En el plazo de las setenta y dos horas, el juez de la ejecución notifica al imputado el cómputo de la sentencia, pudiendo requerir presentación del condenado.

El juez ordena la realización de todas las medidas necesarias para cumplir los efectos de la sentencia”.

El RJEP en su regla IV establece que una vez recibida, el juez de ejecución penal debe inmediatamente:

- a) Verificar el carácter irrevocable de la sentencia condenatoria;
- b) Ordenar a la secretaria la inscripción de la sentencia condenatoria, en el libro registro físico o digital, abierto al efecto, en la secretaría del despacho del juez de la ejecución de la pena, con el mismo número único del expediente del tribunal de procedencia;
- c) Dictar auto motivado despachando orden de ejecución del fallo, de conformidad con el art. 438 CPP, que deberá notificar al condenado, a la Dirección General de Prisiones y al establecimiento penitenciario donde el condenado debe cumplir la pena privativa de libertad y donde es remitido, si se encontrase en libertad o en otro establecimiento penitenciario;
- d) En caso de que el condenado se encontrase en libertad, el Juez de la Ejecución dicta orden de arresto para su comparecencia o captura. Sin embargo, en este punto debe tenerse presente que la reforma de 2015 ha contemplado la competencia del Ministerio Público para su captura sin trámite posterior, con la obligación de informar al juez de la ejecución en las cuarenta y ocho horas, y en este aspecto debe entenderse que ha dejado sin efecto la redacción del art. 438 CPP que atribuía al juez de ejecución penal cuando el reo estuviera en libertad que dispusiera lo necesario para su comparecencia o captura”.

En el sistema procesal español el art. 141 LECrim al regular las distintas clases de resoluciones penales dispone que: “llámase ejecutoria el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme.” Y en el *usus fori* español se denomina igualmente ejecutoria al procedimiento penal en la fase de ejecución, en el que se suceden los distintos incidentes de ejecución titularizados por el juez o tribunal sentenciador.

6.2.2. Procedimiento del cómputo definitivo de la pena: art. 440 CPP

El art. 440 CPP –reformado en 2015- establece que: “el juez de ejecución revisa el cómputo de la pena dispuesto en la sentencia, tomando en cuenta la privación de libertad sufrida por el imputado desde el día de su arresto para determinar con precisión la fecha en que finaliza la condena, y en su caso, la fecha a partir de la cual el imputado puede solicitar su libertad condicional o su rehabilitación. El cómputo es siempre reformable, aún de oficio, si se comprueba un error o cuando nuevas circunstancias lo tornen necesario”.

El RJEP en su regla V establece lo siguiente:

“1º.- Que para la revisión del cómputo definitivo el Juez de la Ejecución de la Pena tomará en cuenta:

La privación de libertad sufrida por el condenado desde el día de su arresto o bajo arresto domiciliario (lo que determina la preventiva abonable); el tiempo transcurrido en libertad por el condenado durante el proceso, ya sea por el disfrute de la libertad provisional bajo fianza; o por la presentación de garantía económica u otra medida de coerción, en que estuviese en libertad el condenado; el tiempo en libertad del condenado durante la libertad condicional hasta su revocación; y finalmente, cualquier otra circunstancia que pueda influir en el cálculo de la duración de la pena”.

En el sistema español, como ya hemos indicado, el cómputo, denominado liquidación judicial de condena, se aprueba por el juez o tribunal sentenciador, estableciéndose en el CPE reglas específicas. Conforme al art. 38.1 CP: “cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme”. Agrega el art. 38.2 CPE que: “cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento”.

A su vez, el art. 58 CPE establece: “1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el juez de vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

De este modo, la liquidación judicial se practica del siguiente modo por el secretario del tribunal sentenciador: fijado el día de inicio de cumplimiento, se determina la duración de la pena, y se le detrae el periodo de prisión preventiva. Esto es: cumplimiento es igual a pena menos prisión preventiva, $C=P-PP$. Se abre además la posibilidad de abonar medidas cautelares heterogéneas. Estas mismas reglas se aplican a las penas privativas de derechos y a las liquidaciones de máximo de cumplimiento de las medidas de seguridad.

2º. La finalidad del cómputo es para determinar con precisión: a) la fecha en que finaliza la condena; b) la fecha a partir de la cual el condenado o condenada puede solicitar su libertad condicional; c) o solicitar su rehabilitación.

En el sistema español solo se determina la fecha de inicio y de cumplimiento o licenciamiento definitivo.

3º. El cómputo siempre es reformable, aún de oficio, cuando nuevas circunstancias lo hagan necesario. La fecha de libertad condicional será informada en su fecha por la dirección del centro penitenciario de destino.

4º. La revisión del cómputo definitivo se hace de oficio por el juez de la ejecución, dentro de un plazo de tres (3) días hábiles de la recepción de la sentencia condenatoria, mediante auto motivado y notificado al condenado, al Ministerio Público, la Dirección General de Prisiones y a la autoridad administrativa del establecimiento penitenciario, en que deba cumplir la condena.

5º. En caso de cualquier queja por el resultado del cómputo por el condenado o condenada, se conoce la reclamación o petición conforme al procedimiento de los incidentes.

En el sistema español las liquidaciones judiciales de condena son susceptibles de recurso.

6.2.3. Procedimiento de la unificación de penas o condenas

Conforme al art. 441 CCP: "corresponde al juez de ejecución, de oficio o a solicitud de parte, la unificación de las penas o condenas en los casos previstos en el Código Penal, conforme el trámite de los incidentes.

Cuando la unificación pueda modificar sustancialmente la cuantía, monto o régimen de cumplimiento de la pena, el juez de ejecución, a solicitud de parte, realiza un nuevo juicio sobre la pena".

El RJEP en su regla VI establece lo siguiente:

1º. Es competencia del juez de la ejecución de la Pena, de oficio, o a solicitud del condenado o condenada, o su defensor o apoderado, hacer la unificación de las penas o condenas en los casos previstos en el Código Penal, o sea cuando es admisible o no el principio de cúmulo de penas; por haber sido condenado en diferentes juicios, por hechos distintos, ya sea durante el proceso o en el transcurso del cumplimiento de la condena.

2º. La unificación de las penas o condenas, en caso de petición del condenado o su defensor, se tramitará y conocerá mediante el procedimiento de los incidentes.

3º. Cuando la unificación pueda modificar sustancialmente la cuantía, monto o régimen de cumplimiento de la pena, el juez de ejecución, a solicitud de parte, realiza un nuevo juicio sobre la pena, siguiendo el procedimiento sobre los incidentes, en cuyo caso:

a) Convocará a una audiencia oral dentro de un plazo de tres días hábiles, citando por cualquier medio, a la audiencia oral, al condenado, su defensor, si lo tuviere o se designare, al Ministerio Público, a la Dirección General de Prisiones y la autoridad administrativa penitenciaria.

b) Inmediatamente después de la audiencia, el juez de la ejecución dicta la decisión escrita y motivada, cuya lectura vale notificación para las partes presentes a quienes se les entregará copia certificada de la decisión.

4º.-La decisión que intervenga es recurrible por ante la Corte de Apelación, cuya interposición no suspende la ejecución de la pena, salvo que así lo disponga la Corte de Apelación”.

En el sistema penal español rige en los casos de concurso real de penas²⁰ el principio de cumplimiento simultáneo de las pruebas si fuere posible -art. 73 CPE- (lo que acontece en penas heterogéneas, así, por ejemplo, las penas de prisión y las privativas de derechos); y si no fuere posible el cumplimiento simultáneo regirá el principio de cumplimiento sucesivo -art. 75 CPE-.²² Ello se articula mediante una comunicación del centro de cumplimiento al segundo o sucesivo tribunal sentenciador, en la que le expresa la preexistencia de una anterior condena ya liquidada, indicándole que la fecha posible de inicio sería el día siguiente al cumplimiento preexistente.

Caso de pluralidad de condenas en cumplimiento oportunamente liquidadas, la dirección del centro de destino remite al juez de vigilancia penitenciaria un proyecto de refundición, que parte de una unificación virtual de las condenas; si el juez de vigilancia la aprueba se determina una unidad de ejecución virtual de todas las penas de prisión a efectos de libertad condicional. No obstante, en el sistema español, la regla de cumplimiento sucesivo tiene una regla especial de moderación, que se articula en el art. 76 CPE,²³ y que determina la fijación de un máximo de cumplimiento. Caso de dictarse en varios procesos penales, la decisión la adopta el último tribunal sentenciador bajo ciertas condiciones –arts. 76.2 CP 988-III LECrim.

²⁰ Son excepciones del concurso real de penas (tantas infracciones, tantas sanciones) el delito continuado –art. 74 CP-, el concurso ideal y medial (art. 77 CP).

²¹ Conforme al art. 73 CPE: ‘al responsable de dos o más delitos o faltas se les impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas’.

²² El art. 75 CPE establece que: ‘cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible’.

²³ Art. 76.1 CP: ‘no obstante lo dispuesto en el art. anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los arts. 92 y 78 bis’.

6.2.4. Procedimiento para condiciones especiales de ejecución: art. 342 CPP

El art. 342 CPP se refiere a las condiciones especiales de cumplimiento de la pena, señalando que: "al momento de fijar la pena, el tribunal debe tomar en consideración las condiciones particulares del imputado que hagan recomendable un régimen especial del cumplimiento de la pena en los casos siguientes: 1) Cuando sobrepasa los setenta años de edad; 2) Cuando padezca una enfermedad terminal o un estado de demencia sobreviniente con posterioridad a la comisión de la infracción; 3) Cuando la imputada se encuentre en estado de embarazo o lactancia; 4) Cuando exista adicción a las drogas o el alcohol.

En estos casos, el tribunal puede decidir que el cumplimiento de la pena se verifique parcial o totalmente en el domicilio del imputado, en un centro de salud mental, geriátrico, clínico o de desintoxicación. En el caso previsto en el numeral 4, el tribunal puede condicionar el descuento parcial o total de la pena al cumplimiento satisfactorio del programa de desintoxicación por parte del imputado".

A su vez, el art. 443 CPP establece que: "en los casos en que la sentencia incluye un régimen especial de cumplimiento de la pena, el juez de ejecución vela por que se cumpla satisfactoriamente. El régimen previsto en la sentencia se puede modificar si sobreviniere uno de los casos indicados en el art. 342".

El RJEPD establece lo siguiente:

"1º. De conformidad con el art.342 CPP, la fijación de la pena por el tribunal de fondo, debe estar sometida a condiciones particulares de cumplimiento, determinadas por características individuales de la persona del imputado o imputada, de conformidad con el principio rector de la humanización de la pena, que determinan un régimen especial para el cumplimiento de la pena, en los casos siguientes: cuando el condenado o condenada sobrepasa la edad de los setenta años; cuando padezca una enfermedad terminal o un estado de demencia sobreviniente con posterioridad a la comisión de la infracción; cuando la condenada se encuentre en estado de embarazo o lactancia; cuando exista adicción a las drogas o al alcohol.

2º. El cumplimiento de las penas impuestas en los casos precedentes, puede ser cumplida total o parcialmente en la forma indicada en la

sentencia como son: a) en el domicilio del condenado o condenada; b) en un centro de salud mental, geriátrico, clínico o de desintoxicación, según se ordene en la sentencia condenatoria irrevocable.

3º. Es atribución del juez de la ejecución controlar y vigilar su adecuado cumplimiento, para lo cual establecerá los controles necesarios a fin de verificar el cumplimiento de lo fijado en la sentencia condenatoria, pudiendo ser asesorado por peritos.

4º. En el caso de que el tribunal condicione el descuento total o parcial de la pena al cumplimiento satisfactorio del programa de desintoxicación por parte del condenado o condenada, el Juez de la Ejecución, controlará y supervisará el cumplimiento de las obligaciones impuestas al condenado o condenada, a los fines de la determinación del tiempo de la condena y de la excarcelación del condenado o condenada.

5º. Cumplidas por el condenado o condenada las obligaciones impuestas, el Juez de la Ejecución dicta el auto de excarcelación correspondiente.

6º. En los casos en que durante el procedimiento de ejecución de la pena sobreviniere una de las circunstancias extraordinarias de atenuación de la pena, establecidas en el art. 342 CPP, el juez de la ejecución puede realizar las modificaciones de la misma según lo previsto en el art. 443 CPP, para lo cual está obligado a solicitar el dictamen del Ministerio Público del Distrito Judicial de que se trate. Una vez tomada la decisión el juez de la ejecución de la pena informará al presidente de la Corte de Apelación de su Departamento Judicial". En el sistema español estas modalidades especiales tienen un tratamiento diverso. Así, cuando el condenado sobrepasa los setenta años de edad las soluciones penales se articulan, si no fuere posible la suspensión de la condena, por medio de una modalidad privilegiada de libertad condicional, pero presupone su internamiento en el centro penitenciario para cumplir la condena. Dicha modalidad se regula en el art. 90.1-I CPE.²⁴

En segundo lugar, cuando el condenado padezca una enfermedad terminal, las soluciones contempladas son dos. La primera, en forma de suspensión excepcional de la pena de prisión, lo que se contempla en el art. 80.4 CP.²⁵ Y la segunda, subsidiaria, por una modalidad

²⁴ Conforme al art. 90.1 CP: "no obstante lo dispuesto en el art. anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el art. anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional".

²⁵ Conforme al art. 80.4 CPE, "los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo".

privilegiada de libertad condicional análoga a la de los septuagenarios que se regula en el art. 90.1-II CP,²⁶ que igualmente presupone el inicio de cumplimiento de la condena. En esta modalidad privilegiada, el art. 91.2 CP impone a la administración penitenciaria la elevación al juzgado de vigilancia de un informe propuesta en un expediente administrativo que evalúe la concurrencia de todos los requisitos.

En tercer lugar, cuando el condenado padeciera un estado de demencia sobreviniente con posterioridad a la comisión de la infracción, el art. 60 impone al juez de vigilancia la incoación de un expediente en el que si se aprecia que concurren los presupuestos legales suspenderá la condena.²⁷

En cuarto lugar, cuando la imputada se incoación de encuentre en estado de embarazo o lactancia si no cabe la suspensión de la ejecución de la pena asistiremos si la pena es de prisión a la posibilidad de cumplimiento de la condena teniendo a su hijo hasta el cumplimiento de los 3 años de edad en su compañía, conforme al art. 38.2 LOGP.²⁸

Finalmente se contempla el caso de adicciones a drogas o a alcohol. En el sistema español el tratamiento penal de estas adicciones es el siguiente: imposición de medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación o libertad vigilada con tratamiento ambulatorio de deshabitación -arts. 102 y 105 y 106.1 CP- cuando se aprecie eximente o semieximente de drogadicción o alcoholismo. Suspensión de la ejecución de la pena privilegiada con regla de conducta en su caso de integración en programa terapéutico de deshabitación si se impone pena y concurren los presupuestos legales del art. 80.4 CPE. Y caso de cumplimiento de condena en un centro penitenciario, oferta de tratamiento consistente en grupo de atención de drogodependientes, y en su caso asignación inicial o progresión al tercer grado de tratamiento con derivación a unidad extra penitenciaria prevista en el art. 182 RP.

²⁶ Conforme al art. 91.1-II CPE "el mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios".

²⁷ Conforme al art. 60.1 CP, "cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición".

Agrega el art. 60.2 CPE que "restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente".

²⁸ El art. 38.2 LOGP establece que "las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil.

La Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad.

6.2.5. La libertad condicional

La libertad condicional puede ser entendida en un sentido estático o bien en un sentido dinámico, esto es, como decisión, o bien como situación. En sentido estático, la libertad condicional es la decisión adoptada por la autoridad competente en cuya virtud se confiere al recluso una situación de libertad anticipada en atención a su buena conducta penitenciaria, y a los logros alcanzados en su proceso de readaptación social, que permiten establecer un pronóstico racional de conducta respetuosa de la ley penal.

La libertad condicional aparece históricamente vinculada a los sistemas penitenciarios, y específicamente al sistema progresivo. Su concesión era en un principio competencia administrativa o mixta, generalmente encomendada a órganos colegiados ad hoc. Así, en el sistema progresivo español apareció como cuarto periodo -coincidente precisamente con el último cuarto de condena- en virtud de la Ley del 23 de julio de 1914.²⁹

Actualmente, la jurisdiccionalidad de la libertad condicional está plenamente reconocida en la mayoría de los sistemas penales modernos: así, en el sistema alemán, confía al juez o tribunal sentenciador las figuras denominadas "suspensión del resto de la pena" (parágrafo 454 StPO); y en el derecho positivo español vigente, pues su aprobación corresponde a los juzgados de vigilancia penitenciaria, pero constituye una conquista de la LOGP, que lo previó en su art. 76.2: "corresponde especialmente al juez de vigilancia: b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan".

El derecho dominicano ha contemplado esta figura en la Ley núm. 164, que establece la libertad condicional del 7 de octubre de 1980 (GO núm. 9641, del 29 de octubre de 1980), en lo sucesivo LLC, y su decisión se confiaba al tribunal sentenciador, conforme al art. 3 de la ley precitada, y actualmente al juez de ejecución penal, tras la modificación de dicho precepto por la Ley núm. 278-04, sobre la Implementación del Proceso Penal instituido por la Ley núm. 76-02, de 12 de agosto de 2004.

²⁹El precepto se ha desarrollado reglamentariamente contemplando la creación de Unidades de Madres como modelo especial de ejecución, en los arts. 182 a 182 RP; e incluso en unidades extra penitenciarias -art. 182 RP-.
Correspondía su aprobación -art. 2- a una denominada Comisión de Libertad Condicional, de la que formaban parte el presidente de la respectiva Junta de patronato, el presidente de la Diputación provincial, el alcalde del Ayuntamiento, el Director de mayor categoría de las Prisiones comprendidas dentro de la misma provincia, un cura párroco, y dos vecinos de la capital seleccionados como sobresalientes por su ciencia, filantropía, representación social o posición económica. En la situación anterior a la LOGP la libertad condicional era propuesta por las Comisiones Provinciales de Libertad Condicional, constituidas por el Presidente de la Audiencia Territorial o Provincial, que lo sería de la Comisión, y como vocales, el Fiscal, el Presidente de la Audiencia Provincial, el Magistrado más antiguo, el Presidente de la Junta Local del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, y los Directores de las Prisiones Centrales que radicaran en la provincia, y el Director de la prisión provincial, que actuaba como secretario; el acuerdo debía ser elevado a la DGIP, Sección de Libertades Condicionales, que lo elevaba a su vez al Patronato de Nuestra Señora de la Merced, que a su vez podía elevarlo al Ministerio de Justicia, y por éste al Consejo de Ministros.

6.2.5.1. Requisitos legales

Los requisitos legales para la aprobación de la libertad condicional en el derecho dominicano aparecen contemplados en el art. 1 LLC:

1º.- Sólo se admite su concesión a condenados a penas privativas de libertad de carácter criminal o correccional -arts. 1 y 2 LLC-. En consecuencia, no se prevé ni para sentenciados a medidas de seguridad privativas de libertad, ni a sentenciados a penas privativas de derechos o pecuniarias.

2º.- Primariedad delictiva e imposibilidad de nueva concesión caso de. Pues conforme al art. 12 LLC, "ningún penado reincidente podrá ser puesto en libertad condicional, y aquellos a quienes les haya sido revocada, no podrán obtenerla de nuevo. Para los efectos de esta ley no podrá considerarse pena privativa de libertad el tiempo que un individuo deba permanecer en prisión por la insatisfacción de una multa". Este requisito no rige en la normativa española, donde el logro de los fines de reeducación y reinserción social justificará la aplicación de este beneficio penal, con independencia de la existencia de reincidencia delictiva, no excluyéndose en abstracto en la ley a los que se les hubiere revocado dicho beneficio.

3º.- Cumplimiento real de un mínimo de tiempo de la pena privativa de libertad: la mitad de la condena si excede de 6 meses -apartado a) del art. 2 LLC-.

4º.- Satisfacción en lo posible de las consecuencias civiles del delito: haber pagado, pudiendo hacerlo, los daños y perjuicios causados por la infracción, o haber llegado a un acuerdo con la parte perjudicada. Apartado d) del art. 2 LLC.

5º.- Buena conducta penitenciaria: que haya demostrado hábitos de trabajo, y que se haya comportado de manera intachable en el establecimiento penitenciario. Apartado c) del art. 2 LLC.

6º.- Pronóstico favorable de vida en libertad respetuosa de la ley penal: que esté capacitado física y psíquicamente para reintegrarse a la vida social -apartado c) art. 2 LLC- y previsión de que se conducirá bien en estado de libertad -apartado d) del art. 2 LLC. Esta redacción podría ser criticada por cuanto el buen comportamiento no puede ser exigible más allá del respeto de la ley penal, o de la observancia de determinadas cautelas imponibles que incidan en factores de peligrosidad criminal judicialmente determinados mediante la fijación de reglas de conducta".

6.2.5.2. Procedimiento de concesión

Primero. Iniciación de oficio, a petición del director del centro penitenciario, del condenado, de su defensor o de cualquier interesado. Conforme al inciso segundo del art. 442-I CPP, que en este punto corrige al art. 3 LLC: "La libertad condicional puede ser promovida de oficio o a solicitud del condenado o su defensor". Sin embargo, el RJEP admite que pueda incoarse a petición de cualquier interesado.

En lo que atañe a la actuación de oficio, un cauce de conocimiento del juez de ejecución penal será la comunicación del director del centro de cumplimiento, a la que se refiere el inciso primero del art. 442-I CPP que establece que: "el director del establecimiento penitenciario debe remitir al juez los informes necesarios para resolver sobre la libertad condicional, un mes antes del cumplimiento del plazo fijado al practicar el cómputo".

A los informes se refiere el art. 3 LLC, modificado por Ley núm. 278-04, sobre la implementación del proceso penal instituido por la Ley núm. 76-02, de 12 de agosto de 2004. La proposición irá acompañada de los datos relativos al penado, a la infracción contenida, fecha de la sentencia condenatoria, indicación de la residencia escogida por el reo, el nombre y generales de la persona bajo cuyo patronato se pondrá y una declaración firmada por ésta en la que conste que se comprometa a cumplir las obligaciones que el auto de liberación, la ley o los reglamentos pongan a su cargo. Contendrá, asimismo, la constancia de haberse cumplido los requisitos señalados en el art. 2 LLC y en cuanto el requisito de la letra c) del art. 1 de esta ley, la propuesta deberá ir acompañada, además de la opinión favorable de la autoridad penitenciaria sobre el estado de rehabilitación del recluso, de un informe expedido por un médico legista, después de haber hecho el examen y las pruebas médicas necesarias para declarar al penado en estado de aptitud para reintegrarse a la vida en sociedad.

El art. 3-II LLC modificado en el año 2004, se refiere a la petición del condenado, indicando que, para los efectos del párrafo anterior, el recluso elevará su petición a través de la Comisión de Supervisión y Reforma Carcelaria, la cual tendrá derecho de solicitar informes y los documentos del penal en que consten las actividades, conductas y vida del recluso, a fin de someter el caso, con sus recomendaciones al respecto, a la autoridad judicial que deba decidir sobre la solicitud.

Segundo. Posibilidad del juez de ejecución penal de realización de comprobaciones. El tribunal podrá tomar las medidas de lugar a fin de comprobar lo necesario en torno a la real existencia de las condiciones exigidas por la ley para la concesión de la libertad condicional -párrafo 3 del art. 3 LLC, redacción modificada en 2004; en el mismo sentido, art. 6 LLC-.

Tercero. Dictamen del Ministerio Público. El expediente será sometido al Ministerio Público correspondiente, para su dictamen, en un plazo no mayor de cinco días -art. 4 LLC-.

Cuarto. Resolución del juez de ejecución penal. Puede ser favorable o desfavorable.

Cuando la libertad sea otorgada, en la resolución que lo disponga se fijan las condiciones e instrucciones, según lo establecido por la ley -art. 444-III CPP-. Dichas condiciones aparecen contempladas en el art. 5 LLC, y son las siguientes:

a) Residir en el lugar determinado por el auto, el cual deberá ser señalado en la petición, lugar que podrá ser modificado posteriormente por el tribunal que dictó el auto, si las circunstancias lo demanden.

b) Cumplir las reglas de conducta que se le señalaren, como las de no ingerir bebidas alcohólicas, someterse a las inspecciones que se establezcan, dedicarse a un oficio arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.

c) Concurrir a una escuela si no hubiese completado la instrucción primaria”.

A este respecto la referencia a “reglas de conducta que se le señalen, como” debe interpretarse como un sistema de *numerus apertus*, con referencias que deben reputarse no como taxativas, sino *ad exemplum*.³⁰ Ahora bien, la proyección de los principios generales de

³⁰ En el sistema español se contempla igualmente un sistema de *numerus apertus* en el art. 90.5 CP, que se remite a las reglas de conducta fijadas en el art. 83 CP para la suspensión de la ejecución de la pena, mencionando una casística más detallada, pero supeditada a que resulten necesarias para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados. Así, se citan: 1.º Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2.º Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. 3.º Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal. 4.º Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. 5.º Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas. 6.º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

7.º Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8.º Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

9.º Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos debe determinar que dichas medidas no pueden ser arbitrarias, sino discrecionales, y su fijación debe venir presidida por el control de factores de peligrosidad criminal del reo detectables en cada caso concreto. Así, por ejemplo, la integración en programa de drogodependencias estará justificada en un reo con problemática toxicofílica, pero no en el supuesto de un penado en quien no concurra dicha problemática.

Conviene realizar dos puntualizaciones: la primera, que conforme al RJEP, al juez de ejecución penal le corresponde vigilar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la decisión; y la segunda que dichas condiciones son reformables de oficio o a petición del condenado -Art. 444 CPP-. En cuanto a dicha vigilancia debe tenerse presente: a) que la persona que se constituya en patronato deberá informar al procurador fiscal del distrito judicial donde reside el penado, las faltas cometidas por este, así como cualesquiera circunstancias que estime útiles -Art. 7 LLC-; b) que el liberado condicional está obligado a presentarse cada mes por ante el procurador fiscal del distrito judicial donde resida, para informarle de lo relativo a su vida, trabajo, ocupación y acerca de lo que dicho funcionario tenga interés en saber -Art. 8 LLC-; y c) que los miembros de la policía judicial del distrito judicial donde reside el penado, tienen a su cargo la vigilancia de éste, así como la obligación de guiarle, aconsejarle y evitarle en lo posible, que viole las condiciones bajo las cuales fue liberado o cometa nuevos delitos. Estos funcionarios informarán inmediatamente al Ministerio Público del tribunal que dictó el auto de liberación, la falta de cumplimiento por parte del liberado, de las obligaciones que le imponen el auto de liberación, la ley o los reglamentos, así como de cualesquiera otras circunstancias que consideren útiles y pertinentes -Art. 16 LLC-. Aunque la ley no lo prevea expresamente, parece que nada obsta a que el Ministerio Público pueda establecer un cuarto cauce de control, reclamando de entidades públicas o privadas informes complementarios, si bien ello puede hacerse comisionando a la policía judicial la realización de las pesquisas correspondientes.

La resolución del juez de ejecución penal puede ser también desfavorable. El juez puede rechazar la solicitud, cuando sea manifiestamente improcedente o cuando estime que no transcurrió el tiempo suficiente para que hayan variado las condiciones que motivaron el rechazo anterior -inciso final del art. 444-I CP-.

Si la solicitud es denegada, el condenado no puede renovarla antes de transcurridos tres meses desde el rechazo, en cuyo caso un

nuevo informe debe ser requerido al director del establecimiento penitenciario -art. 444-II CPP-.

Quinto. Las decisiones relativas a la libertad condicional son apelables -art. 445-V CPP-.

6.2.5.3. Efectos de la libertad condicional durante el periodo que resta de cumplimiento de la pena

Son efectos del auto de libertad condicional los siguientes:

Primero. La excarcelación del recluso, que pasa a la condición de liberado condicional. La concesión de la libertad condicional implica una orden o mandato de libertad a las instituciones penitenciarias a las que se confió su retención y custodia, que debe ser inmediatamente cumplimentado por los servicios de prisiones.³¹

Segundo. Observancia por el penado de sus obligaciones legales y de las reglas de conducta. Una vez en libertad, el liberado queda sujeto a la observancia de las obligaciones que constituyen sus obligaciones legales, y al cumplimiento de las reglas de conducta judicialmente fijadas en el auto de concesión de la libertad condicional.

6.2.5.4. Conclusión de la libertad condicional. Examen especial del procedimiento de revocación

La libertad condicional puede concluir de dos formas:

En primer lugar, por conclusión del término de duración de la pena, en cuyo caso se transforma, en definitiva, con extinción de la responsabilidad criminal por causa del cumplimiento de la pena. A este caso se refiere el art. 14 LLC, conforme al cual: "si el penado se conduce bien hasta la expiración del plazo de prueba, su liberación deviene definitiva".

En segundo lugar, en virtud de auto de revocación de la libertad condicional dictado por el órgano judicial que aprobó su concesión. Ello nos obliga a examinar las causas de revocación de la libertad condicional, y su procedimiento de tramitación.

³¹ En España la libertad condicional se configura sobre la previsión normativa de una tramitación anticipada al cumplimiento del periodo mínimo legal de cumplimiento real de la pena. Así resulta del art. 194 RP, que señala que: "la Junta de Tratamiento deberá iniciar la tramitación del correspondiente expediente con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión de este beneficio". Esta exigencia de tramitación anticipada se lleva al punto de que se prevé expresamente que el expediente deba justificar si se hubiere cumplido dicho periodo mínimo las causas que han motivado el retraso de la elevación de la propuesta. En estos casos, el Juez de Vigilancia aprueba la libertad condicional, pero el mandato de libertad se retrasa ope legis hasta la fecha de cumplimiento del periodo mínimo de cumplimiento. Así se conforma por el art. 198.3 RP que dispone que "si el auto de libertad condicional se recibiera antes de la fecha de cumplimiento prevista, no se procederá a ejecutar la libertad hasta el mismo día de cumplimiento". Ello determina que se susciten previsiones normativas en orden a una eventual revocación del beneficio, caso de producirse una involución desfavorable que determine una modificación del pronóstico de peligrosidad criminal. En este sentido el art. 198.4 RP señala que "si en el tiempo que medie entre la elevación y la fecha de cumplimiento el penado observase mala conducta, se modificase su pronóstico o se descubriera algún error o inexactitud en los informes aportados al expediente, el Director dará cuenta inmediata al Juez de Vigilancia a fin de que éste adopte la resolución que proceda".

En cuanto a las causas de revocación, el art. 445-I CPP dispone que: “se puede revocar la libertad condicional por incumplimiento injustificado de las condiciones o cuando ella ya no sea procedente por unificación de sentencias o penas”. Conviene precisar que el RJEP expresamente contempla en su regla IX (procedimiento de revocación de la libertad condicional) en sus letras B y G la vigencia de los arts. 8, 9, 11 y 12 LLC. Debe tenerse en cuenta que a su vez el art. 10 LLC establece que: “la revocación del auto de liberación es de pleno derecho, cuando el penado haya cometido una o varias infracciones intencionales, y se le haya condenado irrevocablemente, caso en el cual deberá cumplir sucesivamente la parte de la pena no ejecutada cuando se dictó el auto de liberación, más la nueva que le haya sido impuesta”. La comisión de infracciones intencionales excluye la comisión de delitos imprudentes o culposos, refiriéndose condena firme irrevocable.

Por lo que atañe a su tramitación: “el incidente de revocación se promueve a solicitud del Ministerio Público” –Art. 445-II CPP-.

A estos efectos –art. 445-III CPP-: “si el condenado liberado no puede ser encontrado, el juez ordena su captura. Cuando el incidente se lleva a cabo estando presente el condenado, el juez puede disponer que se lo mantenga bajo arresto hasta que se resuelva sobre el incidente”. Conforme al art. 445-IV CPP: “el juez decide por resolución motivada y, en su caso, practica de nuevo el cómputo”. Debe tenerse presente que el incumplimiento de condiciones debe ser injustificado y grave, ya que como advierte el art. 8 LLC en supuestos de incumplimientos leves se posibilita la continuidad de la libertad condicional, como señala el párrafo segundo del art. 8 LLC, conforme al cual: “en el caso de que la falta cometida sea considerada de escasa gravedad, el tribunal podrá reemplazar la reintegración por una amonestación o por nuevas reglas de conducta”.

Ahora bien, si se acuerda la revocación, el art. 9 LLC dispone que la consecuencia será: “ordenar, a petición del procurador fiscal, su reintegración al establecimiento penitenciario; y el tiempo pasado en libertad condicional, no será imputado en la duración de la pena que debía cumplir”. De ahí la necesidad de redefinir el cómputo.

La normativa dominicana considera fugitivo al liberado condicional en caso de no reintegrarse voluntariamente al establecimiento penitenciario en los supuestos de revocación de libertad condicional. Así lo dispone el art. 12 LLC, que establece que: “el penado puesto en libertad condicional que evadiere a sabiendas la ejecución de la orden

de reintegración al presido a causa de la revocación del auto que le concedió o que no se presente cada mes por ante el procurador fiscal del distrito judicial de su residencia para los fines indicados en el art. 7 sin causa justificada, será considerado fugitivo que ha escapado de la prisión donde cumplía su pena, y sufrirá, además, en estos casos las que les impone la ley. Y la persona que a sabiendas le haya ayudado o incitado a realizar estos actos sufrirá las penas correspondientes a los cómplices de evasión”.

Finalmente, el art. 445-V establece, como ya hemos visto que: “las decisiones relativas a la libertad condicional son apelables”.

6.2.5.5. La libertad condicional en el sistema español

La libertad condicional constituía en su origen el cuarto periodo del sistema progresivo irlandés o de Crofton al que se acomodó en España el modo de cumplimiento material de las penas de prisión. La entrada en funcionamiento de los juzgados de vigilancia penitenciaria determinó la atribución de esta competencia de ejecución, hasta ese momento asumida por el Ministerio de Justicia. La reforma de la LO 1/2015 no ha suprimido la denominación tradicional, pero ha venido a desnaturalizar su originaria consideración de cuarto periodo de cumplimiento propio del sistema progresivo irlandés o de Crofton, o como fase de cumplimiento en situación real de libertad, para configurarla como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena.³²

En cuanto a sus modalidades, encontramos la libertad condicional común, las de adelantamiento (que puede serlos a 2/3, la de adelantamiento a 2/3 reforzada, y de adelantamiento a la mitad de condena), la modalidad restrictiva de personas condenadas por delitos perpetrados en el seno de organizaciones criminales y por delitos de terrorismo, la especial de septuagenarios y de enfermos graves con padecimientos incurables, aparte de la libertad condicional en los casos de penas de prisión permanente revisable.

En lo que se refiere a los requisitos de la libertad condicional común, conforme al art. 90.1-I CP: “el juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento

³² Al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado periodo de tiempo: si durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese periodo de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba.

penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta". Subsiste, aunque sin explicitarlo, el requisito de pronóstico favorable de reinserción social, ya que el art. 90.1-II CP añade que: "para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas."

A estos requisitos se han venido a añadir dos: 1º. -Satisfacción de responsabilidades civiles; 2º.- y abandono de fines y medios de la actividad terrorista y colaboración activa con las autoridades en los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de grupos criminales -cfr. art. 90.1-III CPE-, en relación con art. 72.5 y .6 LOGP. Además, hay que advertir que son causas de posible denegación la conducta de obstrucción al decomiso por el reo, incumplimiento de compromisos de satisfacción de responsabilidades civiles, o conductas elusivas de información de su patrimonio -art. 90.4-I CPE- y en el caso de delitos contra la administración pública, caso de que el penado hubiera eludido el cumplimiento de sus responsabilidades económicas ni reparado los perjuicios irrogados a la administración, como resulta del art. 90.4-II CP.

Por lo que atañe a su tramitación, rige el principio de oficialidad sin perjuicio de la petición del interesado -art. 90.7 CPE-, que establece además que en el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada. Por lo que se refiere al plazo de suspensión -art. 90.5-IV CP-, será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

Se contempla la posibilidad de fijación de reglas de conducta, modificabilidad y consecuencias de su incumplimiento por remisión a las normas de la suspensión de la ejecución -art. 90.5-I CPE-. Respecto de la revocación del beneficio, el art. 90.5-III establece que:

“asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”.

Hemos aludido a unas modalidades especiales de libertad condicional con adelantamiento del plazo de $\frac{3}{4}$ partes. Así el, adelantamiento común a $\frac{2}{3}$ por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria contemplado en el art. 90.2 CP³³; la modalidad especial de libertad condicional con adelantamiento reforzado³⁴ de 90 días por año de cumplimiento efectivo sobre los $\frac{2}{3}$ anteriores; la modalidad “expres” de delincuentes primarios con condenas que no excedan de tres años de adelantamiento a la mitad de la condena³⁵; la modalidad restrictiva de personas condenadas por delitos perpetrados en el seno de organizaciones criminales y por delitos de terrorismo³⁶; la modalidad especial de libertad condicional sin plazos mínimos de septuagenarios y de enfermos graves con padecimientos incurables conforme art. 91 CP, ya aludida anteriormente, pero en la que debemos agregar un supuesto de tramitación judicial por vía de urgencia.³⁷

6.2.5.6. Ejecución de la pena de multa: art. 446 CPP

Atendido que el juez de ejecución penal dominicano es primordialmente un juez de ejecución de toda clase de penas, y no solo de penas privativas de libertad, lo que le diferencia del juez de

³³ Establece el art. 90.2 CEP que “también podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos: a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena. b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa. c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena”.

³⁴ Señala el art. 90.2 CP en su párrafo final que “a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.

³⁵ Conforme al art. 90.3 CP, “excepcionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos: a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración. b) Que hayan extinguido la mitad de su condena. c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior. Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales”.

³⁶ A esta modalidad se refiere el art. 90.8 CP, que se refiere a dos cuestiones: requisitos de concesión y exclusión de ciertas modalidades especiales atenuadas:

1º.- Especialidades en cuanto a requisitos. El art. 90.8-I CP establece que “en el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.”

2º.- Exclusión de ciertas modalidades especiales atenuadas. - En estos casos se excluyen el adelantamiento a $\frac{2}{3}$, el adelantamiento reforzado, y la modalidad “expres” de mitad de cumplimiento. Así resulta del art. 90. 8-II CO, conforme al cual “los apartados 2 y 3 no serán aplicables a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales”.

³⁷ Establece el art. 91.3 CP que “si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional” sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior.

En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional”.

vigilancia penitenciaria español, debe ocuparse de la ejecución de las penas pecuniarias, refiriéndose a ello el art. 446 CPP, cuyo objeto es la ejecución de las penas de multa, así como la regla X (procedimiento sobre la ejecución de la pena de multa) del RJEP.

Conforme al art. 446-I CPP: "si el imputado no paga la multa dentro del plazo que fija la sentencia, es citado para que indique si pretende sustituir la multa por trabajo comunitario, solicitar plazo para pagarla o entregar bienes suficientes que alcancen a cubrirla. El juez puede autorizar el pago en cuotas". Como advierte el apartado 2 de la regla X del RJEP, ello determina que cuando el condenado o condenada no pague la multa fijada en la sentencia condenatoria dentro del plazo fijado en la misma, deberá ser citado por el juez de la ejecución, para que se decida por las siguientes alternativas: sustituir la multa por trabajo comunitario; solicitar plazo para pagarla; entregar bienes suficientes que alcancen a cubrirla; o pagarla en cuotas, en cuyo caso el juez de la ejecución puede autorizarlo.

Agrega el art. 446-II CPP que: "si es necesario el juez ordena el embargo y la venta pública de los bienes embargados, conforme a las reglas procesales civiles, o ejecuta las fianzas". Ello tendrá lugar, como se resalta en el apartado 3 de la regla X del RJEP, en ausencia de las alternativas indicadas anteriormente.

Por último, conforme al art. 446-IV CPP: "si es necesario transformar la multa en prisión, el juez cita al Ministerio Público, al imputado y a su defensor, oye a quienes concurren y decide por resolución motivada. Transformada la multa en prisión, ordena el arresto del imputado. Esta resolución es apelable". Debe tenerse presente, como recuerda el RJEP en el apartado 1, que el principio es que la pena de multa es sustituible por otras formas alternativas, siendo la conversión de la multa en privación de libertad la extrema a aplicar, en virtud del estatuto de libertad, de conformidad con el art. 15 CPP; y tal y como se indica en el apartado 6, la resolución que acuerda la transformación y el arresto será apelable ante la corte de apelación correspondiente, y no es suspensiva de la ejecución de la pena, salvo disposición contraria de la corte.

En España, a su ejecución, que compete al juez o tribunal sentenciador, se disponen determinadas reglas especiales. Así, en primer lugar, el art. 50.6 CPE establece que: "el tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los

plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes". En segundo lugar, el art. 51 añade que: "si después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago". Ello conforme a la multa impuesta según el sistema escandinavo o de días multa. En lo que atañe al sistema de multa proporcional el art. 52.3 CPE establece que: "si después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen".

En punto a la responsabilidad personal subsidiaria, no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años -art.53.3 CPE-. En lo que atañe al sistema escandinavo de días multa se establece que: "si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del art. 37.

También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo".

En lo que atañe a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de multa proporcional, conforme al art. 53.2 CPE: "los jueces y tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el juez o tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad".

6.2.5.7. Penas accesorias como entrega de objetos secuestrados, decomiso y destrucción

El art. 338-III CPP, al abordar el contenido de la sentencia condenatoria, establece que: "la sentencia decide también sobre las costas con cargo

a la parte vencida y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles. Decide además sobre el decomiso y la destrucción, previstos en la ley”.

El RJEP analiza en su regla XI otros procedimientos para la ejecución de las penas accesorias como: entrega de los objetos secuestrados; decomiso y destrucción previstos en la ley, delimitando las competencias del juez de ejecución penal.

Como expresa el RJEP, por excepción no corresponde al juez de ejecución penal la liquidación de las costas con cargo a la parte vencida, pues este aspecto está regido por los arts. 246 al 254 CPP, al corresponder esa liquidación al secretario del tribunal que dictó la sentencia irrevocable, como claramente determina el art. 254 CPP.

Por el contrario, sí corresponde la juez de ejecución de penas:

“1º.- La entrega de los objetos secuestrados a quien tenga derecho para poseerlos, según lo decida la sentencia condenatoria, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles.

2º.- Ejecutar el decomiso y destrucción ordenados en la sentencia y previstos en la ley, salvo los procedimientos establecidos por leyes especiales, citándose entre otras la Ley núm. 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana, del 30 de mayo del 1988, y sus modificaciones y Decreto núm. 288-96 que contiene el Reglamento de la Ley núm. 50-88; la Ley núm. 64-00, Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales, del 18 de agosto del 2000; Ley núm. 42-01, General de Salud, del 8 de marzo del 2001; y Ley núm. 72-02 contra el Lavado de Activo Proveniente del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y otras Infracciones Graves, del 7 de junio del 2002”.

En el sistema procesal español, no corresponde al juez de vigilancia sino al juez o tribunal sentenciador.

6.2.5.8. Ejecución de medidas de seguridad

El CPP regula en sus arts. 375 a 376 un procedimiento especial para inimputables, disponiendo en su art. 375.5 que en dicho procedimiento: “la sentencia tiene por objeto disponer la absolucón o la aplicacón de una medida que sean aplicables”.

A la ejecución de las medidas de seguridad se dedica el art. 447-I CPP, disponiendo que: "las reglas anteriores -se refiere a las de ejecución- rigen para las medidas de seguridad en lo que sean aplicables".

A continuación, el art. 446-II CPP establece tres reglas especiales, al establecer que "no obstante, se observan las siguientes disposiciones:

- 1) En caso de incapacidad, interviene el representante legal, quien tiene la obligación de vigilar la ejecución de la medida;
- 2) El juez determina el establecimiento adecuado para la ejecución de la medida que en todos los casos será distinto a aquellos en que se cumplen las penas de prisión y puede modificar su decisión, incluso a petición del representante legal o de la dirección del establecimiento, pudiendo asesorarse a tales fines con peritos; y
- 3) El juez examina periódicamente la situación de quien sufre una medida, fijando un plazo no mayor de seis meses, entre cada examen; y decide sobre la cesación o continuación de aquella. Esta resolución es apelable".

En relación con este precepto, el RJEP resalta en su regla XII (procedimientos sobre las medidas de seguridad) que el procedimiento de ejecución de las medidas de seguridad corresponde al juez de la ejecución (2-III), proyectando el principio de que la ejecución de las medidas de seguridad debe venir presidida por la idea de que las medidas de seguridad tienen como finalidad ejercer sobre el inimputable la misma acción rehabilitadora que se le encarga a las penas privativas de libertad -XII.1-.

El punto de partida es la figura del representante legal, al que se había referido el CPP en la fase de tramitación del procedimiento cuando el imputado es incapaz (375.1 y .2) y de enjuiciamiento en caso de imposibilidad o inconveniencia de presencia del imputado en juicio (375.4). En caso de incapacidad del inimputable interviene su representante legal, quien tiene la obligación de vigilar la ejecución de las medidas de seguridad, bajo el control del juez de la ejecución (RJEP, XII-2-II).

Las funciones del juez de ejecución penal son básicamente dos:

En primer lugar, determinar el establecimiento en el que se dará cumplimiento material a la medida, respecto del que se especifica que necesariamente deberá ser distinto a aquellos en que se

cumplen las penas de prisión. En relación con esta fijación del lugar de cumplimiento, la decisión podrá ser modificada con eventual intervención de peritos.

Y, en segundo lugar, evaluar la situación de quien sufre la medida de seguridad, con una periodicidad máxima de seis meses (RJEP, XII.2-VI) entre cada examen, resolviendo sobre el cese o continuación de la medida de seguridad. Esta posibilidad de cese o término responde a los principios de los denominados sistemas de reformatorio, cuya dinámica viene presidida por la idea de que, cesada la peligrosidad criminal del sentenciado sujeto a medida de seguridad por consecuencia de la intervención rehabilitadora aplicada durante la ejecución de la medida, debe cesar la imposición misma de la medida. Dicha idea aparece contemplada en la legislación penal española, tanto para el sistema de ejecución de las medidas de seguridad³⁸ cuanto de las medidas de justicia juvenil.³⁹

Para la adopción de estas decisiones el juez de ejecución penal debe sujetarse al trámite de los incidentes regulado en el art. 442 CPP, y su resolución será apelable, ante la corte de apelación correspondiente, cuya interposición no es suspensiva de la ejecución de las medidas de seguridad, salvo que así lo disponga la corte -RJEP, XII.2-VIII y IX-.

Cumplida la duración y condiciones de las medidas de seguridad impuestas, el juez de la ejecución decide sobre la cesación o continuación de las mismas, con la previa evaluación de peritos -RJEP, XII.2-X.

En el sistema español, la ejecución de la medida de seguridad corresponde al juez o tribunal sentenciador, si bien el juez de vigilancia interviene mediante un sistema de propuestas contemplado en el art. 98 CP para el caso de tratarse de penas o medidas de seguridad.⁴⁰

³⁸ El art. 6 CPE establece en su apartado 1 que: "las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito". El principio de instrumentalidad al servicio del control de la peligrosidad criminal se formula en el art. 6.2 CPE, que dispone que: "las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor". Para articular esa duración el art. 97 CPE establece un sistema de revisión periódica, al disponer que "Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el art. siguiente, alguna de las siguientes decisiones: a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta. b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida. d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 95 de este Código". Las decisiones opcionales son así cuatro para el Juez o tribunal sentenciador en el sistema de ejecución español: continuidad, ceses, suspensión y sustitución de las medidas. La periodicidad máxima de estas revisiones en el sistema español es de un máximo anual tratándose de medidas de internamiento y de libertad vigilada post prisional o postpenitenciaria - art. 98.1 CPC), enjándose en este caso una propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

³⁹ El sistema de reformatorio igualmente se contempla en el sistema de ejecución juvenil español, que lo consagra en el art. 13 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyo apartado 1 establece que "el Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta." A su vez el art. 13.2 agrega que "en los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley".

⁴⁰ Así lo contempla el art. 98.1 CPE, que dispone que "a los efectos del art. anterior, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene". La intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria no se contempla para el resto de las medidas de seguridad no privativas de libertad.

6.2.5.9. Prescripción de las penas

A la prescripción de las penas se refiere el art. 439 CPP, que establece que: "las penas señaladas para hechos punibles prescriben:

- 1) A los diez años, para las penas privativas de libertad superiores a cinco años;
- 2) A los cinco años, para las penas privativas de libertad iguales o menores de cinco años;
- 3) Al año, para las contravenciones y penas no privativas de libertad. La prescripción de la pena se computa a partir del pronunciamiento de la sentencia irrevocable o desde el quebrantamiento de la condena".

A esta cuestión se refiere el RJEP en su Regla XVII (procedimiento para la prescripción de las penas), atribuyendo su competencia al juez de ejecución penal –párrafo segundo y tercero- y confirmando que el cómputo debe tomar como fecha de inicio el pronunciamiento de la sentencia irrevocable o la del quebrantamiento de la condena -párrafo segundo-.⁴¹

Y conforme al párrafo cuarto, no solo es competencia del juez de la ejecución declarar la prescripción de la pena y ordenar la libertad del condenado, sino además controlar y vigilar las penas accesorias resultantes de la inhabilitación para el ejercicio de los derechos cívicos, civiles y políticos, indicados en la sentencia irrevocable, durante la duración de la inhabilitación, de conformidad con el Código Penal.

6.2.5.10. Cumplimiento de la pena en el extranjero

Conforme al art. 343 CPP establece que: "en el caso de extranjeros provenientes de países con los cuales exista tratados de cooperación judicial o penitenciaria, el tribunal puede ordenar que la pena sea cumplida total o parcialmente en el país de origen o residencia del imputado". Al procedimiento correspondiente se refiere la regla. XVI (procedimiento para el cumplimiento de la pena en el extranjero), que tras recordar que el ámbito de aplicación subjetivo se restringe a los casos de ciudadanos extranjeros provenientes de estados con los

⁴¹ "cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva". El art. 98.3 CPE contempla un procedimiento contradictorio: "en todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto". En España, corresponde al juez o tribunal sentenciador; y la reciente reforma de la LO 1/2015, ha contemplado en el art. 134.2 CPE que: "el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena. b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el art. 75".

cuales existan tratados de cooperación judicial o penitenciaria con la República Dominicana, vienen a delimitar dos áreas competenciales concurrentes.

El primer marco competencial corresponde al juez sentenciador, a quien compete ordenar que la ejecución de la pena impuesta sea cumplida total o parcialmente en el país de origen o residencia del condenado o condenada -Regla XVI.1-. En relación con esta decisión confluyen en su favor razones de utilidad pública asociadas a la minimización de problemas de sobreocupación carcelaria, ahorro consiguiente de recursos públicos, potenciación de posibilidades de reinserción social del condenado en el país de origen o de su residencia, así como inocuidad al extraerle de la sociedad de acogida en la que perpetró el delito.⁴²

El segundo, al juez de la ejecución de la pena que, tras recibir la sentencia irrevocable, debe seguir los siguientes trámites:

1º.- Acordar la inscripción de la sentencia en un libro registro físico o digital, destinado para los casos de condenados o condenadas extranjeros, cuya pena ha sido suspendida total o parcialmente, para su cumplimiento en el país de origen del condenado o condenada o en el de su residencia; la inscripción de la sentencia irrevocable se hace con el mismo número único del expediente, del tribunal de procedencia. Regla XVI.2.

2º.- Caso de que la sentencia irrevocable ordene el cumplimiento total de la sentencia condenatoria en el extranjero, procederá a: a) verificar el carácter irrevocable de la sentencia condenatoria -Regla XVI.3-II-; y b) a notificar a la Procuraduría General de la República y ordenarle que ejecute la repatriación del condenado o condenada conforme a la sentencia irrevocable, para su ejecución en el país de origen o en el de su residencia.

3º.- Caso de sentencia condenatoria contra extranjero o extranjera que ordene su ejecución parcial en el país, se procederá: a) en primer lugar a la ejecución conforme a las reglas generales de las sentencias condenatorias en lo que respecta al tiempo de cumplimiento en territorio de la República Dominicana; y b) cuando se haya cumplido la pena impuesta, se notifica al Procurador General de la República a los fines de que se proceda a la repatriación del extranjero o extranjera.

⁴² En España además, la ley ha contemplado la expulsión sustitutiva de las penas de prisión que excedan de un año impuestas a los extranjeros -art. 89 CPE-, que conlleva además una prohibición de regreso a España en un plazo de hasta 5 o 10 años según se trate de delitos menos graves o graves.

En el sistema español, la decisión corresponde al juez o tribunal sentenciador, y que existen múltiples convenios de traslados de personas condenadas, tanto el Convenio de Estrasburgo, de 1983, de ámbito preponderantemente europeo, como bilaterales, existiendo a este respecto un convenio entre el Reino de España y la República Dominicana sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 (BOE de 23 de octubre de 2003 -cfr. www.boe.es). Por excepción en los casos contemplados en la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que atribuye la decisión al juez de vigilancia penitenciaria -arts. 65 a 76-. N el sistema español debe además tenerse presente

6.2.5.11. Recurso de revisión

El art. 429.5 CPP, al regular la titularidad o legitimación para la interposición del recurso de revisión, establece que: "el derecho a pedir la revisión pertenece: ...5) al juez de la ejecución de la pena, cuando se dicte una ley que extinga o reduzca la pena, o en caso de cambio jurisprudencial".

Al procedimiento para su interposición se refiere el RJEP en su regla XIX (procedimiento para el ejercicio del recurso de revisión), remitiéndose en puridad a la tramitación de dicho recurso, pero recordando especialmente que el juez de ejecución debe presentar escrito motivado, con indicación de los textos legales aplicables o la jurisprudencia contentiva del cambio jurisprudencial, adjuntando la prueba pertinente, ya sea documental o designar el lugar donde ésta pueda ser requerida.

En el sistema español la revisión legal determina una intervención de oficio del juez o tribunal sentenciador.

6.2.5.12. Suspensión condicional del procedimiento

A la figura de la suspensión condicional del procedimiento se refiere el art. 40-I CPP, en su redacción introducida por la Ley núm. 10-15 de 6 de febrero, que introduce modificaciones a la Ley núm. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el CPP de la República Dominicana. (GO núm. 10791 del 10 de febrero de 2015), que establece que: "en los casos en que se trate de un hecho punible que tenga prevista una pena inferior a cuatro años de prisión mayor o una sanción no privativa de libertad, el Ministerio Público, de oficio o a petición de parte, puede

solicitar al juez la suspensión condicional del procedimiento en cualquier momento previo a que se ordene la apertura del juicio”.

A su vez, los requisitos para que el juez acuerde la suspensión provisional del procedimiento aparecen en el art. 40-II y –III CPP, que disponen que: “el juez puede disponer la suspensión condicional del procedimiento cuando el imputado ha declarado su conformidad con la suspensión, ha admitido los hechos que se le atribuyen y ha reparado los daños causados en ocasión de la infracción, firmado un acuerdo con la víctima o prestado garantía suficiente para cumplir con esa obligación.

Si no se cumplen las condiciones establecidas en este Art., el juez rechaza la solicitud, pero la admisión de los hechos por parte del imputado carece de valor probatorio y no puede hacerse mención de esta circunstancia en ningún momento posterior”.

Por su parte, el art. 41-I CPP, en su nueva redacción de 2005, se refiere al periodo de prueba y a las reglas de conducta, disponiendo que: “el juez, al decidir sobre la suspensión, fija el plazo de prueba, no menor de un año ni mayor de cuatro, y establece las reglas a las que queda sujeto el imputado, de entre las siguientes:

- 1) Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que señale el juez;
- 2) Abstenerse de visitar ciertos lugares o personas;
- 3) Abstenerse de viajar al extranjero;
- 4) Abstenerse de ingerir en exceso bebidas alcohólicas;
- 5) Aprender una profesión u oficio, o seguir cursos de capacitación o formación indicados en la decisión;
- 6) Prestar trabajo de utilidad pública o interés comunitario en una institución estatal u organización sin fines de lucro, fuera de sus horarios habituales de trabajo remunerado;
- 7) Abstenerse del porte o tenencia de armas;
- 8) Abstenerse de conducir vehículos de motor fuera de su responsabilidad laboral, en los casos en que el hecho que se atribuye se relacione con una violación a las reglas relativas al tránsito de vehículos;

9) Someterse a un tratamiento en un centro de reeducación conductual”.

A la figura de la ejecución de la suspensión condicional del procedimiento se refiere el RJEP en su Regla XIII (caso de suspensión condicional del procedimiento), resaltando que constituye una excepción al principio de que solo la sentencia irrevocable es ejecutable -XIII.1 RJEP-.

Tras ser dictada por el juez de la instrucción apoderado, la decisión sobre la suspensión del procedimiento, conteniendo la fijación del plazo de prueba, no menor de un año ni mayor de tres, y establecidas las reglas a que está sujeto el imputado o imputada, dicha decisión debe ser remitida inmediatamente por la secretaria del juez de la instrucción que dictó la decisión al juez de la ejecución, quien procederá conforme a lo establecido en la ejecutoriedad, en los siguientes aspectos:

1º.- Ordenará a la secretaria la inscripción de la decisión, en un libro registro físico o digital, especializado para los casos de suspensión condicional del procedimiento, con el mismo número único del expediente, del tribunal de procedencia;

2º.- Dictará mediante auto motivado la orden de control del período de prueba impuesto para la suspensión condicional del procedimiento, y lo notificará al Ministerio Público, al querellante y/o actor civil.

Durante el periodo de prueba, el juez de ejecución penal debe recibir los informes sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el imputado o imputada, para lo que se asistirá de un personal especializado; y transmitirá al juez de la instrucción competente los informes para la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, en caso de incumplimiento por el condenado o condenada de las condiciones asumidas o para la declaración de la extinción de la acción penal, según proceda, por el juez de la instrucción de donde emana la decisión. A este respecto deberá estarse a lo dispuesto en el art. 42 CPP –redacción consolidada tras 2015- que establece que: “si el imputado se aparta, en forma considerable e injustificada, de las condiciones impuestas, comete una nueva infracción o incumple con los acuerdos sobre la reparación, el juez de la instrucción, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar en audiencia, mediante decisión motivada, la revocación de la suspensión condicional y la reanudación del procedimiento”.

En el sistema procesal español de adultos no se contemplan figuras análogas en el sistema de adultos, porque no existen alternativas al proceso penal. Sin embargo, sí existe una figura análoga en el sistema de justicia juvenil español, si bien no interviene el juez de menores, sino el Ministerio Fiscal.⁴³

6.2.5.13. Suspensión condicional de la pena

Conforme al art. 338-II CPP –redacción de 2015-: “la sentencia fija con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determina el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deba cumplir el condenado”.

A la figura del perdón judicial se refiere el art. 341 CPP -redacción introducida por la Ley núm. 10-15 de 6 de febrero- que establece que: “el tribunal puede suspender la ejecución parcial o total de la pena, de modo condicional, cuando concurren los siguientes elementos:

- 1) Que la condena conlleva una pena privativa de libertad igual o inferior a cinco años;
- 2) Que el imputado no haya sido condenado penalmente con anterioridad.

En estos casos el periodo de prueba será equivalente a la cuantía de la pena suspendida; se aplican las reglas de la suspensión condicional del procedimiento. La violación de las reglas puede dar lugar a la revocación de la suspensión, lo que obliga al cumplimiento íntegro de la condena pronunciada”.

A la figura de la ejecución de la suspensión condicional de la pena se refiere el RJEP en su regla XIV (procedimiento en la suspensión condicional de la pena), atribuyéndose a la secretaria del juez de juicio la remisión de la sentencia al juez de la ejecución de la pena competente.

El juez de ejecución una vez recibida la sentencia deberá:

1º.- Ordenar a la secretaria la inscripción de la sentencia en un libro

⁴³ Dispone el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil. 3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. 4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará el archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. 5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

registro físico o digital, especializado para los casos de suspensión condicional de la pena, con el mismo número único del expediente, del tribunal de procedencia;

2º.- Dictar auto motivado ordenando la ejecutoriedad de la sentencia, el cual será notificado al Ministerio Público, al querellante y/o actor civil; y a la Dirección General de Prisiones;

3º.- y controlar el cumplimiento de las condiciones por el condenado.

En caso de no cumplimiento por el condenado o condenada de las condiciones impuestas en la sentencia condenatoria, ordenará la revocación de la suspensión, y el cumplimiento íntegro de la condena pronunciada, siguiéndose el procedimiento establecido en el presente reglamento para la ejecución de las penas.

Luego del cumplimiento de las condiciones impuestas para la suspensión condicional de la pena, el juez de la ejecución ordena la liberación del condenado si se ha cumplido la pena impuesta, parcial o totalmente, según lo establecido en la sentencia condenatoria.

En el sistema penal español el control de las reglas de conducta se atribuye al propio juez o tribunal sentenciador. La regulación de esta figura se encuentra en los arts. 80 y siguientes del CPE.⁴⁴

6.2.5.14. Perdón judicial

Conforme al art. 338-II CPP, en su redacción introducida por la Ley núm. 10-15, del 6 de febrero de 2015, que introduce modificaciones a la Ley núm. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. (GO núm. 10791 del 10 de febrero de 2015): "la sentencia fija con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determina el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deba cumplir el condenado".

A la figura del perdón judicial se refiere el art. 340 CPP, que establece que: "en caso de circunstancias extraordinarias de atenuación el tribunal puede eximir de pena o reducirla incluso por debajo del mínimo legal, siempre que la pena imponible no supere los diez años de prisión, atendiendo a las siguientes razones:

⁴⁴ En el sistema español, por medio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad queda en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad en atención a la baja peligrosidad criminal del reo aplicable por el propio Juez o Tribunal sentenciador. Así resulta del art. 80.1 CP, que establece que "los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas".

- 1) La participación mínima del imputado durante la comisión de la infracción;
- 2) La provocación del incidente por parte de la víctima o de otras personas;
- 3) La ocurrencia de la infracción en circunstancias poco usuales;
- 4) La participación del imputado en la comisión de la infracción bajo coacción, sin llegar a constituir una excusa legal absolutoria;
- 5) El grado de insignificancia social del daño provocado;
- 6) El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida;
- 7) La actuación del imputado motivada en el deseo de proveer las necesidades básicas de su familia o de sí mismo;
- 8) El sufrimiento de un grave daño físico o síquico del imputado en ocasión de la comisión de la infracción;
- 9) El grado de aceptación social del hecho cometido”.

Al procedimiento para el caso del perdón judicial se refiere el RJEP en su regla XV, que en su apartado 1 dispone que se aplicará el procedimiento de la suspensión condicional de la pena, con las distinciones siguientes:

- a) Si a consecuencia del perdón judicial el condenado queda eximido de pena se excluye de la ejecutoriedad ante el juez de la ejecución de la pena.
- b) En el caso de que a consecuencia del perdón judicial sea reducida la pena, se seguirá, para su ejecución, el mismo procedimiento establecido en lo relativo a la suspensión condicional de la pena, previamente expuesto.

El sistema español no contempla esta figura. Sí el indulto del gobierno de la nación, contemplándose su regulación en la Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, que contempla un informe del tribunal sentenciador, del ministerio fiscal y de la autoridad gubernativa, contemplándose en el Código Penal-art. 4.4 CP un incidente de suspensión ante el tribunal sentenciador-.⁴⁵

⁴⁵ Establece el art. 4.4 CP: “ Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

6.2.5.15. Tramitación de los incidentes

A la tramitación de los incidentes se refiere el art. 442 CPP, que en su párrafo primero establece que: "el Ministerio Público o el condenado pueden plantear incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena. Las solicitudes de los condenados no están sujetas a ninguna formalidad, pueden ser presentadas directamente por el condenado o por cualquier persona en su favor, o a través de la autoridad administrativa. En este último caso, el funcionario que recibe la solicitud debe transmitirla inmediatamente al juez de ejecución penal".

Todas las solicitudes planteadas se resuelven conforme el procedimiento de los incidentes -inciso final del art. 437-I CPP-.

A dicha tramitación de los incidentes se refiere el RJEP en su regla XVIII (procedimiento de los incidentes), que en su apartado 1 establece que el juez de la ejecución de la pena, al ser apoderado de las quejas, denuncias, peticiones y todas las cuestiones que se susciten a consecuencia de la ejecución y extinción de la pena, tramitará y conocerá de los incidentes, conforme al procedimiento establecido en el art. 442 del Código Procesal Penal.

Por lo que se refiere a la legitimación, pueden promover los incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena privativa de libertad la persona condenada, su defensor, o cualquier otra persona a favor de éste, o el ministerio público cuando proceda, en interés de la justicia, a favor del condenado o condenada.

La cuestión suscitada por la persona condenada puede suscitarla sin ninguna formalidad, presentándola directamente ante el juzgado o por conducto de la autoridad penitenciaria, y en este último caso dicha autoridad deberá cursar la reclamación redirigiéndola inmediatamente al juez de ejecución. A su vez defensor y ministerio público deben hacerlo mediante escrito motivado presentado a la secretaria del juez de la ejecución de la pena, quien levantará acta de la reclamación, queja o petición.

Conforme al art. 442-II CPP: "notificados los interesados, el juez de la ejecución resuelve los incidentes, salvo que haya prueba que producir, en cuyo caso convoca a una audiencia para tales fines".

En relación con la convocatoria de audiencia, la Regla XVIII en su apartado 3 establece que se celebrará audiencia en los casos siguientes:

“1º.- En los incidentes donde se promuevan pruebas;

2º.- Para conocer las denuncias, quejas o peticiones por violación de derechos y garantías fundamentales de los condenados o condenadas, fundados en la Constitución, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, y demás instrumentos sobre derechos humanos internacionales; en el art. 436 CPP, en la Ley núm. 224, sobre Régimen Penitenciario vigente, Ley núm. 164, sobre Libertad Condicional y otras leyes correlativas especiales;

3º.- Para la revisión del cómputo definitivo, cuando existan reclamaciones del condenado o condenada;

4º.- En relación con la unificación de penas o condenas y el nuevo juicio sobre la pena;

5º.- En materia de libertad condicional o su revocación;

6ª.- Y finalmente, en materia de multas y medidas de seguridad”.

En los demás casos no será preceptiva la audiencia; pero ello no impide que el juez de ejecución pueda convocar siempre que lo repute procedente.

Finalmente, el art. 441-III CPP dispone que: “el juez decide por resolución motivada y contra ésta procede el recurso de apelación, cuya interposición no suspende la ejecución de la pena, salvo que así lo disponga la Corte de Apelación”.

En relación con este precepto, el RJEP establece en su regla XVIII. 4 que el juez de la Ejecución decide por resolución escrita motivada, pronunciada inmediatamente después de cerrada la audiencia oral, salvo en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto, dentro de los diez días; y se dará lectura de la decisión, con la presencia del condenado o condenada y partes intervinientes en la audiencia oral, valiendo notificación para todos los comparecientes, a quienes se les entregará copias certificadas de la decisión.

La resolución adoptada -Regla XVIII.5- será recurrible en apelación ante la corte de apelación correspondiente a la jurisdicción del juez de la ejecución, según el procedimiento establecido en los arts. 416 y siguientes CPP. El recurso de apelación no produce efectos suspensivos de la ejecución de la condena, salvo que lo disponga la corte de apelación apoderada -Regla XVIII.6-.

En el sistema español, sorprendentemente, no se contempla una normativa procedimental específica. El art. 78.1 LOGP se remitió a las disposiciones contenidas en la legislación correspondiente, ya que no correspondía a una ley penitenciaria como era la LOGP inmiscuirse en una materia, la de procedimientos, que por su propia naturaleza debería ser abordada por una futura ley especial de índole procesal. La LOGP fijó en su disposición transitoria 1^a el sometimiento de la actuación de los JVP a determinadas reglas de la LECrim, señalando que: “hasta que se dicten las normas referidas en el art. 78, el juez de vigilancia se atenderá a los arts. 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, sin que jamás se haya dictado una normativa procesal de desarrollo, acogiéndose la actuación de los juzgados de vigilancia a las prevenciones de la Presidencia del TS de 8 de octubre de 1981, que sostuvo que en ausencia de ley y de costumbre, los JVP deberían de atenerse en esta materia por los principios generales de derecho. De estos principios concluía en primer lugar que la actuación procesal de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria JVP debería caracterizarse por la sumariedad y, conforme a ella, por la proporcionalidad de los trámites y con respeto de las garantías inherentes a toda actividad jurisdiccional. Se recordaba aquí las notas que impone a todo proceso el art. 24 CE: proscripción de la indefensión; derecho a la defensa y a la asistencia de letrado y a ser informados de las medidas fiscalizadas, así como de sus fundamentos de la resolución, la publicidad adecuada a la naturaleza de la situación y del ejercicio del control; la prohibición de dilaciones indebidas y la adopción de todas las garantías precisas, entre las que se destacaba la posibilidad de utilizar los medios de pruebas pertinentes para justificar la pretensión del recluso. En segundo lugar, se señalaba que, con carácter general, podía establecerse que aquellas medidas que, por su naturaleza, hayan de ser instadas por el recluso, no requerían representación por procurador ni intervención de abogado, sin perjuicio de que voluntariamente los interesados podían solicitar el concurso de estos profesionales o en turno de oficio solicitar abogado, ni de lo que, en definitiva, pudiera establecerse sobre la asistencia letrada. Al respecto de sus reclamaciones, no se excluía consecuentemente ninguna formalidad específica ni solemne, posibilitando incluso la formulación de la pretensión ante el juez; que, evidentemente, podrá serle presentada por correo, y hasta oralmente. Y seguidamente se daban indicaciones sobre la intervención del fiscal, sistema de recursos, plazos, y otras diferentes cuestiones. La Disposición Adicional 5^a LOPJ, sin embargo, regula el régimen de recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia.

7. ACTIVIDAD PENITENCIARIA

Ya hemos examinado cómo la ejecución penal se entiende como aquella actividad desplegada por los órganos estatales facultados legalmente en orden a hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal condenatoria y firme. Tanto en España como en República Dominicana, esta actividad es neta y exclusivamente jurisdiccional, configurándose como una potestad jurisdiccional; en la República Dominicana la ejecución penal se encomienda concentradamente en la figura del juez de ejecución penal, mientras que en España se distribuye entre el juez o tribunal sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria, éste último en relación con las penas privativas de libertad, con intervención en funciones de control jurisdiccional con las medidas de seguridad privativas de libertad y la libertad vigilada por penitenciaria, y de las penas de trabajos en beneficio de libertad.

Frente a este concepto de ejecución penal, aparece la noción de cumplimiento material de las penas, que se encomienda a servicios administrativos, y que, por consiguiente -conforme a la naturaleza de las cosas. se configura como una actividad neta y exclusivamente administrativa-. En España los servicios administrativos de prisiones reciben la denominación de instituciones penitenciarias. Ahora bien, los servicios administrativos de prisiones no se limitan a la ejecución administrativa de las penas y en su caso de las medidas de seguridad, sino además de eje las medidas cautelares de prisión preventiva. De esta manera, la actividad de dichos servicios administrativos no se reduce al cumplimiento material de las penas, y puede hablarse en estos casos de una actividad penitenciaria.

La actividad penitenciaria es, por consiguiente la actividad desplegada por los servicios administrativos de prisiones encaminada a asegurar la retención y custodia de los reclusos, con independencia de su condición procesal: detenidos, presos, condenados a penas de prisión y en España, en su caso sentenciados a medidas de seguridad-, a la reeducación y reinserción social de los condenados, así como al desarrollo de las correspondientes prestaciones asistenciales. A la primera parcela de la actividad penitenciaria se le conoce como régimen penitenciario; a la segunda, tratamiento penitenciario; y a la tercera, actividad prestacional.

7.1. Principios fundamentales de la actividad penitenciaria

Son principios fundamentales que inspiran la actividad penitenciaria los principios de administratividad, oficialidad, legalidad, conservación de derechos fundamentales, reeducación y reinserción social, y de control judicial de la actividad penitenciaria.

7.1.1. El principio de administratividad

El primero de los principios inspiradores de la actividad penitenciaria es el principio de administratividad, conforme al cual la actividad penitenciaria se configura como una actividad protagonizada por servicios administrativos –en España se conocen como instituciones penitenciarias-. Ello se deriva, conforme a la naturaleza de las cosas, de tratarse de una actividad que no consiste ni en legislar, ni en juzgar ni hacer ejecutar lo juzgado, sino de cumplimiento de mandatos de retención y custodia, y desplegar actividad de reeducación y reinserción social de los condenados.

Se proyectan así los mandatos constitucionales consagrados en el art. 103 CE en general, y muy especialmente en punto a su apartado 1, que establece que: “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Y lo propio en el sistema constitucional dominicano del art. 138 CRD, que dispone que: “la Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. La ley regulará:

1) El estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública con arreglo al mérito y capacidad de los candidatos, la formación y capacitación especializada, el régimen de incompatibilidades de los funcionarios que aseguren su imparcialidad en el ejercicio de las funciones legalmente conferidas;

2) El procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas, con las excepciones que establezca la ley”.

La índole administrativa de esta actividad justifica la existencia de unos órganos administrativos directivos, y así en España el art. 79 LOGP señala que: "corresponde a la DGIP del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las comunidades autónomas que hayan asumido en sus respectivos estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria"; y a su vez dicho poder directivo va a posibilitar que los órganos directivos puedan encauzar la actividad administrativa de los órganos dependientes a través de instrucciones y órdenes de servicio, de lo que se hace eco el art. 3.5 RP cuando señala que: "los órganos directivos de la administración penitenciaria podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio".

En el sistema penitenciario dominicano, como ya hemos visto, se ha creado la Dirección General de Prisiones como organismo central dependiente de la Procuraduría General de la República Dominicana, y bajo cuya dirección y control estarán todos los establecimientos penales del país –art. 6 LRP-. Seguidamente el art. 7 establece los fines institucionales: la atención de los reclusos y elementos antisociales que la ley designe, con miras a obtener su readaptación, eliminar o disminuir su peligrosidad y atender sus necesidades de orden moral o material, en coordinación con otros servicios afines, sean éstos de carácter público o privado. A esos fines el art. 8 LRP impone a la Dirección General de Prisiones velar por la fiel ejecución y cumplimiento de todas las leyes y reglamentos relativos al servicio de prisiones; y el art. 9 define las funciones encomendadas:

- a) Dirigir y supervigilar la marcha administrativa, técnica y orgánica del servicio;
- b) Proponer proyectos de reglamentos para el servicio y dictar las instrucciones para la correcta y cabal aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias;
- c) Destinar, trasladar y suspender a los empleados y funcionarios del servicio, y a los cargos que corresponda;
- d) Aplicar al personal de vigilancia las medidas disciplinarias que determine el reglamento;
- e) Disponer el traslado de los reclusos a su permanencia en los establecimientos penitenciarios y de readaptación;

f) Ejecutar las demás funciones que se le fijan por ley o reglamento.

En definitiva, todas estas funciones son idénticas a las de su homónima española: dirige, organiza e inspecciona, bien que, en este último aspecto con una intervención muy activa del Ministerio Público, como se ha visto.

Se agrega seguidamente la estructura organizativa interna de la Dirección General de Prisiones.

Y finalmente, los arts. 99 a 101 LRP regulan el sistema de inspecciones, con acusado protagonismo del Ministerio Público, en coherencia con la dependencia de la Procuraduría General de la República Dominicana.

7.1.2. El principio de oficialidad

El segundo de estos principios es el principio de oficialidad. La realización de los fines de la actividad penitenciaria, como sucede en la ejecución penal, no está vinculada a rogación, sino que se actúa de oficio por los órganos de las instituciones penitenciarias. En el panorama del derecho positivo español tan solo encontramos como excepciones a este principio la necesidad de que los penados soliciten permisos para que éstos sean evaluados por los órganos a los que se confía su concesión –art. 160.1 RP-, y la solicitud de los internos para recibir comunicaciones especiales, familiares, íntimas y de convivencia –art. 45 RP-.⁴⁶

El examen de la LRP confirma la vigencia de este principio.

7.1.3. El principio de legalidad

El tercero de estos principios es el principio de legalidad, conforme al cual la actividad penitenciaria tiene que estar sometida en todo momento a lo dispuesto en las leyes en punto a la forma de cumplimiento material de las penas y medidas de seguridad, y a la forma de asegurar retención y custodia de los internos, y la reeducación y la reinserción social de los sentenciados. Aparece constitucionalizado en los arts. 9.3, 25, y 103 CE, y en el terreno de la legalidad ordinaria se consagra en el art. 2 LOGP, conforme al cual: “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”, lo que se reitera en el art. 3.1 RP, que señala que: “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites

⁴⁶ No puede considerarse como tal, sino mera necesidad de agotar la vía administrativa, la solicitud del penado de que se eleve propuesta razonada de grado en los supuestos de continuidad –art. 105.2 RP-; o simple ejercicio de opciones normativas la solicitud de examen por la Central de Observación –art. 105.3 RP-.

establecidos por la Constitución y la ley”, lo que debe ponerse en relación con el art. 3.2 CP ya examinado al abordar la ejecución penal.

En el sistema constitucional dominicano los arts. 109 y 138 CRD igualmente consagran el imperativo de que la administración pública debe actuar con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. Y en el terreno de la legalidad ordinaria, el Art. 4 LRP establece que las normas de la presente ley y los reglamentos correspondientes se aplicarán a los reclusos sin que pueda hacerse discriminaciones o establecerse diferencias de tratamiento fundadas en prejuicios de raza, color, religión, nacionalidad, clase social y opinión política del interno. Y el art. 8 establece como vimos que: “para la consecución de los fines expuestos en esta ley, la Dirección General de Prisiones velará por la fiel ejecución y cumplimiento de todas las leyes y reglamentos relativos al servicio de prisiones, cuyas normas, postulados y principios constituyen los medios más eficaces para lograr la rehabilitación social de los reclusos y la base del sistema penitenciario dominicano”.

7.1.4. El principio de conservación de derechos fundamentales

El cuarto principio inspirador de la actividad penitenciaria es el principio de conservación de derechos fundamentales, y se define en el sistema español en el inciso segundo del art. 25.2 CE, ya examinado. En el terreno de la legalidad ordinaria inspira numerosos preceptos de la LOGP, pero se explicita de manera especial en el párrafo primero del art. 3 LOGP, ya examinado, y en el art. 4.2 RP, que señala que: “los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes”.

En el sistema constitucional dominicano ya también se ha expuesto que el art. 68 CRD establece las garantías de los derechos fundamentales, disponiendo que: “la Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley”. Por consiguiente, es predicable de los reclusos, que tras su ingreso en prisión conservan todos sus derechos excepto el de la libertad y restantes no afectados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria. Esta interpretación viene a confirmarse por el

art. 436 CPP -redacción introducida por reforma legal de 2015-, que establece que: “el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este código, y no puede aplicársele mayores restricciones que las que expresamente disponen la sentencia irrevocable y la ley”.

7.1.5. El principio de reeducación y reinserción social como finalidad primordial de las penas y medidas de seguridad

El quinto de los principios definitorios de la actividad penitenciaria en el sistema español vigente es el principio de resocialización, en cuanto que la finalidad de reeducación y reinserción social de penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad constituye el objetivo primordial al que debe tender el cumplimiento material de las condenas. Se consagra en el inciso primero del art. 25.2 CE, que establece que: “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”, y se materializa en el art. 1 LOGP, que dispone que: “las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados”. Reeducarse es volver a educarse, esto es, alcanzar la capacidad y voluntad de mantener en libertad una vida respetuosa de la ley penal; y reinsertarse socialmente es volver a la sociedad manteniendo contactos con la misma durante la condena.⁴⁷

El sistema constitucional dominicano ha incorporado este principio en el art. 40.16 LOGP, que establece que: “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de la persona condenada y no podrán consistir en trabajos forzados”. En el terreno de la legalidad ordinaria se proyecta, en terminología de las Reglas de Ginebra, en el inciso primero del art. 2 LRP, que dispone que “la ejecución de las penas privativas de libertad tiene por objeto, fundamentalmente, la protección social y la readaptación del condenado, a fin de restituirlo a la sociedad con voluntad y capacidad para respetar la ley”.

⁴⁷ El RP ha formulado una especial referencia al aspecto de reinserción social en el art. 4.3, cuando señala que “principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas”.

A su vez, el aspecto de la reeducación va a experimentar una potenciación en el RP, frente a la concepción clínica del tratamiento que impregna a la LOGP, puesto que al asumir una concepción más moderna y amplia del tratamiento, el RP va a ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de esta parcela de la actividad penitenciaria, extendiéndola a los preventivos, pues al considerarse que el tratamiento consiste también en oferta de actividades a los internos orientadas a compensar sus carencias y déficits, se incorpora como destinatario del tratamiento a los preventivos, y así lo confirma el art. 4.4 RP, conforme al cual “en cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados”.

7.1.6. El principio de control judicial de la actividad penitenciaria

El sexto y último principio configurador de la actividad penitenciaria es el de control judicial de la actividad penitenciaria, en la medida en que los jueces y tribunales, aparte del ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional, juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado -Art. 117.3 CE- “no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho” -Art. 117.4 CE-, lo que ha de articularse con la tutela de los derechos fundamentales -Art. 53.2 CE-, entre ellos la tutela judicial de cualquier ciudadano o persona, y por otra parte, a través del sometimiento de la actividad de la Administración al control judicial en punto a la observancia de la ley y el cumplimiento de sus fines -Art. 106.1 CE. Dicho control se ejerce fundamentalmente a través de la figura del juez de vigilancia penitenciaria en el modelo español, al que efectivamente se le atribuye legalmente con carácter general las funciones de tutela de derechos de los internos en el inciso final del art. 76.1 LOGP, conforme al cual: “el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para ... salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

En cuanto al sistema constitucional dominicano, tras definir la función judicial en el párrafo I del art. 149 CRD como consistente en administrar justicia juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en su párrafo II se abre a otras funciones cuando advierte que: “los tribunales no ejercerán más funciones que las que les atribuyan la Constitución y las leyes”. una de las funciones constitucionalmente encomendadas a los tribunales aparece como hemos visto en el control de legalidad de la administración pública -Art. 139 CRD-, ya que se dispone que: “los tribunales controlarán la legalidad de la actuación de la administración pública. La ciudadanía puede requerir ese control a través de los procedimientos establecidos por la ley”. Y todo ello sin perjuicio de derecho fundamental de todas las personas a la tutela judicial –los reclusos no dejan de serlo tras la condena efectiva de sus derechos -art. 69 CRD-, y la garantía constitucional de derechos -Art. 68-. Y todo ello para que -como gráficamente se ha expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- “la justicia no se detenga en la puerta de las prisiones”. Con esta base, el CPP atribuye al juez de ejecución de penas la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena -Art. 74 CPP-. Ello se complementa en el Art. 28 CPP, que establece que: “la ejecución de la pena se realiza bajo control judicial y el condenado puede ejercer siempre todos los

derechos y facultades que le reconocen las leyes"; y en el Art. 437 CPP, que dispone sucesivamente, a los efectos que aquí interesan, que: "el juez de ejecución controla el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias y resuelve todas las cuestiones que se suscitan durante la ejecución. Las solicitudes planteadas se resuelven conforme el procedimiento de los incidentes de este título.

El juez de la ejecución dispone las inspecciones y visitas de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y puede hacer comparecer ante sí a los condenados o a los encargados de los establecimientos, con fines de vigilancia y control. Dicta, aun de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema, y ordena a la autoridad competente para que en el mismo sentido expida las resoluciones necesarias".

7.2. La relación jurídica penitenciaria

La definición de derecho penitenciario como derecho que regula la organización de los servicios de prisiones y la actividad desplegada para retener y custodiar los reclusos, reeducar y reinserir socialmente a los condenados, y prestarles la asistencia necesaria, es parcialmente correcta, pero adolece de un defecto: sólo existe un sujeto. La administración penitenciaria, y una actividad, la penitenciaría, siendo los reclusos un mero objeto sobre el que recae organización y actividad. De ahí que una concepción más moderna y respetuosa de los derechos humanos haya invocado el concepto de relación jurídica penitenciaria, entendida como la relación que une y vincula a la administración con los reclusos desde el momento de su internamiento, de la que nacen una serie de derechos y deberes a cargo de los internos, y que impone a la administración unos deberes (retener y custodiar, garantizar la convivencia ordenada, ofertar actividades de reeducación y reinserción social a los condenados, y asumir una posición de garante de las personas internadas, imponiéndole la asunción de una serie de prestaciones a favor de aquellos) otorgándole poderes para su cumplimiento (poderes que se traducen en la definición de unos regímenes de vida los internos, el establecimiento de un haz de medidas de seguridad, y una potestad disciplinaria). Surge así el concepto de relación jurídica penitenciaria.

7.2.1. Concepto de relación jurídica penitenciaria

El concepto de relación jurídica ha sido acuñado por la Teoría General del Derecho, y alude al vínculo que une a dos partes, de la que nacen derechos y deberes recíprocos. Esta noción ha sido trasladada al derecho penitenciario, en el que se va a hablar de la relación jurídica penitenciaria. Suele decirse que cuando un interno ingresa en un centro penitenciario, confluyen en el mismo dos relaciones jurídicas, la primera, de naturaleza procesal, que le vincula con el órgano jurisdiccional que ordenó su internamiento; la segunda, de naturaleza administrativa, que surge a partir del momento mismo del internamiento, que le vincula con la administración penitenciaria a la que se confía su retención y custodia. De este modo, la relación jurídica penitenciaria puede conceptuarse como aquel vínculo surgido desde el momento mismo del internamiento que vincula al recluso con la administración, y del cual van a nacer derechos y deberes recíprocos.

La noción de relación jurídica penitenciaria ha adquiere una especial relevancia dentro del propio concepto de derecho penitenciario y, de alguna manera, ha venido a desplazar a la noción de actividad penitenciaria como auténtica piedra angular sobre la que descansa la configuración del derecho penitenciario, desde una perspectiva moderna y democrática.⁴⁸

7.2.2. Naturaleza jurídica de la relación jurídica penitenciaria

De todo lo anterior se concluye que la relación jurídica penitenciaria constituye una relación jurídica de índole administrativa, pues vincula a un administrado, el interno, con una administración, la penitenciaria. Ahora bien, sentado lo anterior, conviene señalar que dentro de las relaciones jurídicas administrativas, la doctrina alemana había afirmado la existencia de dos modalidades diferentes: las relaciones de sujeción general, que vinculan a la administración con el común de los ciudadanos, y las llamadas relaciones de sujeción especial, en las que la administración ostenta unos poderes mucho más intensos que el que usualmente ejerce sobre el común de los ciudadanos, lo que

⁴⁸ Efectivamente, la noción de derecho penitenciario como regulador de la actividad penitenciaria es entendida como aquella rama del ordenamiento jurídica que regula la actividad protagonizada por las instituciones penitenciarias, y que consiste de una parte en la retención y custodia de los internos -con independencia de su condición procesal- y derivadamente de ello, garantizadora de la seguridad y convivencia ordenada dentro del establecimiento penitenciario, de otra en la actividad encaminada a la reeducación y reinserción social de sentenciados a penas y medidas de seguridad, y finalmente en el desenvolvimiento de la actividad asistencial de internos y liberados. Esta noción nos refleja un único sujeto protagonista, la Administración penitenciaria, presentando al interno como un objeto sobre el que se materializa su actividad. Esta noción se refleja en la normativa reglamentaria española, que siempre se ha referido a la organización de los servicios de prisiones, y que gráficamente todavía titulaba a su Reglamento aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, antecedente de la LOGP, como Reglamento de los Servicios de Prisiones. Frente a esta noción de derecho penitenciario la teoría de la relación jurídica penitenciaria pasa a definir el derecho penitenciario como aquella rama del ordenamiento jurídico que regula la relación que se establece entre el interno y la Administración a partir del momento mismo del ingreso de aquel en un establecimiento penitenciario, de la que nacen derechos y deberes recíprocos. Esta noción resalta dos factores: primero, las consecuencias legales del vínculo, reforzando el principio de legalidad que preside a la actividad penitenciaria, y al interno no ya como objeto de aquella actividad, sino como persona, esto es, como sujeto de derecho, titular de derechos y deberes, lo que refuerza el carácter humanista de este derecho.

sucede en el caso de los funcionarios, de los militares y de los internos. En este sentido, la jurisprudencia constitucional española, a partir de las SSTC 74/1985 y 2/1987 ha venido a confirmar explícitamente que la relación jurídica penitenciaria se encuadra dentro de la categoría de las denominadas relaciones de sujeción especial.⁴⁹ La configuración de la relación jurídica penitenciaria, como una relación de sujeción especial, va a describirse gráficamente en el plano normativo por el inciso primero del art. 5.1 RP, que señala que: "el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha".

Esa forma especialmente intensa de vinculación se traduce, como ya se ha indicado, en que para el cumplimiento de sus deberes legales la administración cuenta con poderes legales especialmente sólidos: la definición de modelos regimentales de vida que los reclusos vienen obligados a acatar, la posibilidad de aplicar unas medidas de seguridad interior ordinarias, extraordinarias y a veces excepcionales encaminadas a prevenir y restablecer la normalidad regimental o buen orden de los establecimientos penitenciarios, y la posibilidad de definir un régimen disciplinario y de recompensas, en orden a depurar y castigar las conductas infractoras del régimen penitenciario, y estimular el buen comportamiento de los reclusos en la observancia de ese régimen, como primer paso de su reeducación y reinserción social.

7.2.3. Fundamento

La aparición de la doctrina de la relación jurídica penitenciaria va a venir asociada al reforzamiento de las ideas de Estado Democrático de Derecho y de Derechos Humanos, como reacción tras la caída de los estados totalitarios fascistas tras la II Guerra Mundial.

Así, en primer lugar, la noción de legalidad que inspira la idea de Estado Democrático de Derecho conduce a concluir que toda la actividad del Estado debe quedar sometida al imperio de la Constitución y las leyes, sin que quepan compartimentos opacos a este principio; como la administración penitenciaria forma parte de la administración general, en consecuencia, toda la actividad de la administración penitenciaria

⁴⁹ Así, en estas dos sentencias se viene a avalar que es perfectamente constitucional ex art. 25.1 CE la existencia de una potestad sancionadora de la Administración Penitenciaria, que se ejerce a través de órganos administrativos propios, configurándose dicha potestad sancionadora no como una potestad sancionadora común, sino como una potestad disciplinaria, lo que se deriva de la configuración de la relación jurídica penitenciaria como una relación de sujeción especial, y de ello se van a extraer dos conclusiones básicas: la primera, que el principio de reserva de ley orgánica que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el principio de legalidad, en lo que atañe a la predeterminación normativa de conductas infractoras y de medidas sancionadoras –art. 25.1 CE– no se ve vulnerado por el hecho de que la definición del catálogo de conductas infractoras no se regule en la ley, sino en el RP, porque al tratarse de una relación de sujeción especial dicho principio se respeta con tal que, tal y como sucede en el art. 43.1 LOGP, la norma legal habilita al reglamento la determinación de dicho catálogo de comportamientos infractoras; la segunda, que al asistir a un régimen disciplinario, y no a un régimen sancionador común, una misma conducta protagonizada por un mismo sujeto pueda ser doblemente sancionada, en los ámbitos respectivos judicial penal, y administrativo penitenciario, sin vulnerarse el principio non bis in idem, en la medida en que si bien nos encontramos ante identidad de sujeto y de objeto, no exista una identidad de fundamento en el castigo.

debe observar escrupulosamente el contenido de la Constitución y de las leyes.

Y en segundo lugar, la noción de derechos humanos refuerza idea de la persona como titular de unos derechos inherentes a su condición de tal, inalienables, lo que va a conducir a la idea de que los internos, por el hecho de su internamiento, no pierden su condición de personas, que son titulares de unos derechos inherentes a su condición de tal, que son inalienables, de donde se va a proyectar el principio de conservación de derechos fundamentales, consagrado en las constituciones dominicana y española, conforme al cual el interno conserva todos los derechos fundamentales, en tanto en cuanto no se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio, por el sentido de la pena o bien por la ley penitenciaria.

Ambas ideas van a constituir el doble fundamento de la relación jurídica penitenciaria como base de la propia noción de un derecho penitenciario contemporáneo, concebido no tanto como el derecho regulador de la actividad penitenciaria, en la que concurren dos sujetos: interno y administración, relación de la que nacen un conjunto de derechos y deberes para el interno, y un haz de deberes para la administración, para cuyo logro y éxito se le conceden una serie de poderes especialmente intensos.

En el presente trabajo prescindiremos del examen de la organización de la administración (servicios centrales -Dirección General de Prisiones- y servicios periféricos -centros penitenciarios), concentrándonos en el examen del estatuto del interno, que se integra por sus derechos y deberes.

7.3. Los derechos de los reclusos

7.3.1. Derechos de los internos: principio de conservación de derechos

Las constituciones modernas suelen estructurarse en una parte orgánica, y en una parte dogmática; en la primera, se regulan los poderes del estado, sus relaciones, y las instituciones y órganos principales; en la segunda, los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos y los derechos sociales.

Conforme a la idea anticipada de que el interno conserva todos los derechos que ostenta como persona, y en el entendimiento de que no abandona la sociedad, sino que continúa formando parte de ella,

la legislación penitenciaria parte del principio general no solo de que el interno conserva todos los derechos fundamentales, sino también todos los derechos que se le reconocen como ciudadano, y todos los derechos sociales que tuviera previamente reconocidos, y aquellos otros a los que pudiera acceder durante el internamiento, con la triple condición de que no se vean afectados por el sentido de la pena, del contenido del fallo condenatorio, o por la ley penitenciaria.

En el sistema español esta idea se proyecta en el art. 3 LOGP, conforme al cual: "la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: 1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. 2. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión. 3. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones. 4. La administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos. 5. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre". En coherencia con estas ideas agrega el art 6 LOGP que: "ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra".

El art. 4 RP reproduce sustancialmente en su párrafo primero el contenido del párrafo primero del art. 3 LOGP, agregando una lista casuística de derechos de los que son titulares los internos, señalando el siguiente catálogo: "a) Derecho a que la administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas. b) Derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión. En este sentido, tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros. c) Derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. d) Derecho de los penados

al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo. e) Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación. f) Derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria. g) Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderles. h) Derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación. i) Derecho a participar en las actividades del centro. j) Derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Capítulo V del Título II de este Reglamento. k) Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal penitenciaria”.

En conclusión, el interno ostenta los derechos fundamentales, los derechos como ciudadano, y los derechos económicos y sociales reconocidos por la CE y las leyes; y como interno, ostenta un derecho a oferta de actividades para su reeducación y a la reinserción social, a recibir unas prestaciones asistenciales, y a que las actividades regimentales se sujeten estrictamente a las leyes; estos derechos se complementan por otros dos, de naturaleza instrumental: tienen derecho a recibir información de sus derechos y deberes en el momento mismo de su ingreso o internamiento, y a formular peticiones, quejas y recursos contra las decisiones y actuaciones administrativas que resulten lesivas a sus derechos, no solo ante la administración, sino ante los jueces a los que se confiere la tutela de sus derechos -juez de vigilancia penitenciaria en España; juez de ejecución penal en República Dominicana-, y acceder a las dos instituciones constitucionalmente garantes de sus derechos, al margen de la jurisdicción: el defensor del pueblo, ministerio fiscal y abogacía o defensoría pública.

En el sistema constitucional dominicano ya también se ha expuesto que el art. 68 CRD establece las garantías de los derechos fundamentales de todas las personas; y de ahí concluimos, es predicable de los reclusos, que tras su ingreso en prisión conservan todos sus derechos excepto el de la libertad y restantes no afectados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria. Esta interpretación viene a confirmarse por el art. 436 CPP -redacción introducida por reforma legal de 2015-, que establece que: “el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados

internacionales, las leyes y este código, y no puede aplicársele mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley”.

No existe precepto análogo predicable de los presos preventivos, pero conforme a la naturaleza de las cosas, esa verdad general, que por su ubicación en un CPP debería restringirse a la actividad jurisdiccional, y no a la penitenciaria, pero que es asumible en sentido amplio: el preso preventivo sigue siendo persona y por consiguiente goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y el Código Procesal, no pudiendo aplicárseles mayores restricciones que las que expresamente dispone el auto de prisión, y las leyes penitenciarias, que deben venir inspiradas en los valores seguridad y convivencia ordenada, esto es, por el régimen penitenciario.

En el ámbito de la legalidad ordinaria, la LRP dominicana no define de manera global un estatuto del recluso, donde se delimiten de manera unitaria sus derechos y deberes de manera sistematizada, a imagen de los arts. 3 y 4 LOGP española. En realidad, como derechos de los reclusos en la LRP aparece con ese nomen juris una relación limitada de los mismos: así, en su art. 5-III se dispone que, sin embargo, la LRP dominicana no define de manera sistematizada un estatuto del recluso, donde se delimiten de manera unitaria sus derechos y deberes de manera sistematizada, a imagen de los arts. 3 y 4 LOGP española.

En realidad, como derechos de los reclusos en la LRP aparece con ese *nomen juris* una relación limitada de los mismos: así, en el art. 5-III LRP se alude a que: “podrán, sin embargo, interponer sus quejas, ante el alcaide o quien haga sus veces, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 34 de la presente ley cuando consideren que han sido víctimas de una arbitrariedad. En caso de no ser atendida su queja, tendrán derecho a presentarla ante la Dirección General”. El art. 32 señala que: “a su ingreso a un establecimiento o sección todo recluso será debidamente instruido acerca del régimen a que será sometido, el sistema disciplinario vigente, sus derechos y obligaciones”, con lo que se presupone un estatuto de derechos y obligaciones, pero dicho estatuto no se define con carácter general en la ley. El art. 34 LRP añade que: “todo recluso tendrá derecho a formular y dirigir peticiones y quejas a la dirección del establecimiento o a las autoridades administrativas y judiciales, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos o convenientes”. El art. 75 LRP añade que: “los reclusos tendrán derecho a comunicarse y mantener contacto

con representantes autorizados de su religión". Únicamente aparece una sola vez más la palabra derecho, pero va referida al personal penitenciario, para proscribir cohechos por su intervención profesional en la actividad penitenciaria, al indicar en el art. 98 que: "el personal penitenciario no podrá exigir, cobrar ni percibir de los reclusos, familiares o amigos, derechos, gratificaciones, dádivas o regalos de ninguna especie. La infracción del presente art. será sancionada con la pérdida inmediata del empleo".

7.3.2. Límites de los derechos de los internos

Ningún derecho, incluidos los derechos fundamentales, es absoluto, sino que se enfrentan en su ejercicio a unos límites específicos. El principio de conservación de derechos fundamentales, proclamado en el inciso segundo del art. 25.2 CE, establece como límites a su ejercicio el sentido de la pena, el contenido del fallo condenatorio y la ley penitenciaria. El sentido de la pena implica la pérdida del derecho a la libertad; el contenido del fallo condenatorio actúa en sentido bidireccional: de una parte, estableciendo la magnitud o quantum de esa privación de libertad, y de otro, afectando en su caso a otros derechos que hubieran podido ser objeto de condena –así, los derechos de comunicación o de aproximación con determinadas personas, caso de penas de alejamiento. Finalmente, la ley penitenciaria puede llegar a afectar a los derechos fundamentales –y cualquier otro derecho cívico, económico o social reconocido por la normativa- en la medida en que se justifica por la necesidad de preservar los valores seguridad y convivencia ordenada, norte y razón de ser del régimen penitenciario: así, los medios coercitivos, en el art. 45 LOGP, las medidas de seguridad ordinarias, en el art. 23 LOGP, y el secreto de las comunicaciones, en el art. 51 LOGP, pueden justificarse por su necesidad, idoneidad y proporcionalidad en relación con el mantenimiento o restablecimiento de dichos valores. A estos dos valores, seguridad y convivencia ordenada, puede agregarse el valor del interés del tratamiento para justificar la exclusión de ciertas medidas de reinserción social, tales como permisos, o retirada de determinados libros o revistas.⁵⁰ Los preceptos correlativos dominicanos se examinarán más adelante.

Estos principios son perfectamente proyectables, como hemos establecido, a los derechos como ciudadanos, políticos, económicos y sociales, así como en cuanto al ejercicio de determinados derechos estrictamente penitenciarios.

⁵⁰ No obstante, conviene significar un supuesto de suspensión general total o parcial de derechos contemplado por la LOGP, específicamente en su DA Primera, apartados 1 y 3. Conforme a esta DA, "los derechos reconocidos a los internos en esta Ley podrán ser suspendidos parcial y temporalmente por acuerdos de los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, que obliguen a la autoridad penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos de Seguridad del Estado", añadiendo el apartado 1 que "desde el momento en que intervengan dichas fuerzas asumirá la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia y restauración del orden el Jefe de las mismas, sin perjuicio de continuar la autoridad penitenciaria en la dirección de las actividades de tratamiento, procedimiento administrativo en relación con las autoridades judiciales, régimen económico-administrativo y funciones asistenciales".

Al no establecerse la definición de un estatuto del interno y de una formulación general de los derechos de los reclusos en la LRP, tampoco aparece definida esa limitación, que es la que corresponde conforme a la naturaleza de las cosas.

7.3.3. Sistema de protección y régimen de garantías

El sistema de protección de los derechos de los internos viene presidido por una serie de garantías, que básicamente son normativas, institucionales, jurisdiccionales, y constitucionales.

7.3.3.1. La garantía normativa

La garantía normativa implica que los derechos solo pueden verse afectados por la actividad de la administración penitenciaria en la medida en que así lo establezcan la Constitución y las leyes. Las previsiones constitucionales de España y República Dominicana, sendos estados democráticos de derecho -Arts. 1.1 CE y 7 CRD-, la previsión de que la Constitución y las leyes vinculan a todos los ciudadanos y poderes públicos -Arts. 9.3 CE, 6 CRD-, la previsión del pleno sometimiento de la actividad administrativa a las leyes y control judicial de legalidad de su actuación por los tribunales -Arts. 106.1 CE, 139 CRD- se proyecta en la garantía efectiva del principio de legalidad en materia penal, conforme al cual el cumplimiento material de las penas se sujeta a lo dispuesto en las leyes, previsión contenida en la legalidad ordinaria -Arts. 3.2 CPE, y 2 LOGP; art. 8 CRD-, que vienen a establecer que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley y los reglamentos. En este sentido son especialmente rotundas las previsiones del art. 3 RPE; el art. 3.1 señala que: "la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley", agregando el apartado 2 que "los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes".

7.3.3.2. Garantía institucional

La garantía institucional implica la existencia de instituciones del Estado que constitucionalmente deben velar por los derechos fundamentales, por los derechos ciudadanos, y por los derechos sociales y penitenciarios de los internos, a saber, El Defensor del Pueblo -art. 54 CE; 191 CRD- y el Ministerio Fiscal -arts. 124 CE y 169 CRD, 99 a

101 LRP-, contemplándose explícitamente en el art. 4 RP el derecho de los internos a formular peticiones y quejas ante estas instituciones. En el sistema dominicano podría entenderse también que la Defensoría Pública -art. 176 CRD-. Ahora bien, existe una institución más obligada a velar por estos derechos, ante la que los internos pueden igualmente formular peticiones y quejas: la propia administración penitenciaria, lo que igualmente se ha contemplado en el art. 4 RP, y en el sistema dominicano en los arts. 5 y 34 LRP.

7.3.3.3. Garantía jurisdiccional

La garantía jurisdiccional implica de una parte la previsión de un órgano jurisdiccional incardinado en el orden penal, el JVP, al que las leyes -arts. 94 LOPJ y 76 LOGP- encomiendan la salvaguarda de los derechos de los internos, lo que se canaliza a través de los cuatro cauces procesales que examinaremos: de quejas, recursos, daciones de cuenta, y actuaciones de oficio. En el sistema dominicano este principio se consagra respecto de los condenados en el art. 74 y 437 CPP.

7.3.3.4. Garantía constitucional

En cuanto a la garantía constitucional consiste en que, una vez agotada la vía constitucional, los internos podrán formular recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, en la medida en que vean vulnerados su derecho a la igualdad y cualesquiera de sus derechos fundamentales -art. 53.2 y 161 CE-.

7.3.3.5. Garantías internacionales

Aún queda una garantía internacional, en la medida en que los internos pueden defender sus derechos, en la medida en que los recoja el Convenio de Roma, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones, en el caso de España, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Comité de las Naciones Unidas en el caso dominicano.

7.4. Deberes de los internos

La LOGP ha regulado los deberes de los internos en su art. 4, lo que se desarrolla en el RP en su art. 5.⁵¹ En el sistema dominicano, dado que no se formula una categorización sistematizada del estatuto de los

reclusos, configurando de manera global y unificada sus derechos y deberes, no se contempla la sistematización de los deberes que pesan sobre los reclusos en un único precepto.

Sucintamente, pueden sistematizarse así: los internos de los centros penitenciarios, conforme a los principios generales, vienen obligados a someterse a las normas del régimen, pero no vienen obligados al tratamiento, que es voluntario. La aceptación de las normas de régimen implica acatar su retención y custodia, y respetar las reglas de la convivencia ordenada, acatando las instrucciones contenidas en los reglamentos internos, así como las impartidas por el personal penitenciario en el legítimo ejercicio de sus funciones -art. 5-III LRP-, manteniendo una actitud de consideración a todas las personas que integran la comunidad penitenciaria, sean personal penitenciario, internos, o personas cuya entrada se haya autorizado, así como haciendo uso correcto de las instalaciones y medios materiales puestos a su disposición.

7.5. El régimen penitenciario

El régimen penitenciario es aquella parcela de la actividad penitenciaria encaminada a asegurar la retención y custodia de los internos, con independencia de su condición procesal -sean detenidos, presos, penados, o sentenciados sujetos a medidas de seguridad de internamiento. Dicha retención y custodia, o aseguramiento de la persona del interno, no aparece explicitada en los textos constitucionales, pero constituye, conforme a la naturaleza de las cosas, la razón de ser primaria de las Instituciones Penitenciarias, el motor determinante de su existencia, en la medida en que las mismas nacen para cumplimentar los mandatos de retención y custodia impartidos por las Autoridades competentes, generalmente judiciales. Ahora bien, conjuntamente con la retención y custodia de los reclusos,

²⁴ Conforme al art. 4.1 LOGP, "los internos deberán: a) Permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación. b) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en el caso de infracción de aquellas, y de conformidad con lo establecido en el art. 44. c) Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos con ocasión de traslado, conducciones o prácticas de diligencias. d) Observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento". Seguidamente, en su apartado 2 se señala que "se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado", con lo que queda claro que los internos no vienen obligados a aceptar el tratamiento. A su vez, el art 5 RP empieza por señalar en su apartado 1 que "el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones". tras lo cual procede a reiterar con matices el contenido de los deberes reseñados en el art 4 LOGP, estableciendo que "en consecuencia, el interno deberá: a) Permanecer en el establecimiento hasta el momento de su liberación, a disposición de la autoridad judicial o para cumplir las condenas de privación de libertad que se le impongan. b) Acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones. c) Colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, los funcionarios, trabajadores, colaboradores de instituciones penitenciarias, reclusos y demás personas, tanto dentro como fuera del establecimiento cuando hubiese salido del mismo por causa justificada. d) Utilizar adecuadamente los medios materiales que se pongan a su disposición y las instalaciones del establecimiento. e) Observar una adecuada higiene y aseo personal, corrección en el vestir y acatar las medidas higiénicas y sanitarias establecidas a estos efectos. f) Realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos. g) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad." De todos estos deberes suscita problemas la inclusión de la participación en actividades formativas, educativas y laborales, puesto que se trata de actividades de tratamiento penitenciario, para lo que la Administración tan solo puede fomentar el interés del interno, en los términos previstos por el art. 4.2 LOGP.

a las instituciones penitenciarias se les impone el deber legal de garantizar la seguridad y la convivencia ordenada. El interno no aparece como un individuo aislado, sino que ingresa en una comunidad, integrada por el resto de los internos, de una parte, por el personal penitenciario, de otra, y finalmente por las personas -autoridades, comunicantes, y otros- autorizadas a acceder a los establecimientos penitenciarios. Del deber de aseguramiento de la persona del interno se deriva un segundo deber de la Institución: el de garantizar la seguridad y la convivencia ordenada dentro de los establecimientos penitenciarios. De estos dos deberes de la Administración se derivan dos deberes correlativos para los reclusos: el de respetar su propia retención y custodia, y el de observar las normas encaminadas a preservar la seguridad y la convivencia ordenada.

En estas condiciones, podemos definir el régimen penitenciario como el conjunto de actividades y medidas administrativas encaminadas a garantizar el aseguramiento de la persona del interno, y la convivencia ordenada de los establecimientos. Para garantizar este régimen penitenciario las leyes conceden a las administraciones penitenciarias unos poderes más intensos que los que les confiere en relación con el común de los ciudadanos; y los reclusos vienen obligados a acatarlo, lo que constituye además el primer presupuesto de su reeducación.

El contenido del régimen penitenciario se va a articular a través de dos manifestaciones. En una de ellas podemos hablar de régimen en sentido dinámico, y en su ámbito se integran tres figuras penitenciarias: el ingreso,⁵² los traslados⁵³ y las libertades -terminología española- o egresos⁵⁴-terminología dominicana-. Hablamos de sentido dinámico porque las figuras que se integran en su ámbito inciden directamente en el principio, fin y paréntesis de la retención y custodia penitenciaria.

La segunda manifestación del régimen penitenciario se proyecta en un sentido estático; y lo calificamos así por abarcar figuras que configuran la convivencia ordenada o buen orden de los establecimientos penitenciarios. Abarcaría las siguientes figuras: la definición de los modelos regimentales, la separación y clasificación de los reclusos como métodos de asignación a los mismos del modelo regimental; las medidas de seguridad penitenciarias, y finalmente el régimen disciplinario y de recompensas.

⁵² El ingreso en España se regula en el art. 15 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre. General Penitenciaria –en lo sucesivo LOGP-, así como en los arts. 15 a 21 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero –en lo sucesivo RP. En la normativa penitenciaria dominicana se regula en el art. 40 y 44 de la Ley No. 224 sobre Régimen Penitenciario, de 13 de junio de 1984 –en lo sucesivo LRP. En cuanto a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, conocidas como Reglas de Ginebra –en lo sucesivo RMTR-, cfr. Regla 7.

⁵³ El traslado en España se regula en el art. 18 LOGP, así como en los arts. 31 a 40 RP. En la normativa penitenciaria dominicana se regula en los arts. 42 a 44 LRP.

⁵⁴ En cuanto a las RMTR cfr. Regla 45.

⁵⁴ Las libertades en España se regulan en el art. 17 LOGP y 22 a 30 RP. En la normativa penitenciaria dominicana se regula bajo la denominación de egresos en los arts. 41 y 44 LRP.

Los modelos regimentales en España son básicamente tres. Aunque en España en 1979, la LOGP hablaba de: a) centros penitenciarios -y por consiguiente de régimen- de preventivos (Art. 8 LOGP); b) de centros -y por consiguiente de régimen- de cumplimiento, dentro de los cuales diferenciaba entre regímenes ordinario y abierto (Art. 9 LOGP), para agregar el régimen cerrado (Art. 10 LOGP) como aplicable a penados y a preventivos; y c) de centros (y por consiguiente regímenes) especiales (Art. 11 LOGP), dedicados a personas con anomalías psíquicas, drogodependientes y alcohólicas, y sordomudas. Sin embargo, primero en la práctica, con la aparición de los centros penitenciarios polivalentes, y después normativamente con la aprobación del Reglamento Penitenciario de 1996, la situación se ha reconducido en términos de hecho y de derecho, de manera que en la actualidad puede afirmarse que existen tres modelos regimentales básicos⁵⁵: el régimen ordinario -arts. 76 a 79, en relación con 74.1, 101.1 y 102.3 RP-, caracterizado por su aplicación a presos y penados capacitados para mantener una vida en comunidad, adaptada a reglas de convivencia ordenada, en un marco de medidas de seguridad estándar; el régimen cerrado, aplicable a presos y penados de peligrosidad extrema, así como a inadaptados en el régimen ordinario, caracterizado -arts. 89 a 95, 101.3 y 102.5 RP- por representar un marco de medidas de seguridad reforzada o de alta seguridad; y el régimen abierto, exclusivamente aplicable a penados, siempre que estén no solo preparados para una convivencia ordenada, sino incluso para incorporarse a un régimen de semilibertad -Arts. 80 a 88, 101.2 y 102.4 RP- caracterizado por representar un marco de medidas de seguridad muy atenuadas.

En el sistema penitenciario dominicano vendría representado por el periodo en el que se encuentra el penado en cada fase actual de la ejecución administrativa o cumplimiento de su condena, en tanto determine un marco abstracto de medidas de seguridad, pues de la regulación del periodo de observación -art. 14 LRP- se colige un régimen de vida restrictivo, de la regulación del periodo de tratamiento -art. 15 LRP- se infiere un régimen de vida basado en el desarrollo de actividades en común con el resto de la población reclusa, y del periodo de prueba -arts. 16 y 17 LRP- un régimen de vida abierto a salidas al exterior, y de integración progresiva al medio comunitario ciudadano, conllevando una reasignación a establecimientos abiertos o granjas agrícolas, que la LRP (art. 1-III LRP) configura como

⁵⁵ En puridad puede hablarse de dos modelos más. En primer lugar, el marcado por el denominado principio de flexibilidad, de contenido mixto y de perfiles variables y por consiguiente individualizable, exclusivamente proyectable a penados regulado en el art. 100.2 RP que: "no obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad". Y, en segundo lugar, el régimen de los hospitales psiquiátricos penitenciarios, que orienta la retención y custodia hacia una intervención asistencial y terapéutica especializada de personas con anomalías psíquicas, que se regula en los arts. 184 a 191 del Reglamento Penitenciario español. Aunque el RP ha dedicado algunos arts. (96 a 98) al régimen de preventivos, en la práctica es para reconducirlo al ordinario y al cerrado.

institutos especiales. Los preventivos son ingresados en cárceles, y los condenados a penitenciarías o presidios en función de que la duración de su pena rebase o no los dos años -art. 1-II LRP- salvo causas excepcionales que lo impidan -art. 1-V LRP-.

En segundo lugar, en los sistemas penitenciarios dentro del régimen penitenciario, se encuentran los criterios y modos de asignación de los modelos regimentales, que en el caso de España son la separación y la clasificación penitenciaria. Por lo que se refiere a la separación constituye la decisión de asignación interior de la población reclusa en función de criterios generales de la condición procesal de su ingreso (preso, penado), sexo, edad, salud, etc., y se regula en el art. 16 LOGP y 99 RP, contemplándose en las RMTR en su regla 8 y 67 a 69. En el sistema penitenciario dominicano se regula bajo la denominación de segregación o clasificación en los arts. 11 y 12 LRP. En el sistema español la clasificación penitenciaria es algo diferente, en concreto la decisión misma de asignación de un grado de clasificación al penado que determina el régimen de vida aplicable, y a la par el grado de clasificación en que el penado actualmente se encuentra, y se regula en los arts. 64, 65 y 72 LOGP, así como 100 a 198 RP. En el sistema dominicano serían las decisiones de asignación y de revisión de cada periodo del sistema progresivo en el transcurso de la ejecución administrativa de la pena de prisión en fase actual de cumplimiento. La tercera manifestación del régimen penitenciario se exterioriza en las denominadas medidas de seguridad, que llamaremos penitenciarias para no confundirlas con las medidas de seguridad penales. En España pueden clasificarse en medidas de seguridad interior y exterior. Las medidas de seguridad interior se subclasifican en ordinarias, extraordinarias y excepcionales. Las medidas de seguridad interior se regulan en los arts. 23 y 45 LOGP y 63 a 72 RP, y se encaminan a prevenir y en su caso restablecer la seguridad y la convivencia ordenada frente a riesgos abstractos o concretos, y así aunque no constituyen un *numerus clausus* la normativa ha contemplado expresamente figuras tales como la observación física de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento -art 23 LOGP-; como medidas de seguridad extraordinaria -también denominadas medios coercitivos, art.45 LOGP- se contemplan el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas, aplicables en casos tasados de auto agresividad, heteroagresividad, resistencia al cumplimiento de órdenes,

e intentos de fuga. Las medidas excepcionales son protagonizadas por cuerpos y fuerzas de seguridad, y se regulan en el art. 72.5 RP y disposición final primera de la LOGP. En cuanto a las medidas de seguridad exterior corresponden a cuerpos y fuerzas de seguridad -art. 63 RP-.

En el sistema penitenciario dominicano las medidas de seguridad penitenciarias se regulan en los arts. 51, 54 y 86 a 89 LRP.

En las Reglas de Ginebra de 1955, normas 27, 33 y 34.

Finalmente, la cuarta manifestación del régimen penitenciario se exterioriza en el régimen disciplinario de los reclusos y su correspondiente régimen de recompensas. El régimen disciplinario de los reclusos se proyecta en la definición de un catálogo de infracciones o faltas disciplinarias, en la formulación de un catálogo de sanciones, en la regulación de un procedimiento disciplinario, y concluye con la regulación de un régimen de cumplimiento de sanciones, y de cancelación de sus anotaciones. No debe confundirse con las medidas de seguridad: aquellas se encaminan a prevenir y a restablecer la seguridad y el buen orden del establecimiento, y una vez conjurados los riesgos de su aplicación deben cesar; por el contrario, el régimen disciplinario se encamina a depurar y sancionar las conductas de los internos catalogadas legalmente como faltas por vulnerar la seguridad y la convivencia ordenada de los establecimientos.

En lo que se refiere al régimen de recompensas de los reclusos, constituye el contrapunto del régimen disciplinario de los reclusos: si éste se encamina a castigar las infracciones protagonizadas por los reclusos que vulneran la seguridad y la convivencia ordenada, las recompensas pretenden premiar y estimular la buena conducta penitenciaria de los internos. Así, régimen disciplinario y régimen de recompensas constituyen en cierto sentido dos caras de una misma moneda.

En España, el régimen disciplinario se regula en los arts. 41 a 44 LOGP, y 231 a 262 RP, conservándose la regulación del catálogo de las faltas muy graves, graves y leves (muchas de ellas obsoletas) en los arts. 108, 109, 110 y 111 y del primer párrafo del art. 124 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones

disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada. A su vez las recompensas se regulan en los Arts. 46 LOGP, y 263 y 264 RP.

A su vez, la normativa penitenciaria ha contemplado la base legal del régimen disciplinario en los arts. 45 a 51 LRP. La proyección del sistema de recompensas, en los arts. 52 y 53 LRP.

En las Reglas de Ginebra de 1955, normas 27 a 32 el régimen disciplinario; la norma 70, las recompensas.

7.6. El tratamiento penitenciario

La definición de tratamiento penitenciario se formula en el sistema penitenciario español como todas aquellas actuaciones protagonizadas por las instituciones penitenciarias directamente encauzadas a lograr reeducación y reinserción social de los condenados. Así, el art. 59.1 LOGP señala que: "el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados".

De esta manera, podemos concluir que el tratamiento se proyecta en dos tipos de actividades, a saber, las reeducadoras, y las de reinserción social.

En primer lugar, las actividades de reeducación, que tratan de afrontar los déficits y carencias personales -educativos, formativos, laborales, existencia de procesos toxicológicos, y cualesquiera otras manifestaciones de una personalidad anómala del reo- que condicionaron la comisión de la actividad delictiva, de manera tal que una vez alcance el reo su libertad, esté en condiciones de respetar la ley penal. Y en segundo lugar, las actividades de reinserción social, que tienden a mantener y reforzar los vínculos del interno con la sociedad, a través de las figuras de los contactos con el mundo exterior, tales como las comunicaciones, las visitas, la recepción de paquetes y encargos, y en una fase más avanzada, las figuras que posibiliten las salidas del propio interno al exterior, que tienden en una primera fase a la excarcelación temporal del interno, a través de los permisos y figuras afines, que además progresivamente permiten ir objetivando la conducta del interno en orden a facilitar su acceso en una segunda fase a un régimen de semilibertad.

Ahora bien, debe advertirse que, del mismo modo que asegurar

un régimen penitenciario constituye un deber de la administración penitenciaria, el despliegue de actividades tratamentales también lo constituye; por el contrario, mientras que el recluso viene obligado a acatar el régimen penitenciario, el tratamiento no se erige en un deber para los condenados, que pueden rechazarlo. Esta idea aparece en el art. 4 LOGP que al establecer en su apartado 1 los deberes de los reclusos, en su apartado 2 se refiere al tratamiento no para calificarlo de un deber, sino para expresar que la administración sí debe estimular el interés de los condenados en su propio tratamiento.

En el sistema penitenciario español el tratamiento se inspirará en los siguientes principios -art. 62 LOGP-:

a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.

b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.

d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.

e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

En el sistema español -arts. 111 y 112 RP- la programación del tratamiento se formula en los llamados programas individualizados

de tratamiento por las Juntas de Tratamiento de cada centro penitenciario, y se ejecutan por los Equipos Técnicos de dichos centros, supervisando los resultados semestralmente por las precitadas juntas de tratamiento; no obstante, se procura la colaboración del resto del personal penitenciario, y la colaboración de los ciudadanos, y de instituciones públicas y privadas, estimulándose la participación de los internos en la planificación y ejecución de su propio tratamiento, que no obstante tiene derecho a rechazarlo. Aparte de integrar elementos como el trabajo, la educación, y el deporte -que examinaremos como elementos prestacionales- la normativa ha contemplado programas especializados -art. 116 RP- que en la práctica toman como referencia problemáticas alcohólicas, toxicológicas, ludopatías, programas de maltratadores de violencia doméstica y de género, agresores sexuales, talleres de seguridad vial, etc.

Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento -art. 63 LOGP-.

Se perfila así el sistema de ejecución administrativa de las penas que preside el modelo español. Desde 1903 hasta 1968, el sistema de ejecución se inspiraba en uno de los sistemas progresivos, en concreto el modelo irlandés o de Crofton. En 1968, se perfiló una derivación esencial del mismo, que en España se denomina sistema de individualización científica, consagrado en el art. 72 LOGP, que viene a basarse en los principios siguientes:

- a) Principio de división en grados: las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional;
- b) Principio de correlación entre grado y régimen: los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado.
- c) Principio de clasificabilidad en grado superior sin tener que pasar

previamente por los anteriores: siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

d) Principio de previsibilidad periódica: en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión. Dicho principio permite la revisión semestral, manteniendo el grado (continuidad) o acordando su progresión o regresión de grado, según proceda.

Desde el año 2003, sin embargo, se han establecido requisitos especiales para caso de terrorismo -Art. 72.6 LOGP-, uno general de satisfacción de responsabilidades civiles -Art. 72.5 LOGP-, y se ha introducido el denominado periodo de seguridad que impide para condenas a penas que excedan de cinco años la clasificación en tercer grado antes de la mitad de la pena, en virtud de resolución motivada del tribunal sentenciador, sin perjuicio de que en función de la positiva evolución del penado el juez de vigilancia acuerde el régimen general de cumplimiento -Art. 36.2 CPE-.

En el sistema penitenciario dominicano la LRP en el inciso final de su art. 2, con notable perspectiva de futuro, advierte que: "el régimen penitenciario deberá usar, de acuerdo con las características de cada caso, el tratamiento educativo y asistencial de que pueda disponer, de conformidad a los progresos científicos que se realizan en la materia". Dentro de la estructura organizativa de la Dirección General de Prisiones, el Art. 9 LRP en su párrafo, se ha configurado el Departamento de Vigilancia y Tratamiento; y en cada establecimiento penitenciario el Art. 20 LRP contempla que funcionará una comisión formada por el director del penal, el secretario, un psiquiatra, un visitador social y cualquier otra persona que preste servicio en un departamento del penal, quienes se reunirán una vez por mes y tratarán sobre el progreso, tratamiento, adaptación, permisos y sanciones de los reclusos que se encuentren en el penal.

Seguidamente, la LRP aborda el tratamiento penitenciario en el ámbito del sistema progresivo dominicano que preside la ejecución administrativa de las penas de prisión.

El art. 14 LRP configura su primer periodo, el de observación, que durará entre diez y treinta días, separando al condenado recién ingresado del resto de la población que se encuentre en otros periodos, a fin de

efectuar el estudio de su personalidad, de su medio social y de sus antecedentes personales, para determinar la sección o establecimiento a que deba ser destinado y la naturaleza del tratamiento que sea conveniente aplicarle.

Durante el segundo período, de tratamiento, se aborda la rehabilitación del recluso, mediante la instrucción, el trabajo, la asistencia espiritual, la disciplina, la práctica de ejercicios y de sanos pasatiempos y demás métodos que la naturaleza del caso aconseje (Art. 15).

En cuanto al período de prueba, se aplica su inicio en los términos siguientes: a) para condenados hasta 5 años después del cumplimiento de un tercio de la pena; para los condenados a más de 5 años, después de un cuarto de la pena; en situaciones especiales se podrá proponer la puesta en prueba de algún recluso que no caiga dentro de estas disposiciones, en cuyo caso la decisión quedará a cargo de la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción. En todos los casos, cuando la pena es superior a 5 años el período de prueba no podrá ser menor a 20 meses (Art. 16 LRP).

Ya vimos que son medidas de prueba los permisos de salida, el alojamiento en instituciones especiales, y la libertad condicional art. 17 LRP. A las salidas se refieren los arts. 18 y 19 LRP para definir requisitos para su concesión y finalidades.

Ahora bien, junto con las actividades reeducadoras y su articulación en el sistema administrativo de ejecución de las penas, el tratamiento integra además las actividades de reinserción social. Conviene subrayar que las primeras medidas penitenciarias de reinserción social coinciden en los sistemas penitenciarios con el momento inmediatamente posterior al ingreso procedente de libertad, regulándose a este respecto tanto en el derecho penitenciario español -art. 53.3 LOGP- como en el derecho dominicano -art 44 LRP- el derecho a comunicar el ingreso a su familia o persona que designen -art. 53.3 LOGP- derecho que se proyecta a los traslados. Se proyecta este derecho de reinserción, articulado como derecho a contactos con el mundo exterior en el derecho a recibir comunicaciones y visitas -art. 51 a 53 LOGP- en el sistema español, que contempla las comunicaciones telefónicas; arts. 35 a 37 LRP en el sistema dominicano. Igualmente se contempla en ambas legislaciones el acceso a la información periodística –escrita, radiofónica y televisiva en el sistema español: art. 58 LOGP, así como en el sistema dominicano: art. 33 LRP. En cuanto a los permisos de salida, hemos aludido a los mismos en el sistema dominicano; en el

español se regulan en los arts. 47 y 48 LOGP, y se complementan con sistema de salidas diarias y de fin de semana autorizables en el ámbito del régimen abierto propio del tercer grado -art. 86 RP-.

7.7. La actividad asistencial penitenciaria

Conforme al párrafo segundo del art. 1 LOGP, las instituciones penitenciarias: "igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados". La labor asistencial de las instituciones penitenciarias respecto de internos y liberados viene a aparecer no propiamente como una finalidad autónoma de la actividad penitenciaria, pero sí como un deber de la administración penitenciaria, respecto de internos y liberados, derivada de su posición de garante. En el sistema penitenciario dominicano esa posición de garante se refleja en el art. 7 cuando se alude como uno de los cometidos de la Dirección General de Prisiones y de las instituciones penitenciarias en general atender las necesidades de los reclusos de orden moral o material, en coordinación con otros servicios afines, sean éstos de carácter público o privado. Cuando se habla de la labor asistencial de las instituciones penitenciarias aludimos a un conjunto de deberes de la administración para con los internos que surge desde el momento mismo de su internamiento, y que se traduce en unos deberes prestacionales de la administración respecto de aquellos. Dichas prestaciones se concentran básicamente en la asistencia alimentaria, la asistencia sanitaria, la acción social penitenciaria, la asistencia religiosa y la asistencia educativa, muchas de ellas instrumentalizables como elementos del tratamiento penitenciario.

A la asistencia alimentaria se refiere la normativa española en el art. 21.2 y 24 LOGP,⁵⁶ y la normativa dominicana en el art. 29. A esta materia se refieren las normas 20 y 26 RMTR. Directamente asociadas a esta asistencia se encuentra el alojamiento, el vestuario y las medidas de higiene, a lo que se refiere en el sistema español en su art. 19 LOGP (principio celular), 20, 21, 22 y 23 LOGP (vestuario, ropa de cama); y 25 a 29 LRP en el sistema dominicano.

A la asistencia sanitaria se refiere la normativa penitenciaria española en los arts. 36 a 40; y la normativa dominicana, en los arts. 80 a 85 LRP.

A la asistencia religiosa se refiere la normativa española en el Art. 54 LOGP; y en la normativa dominicana, en los Arts. 75 y 76 LRP.

⁵⁶ Respecto de la prestación alimentaria como proyección de la posición de garante de la Administración Penitenciaria, art. 3.4 LOGP contemplándose el control médico de la alimentación en el 310.2 RP. Sobre criterios a tener en consideración sobre la alimentación, arts. 226-230.3 RP. Sobre regulación económica administrativa, arts. 307, 308.1, 309, 310, 311 y 312 RP. Sobre derecho de los internos a la adquisición y consumo de productos alimenticios por su propia cuenta a través del servicio de Economato, arts. 24 LOGP y 298 y 303.1 en relación con art. 223 RP. Sobre imposibilidad de adquisición de comida a través de recepción de paquetes desde el exterior, arts. 24 LOGP y 521 RP.

A la asistencia social se refieren en el sistema penitenciario español los Arts. 35, 74 y 75 LOGP; y en el sistema penitenciario dominicano, los arts. 77 a 79 LRP.

A la asistencia educativa, cultural y deportiva se refieren en el sistema penitenciario español los arts. 55 a 58 LOGP, desarrollados en los arts. 118 a 131 RP; y en el sistema penitenciario dominicano, los Arts. 68 a 74 LRP.

Y finalmente, al trabajo se refieren en el sistema penitenciario español los Arts. 26 a 35 LOGP, desarrollados en los arts. 132 y 133 RP. La regulación se complementa con el RD 782/2001, de 6 de julio (§4), por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de seguridad social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. La promoción, organización y desarrollo de la formación profesional corresponde a la entidad de derecho público, trabajo penitenciario y formación para el empleo, cuyo estatuto se regula en el RD 122/2015, de 27 de febrero.

8. CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA

Ya examinamos como uno de los principios de la actividad penitenciaria el principio de su control judicial, en la medida en que los jueces y tribunales, aparte del ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado -art. 117.3 CE, 149-I CRD- ejercen funciones atribuidas por las leyes en garantía de derechos -art. 117.4 CE, 149-II CRD- y controlan el sometimiento a la ley de la actividad administrativa -art. 106.1 CE y 139 CRD.

Pues bien, el control de la actividad penitenciaria y la tutela de los derechos fundamentales, cívicos, económicos, sociales, y estrictamente penitenciarios de los reclusos -arts. 24.1 CE, 68 y 69 CRD- determina un segundo tipo de actividad que no es hacer ejecutar lo juzgado, y por consiguiente no dimana de la potestad jurisdiccional, pero se atribuye a órganos jurisdiccionales en garantía de derechos. Y todo ello para que -como gráficamente ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- que la justicia no se detenga en la puerta de las prisiones.

Con esta base, el CPP atribuye al juez de ejecución de penas la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen

sobre la ejecución de la condena -art. 74 CPP-. Ello se complementa en el art. 28 CPP, que establece que: “la ejecución de la pena se realiza bajo control judicial y el condenado puede ejercer siempre todos los derechos y facultades que le reconocen las leyes”; y en el art. 437 CPP, que dispone sucesivamente, a los efectos que aquí interesan, que: “el juez de ejecución controla el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias y resuelve todas las cuestiones que se suscitan durante la ejecución. Las solicitudes planteadas se resuelven conforme el procedimiento de los incidentes de este título.

El juez de la ejecución dispone las inspecciones y visitas de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y puede hacer comparecer ante sí a los condenados o a los encargados de los establecimientos, con fines de vigilancia y control. Dicta, aun de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema, y ordena a la autoridad competente para que en el mismo sentido expida las resoluciones necesarias”.

Conforme al art. 437-I CPP -redacción introducida por la reforma legal de 2015-, el juez de ejecución no solo tiene competencia para controlar el cumplimiento adecuado de las sentencias condenatorias, sino que además vela por el respeto de los derechos del condenado y resuelve todas las cuestiones que se suscitan durante la ejecución. Las solicitudes planteadas se resuelven conforme el procedimiento de los incidentes de este título.

Con cita exhaustiva, el RJEP de 2015 dispone que en virtud de esas atribuciones es competencia del juez de la ejecución ejercer la tutela efectiva de los derechos del condenado, de conformidad con los Arts. 3, 8 y 10 de la Constitución Política Dominicana y los derechos penitenciarios contenidos en las indicadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos dominicanos, o la que estuviese en vigencia”. Resulta así patente que el juez de ejecución penal tutela no sólo los derechos constitucionales de los condenados y los derechos reconocidos en las RMTR, sino también los derechos penitenciarios contemplados en la legalidad ordinaria definida en la LRP, entre los cuales se encuentra el derecho a la legalidad de la totalidad de la actividad penitenciaria, que trasciende del catálogo de derechos reseñados en la LRP.

Ahora bien, el CPP es bien preciso y no ha incluido bajo el paraguas de la tutela de derechos del juez de ejecución penal a los presos preventivos, quienes no pueden suscitar, por consiguiente, peticiones o quejas relacionadas con el desarrollo de la actividad penitenciaria cuando considere vulnerados derechos fundamentales, o derechos civiles, sociales, económicos, o incluso estrictamente penitenciarios. Este aspecto ha sido expresamente ratificado por la reforma de 2015, que en la nueva redacción del art. 437-IV CPP ha establecido que: “el juez de ejecución de la pena no tiene competencia para decidir sobre ningún pedimento que haga el privado de libertad por resolución o sentencia que no haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. En estos casos es competente el juez o tribunal apoderado de lo principal”.

Para estos fines, el art. 437-II CPP habilita al juez de ejecución para realizar visitas e inspecciones de las instalaciones penitenciarias, estableciendo que: “el juez de la ejecución dispone las inspecciones y visitas de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y puede hacer comparecer ante sí a los internos condenados o a los encargados de los establecimientos, con fines de vigilancia y control”. El RJEP establece en su regla XXII (control jurisdiccional del régimen penitenciario) que dichas visitas e inspecciones se realizarán por lo menos cada dos meses.

Agrega el art. 437-III CPP que el juez de ejecución: “dicta, aun de oficio, las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema, y ordena a la autoridad competente para que en resoluciones necesarias el mismo sentido expida las resoluciones necesarias”.

Ahora bien, el Art. 437-VII CPP establece un límite al cual no llegar en el ejercicio de esta competencia: “las decisiones del juez de la ejecución no contravendrán las competencias que, para la administración del sistema penitenciario, las leyes reconocen a la Dirección General de Prisiones. Sin perjuicio de la obligación, acordada por la Constitución a los jueces, de salvaguardar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos”.

A este respecto, el RJEP de 2005 dispone en su Regla XXII que en el art. 6 de la Ley núm. 224, se crea la Dirección General de Prisiones, dependiente de la Procuraduría General de la República, como órgano administrativo para la dirección y control de todos los establecimientos penales del país, lo que implica la individualización de las funciones de ambos operadores en materia de la ejecución y extinción de la

pena, unas funciones administrativas la de la Dirección General de Prisiones y jurisdiccional, la del juez de la ejecución de la pena, quien es el competente para garantizar el control jurisdiccional para la efectiva vigencia de los derechos humanos de los reclusos, dentro de la finalidad del Estado de derecho.

En conclusión, el sistema dominicano garantiza perfectamente el control de la ejecución administrativa de las penas y la tutela de los derechos de los condenados; y atribuye el control de la ejecución administrativa de la prisión preventiva al juez o tribunal apoderado de lo principal; pero mientras que se ha articulado un sistema de actividades de control, de oficio o a petición de los condenados, no ha contemplado de manera detallada ese mismo sistema de control en relación con la ejecución de la prisión administrativa por parte del juez o tribunal apoderado de lo principal.

Por otro lado, de la lectura literal del art. 437-III, cabe suscitarse dos cuestiones: en primer lugar si las decisiones que los jueces de ejecución penal adoptan para corregir las faltas del sistema penitenciario aprovechan a los preventivos, lo que produce un efecto totalizador del control de la actividad penitenciaria de la administración penitenciaria; y en segundo lugar, los límites de esas decisiones de manera que supondrían una arrogación de las competencias de la Dirección General de Prisiones, y quien arbitraría dichas transgresiones, lo que en el sistema español se resuelve a través del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y su ley reguladora.

En el sistema español las funciones de control de la actividad penitenciaria (también llamadas de vigilancia penitenciaria) se explicitan como se ha dicho en el art. 76.1 LOGP, que dispone que el juez de vigilancia tendrá atribuciones para salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. El art. 76.2 LOGP refiere un catálogo *ad exemplum* de esas funciones cuando señala que corresponde especialmente al juez de vigilancia: ... d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días; e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias; f) Resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado; g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario

en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos; h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el juez central de vigilancia penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado; i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado; j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento. Extramuros del art. 76 LOGP, existen otras funciones: en el art. 45 LOGP, controlar la legalidad de los medios coercitivos, dándosele cuenta de todas y cada una de sus aplicaciones; en el art. 51 LOGP, controlar las intervenciones y restricciones de comunicaciones orales y escritas de los reclusos.

Las funciones de vigilancia del juez de vigilancia penitenciaria español pueden simplificarse reconduciéndose a cuatro cauces procesales básicos:

1º.- El cauce procesal especial de los recursos. Con ese *nomen juris*, existen dos figuras únicamente: el recurso contra acuerdos sancionadores (art. 76.2.e) LOGP) y el recurso contra acuerdos de clasificación (art. 76.2.f) LOGP).

2º.- El conocimiento de peticiones y quejas de los internos, en materias de actividad penitenciaria que no afecten a la dirección, organización ni inspección de los servicios de prisiones (art. 76.2.g) LOGP).

3º.- El conocimiento de las daciones de cuenta por la administración penitenciaria, que no son sino actos de transparencia en cuya virtud la administración penitenciaria pone en conocimiento del juzgado de vigilancia Penitenciaria de sus propios actos. La normativa penitenciaria contempla varios supuestos en la LOGP -arts. 45 y 51, 76.2-d), i) y j); y estas puestas en conocimiento se multiplican los supuestos en el RP, pudiendo establecerse este principio general: la puesta en conocimiento o dación de cuenta se produce, bien porque el acto u omisión administrativa afecta a un derecho fundamental -así, intervención de comunicaciones escritas, ex art. 51 LOGP, o medidas de seguridad extraordinarias afectantes al derecho a la integridad física, ex art. 45 LOGP-, o bien porque se aplica un modelo de actividad penitenciaria que se aparta del estándar -así, pase a régimen cerrado (art. 76.2.j) LOGP, intervención de comunicaciones orales (art. 51 LOGP).

4º.- Las actuaciones de oficio, en función de comprobaciones personales directas, verificadas en sus visitas a los centros penitenciarios -art. 76.2.h LOGP- o en virtud de denuncia de cualquier persona o institución que no sea un recluso, con independencia de que esa intervención no legitime al denunciante para interponer recurso contra las resoluciones, salvo el ministerio fiscal -DA 5ª LOPJ-, lo que se incardina en las competencias generales del art. 76.1 LOGP de salvaguardia de derechos de los internos, y corrección de abusos y desviaciones en la aplicación de preceptos legales o reglamentarios.





CAPÍTULO XIII

LA PERSONA MENOR DE EDAD
EN EL ÁMBITO DEL PROCESO
PENAL

Autor: Bernabel Moricete Fabián

Revisión y actualización: Mirta Duarte Mena



LA PERSONA MENOR DE EDAD EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL

Autor: Bernabel Moricete Fabián

Revisión y actualización: Mirta Duarte Mena

1. PROBLEMÁTICA DEL MENOR DE EDAD INFRACTOR

El tratamiento jurídico dado a la persona menor de edad en el ámbito de la responsabilidad penal ha pasado por una gran transformación, pues en principio la criminología los trataba como objeto de protección. Por tanto, regía la teoría del discernimiento, dejando a las autoridades la posibilidad de determinar si poseía la madurez física y mental suficiente para obrar con voluntad, conciencia y libertad, no diferenciando si el acto ilícito era imputado a un menor de edad o a un adulto para la aplicación de las penas. Se enfocó el problema desde el ámbito jurídico al social, siendo este último el de mayor peso al momento de procesar el menor de edad infractor, sobre la base de la teoría de la situación irregular que permeaba todo el sistema de administración de justicia penal de niñez y adolescencia antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en lo adelante).¹

Lo anterior sobre el sustento de una creencia, ampliamente difundida, de que el menor de edad en situación irregular era un objeto de protección por parte del Estado, y diferenciando una niñez carente de recursos económicos de aquella que tenía padre, madre o responsable, dando un tratamiento peyorativo en base a esas condiciones. Estas diferencias con sus orígenes, entre otras causales, en problemas

¹ Convención sobre los Derechos del Niño. [en línea]. [Consulta: 26 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

de personalidad, ausencia de padres, número de hijos, violencia intrafamiliar recurrente, nivel socioeconómico o educacional bajo, baja escolaridad, entre otros. En la situación actual, a la persona menor de edad que se le imputa la comisión de un ilícito penal, se le reconocen los derechos y garantías reconocidos a la persona mayor de edad, además de una serie de derechos y garantías propias de la justicia especializada de la niñez y adolescencia, que serán objeto de estudio en el presente trabajo.

2. TRATAMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL DE LA PERSONA ADOLESCENTE DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Según lo plantea Luigi Ferrajoli, en nuestra tradición jurídica “derecho-derechos” e “infancia” son términos tendencialmente antinómicos.² Por una parte, estando los menores de edad privados de la capacidad de actuar, siempre han sido tratados, y antes de ello incluso pensados, mucho más como objetos que como sujetos de derecho.

Por su parte, Gilbert Armijo³ ha expresado que la doctrina de la situación irregular propugna por la protección del menor abandonado, y por ende en riesgo social, lo que equivale a etiquetarlo como posible delincuente. Esta cultura proteccionista exige separar a los jóvenes de lo que ellos llaman el “terrible derecho penal de adultos”. Quienes sustentan esta teoría diseñan una estructura de poder especializada e influenciada por los saberes científicos sobre el cual, en un primer momento, la influencia del psiquiatra y del psicólogo fue determinante para el juzgador.

Contra un substancialismo paternalista y correccionalista propio de las viejas legislaciones de menores (doctrina de la situación irregular), el rasgo distintivo de la mayor parte de las nuevas leyes (después de la CDN) ha consistido en la valorización de la forma jurídica, impuesta a cualquier intervención sobre la vida de niños y adolescentes destinada a la protección de sus derechos y más aun de su dignidad de ciudadanos. Las nuevas legislaciones, al amparo de la CDN, deben contener disposiciones idóneas y suficientes que permitan construir un nuevo derecho para niños, niñas y adolescentes, propiciar un cambio en las instituciones sociales a fin de activar ese derecho y pasar del reproche individual de la situación del niño a una consideración estructural del problema.

² Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, S.A.

³ Armijo, G. (1998). *Manual De Derecho Procesal Penal Juvenil (Jurisprudencia Constitucional y Procesal)*. San José: Investigaciones Jurídicas, S.A.

El nuevo derecho, fundado en la doctrina de la protección integral, debe respetar una serie de principios rectores que constituyen sus pilares fundamentales: el niño como sujeto de derechos; el interés superior del niño; la prioridad absoluta; la participación y el rol fundamental de la familia en la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principios estos que examinaremos más adelante.

2.1. Tratamiento de la persona menor de edad infractor en la doctrina de la situación irregular

No resulta sencillo concebir conceptos de derechos humanos y garantías para las personas menores de edad antes de la adopción de la CDN, época en la que no se pensaba en la posibilidad de abordar la problemática relacionada con niñez y adolescencia, sino desde un punto de vista filantrópico en el cual el menor de edad era visto como un objeto de intervención por parte de los adultos.

Bajo la concepción intervencionista del Estado, el menor de edad no era realmente sujeto de ningún derecho. Las legislaciones internas sobre menores de edad infractores, en nuestro caso la Ley núm. 603 del 3 de noviembre de 1941, sobre Tribunales Tutelares de Menores, iban encaminadas a un segmento bien determinado de la población infanto-juvenil, que se fundamentó en lo que hoy se denomina doctrina de la situación irregular (niños pobres, abandonados, de la calle, infractores, en situación de peligro). Estas legislaciones dirigidas al "menor", que podía ser objeto de intervención, consideraba al menor de edad como objeto de compasión. La idea de la responsabilidad individual es sustituida por la responsabilidad social, la noción del libre albedrío por la de peligrosidad. En este contexto, el derecho de "menores" estuvo siempre concebido en nuestra cultura jurídica como un derecho menor, ajeno al horizonte teórico del jurista y escasamente compatible con las avanzadas formas jurídicas del derecho de adultos.

Al amparo de esta doctrina, los menores de edad que entran al sistema, en general, pertenecen a los sectores más humildes de la población y son los que terminan siendo victimizados por el mismo sistema. Al ser profundamente estigmatizante una respuesta de contenido penoso o la sola comparecencia del menor de edad ante el sistema de justicia, el niño queda en minusvalía nuevamente. Es decir, aquel menor de edad al que le han sido omitidos los derechos básicos para su desarrollo, como salud, educación, vivienda, etc., resulta ser al que, precisamente,

después se le va a reprochar por parte del Estado al encontrarse en "situación irregular", en "peligro material o moral", de acuerdo con la interpretación general que se hacía de tales términos en las decisiones judiciales. Se le reprocha, precisamente, esas carencias básicas de las cuales, por supuesto, no ha sido culpable.

Sin ir más lejos, en la doctrina de la situación irregular, el juez no respondía más que a su entendimiento como "buen padre de familia", por lo que su intervención no debía ser considerada, según la visión mesiánica del régimen tutelar, como una sanción, sino siempre como una medida conveniente para el individuo. Se facultó a los jueces la judicialización de problemas propios de las condiciones sociales de los menores de edad llevados a los tribunales, que con su participación en el acto infraccional; pudiendo aplicársele cualquier tipo de medida, aún y cuando se concluyera que no había cometido una infracción.

En el contexto de esta doctrina, y como bien lo expresa Emilio García Méndez,⁴ no es posible usar el concepto de "delincuente" sino entre comillas. Agregando, además, que, en un plano jurídico garantista, el término delincuente denota o debería denotar al autor (comprobado) de una conducta definida previamente en las leyes como crimen, falta o contravención. Mientras que el concepto de delito como acto típico, antijurídico y culpable resulta impensable fuera de los parámetros de un derecho garantista inscrito en la tradición iluminista del derecho moderno, el concepto de "acto antisocial" remite, en la mejor de las hipótesis, a las teorías peligrosistas del positivismo antropológico del siglo XIX.

Sobre la base de lo anteriormente planteado, podemos caracterizar el sistema de la situación irregular de la siguiente manera, de acuerdo como lo plantea Mary Beloff⁵:

1ro. Que es un producto del pensamiento criminológico del positivismo de fines del siglo XIX y principio del XX. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de "menores" que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o potenciales infractores) de la ley penal, a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización o neutralización en su caso y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los "peligrosos", como medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de "menores en situación irregular", que niegan en todos los casos su contenido primitivo.

⁴ García Méndez, Emilio. (1998). Para una Historia del Control Socio-Penal de la Infancia. La Informalidad de los Mecanismos Formales de Control Social. Infancia De los Derechos y de la Justicia.

⁵ Beloff, M. (1999). Modelo de Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Revista Justicia y Derechos del Niño, núm. 1.

2do. Se fundamenta en el argumento de la tutela; tras la cual fue posible obviar dos factores centrales en materia político criminal: en primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos, no fueran reconocidos a los niños y jóvenes; y, en segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y de tratar a la infancia y la juventud solo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad.

3ro. La singular función atribuida al “juez de menores”, quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones propias de las políticas sociales.

El panorama descrito de lo tutelar justifica la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un estado de derecho; y en cuanto a su esencia y raigambre estigmatizante y discriminatoria la doctrina de la situación irregular, tenía como complemento una normativa adjetiva en extremo arbitraria y violatoria de los más elementales principios del debido proceso. Este modelo de situación irregular constituyó la única forma de concebir la relación entre la ley y la infancia casi a lo largo de todo el siglo XX; modelo que se articuló perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos; un modelo caracterizado, en definitiva, por tener procedimientos desprovistos de las garantías necesarias para proteger a los individuos (menores de edad), llevados a los estrados, de las arbitrariedades que se podían presentar en el curso del proceso represivo.

2.2. El derecho penal garantista de la persona adolescente: doctrina de la protección integral

El tradicional paradigma paternalista del derecho minoril (como fundamento de la doctrina de la situación irregular) resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional, siempre consignado a un supuesto poder “bueno” que invariablemente decía actuar en “el interés superior del menor”. Es justamente este presupuesto -afirma Ferrajoli⁶ el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en la ausencia absoluta de reglas, que ha posibilitado y legitimado los peores abusos y arbitrariedades, en contra de la niñez y la adolescencia.

El derecho sectorizado para menores de edad es de reciente creación, su historia se circunscribe a más o menos 100 años de existencia. La concepción tutelar del derecho de “Menores” no fue sino hasta el año

⁶ Ferrajoli, L. (1999). Derechos y Garantías. La ley del más débil, Madrid: Trotta, S. A.

de 1899 cuando, con la creación del primer tribunal juvenil en Chicago, Illinois,⁷ se planteó la necesidad de sustraer al menor de la justicia penal. Su objetivo era decidir qué era lo mejor para el niño y para la sociedad y no tanto juzgar la conducta delictiva; las audiencias debían llevarse a cabo a puertas cerradas para proteger a los menores de edad de una posible estigmatización. Este tribunal estaba autorizado a adoptar medidas cautelares contra los llamados “predelinquentes” y a dictar sentencias de duración indefinida para que cada niño pudiera “reformarse” a su propio ritmo. También se estableció un sistema de libertad condicionada para orientar y vigilar a los jóvenes que saliesen de instituciones penitenciarias.

Y con este objetivo se inició la labor de creación de una jurisdicción especializada, totalmente diferente a la concepción del derecho penal de adultos y con la marcada tendencia tutelar y proteccionista. Recordad que la concepción tutelar de “menores” se fundamenta en la doctrina de la situación irregular, según la cual el menor de edad es considerado sujeto pasivo de la intervención jurídica y el juez es una figura “paternalista” que debe buscar una solución para ese ser incompleto, inadaptado y que requiere ayuda. Este modelo se caracterizó por la implementación de un tratamiento judicial segregado de los adultos que en la práctica igualó al menor de edad infractor con aquel que se encontraba en situación de abandono, despojándoles de las garantías constitucionales, que sólo se respetaban en la justicia de la persona adulta.

En la República Dominicana esta concepción tutelar encontró su fundamento en la Ley 603 de 1941, sobre Tribunales Tutelares de Menores, como se ha referido.⁸ En los años sesenta, empezó a cuestionarse en Estados Unidos la “discrecionalidad desenfrenada” que parecía caracterizar a la actuación de los jueces de menores y comenzaron a advertirse los riesgos de arbitrariedad en los procesos. En el caso *Gault* (1967),⁹ la Corte Suprema de los EEUU admitió que los jóvenes tenían derecho a algunas garantías constitucionales básicas, tales como el derecho a recibir la asistencia de un abogado defensor, el derecho a que le fueran notificados los cargos que se le imputaban, el derecho a no declarar en su contra, el derecho a carearse con los testigos y derecho a recibir una copia escrita de las actas del proceso. Esta decisión, sobre el caso *Gault*, tuvo un resultado inesperado: el desplazamiento del centro de atención, que dejó de ser la situación del niño, ocupando su lugar las circunstancias del delito en sí.

⁷ Tribunal de Menores de Illinois. [en línea]. [Consulta 2019, 26 de diciembre]. Disponible en: https://www2.illinois.gov/dcms/lovinghomes/fostercare/Documents/PP_Handbook_Section_2_2014-Sp.pdf

⁸ Dotel Matos, H. (1995). *Delincuencia Juvenil o Justicia de Menores en Circunstancias Difíciles*. Santo Domingo: Editora Tavárez.

⁹ Beloff, M. (1999). *Modelo de Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*. Revista Justicia y Derechos del Niño, núm. 1.

Así, con el paso del tiempo, fruto de la aplicación de la doctrina tutelar, se fueron haciendo cada vez más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales sobre los menores de edad, por lo que como respuesta surgió una nueva concepción del derecho de niñez y adolescencia, denominada “doctrina de la protección integral”, que encontró su fundamento en un reconocimiento de la población infantoadolescente como seres humanos y sujetos de derecho, y en el reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de derechos humanos.

Esmeralda A. De Troitiño ha definido en los siguientes términos la doctrina de la protección integral: el conjunto de principios que otorgan al niño y al adolescente la categoría jurídica de sujeto pleno de derechos, establece una nueva dimensión en la calificación de los derechos humanos de la niñez y adolescencia del interés superior de niños y adolescentes, obligando a un esfuerzo colectivo de la familia, la sociedad y el gobierno para la vigencia, defensa y efectividad de estos derechos en forma integral en el cumplimiento de los deberes sociales como fórmula de respuesta garantista y de solidaridad humana integral para este importante grupo etario¹⁰.

En efecto, a nivel positivo, esta concepción ha quedado plasmada en diversos instrumentos internacionales, siendo el más importante de ellos la CDN, que define por primera vez el tema, con fuerza vinculante para los estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos. Esta nueva corriente considera que la niñez y la adolescencia está sujeta a una regulación especial que podemos denominar -como así ha expresado Tiffer Sotomayor-¹¹ garantista, debido a que se le atribuye al menor de edad una mayor responsabilidad, pero, a su vez, le son reconocidas una serie de garantías sustantivas y procesales que, como hemos visto, no eran siquiera pensadas dentro de la concepción tutelar.

Esta nueva doctrina convierte las necesidades de los menores de edad en derechos y garantías, cuando estos están en conflicto con la ley penal, una justicia que respete los mismos derechos y garantías procesales consagradas para los adultos, adecuándolos a la persona menor de edad como sujetos en formación. Esta visión del derecho de “menores” se ha transformado de hecho en una autonomía del derecho constitucional, es decir, de aquel sistema de derechos y garantías que constituye la sustancia actual del constitucionalismo

¹⁰ Arosemena de Troitiño, E. (2000). La Especialidad de la Justicia Penal para la Adolescencia y su Efectividad en la Aplicación del Principio de Derecho Penal Mínimo. Derecho Penal Juvenil, Panamá: Escuela Judicial.

¹¹ Tiffer Sotomayor, C. (2000). Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada. San José, Costa Rica: Juritexto.

democrático. Aunque la protección que ejerce la normativa penal debería bastar para garantizar los derechos fundamentales de los imputados, la práctica parece demostrar que es necesario que la Constitución les dé el contenido correcto a los grandes lineamientos de la legislación e incluso a sus aspectos prácticos.

“La delincuencia juvenil es uno de esos problemas frente a los cuales existen muchos mitos, muchas generalizaciones, muchos temores, y por consiguiente también abundan las respuestas equivocadas, en especial cuando solo pretenden satisfacer la percepción de la ciudadanía que clama por soluciones radicales e inmediatas” (Daniel Gonzáles).

2.3. Tratados internacionales

Con el nombre de “Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia” se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que evidencian un salto cualitativo fundamental en la consideración social.

Como bien afirma Emilio García Méndez, la CDN es centro de la doctrina de la protección integral, pero ella sola no es el todo de esta doctrina, sino que son cuatro los instrumentos que la integran: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijín, 1985); la CDN, 1989; Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, del 14 de diciembre de 1990 (Directrices de RIAD); y finalmente, las Reglas de las Naciones Unidas para Menores Privados de Libertad, del 14 de diciembre de 1990.¹²

3. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL DE LA PERSONA ADOLESCENTE

Durante más de cincuenta años, con la aprobación y entrada en vigencia de la Ley núm. 603 sobre Tribunales Tutelares de Menores (1941), impregnada de la denominada doctrina de la situación irregular, la niñez y adolescencia fue sometida a un control riguroso y excesivo que, disfrazado de proteccionismo, castigaba toda actividad o personalidad que fuere considerada inadecuada. El juez decidía todo aquello que considerara conveniente para el adolescente, tratando de ejercer una tutela que pretendía ser equiparada con la de un buen padre de familia.

¹² García Méndez, E. Op. Cit.

Luego de la ratificación de la CDN, por el Congreso Nacional, en junio de 1991, en el año 1994 fue aprobada y promulgada la Ley núm. 14-94, Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, derogada por la Ley núm. 136-03, que tiene como fundamento la aplicación de la doctrina de la protección integral (encaminada hacia el reconocimiento del derecho garantista de la niñez y la adolescencia). La tesis que en este punto se plantea en las referidas leyes, en el marco de la protección integral, es la relativa a la responsabilidad de la persona adolescente infractor de la ley penal y la reacción coactiva del Estado frente a sus conductas delictivas, las cuales pueden ser comprendidas dentro de la discusión actual acerca del sentido y los límites de la medida (sanción) impuesta por el Estado. Así, los principios intrínsecos de una mínima intervención penal del Estado pueden ser clasificados en dos grupos:

1ro. Principios de limitación formal y de limitación funcional, que comprenden aspectos como la legalidad de la medida (sanción); irretroactividad de la ley; garantías individuales al procesado; proporcionalidad de la medida con el daño social causado por la infracción; idoneidad de la medida o estudio de los efectos socialmente útiles que cabe esperar de la medida, y

2do. Principios generales de limitación personal o limitativos de responsabilidad penal, que comprende la imputación (atribución) personal en la que la sanción solo puede ser aplicada a la persona autora de la acción punitiva; y, responsabilidad por el hecho, aquí solo puede aplicarse sanción por la responsabilidad del hecho específico que ha sido juzgado, nunca podrá aplicarse sanción sobre la base de la "peligrosidad social" del sujeto.

3.1. Responsabilidad penal de la persona adolescente

La Constitución de la República Dominicana (en lo adelante CRD), el Código Penal, las leyes especiales, la Ley núm. 136-03, así como la normativa internacional que nos vincula, conforman el entorno de referencia para determinar si una persona menor de edad es responsable de un hecho infraccional que se le atribuye (principio general V, artículos 221 y 236 Ley 136-03), de tal suerte que al estudiar lo relativo a la responsabilidad penal de la persona adolescente, debemos complementar la normativa nacional con instrumentos jurídicos, en la medida en que no le sean contrarios. El tema de la responsabilidad penal de los menores de edad lo podemos dividir, conforme García Méndez,¹³ en tres grandes etapas.

¹³ García Méndez, E. Op.cit.

La primera etapa va desde el nacimiento de los códigos penales, de corte netamente retribucionistas del siglo XIX hasta 1919. La etapa del tratamiento penal indiferenciado se caracteriza por considerar a los menores de edad prácticamente de la misma forma que a los adultos. En nuestro país esta etapa perduró hasta la Ley núm. 603 de 1941, imperando las directivas contenidas en el Código Penal Francés de 1791, adaptados por el Código de 1810, esto es las disposiciones de los artículos 66, 67, 68 y 69, reformado el 66 por la Ley núm. 382 del 10 de enero de 1920, para que dispusiera que cuando se tratase de un acusado menor de 18 años (16 antes de la reforma), si había obrado sin discernimiento, debía ser "absuelto", pero agregaba que, atendidas las circunstancias, debía ser entregado a sus padres o enviado a una casa de corrección.

Esta primera etapa del derecho penal de "menores", de nuestra vida republicana se caracterizó: 1ro. Porque dividía la vida de la persona, desde el punto de vista penal, en dos partes, una que iba desde el nacimiento, hasta los 16 años (más tarde a 18 años); y la otra, a partir de esta edad; 2do. Trazaba reglas especiales de procedimiento y competencia para la vista pública de la causa; 3ro. En que, debido a la edad, disminuía las penas, o lo que es lo mismo, establecía una excusa atenuante fundada en la menor edad; y, 4to. Un menor no podía ser condenado, sino cuando se probase que había obrado con discernimiento. En esta etapa no se consignó en nuestro ordenamiento penal una edad mínima de presunción de irresponsabilidad penal, como en otros países que para la época la habían establecido (7 años en Rusia, 13 en Francia).

En cuanto al discernimiento para obrar, como el legislador no lo definió, se encargó la doctrina de hacerlo, afirmándose que consistía en que el "menor" tuviese capacidad de distinguir el bien del mal; que pudiese conocer la legalidad del derecho; que pudiese distinguir la moral de lo inmoral, y muchos insistían, además, que poseyese la fuerza de resistencia suficiente contra las tentaciones del mundo externo. La privación de libertad constituía una regla sin excepciones en el sistema penitenciario, encerrándolos en la generalidad de los casos en celdas comunes con delinquentes adultos, en la más aberrante promiscuidad.

La segunda etapa, que puede denominarse de carácter tutelar, como afirma García Méndez; responde a una reacción de la sociedad de la época (fines del siglo XIX) de profunda indignación moral frente

a las condiciones carcelarias y muy particularmente frente a la promiscuidad que fomentaba el alojamiento de mayores y menores en las mismas instalaciones.

Con su origen en los Estados Unidos, con sus juveniles court, en Chicago, Illinois, en 1899; Filadelfia en 1901 y más tarde extendido por todo el país, esta institución pasó a Europa, comenzando en Inglaterra en 1905, para de ahí pasar a Francia y Bélgica (1912), España (1918), y así para fines de la década de 1920, en casi toda Europa, pasando además a América Latina, con Argentina en 1919 y en un lapso de unos 20 años, el nuevo modelo se propaga por todos los países de la región.

En nuestro país fue instituido como, hemos dicho, con la Ley núm. 603, del 3 de noviembre de 1941, cuyo artículo 2 crea los tribunales tutelares de menores, como una jurisdicción disciplinaria.¹⁴ Esta segunda etapa es la que corresponde al modelo de la doctrina de la situación irregular, que ya hemos examinado, y que el ámbito jurídico dominicano se mantuvo vigente hasta el primero de enero de 1995.

La tercera etapa corresponde a la responsabilidad penal de los adolescentes, que se inaugura en América Latina con el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, en 1990,¹⁵ el cual constituye una ruptura, tanto con el modelo tutelar como con el modelo penal diferenciado. Las nuevas legislaciones, de niñez y adolescencia, sustancialmente adaptadas a la CDN, teniendo como fundamento la protección integral, establecen la misma distinción, en interés de identificar categorías de edades mínimas de responsabilidad penal, que oscila entre 12 y 14 años. Procurando que los niños no sean sólo inimputables, sino penalmente irresponsables, en el caso de que infrinjan la ley.

Esta etapa quedó consagrada en la República Dominicana con la entrada en vigencia de la Ley núm. 14-94, del 22 de abril de 1994, y su posterior derogación por la Ley núm. 136-03, que en su artículo 487, expresa: "Queda derogada la ley 14-94, promulgada el 22 de abril de 1994, que instituyó el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con todas sus disposiciones y modificaciones complementarias, así como toda otra ley, decreto o disposición que sea contrario al presente Código. Párrafo: "se deroga la ley 985, de fecha cinco (5) del mes de septiembre del año mil novecientos cuarenta y cinco (1945), en la parte que sea contraria a las disposiciones del Presente Código".¹⁶

¹⁴ DOTEL, H. (2001). Criminología de Niños, Niñas y Adolescentes. Santo Domingo, República Dominicana: Soto Castillo, S. A.

¹⁵ Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: [www2.congreso.gov.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/3F66BECD2D3AC52905257464006659CF/\\$-FILE/lcodbr90.pdf](http://www2.congreso.gov.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/3F66BECD2D3AC52905257464006659CF/$-FILE/lcodbr90.pdf).

¹⁶ Ley núm.136-03, de 7 de agosto, que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial núm. 10234.

Coincidentes con lo planteado por la doctrina, la diferencia entre el derecho penal para adultos y el régimen especial de responsabilidad penal de los adolescentes es de grado, la cual se manifiesta tanto en el establecimiento de sanciones diferentes, como en las funciones declaradas. A la responsabilidad penal del adulto, a quien se le aplican las sanciones y los montos previstos para las penas en el Código Penal, corresponde una responsabilidad atenuada en caso de los adolescentes, que se resuelve en capacidad de ser sujetos de aquellas sanciones determinadas, con aquellas finalidades específicas que las leyes penales para adolescentes prevén para esas edades. En tal sentido, los estados partes de la CDN deben promulgar leyes y garantizar prácticas que garanticen los derechos de los menores de edad en conflicto con la ley.¹⁷

Esto significa que, si se trata de una responsabilidad penal, aunque sea atenuada, se deben respetar todos los filtros previstos en el derecho penal para adultos para la atribución de responsabilidad, es decir:

- a) Debe haber, ante todo, una prueba de la realización de delito,
- b) La realización del delito debe ser contraria a la ley,
- c) El adolescente a quien se le imputa la comisión de un hecho delictivo debe tener la “capacidad de culpabilidad” o sea, la capacidad de querer y entender la acción que está llevando a cabo, conociendo la antijurisdicción,
- d) El comportamiento debe ser culpable; es decir, que el adolescente debe estar en posesión de opciones de comportamiento conforme a la ley.

3.2. Edad penal

La CDN establece en su artículo 1 que: “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Por su parte, la Ley núm. 136-03, en el principio II instituye como marco general que, “se considera niño, niña a toda persona desde su nacimiento hasta los doce años, inclusive; y adolescente, a toda persona desde los trece años hasta alcanzar la mayoría de edad”.

¹⁷ Observación General núm. 24 del Comité de los Derechos del Niño. Párrafo 40. [en línea]. [Consulta: 22 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://observatoriojusticiapenaljuvent.blogspot.com/2019/12/observacion-general-24-2019-del-comite.html>

Sobre este contexto, la referida normativa, en el artículo 223, conservando la edad de los dieciocho años como punto de partida de la plena capacidad civil y penal, ha establecido los trece (13) años como edad mínima para la responsabilidad penal de la persona adolescente, y tomando como referente el principio de grupos etáreos, a los efectos de la aplicación de medidas cautelares y sanciones, diferencia entre las edades de 13 a 15 años, inclusive; y de 16 hasta alcanzar la mayoría de edad. Esta diferencia es importante respecto al proceso de responsabilidad y la sanción a imponer, puesto que la sanción privativa de libertad de mayor duración en caso del primer grupo es de cinco años, mientras que en el caso del segundo grupo podrá imponérseles hasta un máximo de ocho años de privación de libertad.¹⁸

La anterior clasificación se corresponde con las disposiciones del art. 4.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, del 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing), que aun cuando no ha sido ratificada por el Estado dominicano, constituye parte de la doctrina de protección integral contenida en la CDN; en el referido art. 4.1 de las Reglas de Beijing dispone que: "En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal, con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual".

La jurisprudencia dominicana ha decidido que el interés del legislador, al establecer la división de las personas menores de edad en grupos etáreos, lo hace partiendo de la convicción de que el desarrollo de la persona menor de edad pasa por distintas etapas en las que se requieren tratamientos diferenciados en torno a la protección y la necesaria respuesta estatal sobre los actos en los que participa, asumiendo tal y como se desprende de las previsiones de los artículos 221 y 223 de la Ley núm. 136-03, que al cumplir los trece años la persona menor de edad cuenta con un cierto estado de conciencia que le permite responder, aunque de manera diferenciada, por sus hechos, al encontrarse en condición para distinguir la licitud o ilicitud de sus actuaciones.¹⁹

Al referirse a la edad de la imputabilidad penal, la observación general núm. 24 del Comité de Derechos del Niño refiere que la intervención

¹⁸ Art. 340, Ley núm. 136-03, modificado por la Ley núm. 106-13, G.O. núm. 10722 del 8 de agosto de 2013). Así encontramos en la exposición de motivos de la LORRPM 5/2000 la diferencia de grupos etáreos de 14 años a 16 años y de 16 años a 18 años, en los arts. 1.1, 2 y 3.

La Ley Orgánica núm. 8/2006, de fecha 4 de diciembre, modifica la Ley Orgánica núm. 5/2000, suprimiendo la posibilidad de aplicar la ley a los jóvenes adultos de 18 a 21 años.

¹⁹ Sentencia núm. 00067-2007, de fecha 21 de febrero, Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes del Departamento de La Vega, caso FJGM.

temprana para los niños que no alcanzan la edad mínima de responsabilidad penal requiere dar respuestas multidisciplinarias y adaptadas a las necesidades de los niños cuando se dan los primeros indicios de un comportamiento que, si superara dicha edad mínima, se consideraría un acto delictivo. Y recomienda que las intervenciones deben ir precedidas de una evaluación integral e interdisciplinaria de las necesidades del menor de edad, por lo que se requiere del apoyo de sus familias y comunidades.²⁰

El fundamento de una edad mínima de responsabilidad penal se encuentra establecido por la CDN en su art. 40.3.a, cuando dispone, dentro de las medidas que tomarán los Estados Partes, “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. De modo que las personas menores de 13 años en nuestro país, no son responsables penalmente, considerados inimputables, lo que no amerita discusión en el presente análisis. Es a partir de los trece años, pues, que la persona adolescente será responsable penalmente de sus actos infraccionales, sujetos a la competencia de la justicia penal de la persona adolescente.

3.3. Jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes

La creación de una jurisdicción especializada para el conocimiento de los procesos que afecten a la persona menor se encuentra establecida en los arts. 40.3 Convención sobre los Derechos del Niño; 1.6, 2.3, 12 y 22 de las Reglas de Beijing, 5.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en el ámbito europeo, en el art. 9 de la Recomendación núm. 87/20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y, el ámbito nacional, en el art. 228 de la Ley 136-03.²¹

Por aplicación del principio de jurisdiccionalidad se establece que, si una persona menor de edad es sujeto del derecho penal, a éste le será aplicable una sanción, luego de determinada su responsabilidad penal, por tanto, debe reunir todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción: juez natural, independiente e imparcial. De tal manera que actúe realmente en función de tercero respecto del sujeto que formula la imputación y del destinatario de esta, el imputado.

La justicia penal de la persona adolescente reconoce la condición diferenciada en que los menores de edad se encuentran en el proceso

²⁰ Observación General núm. 24 (2019), párrafo 22, del Comité de los Derechos del Niño. Citada.

²¹ Art. 228 de la Ley núm. 136-03, dispone: “La administración de la justicia penal de la persona adolescente, tanto en el proceso como en la ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de niños, niñas y adolescentes”.

con relación a los adultos, por lo que incorpora, las garantías del proceso penal para personas mayores de edad, al tiempo de especializar el proceso penal seguidos a los adolescentes con las regulaciones necesarias para el respeto y desarrollo integral del menor como ser humano. En este sentido, BELOFF, refiriéndose a esta diferenciación de trato, considera “que en un modelo de responsabilidad integral la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente por esas circunstancias cuentan con algunos derechos extra, aparte de los que tienen todas las personas”.²²

Ello implica, que la persona menor de edad no podría calificarse como un no adulto o un adulto en pequeño, sino un sujeto diferente considerado como una persona en proceso de desarrollo y dotado de una autonomía jurídica y social en permanente evolución. En consecuencia, no toda diferencia de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana, siendo sólo discriminatoria una diferencia que carezca de una justificación objetiva y razonable.²³

Esas desigualdades de trato jurídico no pueden ser interpretadas contrarias al valor justicia, más bien responden a la protección de aquellos que deben ser protegidos debido a su condición de vulnerabilidad y dependencia en que se encuentra el ser humano en esa etapa de desarrollo. Pues, como bien lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²⁴ las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa, se desconocería la realidad y se prescindiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo que, es preciso reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.²⁵

Razón por la que esta jurisdicción está llamada a ser integrada por jueces y ministerios públicos especializados, capaces de comprender la problemática de la persona menor de edad en el contexto social, así como de calificar las regulaciones que deben sustraerse del proceso de los menores de edad a fin de lograr los propósitos de la doctrina

²² Beloff, Mary. Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina. p.7, [en línea]. [Consulta: 22 de diciembre 2019]. Disponible en internet: http://www.vio.oea.org/Cursos_a_distancia/Los_sistemas_de_responsabilidad_penal.pdf. Salvador Antonio Quintanilla ha señalado, que la persona menor de edad es un sujeto de derecho y por lo tanto tiene los derechos, garantías y libertades inherentes a esa condición. En este sentido le asisten todos los derechos y garantías penales y procesales que le asisten a las personas mayores de edad más aquellas especiales por su condición especial de personas menores de edad de manera compatible con los derechos humanos y libertades fundamentales. QUINTANILLA MOLINA, Salvador Antonio. Los principios de la ley del menor infractor, en Justicia Penal de Menores, San Salvador, 1998. citado por TROITIÑO, Esmeralda A. “El Proceso Penal de Adolescentes”, en Curso de Formación para Jueces, Defensores y Fiscales de la Adolescencia, Escuela Judicial-UNICEF, Panamá, 2002, p. 11.

²³ CILLERO BRUÑO, Miguel. (1998). “El Interés Superior Del Niño En: El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (editores), Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Terris/Depalma. p. 5.

²⁴ Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 96. [en línea]. [Consulta: 22 de diciembre 2019]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria_17_esp.pdf

²⁵ DUARTE MENA, Mirta. (2009). Justificación y Efectividad del Tratamiento Jurídico diferenciado dado a la Persona Menor de Edad en el Proceso Penal (tesis maestría). Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.

de la protección integral. Para lo cual estará auxiliado de un equipo de profesionales,²⁶ cuya participación en el proceso penal estará dirigido a procurar que se adopten las medidas socio educativas que resulten más favorables para el menor de edad, del que se haya comprobado su participación en los hechos que se examinan en el juicio.

En este nuevo sistema de administración de justicia penal de la persona adolescente, los actores de la administración del proceso deben procurar:

- Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales (principios del sistema acusatorio);
- Reforzar la posición legal de los menores de edad imputados;
- Una mayor responsabilidad de estos;
- Consagrar una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos;
- Reducir al mínimo las sanciones privativas de libertad;
- Establecer una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a la misma;
- Conservar para la persona adolescente los principios educativos, dando atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor de edad.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002, en su párrafo 115 y siguientes, ha expresado que los procedimientos judiciales o administrativos en que se solucionan derechos de los menores de edad se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Y en su párrafo 116: "las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia".²⁷ Por tanto, se deben observar las reglas correspondientes al juez natural-competente, independiente e

²⁶ Artículo 269 de la Ley núm. 136-03, dispone: "La jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes se podrá auxiliar, además, de profesionales en las ramas de medicina, pedagogía, odontología, Radiología y otras que considere pertinente para obtener las pruebas técnicas necesarias que permitan establecer la edad real, la salud física y mental de la persona adolescente y demás circunstancias que, a juicio del juez o a solicitud de las partes interesadas, sean útiles para determinar la verdad y asegurar las garantías procesales de la persona adolescente imputado".

²⁷ Opinión Consultiva OC-17/2002, en su párrafo 116, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, tomando en consideración las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los menores de edad, derechos que se proyectan no sólo en materia penal, puesto que los mismos deben ser observados en otras materias, como en la intervención personal y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

[“El Juez de la infancia y la juventud, como todo y cualquier magistrado, ejerce funciones administrativas y jurisdiccionales. La jurisdicción surgió de la necesidad de contener el autoritarismo del Estado. Así, el Juez, independiente e imparcial, es una garantía del pueblo, principalmente de los acusados” (Amaral e Silva).

[Los principios procesales –principios políticos que vienen a delinear la forma de administrar justicia– derivan directamente de la Constitución de la República, por ser el instrumento definitorio del enfrentamiento entre el poder estatal y el indefenso ciudadano”.

4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL DE LA PERSONA ADOLESCENTE

La Ley núm. 136-03, establece en su principio V que: “el interés superior del niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación y aplicación de este Código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales”. En esta perspectiva, el derecho penal de la persona adolescente en conflicto con la ley, ya sea sustantivo o procesal, está moldeado por un corte garantista de indiscutible protección al menor de edad frente al poder punitivo del Estado; lo cual debe implicar la aplicación constante del derecho constitucional al caso de que se trate.

La Ley núm. 136-03, hace referencia a otras normas de derecho en ocasiones incorporándolas (art. 227),²⁸ que supone la coexistencia del principio de autonomía con la subsidiariedad de esas otras normas, con lo cual el principio de la subsidiariedad de acuerdo con las normas ajenas a la normativa especializada, lo integran para cubrir sus lagunas, en tanto y cuanto no se opongan a los principios generales de la justicia penal de la persona adolescente. Así tenemos sentencias de

²⁸ Artículo 227 de la Ley núm. 136-03, expresa: “Los principios y normas contenidos en este Código son de aplicación obligatoria para todos los niños, niñas y adolescentes que habiten en el territorio de la República, debiendo adicionalmente aplicarse todo principio general o norma contenidos en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por la República Dominicana, la legislación procesal penal o sustantiva penal que proteja los derechos y libertades fundamentales de la persona humana”.

la Suprema Corte de Justicia (SCJ en lo adelante), como Corte de Casación, en las cuales se invocan otras normas legales para suplir situaciones no previstas por la normativa.²⁹

Sobre este particular la Ley núm. 136-03, en el artículo 228, dispone que: “la administración de la justicia penal de la persona adolescente, tanto en el proceso como en la ejecución estará a cargo de órganos especializados en materia de niños, niñas y adolescentes”, que como es obvio, nos encamina por el campo del derecho penal propiamente dicho y a la aplicación del Código Penal y de leyes especiales que contienen disposiciones punitivas. Y en su artículo 215, el citado texto dispone que para conocer de los actos infraccionales imputados a la persona adolescente, debe ser conforme a los procedimientos y atribuciones establecidos por la ley.

Es importante destacar la posición de la Suprema Corte de Justicia, sobre la integración de normas del derecho internacional público, al juzgar sobre dos recursos de inconstitucionalidad en contra del CPNNA, estableció: “que la ley 14 -94 que instituye el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes consagra en gran parte los principios fundamentales contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989...; que dicha Convención, suscrita por la República Dominicana, es una institución de derecho positivo dominicano en virtud del art. 3 de la Carta Magna, por haber sido aprobada por el Congreso Nacional”.³⁰

Como se observa en las referidas sentencias, la SCJ establece varios principios, a saber:

Primero: que la normativa especializada para conocer de los asuntos referentes a los adolescentes en conflicto con la ley penal es una norma acorde con los mandatos constitucionales, toda vez que no contraviene ninguna de sus normas.

Segundo: que los principios consagrados en la CDN son derechos fundamentales, con lo cual pasan a ser reconocidos, en nuestro ordenamiento jurídico, con categoría constitucional, por aplicación de los artículos 26 y 74 numeral 3 de la Constitución.

Tercero: que la CDN es una norma de nuestro derecho positivo, que pueda ser invocada para la solución de los litigios entre los particulares,

²⁹ SCJ. B.J. 1078, Pág. 370; B.J. 1075, p. 515.

³⁰ SCJ. B.J. 1078, p. 44 y p. 52, de fecha 27 de septiembre del 2000.

o cuando enfrentan una acusación penal, esto así por aplicación del art. 26.1 CRD cuando expresa que "La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado".

Como corolario, conforme lo afirma Ignacio de Otto,³¹ que una sociedad tenga constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. A lo que debe también circunscribirse la administración de justicia penal de niñez y adolescencia.

4.1. Principios particulares del proceso penal de la persona adolescente

Como se ha expuesto, con el cambio de paradigma de la concepción sobre el adolescente en conflicto con la ley penal, se establece un modelo de responsabilidad por el acto, en las que es tomada en consideración su condición de persona en proceso de desarrollo, abandonando el criterio de la situación irregular, o concepción paternalista de la infancia y adolescencia.³² En efecto, en todo proceso penal seguido a la persona menor de edad existen principios que, por sus particulares características, son imprescindibles por la vulnerabilidad de la población a que va dirigida y cumpla cabalmente con los fines de protección que son sus bases de sustento. Este modelo de responsabilidad por el acto reconocido a la persona adolescente a quien se impute la comisión de un ilícito penal, está regido por el principio de legalidad y limitado por un conjunto de garantías.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 37 y 40, reconoce una serie de derechos a favor de la persona menor de edad a quien se le imputa un hecho. Derechos reconocidos a toda persona frente a la actividad punitiva del Estado y otros derechos específicos por su minoridad,³³ dentro de los cuales se pueden enumerar, sin pretender limitarlos: a) Principio de protección integral; b) Interés superior del niño; c) Respeto a los derechos del niño; d)

³¹ De Otto, I. (1987). Derecho Constitucional. Barcelona España: Ariel

³² En este sentido Luigi Ferrajoli, entiende que: "el universalismo de los derechos fundamentales y su nexo con la igualdad, lograron imponerse precisamente gracias a que casi todos los derechos fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano, sino como derechos de la persona". Ferrajoli, L. (1999). Derechos y Garantías. La ley del más débil. Madrid, España: Trotta. S. A., pp. 100.

³³ A saber: prohibición de torturas y tratos degradantes, la pena de muerte, las penas perpetuas, derecho a conocer de la acusación, a ser tratado con dignidad, a ser sometidos por hechos previstos y sancionados por las leyes penales, a la presunción de inocencia, a ser juzgado por un tribunal especializado e independiente con respecto de las garantías sustantivas y procesales, derecho a una defensa técnica, a la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado, a la celeridad en el conocimiento del proceso, a no declararse culpable, al respeto de su vida privada en todas las fases del procedimiento, entre otros.

Formación integral; e) Reinserción social f) Prioridad absoluta; g) Justicia especializada; h) Presunción de minoridad. De ahí que estos principios vienen a garantizar la aplicación de garantías reconocidas en el proceso penal seguido al adolescente infractor, y, además, evitar que los efectos de estos sean contrarios al interés superior del niño y vulneren la protección integral a sus derechos.

4.1.1. Principio de la protección integral del niño, niña o adolescente infractor

Constituye un principio propio del proceso penal, que debe ser respetado en todo procedimiento seguido a la persona menor de edad, a consecuencia de la imputación de la comisión de un ilícito penal. Este principio encuentra su anclaje en que, tanto el proceso que se le sigue, como la ejecución de una medida deben estar dirigidas a contribuir al desarrollo del menor de edad infractor. Con esto, las decisiones de los tribunales encuentran un límite y una orientación, porque no pueden ser reformadores; por lo que, al tiempo de reconocerles las garantías de juzgamiento de los adultos, también les reconoce otras consideraciones especiales por su condición de menores de edad, de personas en crecimiento.

Recordemos que este principio concierne a una función de garantía. En un Estado de derecho se atribuye solamente a la función jurisdiccional el poder de incidir sobre los derechos subjetivos. Estos se refieren, ante todo, a los fundamentales, como el derecho a la libertad, consagrado en el art. 40.1 de la CRD, en cuanto expresa que: "Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito". Por lo tanto, la colocación institucional de una persona adolescente, dado que representa –en cuanto reacción a la trasgresión– una restricción de ciertos derechos como la libertad, no pueden ser dispuestos sino por decisión judicial.

4.1.2. Principio del interés superior del niño

Este principio tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959, que en su Principio segundo reza: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda

desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”³⁴

De igual manera, este principio se encuentra contenido en los artículos 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁵, 5.1 de las Reglas de Beijing,³⁶ en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y en la directriz 4 de las Directrices de RIAD. En el ámbito americano se encuentra contenido en el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁷ y en el ámbito europeo en el art. 24 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁸. En la República Dominicana se encuentra regulado en el Principio V de la Ley núm. 136-03, Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes³⁹.

El Comité sobre los Derechos del Niño⁴⁰ ha expresado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio rector-guía. En la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño⁴¹, se subraya que el interés superior del niño constituye un concepto triple, al considerarlo como un derecho sustantivo⁴², un principio jurídico interpretativo⁴³ y una norma de procedimiento.⁴⁴

En conjunto, este principio implica la individualización del menor de edad con una clara determinación de sus características y necesidades personales, de manera que, tanto los actos procesales como las

³⁴ Declaración Derechos del Niño de 1959. [en línea]. [Consulta: 22 de diciembre 2019]. Disponible en:

<https://www.oas.org/dil/esp/Declaracion%20de%20los%20Derechos%20del%20Niño%20Republica%20Dominicana.pdf>

³⁵ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Párrafo 3: Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

³⁶ En este artículo se encuentra identificado el interés superior del niño con el concepto “bienestar” de los menores.

³⁷ La Opinión Consultiva OC-17/2002, párrs. 60 y 61, considera que el principio interés superior del niño interpretado en la CDN, encuentra su cobijo en el art. 19 CADH, que expresa: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”. Citada.

³⁸ La Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000, dispone en su art. 1. “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”. [en línea]. [Consulta: 22 de diciembre 2019]. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

³⁹ Principio V de la Ley núm. 136-03, dispone: “El principio del interés superior del niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación y aplicación de este Código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales. Para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, en una situación concreta, se debe apreciar: a) La opinión del niño, niña y adolescente; b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común; c) La condición específica de los niños, niñas y adolescente como personas en desarrollo; d) La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y los principios en los que están basados; de acuerdo a lo establecido por la convención Internacional sobre los Derechos del Niño; e) La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescentes frente a los derechos de las personas adultas”.

⁴⁰ Comité sobre los Derechos del Niños supervisa, además, la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

⁴¹ Observación General núm. 24 del Comité de los Derechos del Niño. [en línea]. [Consulta: 22 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://observatorijusticiapenaljuvent.blogspot.com/2019/12/observacion-general-24-2019-del-comite.html>.

⁴² Un derecho sustantivo, el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (que se evalúa y tenga en cuenta los distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño).

⁴³ Principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

⁴⁴ Una norma de procedimiento siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en los niños y niñas interesados.

medidas aplicadas, sean ajustados a tales características y necesidades de la persona adolescente infractor. Además, constituye una premisa fundamental del proceso penal; lo cual se encuentra consagrado en el principio V de la Ley núm. 136-03, citado anteriormente, teniendo su soporte en el art. 3.1 de la CDN, que textualmente expresa: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será al interés superior del niño".

[El proceso penal de la persona adolescente no puede convertirse en un impedimento para su formación, sino en un medio de ésta].

En suma, este principio constituye la base para la interpretación y aplicación de la normativa para los menores de edad y establece líneas de acción concretas para todas las instancias, con el fin de poner un límite a la discrecionalidad de las decisiones. Surge con ello el subprincipio de adecuación, en virtud del cual la valoración del hecho delictivo debe hacerse en el contexto de la personalidad del menor de edad, de modo que el trato que reciba debe minimizar los efectos aflictivos del proceso y de la pena.

El interés superior del niño debe presidir todo proceso de la justicia de la persona adolescente y debe garantizar un debido proceso adecuado a su edad y madurez. De tal forma que -como lo consagra el art. 40 de la CDN- un trato justo dentro del sistema de justicia penal debe empezar con el reconocimiento básico de que la persona adolescente acusado de haber infringido la ley tiene derecho tanto a una protección especial como a un proceso con las debidas garantías procesales.

La interpretación del interés superior durante el proceso judicial puede constituir un elemento fundamental al momento de determinar su reintegración en sus familias, escuelas y comunidades (que es el fundamento por excelencia del principio del interés superior). Siendo el interés del menor de edad su reinserción en la sociedad es obvio, que éste se vería afectado si son ignoradas sus condiciones personales al aplicar las medidas socioeducativas (o cautelares). En este sentido, plantea Lorca Navarrete, citado por Francisco Dall'Anese, que: "no se trata de realizar una (...) actividad permisiva o indulgente, ni represiva o ejemplar o, en fin, burocrática o automática de la aplicación de la normativa (...)".⁴⁵

⁴⁵ Dall'Anese, F. (2008). Proceso Penal Juvenil Costarricense. Principios y Alternativas de la Justicia. De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Colección Unicef. [en línea]. [Consulta: 22 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5734/9.pdf>.

De lo anteriormente dicho, se vislumbra un conflicto en el proceso penal de la persona adolescente, teniendo de una parte, el interés en el descubrimiento de la verdad y la realización del *ius puniendi*; y de otra, el interés superior del menor de edad; lo que implica que se debe juzgar el hecho histórico sin prescindir de la valoración de su personalidad. No se trata, según Francisco Dall'Anese, de una vuelta al sistema tutelar, sino de un derecho penal de hecho, en el que priva el principio de culpabilidad, pero sin caer en extremo mecanicista de interrumpir "en el nombre de la ley" el proceso de recuperación del menor de edad. Continúa diciendo, que: "En el conflicto entre el *ius puniendi* y el interés del menor, aquel ha de ceder".⁴⁶

4.1.3. Principio de respeto a los derechos de la persona menor de edad infractora

Este principio de respeto a los derechos del menor de edad infractor no es el mismo que el principio de inviolabilidad de la defensa, ya que este último alude exclusivamente a las regulaciones procesales, en tanto aquel se refiere a todo derecho del menor de edad, tanto sustantivo como procesal, además de la educación, salud, adecuada alimentación, dignidad humana, etc. Sobre este aspecto, plantea Armijo,⁴⁷ que esto ocurre ante la potenciación de nuevos derechos, como la defensa del desarrollo integral del niño y del adolescente, elevados por la Convención sobre los Derechos del Niño al rango de garantías fundamentales (consagrados en la Ley 136-03, en el principio IV). Estos derechos son individuales en el sentido tradicional del concepto, y difusos, o populares, al pertenecer a una gama indefinida de personas menores de edad.

Es por ello que, al asumir la Ley núm. 136-03, una posición de garantía de los derechos de los adolescentes imputados, el proceso penal pierde su carácter esencial de mero instrumento de aplicación del derecho sustantivo, para convertirse en una forma de realización de las normas constitucionales de garantía.

4.1.4. Principio de formación integral y reinserción

Partiendo de la naturaleza misma de todo proceso penal, el sujeto procesal (menor de edad o adulto) siempre se verá expuesto a estigmatización y a agresiones deformantes que pueden constituirse en obstáculo para su reinserción social. De tal suerte que siempre que se procure una construcción dialéctica del caso, donde cada

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ ARMIJO, Gilbert. Op. Cit citada.

una de las partes aporte una perspectiva valorativa y se posicionen respecto a determinados valores del caso, se verán expuestos a estos determinados valores del caso, y al señalamiento directo que, en el menor de edad, darían al traste con el principio de formación integral. Por lo que en el proceso penal de la persona adolescente debe existir una vigilancia constante de las distintas fases y actos procedimentales, a fin de no acentuar la situación adversa por la que atraviesa el imputado, evitar la estigmatización y facilitar su educación y desarrollo humano.

A estos fines tenemos, por ejemplo, por efecto contrario al principio de publicidad, el principio de confidencialidad del proceso y la vista de las audiencias a puertas cerradas, con la finalidad de proteger la identidad del imputado para facilitar su reinserción social, ya que esto último constituye el objetivo declarado que debe perseguir todo sistema de justicia penal de niñez y adolescencia.

4.1.5. Principio de presunción de minoridad

Así como podemos afirmar que la duda favorece al reo, por aplicación del principio de la presunción de inocencia, del mismo modo se establece en adición al principio de protección integral una presunción de minoridad frente a la falta de medios que prueben la edad real del imputado cuando por sus características particulares, sea dudoso su establecimiento.

“Sería seguramente utópico aspirar a la consecución de una sociedad en la que no exista el crimen. (...) Una manera de pensar según la cual ‘el estado de derecho’ no significa únicamente ajustar cuentas con los individuos que los violan, sino también asegurar que los derechos humanos de esos mismos individuos sean totalmente respetados” (Nigel Contwell).

La presunción de minoridad se encuentra consignada en nuestro ordenamiento jurídico positivo en el art. 224 de la Ley núm. 136-03, que dispone: “Cuando una persona alegue ser menor de edad, deberá hacerse las pruebas especializadas que permitan establecer su edad con exactitud. Párrafo: En todo caso se presumirá menor de edad hasta prueba en contrario. El tribunal competente para decidir al respecto será siempre el de niños, niñas y adolescentes”.

Por su parte, el art. 279 de la Ley núm. 136-03, modificada por la Ley núm. 106-13,⁴⁸ prevé que el acta de nacimiento emitida por la Oficialía del Estado Civil correspondiente es un instrumento válido para la acreditación de la identidad y edad de las personas y, ante la inexistencia de esta o dudas sobre la identidad y edad de las personas y, ante la inexistencia de esta o manifestación de dudas sobre la correspondencia idónea del acta de nacimiento para establecer la edad e identidad de la persona adolescente, podrá recurrirse a otros medios probatorios. En caso de que sea necesario para el establecimiento de la identidad del menor de edad, el tribunal especializado podrá ordenar, a solicitud de parte interesada, las diligencias pertinentes, para lo cual se utilizarán los datos personales conocidos, las impresiones dactilares y señas particulares, así como cualquier otro medio de prueba, dentro de los que se encuentran las pruebas óseas.

Sobre esta cuestión, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General núm. 24 (2019), ha señalado en los numerales 33 y 34, que en aquellos casos en que el menor de edad no disponga de un certificado de nacimiento debe recibirlo del Estado sin demora y de forma gratuita, siempre que se le exija que demuestre su edad. Y en los casos en que no se pueda demostrar la edad mediante la presentación de un certificado de nacimiento, la autoridad debe aceptar toda la documentación que pueda probarla, a tales efectos, la notificación del nacimiento, extractos de los registros de nacimiento, documentos de bautismo o equivalentes o informes escolares, los cuales serán considerados auténticos a menos que se demuestre lo contrario.

Además, recomienda el Comité de los Derechos del Niño en la referida observación que las autoridades deben permitir entrevistas con los padres o su testimonio con respecto a la edad, o que maestros o líderes religiosos o comunitarios que conozcan la edad del niño presenten declaraciones autorizadas. Sin embargo, en los casos en que las medidas no den resultado, se puede proceder a una evaluación del desarrollo físico y psicológico del menor de edad, por profesionales especializados a los fines de evaluar los diferentes aspectos del desarrollo. Las cuales deberán realizarse con rapidez, tomando en consideración los aspectos culturales y de género. Un aspecto, que se destaca en la observación es la recomendación a los estados partes de la Convención, de abstenerse de utilizar únicamente métodos médicos basados, entre otras cosas, en análisis óseos y exámenes odontológicos, que a menudo son imprecisos, ya que tienen amplios márgenes de error, y pueden ser también traumáticos. Debe aplicarse

⁴⁸ Ley núm. 106-13 que modifica los artículos 223, 224, 279, 291, 296, 339, 340 y 380 de la Ley núm. 136-03, del 7 de agosto de 2003, que crea el Código para el Sistema de Protección de los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, y suprime el Art. 350 de dicha ley. G. O. No. 10722 del 8 de agosto de 2013. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: https://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/leyes/LEY_106_13.pdf

el método de evaluación menos invasivo. En caso de pruebas no concluyentes, el niño o el joven debe tener el beneficio de la duda.⁴⁹

Esta presunción de minoridad está encaminada a evitar que menores de 18 años, que hayan infringido la ley, de los cuales no se tengan registros que permitan establecer con exactitud su edad, puedan ser enviados a la jurisdicción ordinaria.

4.1.6. Principio de confidencialidad y el derecho a la privacidad

Este principio se impone al principio de publicidad procesal del derecho penal de adultos, está llamado a limitar la publicidad del debate por las consecuencias estigmatizantes y negativas que pueden significar para los niños, niñas y adolescentes.

En las audiencias en el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes, en virtud de este principio, el acceso se limitará a las personas estrictamente necesarias para el conocimiento de las mismas, así este entorno estará reservado para el juez, el defensor de niños, niñas y adolescentes (Ministerio Público), el abogado apoderado de la defensa, el menor de edad imputado, los padres o personas de quienes dependa el imputado, así pues el art. 231 de la Ley núm. 136-03, dispone que la persona adolescente tiene derecho a que su intimidad y la de su familia sean respetadas, los datos relativos a hechos cometidos por ellos o ella son confidenciales. Consecuentemente, no puede ser objeto de publicación, ningún dato que, directa o indirectamente, posibilite su identidad.

De igual manera, los padres, tutores o responsables de la persona adolescente pueden intervenir en el procedimiento como colaboradores calificados para complementar el estudio de la persona adolescente del hecho investigado por disposición del artículo 250 de la referida normativa.

Sobre esta cuestión, el Comité de los Derechos del Niño⁵⁰ es de opinión que la protección contra la publicación de información con respecto a los menores de edad en conflicto con la ley es para evitar la estigmatización permanente, que probablemente repercuta negativamente en el acceso a la educación, al trabajo, a la vivienda o a la seguridad, lo que obstaculiza la reintegración del niño y su asunción de un papel constructivo en la sociedad. Por consiguiente, los estados partes deben velar por que la norma general sea la

⁴⁹ Observación General núm. 24 (2019). Op. Cit.

⁵⁰ Observación General núm. 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 70. Citada

protección permanente de la vida privada en todos los tipos de medios de comunicación, incluidos los medios sociales.

4.2. El debido proceso en los tribunales de niños, niñas y adolescentes

En las últimas décadas se ha transformado sustancialmente el ámbito jurídico con los cambios legislativos, como la instauración de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de la ley, en manos del Tribunal Constitucional,⁵¹ la desaparición de la ley tutelar de menores (Ley núm. 603 de 1941), así como con una vigorosa corriente que enarbola y defiende la jerarquía de la Constitución y su invocación como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado, aplicable a todo el quehacer jurídico, en especial el que tiene que ver con la administración de los procesos judiciales.⁵²

La Ley núm. 136-03 trata, en el Título II del Libro Tercero, de la justicia penal de la persona adolescente,⁵³ un acceso cuya característica esencial debe ser la garantía al principio del debido proceso, su protección integral; matizado, claro está, con los ajustes necesarios para la protección de otros derechos inherentes a la condición peculiar de la niñez y la adolescencia.

Para el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona adolescente y la aplicación de una sanción, se debe seguir el procedimiento establecido en la normativa especializada, con observación de las garantías, facultades y derechos previstos en la Constitución, los tratados internacionales y legislación procesal vigente.⁵⁴ En efecto, se revela que la República Dominicana avanza hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral y el respeto al debido proceso; al establecer la Ley núm. 136-03, en el art. 246, una serie de derechos a la persona menor de edad en el proceso penal, a saber:

- a) Conocer la causa de la detención, la autoridad que la ordenó y solicitar la presencia inmediata de sus padres, tutores o representantes;
- b) Proponer y solicitar la práctica de pruebas;
- c) Que se le informe de manera específica y clara los hechos ilícitos

⁵¹ Art. 184 CRD.

⁵² Art. 6 CRD. Supremacía de la Constitución. "Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución".

⁵³ Art. 221 de la Ley núm. 136-03, dispone: "Que la justicia penal de la persona adolescente busca determinar tanto la comisión del acto infraccional como la responsabilidad penal de la persona adolescente por los hechos punibles violatorios a la ley penal vigente, garantizando el cumplimiento del debido proceso legal".

⁵⁴ Art. 229 de la Ley núm. 136-03.

que se le imputan, incluyendo aquellos que sean de importancia para la calificación jurídica;

d) Interponer recurso y a que se motive la sentencia que impone la sanción que se le aplicará, sin perjuicio de los demás derechos reconocidos en el presente Código;

e) Ser asistido por un defensor técnico, no pudiendo recibírsele ninguna declaración sin la asistencia de éste, a pena de nulidad;

f) Reunirse con su defensor en estricta confidencialidad;

g) Conocer el contenido de la investigación;

h) No ser sometida a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni a métodos o técnicas que induzcan o alteren su libre voluntad, su estado consciente, o atente contra su dignidad;

i) Establecer una comunicación efectiva, por vía telefónica o por cualquier otro medio, inmediatamente sea detenido, con su familia, su defensor o con la persona a quien desee informar sobre el hecho de su detención o privación de libertad;

j) Ser presentado ante el juez o el Ministerio Público sin demora y siempre dentro de los plazos que establece este Código;

k) No ser presentado nunca ante los medios de comunicación, ni su nombre ser divulgado por éstos, así como su domicilio, nombre de sus padres o cualquier rasgo que permita su identificación pública;

l) No ser conducido o apresado en la comunidad en forma que dañe su dignidad o se le exponga al peligro;

m) La precedente enumeración de derechos no es limitativa, y por tanto, se complementa con las disposiciones que en esta materia están contenidas en la Constitución, los tratados internacionales, el Código Procesal Penal y otras leyes.

Párrafo I.- Son nulos los actos realizados en violación de estos derechos y los que sean su consecuencia.

Párrafo II.- El juez, el representante del Ministerio Público, el funcionario o el oficial o agente policial que viole o permita la violación de cualquiera de estos derechos es responsable personalmente y será sancionado conforme a lo que disponga este Código."

Se precisa destacar, que la ley atribuía a un mismo juez la competencia para conocer de la instrucción del proceso seguido a la persona adolescente y el conocimiento del fondo del caso, motivo por el que la Suprema Corte de Justicia (por aplicación de las disposiciones de los arts. 29.2 de la Ley núm. 821 y el 14.h de la Ley núm. 25-91 Orgánica de la Suprema Corte de Justicia, que establece el poder reglamentario) en la Resolución núm. 1186-2006, de fecha 6 de abril,⁵⁵ estimó conveniente habilitar a los jueces de paz para conocer en funciones de jueces de niños, niñas y adolescentes de la fase de la instrucción, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva de sus derechos.

En la Observación General núm. 12 (2009), el Comité de los Derechos del Niño, en su párrafo 61, recomienda a los estados, que las audiencias judiciales y de otro tipo de un menor de edad en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada. Las excepciones a esta norma deben ser muy limitadas y estar claramente estipuladas en la legislación nacional y guiadas por el interés superior del niño.⁵⁶ Como bien se sabe, la respuesta estatal frente al acto dañoso (infracional) no sólo se manifiesta en la clase y modalidad del castigo sino también en la estructuración del proceso, cuyo fin, modernamente, no es determinar la verdad a toda costa, sino garantizar al acusado el que se pueda defender de la acusación en un terreno de juego lo más justo posible. A cuya realidad no puede estar ajeno el proceso penal de niñez y adolescencia.

En concreto, y de conformidad con el Principio VII de la Ley núm. 136-03 se invoca, como obligaciones del Estado como representante de la sociedad, tomar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole que sean necesarias para garantizar a todos los menores de edad el disfrute pleno y efectivo de sus derechos, integra, en su esencia, el debido proceso, consagrado en la Constitución dominicana en cuanto considera, entre los derechos fundamentales o individuales de la persona humana, el que "Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio" (Art. 69.7).

Otros instrumentos internacionales, ratificados por el Estado que consagran este principio como ya conocemos, son:

⁵⁵ Resolución núm. 1186-2006, de fecha 6 de abril. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: http://www.suprema.gov.do/novedades/resoluciones/2006/Resolucion_1186-2006.pdf. Esta resolución toma como base el principio de imparcialidad del juez contemplado en el art.69 de la Constitución de la República, así como en los arts. 40.2, b) iii) de la Convención sobre los Derechos del Niño, 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos, 14 Reglas de Beijing, 5 Código Procesal Penal y 295 de la Ley 136-03.

⁵⁶ Observación General núm. 12 (2009), del Comité de los Derechos del Niño. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G0943702.pdf>.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8 y 10;
- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 14;
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 18;
- Convención Americana sobre Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica) art. 8.

Otros instrumentos del derecho internacional que, aun no habiendo sido ratificado por el Estado dominicano, forman parte de la Convención de los Derechos del Niño, de conformidad con su preámbulo, a saber: la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de conflicto armado, de 1974, Las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), en su Art. 7.1; la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y la colocación en Hogares de Guarda en los Planos Nacional e Internacional, de 1986.

El debido proceso de ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana,⁵⁷ es inherente a la niñez y la adolescencia por su condición de ser humano, y debe ser respetado y garantizado desde que el niño o adolescente es señalado como presunto autor de un acto infractor. Y como bien se ha señalado la respuesta del poder punitivo del Estado frente al delito debe ser proporcional no solo a las circunstancias y gravedad del caso, sino también a las circunstancias personales, sobre este aspecto, el Comité de los Derechos del Niño pone de relieve que la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada no solo a las circunstancias y la gravedad de este, sino también a las circunstancias personales (la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y necesidades del niño, incluidas, si procede, las necesidades relativas a su salud mental), así como a las diversas necesidades de la sociedad, especialmente a largo plazo.

Por tanto, en los casos en que a una persona menor de edad se le impute la comisión de un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del infractor y a la gravedad del hecho, y se tomará en consideración la necesidad de seguridad pública y de sanciones. Se debe tener en cuenta el

⁵⁷ Vázquez, Domingo. (2000). "El Debido Proceso" en Garantías Constitucionales. Escuela Nacional de la Judicatura, Sto. Dgo.

⁵⁸ Observación General núm. 24 (2019), del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 76. Citada.

interés superior del niño como consideración primordial, así como la necesidad de promover su reintegración en la sociedad.⁵⁸

4.3. Presunción de inocencia

Como ya conocemos, en materia represiva, el acusado se presume inocente hasta que la sentencia que lo condena tenga la autoridad irrevocable de la cosa juzgada. En este sentido, el art. 69 numeral 3) de la Constitución Dominicana, dispone el derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable. De igual modo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 11.1 al expresar: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley (...); como la CDN en su art. 40.2, cuando indica que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales, se le garantizará "que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Este principio ha sido reiterado en el art. 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; así como el art. 26 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto de San José, art. 8.2. Consagrado en instrumentos internacionales, que han sido debidamente ratificados por el Estado, ha pasado a ser parte de nuestro derecho positivo en virtud de los artículos 26 y 74 numeral 3) de la CRD.

Al respecto, la Observación General núm. 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño, ha señalado en el numeral 43, que: "La presunción de inocencia requiere que la carga de la prueba de la acusación recaiga en la fiscalía, independientemente de la naturaleza del delito. El niño tiene el beneficio de la duda y solo es culpable si los cargos han sido probados más allá de toda duda razonable. La conducta sospechosa por parte del niño no debe dar lugar a una presunción de culpabilidad, ya que puede deberse a una falta de comprensión del proceso, a la inmadurez, al miedo o a otras razones".⁵⁹

La presunción de inocencia es una regulación procesal sobre la valoración de la prueba, cuyo destinatario es el juez que se ve limitado en su razonamiento, toda vez que no puede resolver de manera arbitraria sino dentro del marco establecido por la ley. El límite al razonamiento del juez de niños, niñas y adolescentes en materia penal en la valoración de la prueba, esta demarcado por esta

⁵⁹ Observación General núm. 24 (2019) [El derecho del niño a ser escuchado], del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 43. Citada.

presunción *-juris tatum-* y así debe considerar inocente al menor de edad sometido a proceso hasta que la prueba legalmente recabada revierta esa situación.

En el proceso, el menor de edad debe ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso, pues la decisión va a afectarle de forma directa, por tanto, su opinión debe ser debidamente escuchada y valorada por el juzgador. En tal sentido, la Observación General núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, recomienda a los estados partes de la convención que deben presumir que la persona menor de edad posee juicio propio o bien son capaces de formarse su propia opinión, debe informarse de manera adecuada y directa sobre los cargos que se le imputan, en el idioma que entienda, así como del proceso penal y las medidas que podría aplicarse. De modo que el procedimiento se desarrolle en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente.

De igual modo, en el numeral 58, señala que el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención implica que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes tiene el derecho de ser escuchado. Ese derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas.⁶⁰

En este sentido, la Observación General núm. 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño, hace hincapié a los estados en el numeral 47, que la persona menor de edad en conflicto con la ley, tiene derecho a ser informado sin demora y directamente (o a través de sus padres o tutores) de los cargos que se le imputan; y asegurarse las autoridades que el menor de edad ha comprendido los cargos y del proceso, no es suficiente la presentación de un documento oficial, sino de la explicación oral del mismo, no obstante la explicación que pueda darle el progenitor o responsable.

4.3.1. *Indubio pro reo*

Constituye uno de los principios ejecutores de la presunción de inocencia, por lo que es preciso que en la valoración de la prueba de

⁶⁰ Observación General núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño. Citada.

la culpabilidad del acusado, para que pueda ser condenado, se tomen criterios favorables para el acusado, en los casos que la misma dé lugar a duda. Esta presunción limita al juzgador a que cada vez que enfrente una duda razonable sobre las cuestiones de hecho resolverá lo más favorable al imputado. Se trata de una regla de valoración de la prueba, su objeto son las cuestiones de hecho.

Conviene señalar que aquí no se trata de la medida que más favorezca al menor de edad presunto infractor, sino que por tratarse de asunto de pruebas sobre los hechos que se le atribuyen haber realizado, lo que el juez de niños, niñas y adolescentes ha de resolver frente a la duda es lo relativo a la culpabilidad o no del inculpado. Tratándose de un principio relativo a la prueba del hecho es imperativo para el juez, al dictar una resolución (sentencia) basada en el *in dubio pro reo*, exponer en los motivos cómo la valoración de la prueba produce hipótesis alternativas acerca del hecho que se investiga, que lo han llevado a entrar en la duda sobre la culpabilidad del imputado, que es lo que dará el significado jurídico a la duda razonable.

4.3.2. Derecho a la prueba (*onus probandi*)

El actor penal es quien debe aportar la prueba capaz de desvirtuar la inocencia presunta del imputado, pero la defensa no está obligada a demostrar la inocencia o a desplegar actividad probatoria alguna. En el proceso penal juvenil, como en toda materia, no se concibe el derecho de defensa y su ejercicio, y la garantía del debido proceso sin unas reglas que permitan al proceso el conocimiento de los medios de prueba, que esté presente y supervigile su administración, y sean puestas en condiciones de discutirla y contradecirla.

Debemos recordar que la carga de la prueba para el acto penal comprende todos los aspectos de hecho, como son la tipicidad con lo relativo a la participación criminal, la antijuridicidad y la culpabilidad. La incorporación de un medio de prueba al proceso debe ser realizada de manera lícita, conforme las reglas establecidas para la misma en el Código Procesal Penal en el art. 230⁶¹ supletorio en esta materia, por disposición del art. 320 de la Ley núm. 136-03, a fin de no vulnerar los derechos fundamentales de la persona menor de edad procesada, y no debe producirse o recabarse bajo condiciones que

⁶¹ Código Procesal Penal en su Art. 230, dispone: "Prueba. Las partes pueden proponer prueba con el fin de sustentar la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de una medida de coerción. Dicha prueba se individualiza en un registro especial cuando no está permitida su incorporación al debate. El juez valora estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en este código, exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida de coerción. En todos los casos el juez debe, antes de pronunciarse, convocar a una audiencia para oír a las partes o para recibir directamente la prueba. De dicha audiencia se levanta un acta". Art. 329 del Código Procesal Penal. Otros medios de prueba. Los documentos y elementos de prueba son leídos o exhibidos en la audiencia, según corresponda, con indicación de su origen. Las grabaciones y los elementos de prueba audiovisuales son reproducidos. Las partes y el tribunal pueden acordar, excepcionalmente y por unanimidad, la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios de prueba, cuando esa lectura o reproducción baste a los fines del debate en el juicio. Art. 330 del Código Procesal Penal. Nuevas pruebas. El tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieren esclarecimiento.

permitan un cuestionamiento posterior. Comprobada la legalidad de la prueba, se valora la misma conforme las reglas de la sana crítica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, quedando el juzgador obligado a dar una explicación de las razones por las cuales otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba.⁶²

4.3.3. *Non bis in ídem*

El principio *non bis in ídem* prohíbe la doble incriminación por el mismo hecho punible. Constituye un límite para el Estado en cuanto a la persecución penal. En el mismo orden, es una garantía de rango constitucional establecida en el art. 69.5 de la CRD, al disponer que: "Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa".

El fundamento de este principio lo entendemos sobre la base de que el adolescente imputado ejerce su defensa ante el hecho cuya autoría le ha sido atribuida, de tal modo que, si se declara no responsable o absuelto, no es lícita la práctica de iniciar una nueva acción penal por los mismos hechos bajo distinta calificación legal. El principio de cosa juzgada encuentra su fundamento en la exigencia del caso concreto. Plantea Tiffer Sotomayor que así como en el derecho penal de adultos, en el derecho penal de menores de edad, la ley debe poner fin a los procesos.

Este principio constituye un instrumento de seguridad jurídica y de libertad para el ciudadano, que, absuelto en un juicio de una acusación, adquiere la certeza de que no se le va a condenar luego, ni será juzgado otra vez por el mismo hecho.⁶³ Y en los casos en que la sentencia tenga el carácter de cosa juzgada, el Tribunal de Control de Ejecución de las Sanciones⁶⁴ será el encargado de controlar las sanciones impuestas a las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, y con competencia para resolver los incidentes que se presenten durante la ejecución de la sanción, el respeto de los derechos y garantías de la persona menor de edad.

⁶² Art. 172 del Código Procesal Penal. VALORACIÓN. "El juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia y está en la obligación de explicar las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba. Las actas que tienen por objeto la comprobación de contravenciones hacen fe de su contenido hasta prueba en contrario".

⁶³ Art. 69.5 CRD, dispone: "Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa".

⁶⁴ Art. 343, Ley núm. 136-03, dispone "La ejecución de las sanciones deberá fijar y fomentar las acciones sociales necesarias que le permitan a la persona adolescente sancionada penalmente su permanente desarrollo personal integral y la inserción a su familia, y a la sociedad, y el desarrollo pleno de sus capacidades y el sentido de responsabilidad. Resolución núm. 1618-2004, de fecha 2 de diciembre, que dispone la adopción de reglas mínimas para el procedimiento ante los Tribunales de Control de la Ejecución de las Sanciones no dispuesta en el Código de niños, Niñas y Adolescentes (Ley Núm. 136-03).

4.4. Inviolabilidad del derecho de defensa

El derecho de defensa constituye un derecho de todo justiciable a disponer de todos los medios, garantías e instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa real y efectiva de sus derechos e intereses jurídicos. En este sentido, la Ley núm. 136-03, en su art. 246, dentro de los derechos que le reconoce a la persona adolescente imputada, en sus literales f y g, el de ser asistido por un defensor técnico, no pudiéndosele recibir ninguna declaración sin su asistencia, además de reunirse con su defensor en estricta confidencialidad. El derecho de defensa comprende tres áreas sensibles del proceso: 1) El derecho de abstención a declarar (derecho al silencio), 2) derecho a la asistencia, y 3) derecho de intervención.

4.4.1. Derecho al silencio y a la no-autoincriminación

Dispone la CDN en el art. 40.2.b.IV, que no será obligado el menor de edad, del que se alegue que ha infringido la ley, a presentar testimonio o a declararse culpable; del mismo modo la Ley núm. 136-03, en su art. 248, dispone que la persona adolescente tiene el derecho de abstenerse a declarar y a no auto incriminarse, y en los casos en que consintiere a prestar declaración deberá hacerlo en presencia de su defensor. Se prohíbe la promesa o juramento de decir la verdad, ni se ejercerá coacción ni amenaza. Y en nuestra Carta Magna se consagra de manera tajante, en el art. 69.6: "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo".

Esta es la consagración expresa y sin equívocos del derecho al silencio y a la no-autoincriminación como derecho fundamental, como precepto constitucional, y como norma procesal inmanente al debido proceso y de concreción de la presunción de inocencia. Este derecho obedece a una doble finalidad: (1) por una parte, pretende evitar la tortura; y (2) de otra, que el menor de edad acusado no se cause daño a sí mismo aportando elementos idóneos para su condenación.

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, estableciendo que: "... la garantía de no declarar en contra de sí mismo surgió, principalmente como respuesta, a la costumbre, entronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante tortura, lo que impedía que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se

⁶⁵ Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia núm. 05867 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 12 de julio de 2000. [en línea] (Consulta: 20 de diciembre 2019). Disponible en: <https://vlexco.cr/vid/-498324090>

acepta también que una persona tiene derecho a no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, porque se entiende que éste es uno de los bienes más preciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a sí mismo ...".⁶⁵

Esta garantía adquiere mayor dimensión en el proceso penal por ante los tribunales de niños, niñas y adolescentes, toda vez que la condición peculiar en cuanto al desarrollo psicológico de los imputados obliga a un trato muy particular al dirigir las entrevistas (interrogatorios) e informarle sobre la garantía que le asiste.

4.4.2. Derecho a la asistencia letrada

Este principio, contenido en el art. 37.d) de la CDN, recoge una de las garantías básicas en el proceso, el cual es la presencia del defensor en todos los actos del proceso. Conforme plantea Tiffer Sotomayor, este principio debe abarcar, fundamentalmente, la facultad de ser oído, la de poder controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal.⁶⁶

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General núm. 24 (2019), en su numeral 49, recomienda a los estados que deben asegurar al menor de edad la asistencia jurídica o asistencia de otro tipo adecuada desde el inicio del procedimiento, en la preparación y presentación de la defensa, y hasta que se agoten todos los recursos.⁶⁷ De modo que, en el proceso penal seguido a la persona adolescente, no sería posible sin la presencia de un defensor técnico que se encargue de salvaguardar el derecho de defensa del imputado. A esta asistencia se refiere la Ley núm. 136-03 en su art. 253,⁶⁸ cuyo estudio y análisis debe ser abordado combinándolo con las normativas constitucionales y los tratados internacionales que versan sobre la protección del derecho de defensa y la asistencia técnica letrada.

En este contexto, el artículo 69.7 de la CRD consagra de manera absoluta el derecho de defensa proscribiendo que: "ninguna persona

⁶⁵ Tiffer Sotomayor, C. Op. Cit.

⁶⁶ Observación General núm. 24 (2019), en su numeral 49. Citada.

⁶⁷ Art. 253 de la Ley núm. 136-03. DE LA DEFENSA TÉCNICA. Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, la persona adolescente deberá ser asistida por defensores y no podrá recibirse ninguna declaración sin la asistencia de éstos. La persona imputada o cualquiera de sus padres, tutores o responsables podrá nombrar un defensor particular. Si no cuentan con recursos económicos, el Estado a través de la Oficina Nacional de la Defensoría Judicial, perteneciente al Poder Judicial, proporcionará gratuitamente un defensor técnico, quien será un abogado idóneo con experiencia en el procedimiento y legislación penal de la persona adolescente. Para tales fines, se conformará un departamento de defensores públicos especializados en la materia". Párrafo. - Habrá, por lo menos, tres (3) defensores públicos de niños, niñas y adolescentes por cada Departamento Judicial. La Oficina Nacional de la Defensa Pública determinará la distribución de los defensores en el territorio nacional, de acuerdo a las necesidades.

podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio". En tanto la CDN en su artículo 37.d, establece: "el rápido acceso a la asistencia jurídica de todo niño privado de su libertad, y en el artículo 40.2.b.III, dispone que la causa, que se siga a todo niño de que se alegue que ha infringido la ley, será dirimida (...) en presencia de un asesor jurídico". De lo cual se desprende que es un derecho humano, reconocido universalmente, el tener un defensor técnico que asista al imputado -menor de edad o adulto- durante el desarrollo del proceso penal, y que esta asistencia tenga la suficiente libertad de acción que le permita la más absoluta protección del derecho a la defensa del niño, niña o adolescente imputado.

En la Ley de Justicia Penal de Costa Rica, por ejemplo, este principio está expresamente consagrado en su art. 22, el cual expresa: "Los menores de edad tendrán el derecho a ser asistidos por un defensor, desde el inicio de la investigación policial y hasta que cumplan con la sanción que les sea impuesta".⁶⁹ Del mismo modo, el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en su art. 184.1. hace imperativo que el adolescente al ser llevado a audiencia deberá comparecer acompañado de su abogado.⁷⁰ Y en la legislación española la Ley Orgánica núm. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su art. 17.2, encontremos la asistencia técnica o de letrado.⁷¹

Evidentemente que una persona menor de edad acusada de la comisión de un delito no está en capacidad de conducir personalmente su defensa, pues la comprensión de la normativa jurídica procesal y de fondo no estará a su alcance, por lo que debe proveérsele de un abogado defensor, privado o de oficio. Se procura con ello que la sustancialidad de la protección integral sea garantizada en el curso de la instancia, evitando eficazmente la indefensión del menor de edad; que les garantice en el proceso un mínimo de igualdad de armas para contrarrestar la pericia de sus acusadores y el manejo efectivo de las pruebas.

4.4.3. Derecho de intervención

Este derecho implica que la persona menor de edad imputada de un ilícito penal podrá intervenir en los distintos actos del proceso, lo cual

⁶⁹ Ley de Justicia Penal de Costa Rica. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/crti/sp_cri-int-text-juv.html

⁷⁰ Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en internet: [www2.congresso.gov.br/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/3F66BECDD2D3AC52905257464006659CF/\\$FILE/lcodb90.pdf](http://www2.congresso.gov.br/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/3F66BECDD2D3AC52905257464006659CF/$FILE/lcodb90.pdf).

⁷¹ Ley Orgánica núm. 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en España. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://legislacion.vlex.es/vid/responsabilidad-penal-menores-175932>

conlleve que todo el ensamblaje de recabar, aportar y el examen de las pruebas se haga en su presencia y éste tenga oportunidad de refutarlas y de cuestionar su legalidad y efectividad como factor determinante del juicio que se le sigue.

Obviamente que la forma más eficaz, o que deberíamos afirmar que la única eficaz, sería la intervención del menor de edad a través de su defensa técnica. El derecho de intervención de la persona adolescente infractor en el proceso está consagrado en el art. 40 de la CDN y en el Art. 69 de la CRD como elemento fundamental del derecho de defensa. Además, en los arts. 305 y siguientes de la Ley núm. 136-03, se establece el derecho a intervenir en el proceso penal y etapa de juicio.

4.5. Principio de legalidad

Como bien ha señalado Armijo, la teoría de la protección “tiene la característica de situar la justicia penal juvenil dentro de la órbita de influencia del derecho constitucional penal moderno, lo cual implica que rigen sus reglas para desentrañar los problemas inherentes a la autoría, la participación, las sanciones, etc.” Continúa indicando que, “también significa que el principio de legalidad es un límite que no debe ser traspasado al imponer una pena. Solo las acciones típicas y antijurídicas pueden tener significación para la apreciación jurídico-penal del comportamiento del menor, siempre que le sean imputables a título de dolo o de culpa”.⁷²

Este principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, aforismo latino que significa que ningún hecho puede ser castigado con penas que no hayan sido pronunciadas por la ley previamente, previsto en el art. 4 del Código Penal,⁷³ consagrado en el art. 278 de la Ley núm. 136-03, al disponer que se considerará acto infraccional cometido por una persona adolescente, la conducta tipificada como crimen, delito o contravención por las leyes penales. Y en el art. 40.13 de la CRD, se dispone que: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa”.

⁷² Armijo, G. (1998). Manual De Derecho Procesal Penal Juvenil (Jurisprudencia Constitucional y Procesal). San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A.

⁷³ Código Penal Dominicano, en su Art. 4, dispone que: “Las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán pensarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión”.

⁷⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 11.2, expresa: Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁷⁵ Declaración Americana de Derechos Humanos, Art. 9, expresa: “Principio de Legalidad y de Retroactividad Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/normativas/NOR_convencion_americana_derechos_humanos.pdf

⁷⁶ Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos, Art. 9.1, expresa: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.” [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Politicos.pdf>

Por su parte, la CDN establece este principio en el art. 40.2.a: “que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos y omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”. Y la Declaración de los Derechos Humanos⁷⁴ lo prevé en su art. 11.2; la Convención Americana de los Derechos Humanos⁷⁵ en su art. 9; el Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos,⁷⁶ en su art. 9.1. Por otro lado, y aunque no ha sido ratificada por el Estado, las Directrices de Riad establecen en su punto VI. 5: “que en deber de los gobiernos que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.⁷⁷

Este principio implica que cualquier intervención estatal, a través de sus aparatos punitivos, sobre la persona de un menor de edad, no apoyada en la ley escrita o aplicada más allá de los límites preestablecidos o dispuesta con base en una ley posterior, constituye un quebranto notorio e indiscutible a la seguridad jurídica de que debe gozar todo ciudadano, y, por lo mismo una conculcación de derechos fundamentales.

De esta manera, como expresa Armijo,⁷⁸ se sustrae lo referente a la punibilidad, de la esfera simbiótica-familiar. El hecho de que el menor de edad se encuentre en estado de abandono o de simple pobreza ya no es suficiente para la imposición de una medida cautelar. La situación social del menor de edad es una consideración que no compete a la ley penal, debe el juzgador al decidir valorar los elementos de pruebas conforme lo establece ley, el grado de participación de la persona adolescente imputada, las características personales, la gravedad del daño causado, determinación clara y precisa de los hechos, así como la determinación clara, precisa y fundamentada de la sanción impuesta, dentro de otros aspectos.⁷⁹

5. LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS EN LA JUSTICIA PENAL DE LA PERSONA ADOLESCENTE

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben

⁷⁴ Directrices de Riad. [en línea]. [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Disponible en: http://iin.oea.org/cd_resp_penal/documentos/0043889.pdf.

⁷⁵ Armijo, G. (1998). La Tutela Constitucional del Interés Difuso. Costa Rica: UNICEF.

⁷⁶ Ley núm. 136-03, Art. 313, dispone: REQUISITOS DE LA SENTENCIA. La decisión final se denominará sentencia y estará sujeta a las formalidades siguientes: a) El nombre y ubicación del tribunal y la fecha en que se dicta la sentencia; b) Los datos personales de la persona adolescente imputada y cualquier otro dato de identificación relevante; c) El razonamiento y la decisión del juez sobre cada una de las cuestiones planteadas durante la audiencia, con exposición expresa de los motivos de hecho y de derecho en que se basa; d) La determinación precisa de los hechos que el juez tenga por probados o no probados; e) Las medidas legales aplicables; f) La determinación clara, precisa y fundamentada de la sanción impuesta. Deberá determinarse el tipo de sanción, su duración y el lugar donde debe ejecutarse; g) Cuando se trate de sanciones no privativas de libertad, deberá establecer expresamente, en caso de incumplimiento, el tiempo de duración de la sanción privativa de libertad; h) La firma, sello y rúbrica del juez y del secretario del tribunal; i) Y las demás formalidades que llevan las sentencias de derecho común, que no sean contradictorias a las disposiciones de este Código.

comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Art.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

El derecho a la libertad aparece en el origen mismo del Estado de derecho, del cual constituye su pilar fundamental. Así ha sido reconocido en las convenciones internacionales sobre derechos humanos, como; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus Art. 1 y 3; el Pacto de San José de 1969 en su Art. 7.1: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la establece en su Art. 9.1 en estos términos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. De igual modo, la CDN impone, en su art. 37.b, a los estados partes la obligación de velar por que ningún niño sea: “privado de su libertad ilegal o arbitrariamente”.

Frente a la arbitrariedad de las detenciones ilegales, en menoscabo de la libertad de tránsito es que ha surgido la institución del hábeas corpus; la cual tiene su origen en Inglaterra, y que inicialmente se configuró como manifestación de la prerrogativa de administrar justicia frente a las detenciones que podían practicar los señores feudales, permitiendo a cualquier persona acudir a la *Hig Court of Justice*. El Hábeas Corpus ha sido definido como el derecho de todo ciudadano, detenido o preso, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su detención fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse.

Esta reacción en contra de las detenciones arbitrarias la encontramos sabiamente configurada en los instrumentos de derecho internacional que hemos venido examinando. Así tenemos que, en la CDN, el art. 37.d, se consigna que “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal y otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

Las referidas disposiciones del derecho internacional público se encuentran reglamentadas en nuestro derecho interno como garantías constitucionales, consagrada por el art. 69 numeral 11 de la Carta Magna que dispone: “Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido está obligada a presentarlo tan pronto se lo requiera la autoridad competente”.

Y en el art. 71, se prevé que: “Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad”. De igual modo, en el numeral 5) del art. 40, establece que: “Toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad. La autoridad judicial competente notificará al interesado, dentro del mismo plazo, la decisión que al efecto se dictare”.

La Ley núm. 136-03, dispone en su art. 296 (modificado por la Ley núm. 106-13), que: “en las infracciones flagrantes, las autoridades o las personas que realicen la aprehensión, de inmediato deberán poner a disposición del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes a la persona adolescente imputada. El Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes deberá, dentro del plazo de las veinticuatro (24) horas, identificar tomar declaración indagatoria y, cuando legalmente proceda, solicitar la imposición de medidas cautelares...” De tal suerte que fuera de estos casos cualquier menoscabo a la libertad de tránsito en la persona de un menor de edad deberá considerarse ilegal.

Este plazo constitucional ha sido reducido por el art. 296 de la Ley núm. 136-03 a 24 horas, en el caso de detención de una persona adolescente, lo cual hace posible invocar las disposiciones del art. 40. 5 de la CRD en un plazo más abreviado en esta materia (aplicación del principio *favor rei*).⁸⁰

La acción de hábeas corpus, en la justicia penal de la persona adolescente, se establece en el art. 324 de la Ley núm. 136-03, al disponer: “Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad, ante la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes y a una rápida decisión sobre dicha acción conforme a la Constitución de la República y el procedimiento dispuesto por la Ley No. 5353, de fecha 22 de octubre de 1914, sobre Habeas Corpus y sus modificaciones, y el Código Procesal Penal”.⁸¹

⁸⁰ La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dentro de los principios rectores, en el artículo 7 el principio de Favorabilidad, que establece: “La Constitución y los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de modo que se optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental. Cuando exista conflicto entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad, prevalecerá la que sea más favorable al titular del derecho vulnerado. Si una norma infraconstitucional es más favorable para el titular del derecho fundamental que las normas del bloque de constitucionalidad, la primera se aplicará de forma complementaria, de manera tal que se asegure el máximo nivel de protección. Ninguna disposición de la presente ley puede ser interpretada, en el sentido de limitar o suprimir el goce y ejercicio de los derechos y garantías fundamentales”. Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011. [en línea]. [Consulta: 21 de diciembre 2019]. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/transparencia/base-legal-de-la-institucion/ley-no-137-11/>.

⁸¹ Ley núm. 136-03, Art. 324. Citada.

En tal sentido, la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales establece en el art. 63, que: "Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad. La acción de hábeas corpus se rige por las disposiciones del Código Procesal Penal y no puede ser limitada o restringida cuando no exista otra vía procesal igualmente expedita para la tutela de los derechos garantizados por esta vía procesal".⁸² Queda así reconocido el derecho de la persona menor de edad privada de su libertad de forma arbitraria, sin la debida observación de los procedimientos legales, de beneficiarse de la acción constitucional de habeas corpus para que le sea restituida su libertad.

6. PRINCIPIO DE IMPUGNACIÓN

Todas las decisiones judiciales están limitadas naturalmente por el conocimiento humano y, por ello, sujetas a errores. Al igual que en cualquier otro proceso esto es aplicable al proceso penal, que es donde adquiere su mayor dimensión en función de los intereses que se ponen en juego, como son la dignidad y la libertad de las personas. Es por ello que la ley no sólo ha instituido vías de recursos contra las decisiones judiciales, sino que son irrenunciables. Pero como su interposición es un derecho, las partes en el proceso no están obligadas a ejercerlo, por lo que al transcurrir los plazos fijados por la ley para su ejercicio sin que éste se produzca, equivale a una renuncia tácita al mismo.

El principio de impugnación de las decisiones penales dictadas por los tribunales de niños, niñas y adolescentes está consagrado en el art. 40.2.b.v de la CDN: "Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley". De igual manera, la Observación General núm. 24 (2019) del Comité de los Derechos del Niño, recomienda a los estados en párrafo 62, que: El niño tiene derecho a que cualquier declaración de culpabilidad o las medidas impuestas sean recurridas ante una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial. El derecho de recurso no se limita a los delitos más graves. Los estados partes deben considerar la posibilidad de introducir medidas de recurso

⁸² Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O. núm. 10622 del 15 de junio de 2011. Citada.

⁸³ Observación General núm. 24 (2019), párrafo 62 del Comité de los Derechos del Niño. Citada.

automáticas, en particular en los casos que den lugar a antecedentes penales o a la privación de libertad. Además, el acceso a la justicia requiere una interpretación más amplia, que permita recurrir o apelar por cualquier error sustantivo o de procedimiento y que garantice la disponibilidad de recursos efectivos".⁸³

De ese modo, el artículo 317 de la Ley núm. 136-03, establece el derecho a recurrir las decisiones, y prever que serán apelables: a) Las decisiones de la audiencia preliminar que disponga el no ha lugar a la celebración de la audiencia de fondo, dentro del plazo de tres días a partir de la notificación; b) Las definitivas que terminen el proceso en primera instancia.

Agregando el artículo 318 de la referida normativa que el recurso de apelación procede sólo por los medios y en los casos establecidos taxativamente. Y tienen derecho a recurrir quien tenga un interés directo en el caso. Considerando la ley como interesados, el representante del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes, el querellante, la persona agraviada constituida en parte civil o su representante legal, la persona adolescente imputada por sí o a través de su defensa técnica, padres o responsables. Ahora bien, el art. 320 de la Ley núm. 136-03, dispone que el recurso de apelación, sus motivos y procedimientos se regirán por lo dispuesto en los artículos 410 al 424 del Código Procesal penal, disposiciones legales que han sido modificadas por la Ley núm. 10/15. Ampliando el plazo para los recursos de las decisiones del juez de paz o del juez de la instrucción a diez (10) días, y de las sentencias de absolución o condena a veinte (20) días a partir de la notificación.

El recurso conforme dispone el art. 417 del Código Procesal Penal, puede ser fundamentado bajo los motivos siguientes:

- La violación de normas relativas a la oralidad, inmediación, contradicción, concentración y publicidad del juicio.
- La falta, contradicción o ilogicidad manifiesta; en la motivación de la sentencia, o cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral;
- El quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos, que ocasionen indefensión;

- La violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica;
- El error en la determinación de los hechos y en la valoración de las pruebas.

El recurso de apelación ejercido por cualquiera de las partes envueltas en el litigio en el Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes será llevado por ante la corte de apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, y la decisión que esta adopte estará, de igual modo, sujeta al control de la casación conforme procedimientos y formalidades establecidas en el derecho común. La casación es admisible contra las decisiones emanadas por las Cortes de Apelación en los casos en que se pronuncien condenas o absolución, cuando pongan fin el procedimiento, cuando denieguen la extinción o suspensión de la pena.⁸⁴

La Suprema Corte de Justicia será competente para conocer, en única instancia del recurso de revisión,⁸⁵ que procede por los siguientes motivos:

- Si posterior a la sentencia que declara la responsabilidad de la persona adolescente, sobrevienen o se descubren nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho punible no se produjo o que la persona adolescente imputada no lo cometió o que dicho hecho encuadra en una norma más favorable;
- Si una ley posterior declara que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada nula por inconstitucional;
- Cuando la sentencia condenatoria provenga de un tribunal o corte de jurisdicción penal ordinaria y posteriormente se compruebe que, al momento de la comisión de los hechos, la persona condenada no había cumplido los 18 años de edad;
- En virtud de resoluciones contradictorias, o cuando estuvieren sufriendo sanción dos o más personas por una misma infracción que no hubiere podido ser cometida más que por una sola;

⁸⁴ Art. 425 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley núm. 10-15, del 10 de febrero de 2015, G.O. núm. 10791. Art. 218 de la Ley núm. 136-03. La Suprema Corte de Justicia. En materia de Justicia Especializada de Niños, Niñas, Adolescentes, la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer: 1.- Del recurso de casación; 2.- Del recurso de revisión; 3.- Del procedimiento relativo a los conflictos de competencia entre Cortes de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes, entre jueces o Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes de Departamentos Judiciales distinto; 4.- De las quejas por demora procesal o denegación de justicia contra las Cortes de apelación de Niños, Niñas, y Adolescentes; 5.- Así como cualquier otra atribución asignada en este Código.

⁸⁵ Art. 322 de la Ley núm. 136-03.

- Cuando alguno estuviere sufriendo sanción en virtud de resolución fundamentada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia irrevocable en causa penal;
- Cuando la sentencia sancionadora haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho de uno o más de los jueces que la hubieran dictado, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia irrevocable, o cuando la prevaricación o cohecho hayan sido por parte del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes en lo que concierne a las pruebas que sirvieron de fundamento a la condenación;
- Cuando la sentencia condenatoria haya sido pronunciada en violación a los derechos fundamentales, y a consecuencia de ello la persona adolescente se haya visto limitada para ejercer las impugnaciones o vías de recurso que prevé este Código, la ley o los tratados internacionales;
- Otras que establezca la legislación penal, siempre que no contravenga las normas establecidas en este Código.

En síntesis, establecida la responsabilidad penal de la persona adolescente, la normativa establece que se tome en consideración una serie de garantías sustantivas y procesales reconocidas al adulto, estableciendo los instrumentos internacionales de protección de la persona menor de edad así como nuestra normativa, un conjunto de medidas socioeducativas, de orientación y supervisión tendente hacia la reeducación, resocialización y reinserción de la persona adolescente en la familia y la sociedad,⁸⁶ en los que la privación de libertad sea la última *ratio*.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La doctrina de la protección integral convierte las necesidades de los menores de edad en derechos y garantías, cuando estos están en conflicto con la ley penal, una justicia que respete los mismos derechos y garantías procesales consagrados para los adultos, adecuándolos a la persona menor de edad como sujetos en formación.

Esta visión del derecho de “menores” se ha transformado de hecho en una autonomía del derecho constitucional, es decir, de aquel sistema de derechos y garantías que constituye la sustancia actual

⁸⁶ Arts. 330 al 342 de la Ley núm. 136-03.

del constitucionalismo democrático, que obliga a respetar una serie de principios rectores que constituyen sus pilares fundamentales: el niño como sujeto de derechos; el interés superior del niño; la prioridad absoluta; la participación y el rol fundamental de la familia en la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El proceso penal de la persona adolescente además de acercarse a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías sustantivas y procesales, se refuerza la posición legal de los adolescentes, al limitar el poder punitivo del Estado, y al reconocer las particularidades propias especiales como: la exclusión de la publicidad del juicio oral, la confidencialidad del proceso penal juvenil, la intervención procesal de los padres o representantes de la persona adolescente, la necesidad de que un equipo técnico multidisciplinario realicen las evaluaciones psicológicas y sociales a fin de determinar las sanciones, entre otros derechos.

De manera que, establecida la responsabilidad penal de la persona adolescente, el legislador procura que se tome en cuenta una serie de medidas socioeducativas tendentes a promover la educación, atención integral e inserción de la persona adolescente en la familia y la sociedad, planteando que la privación de libertad sea la última ratio. Es así que, en el ámbito de la justicia penal juvenil, la tutela judicial efectiva (Art 69 de la Constitución) se constituye en uno de los ejes indispensable para la garantía de los derechos de la persona menor de edad en el proceso penal.





REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPÍTULO 1

Doctrina:

- Alberto B. (1993). Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Cafferata Nores, J. (1998). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Delmas Marty, M. (1995). Procédures Pénales d'Europe. Paris: QAA.
- Ferrajoli, L. (1998). Derecho y Razón. Madrid.
- Foucault, M. (1993). La verdad y las formas jurídicas. Editorial Gedisa.
- Hormazabal Malaree, H. (1985). Política Penal en el Estado Democrático, en Poder Penal y Estado: Homenaje a Hilde Kaufmann. Buenos Aires: Depalma.
- Maier, J. (1996). Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mayer, M. Normas Jurídicas y Normas de Cultura. Buenos Aires: Depalma.
- Mora, L. (1997). Los Principios Fundamentales que informan el Código Procesal Penal de 1998. Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Obra Colectiva. Segunda Edición. San José: Asociación de Abogados de Costa Rica.
- Ricoeur, P. (1997). Lo Justo. Santiago: Editora Jurídica de Chile.
- Salas y Rico, L. (1990). La Independencia Judicial. San José: CAJ.
- Schmidt, E. (1957). Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica.

CAPÍTULO 2

Doctrina:

- Burgos Ladrón De Guevara, J. (2011). La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio, Justicia. Revista de Derecho Procesal (número 3-4). pp. 128.
- De Urbano Castrillo, E. (2002). El principio de contradicción en el proceso penal. La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. (número. 2). pp. 1710.
- De Urbano Castrillo, E. (2006). Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, intermediación y publicidad. Revista del Poder Judicial (número XIX-2006). pp. 166.
- Ferrajoli L. (2016). Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia. Segunda Edición. Madrid: Editorial Trotta. pp. 27-30.

- Gascón Abellán, M., y otro. (2015). La argumentación en el Derecho, Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra Editores. pp. 26-37.
- Ibáñez Rivas, J. (2014). Artículo 8, Garantías Judiciales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario, Steiner C., y otro. Editores, Konrad Adenauer Stiftung. pp. 237.
- Llobet Rodríguez, J. (1998). Proceso Penal Comentado. San José: Editorial Jurídica Continental. pp. 667.
- Ruiz Medina, M., y otro. (2016). Igualdad y contradicción en torno a la defensa de imputados y acusados en el sistema acusatorio. Revista de Investigación y Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica de la Universidad Autónoma de Puebla, México. (número 19), abril-septiembre. pp. 156.

CAPÍTULO 3

Doctrina:

- Alexy, R. (2014). Teoría de los Derechos Fundamentales. (Segunda Edición). Traducción Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 16.
- Arce Córdoba, L. (2015). Constitución y Derecho Procesal Penal. Precedentes vinculantes y doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. (Primera edición). Grijley, pp. 306-307.
- Cameluti, F. (1960), Principi del processo penale, cita de Daniel Pastor en Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. Revista de Estudios de la Justicia (2004). <https://r.issu.edu.do/?l=740DUd>
- Cordón Moreno, F. (1999). Las garantías constitucionales del proceso penal. (Segunda edición). Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 17 y siguientes.
- Derechos y Garantías. La ley del más débil (2001). 2da. edición. Madrid: Editorial Trotta. pp. 15 y ss.
- De Otto, Ignacio (1999). Derecho Constitucional. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 2da. Edición, séptima reimpresión. pp. 14 y ss.
- Díaz Cantón, F. (1999). Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. Buenos Aires: Del Puerto, p. 333.
- Ferrajoli, L. (2004). Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal en, "Jurisdicción y Democracia". (Primera edición). Buenos Aires: Ediciones del Instituto, INECIP. p. 29.
- Jorge Prats, E. (2010). Plazo razonable de la prisión preventiva.

Periódico Hoy. Tomado el 11 de agosto de 2019 <https://r.issu.edu.do/?l=741LWN>

Moreno, C. (1999). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, p. 137.

CAPÍTULO 4

Doctrina:

Barandaran, S. (2011). Restoring the Presumption of Innocence. 72 Ohio. St. L.J. 723.

Beccaria, C. (1968). *De los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza Editorial.

Carranza, E. (1996). Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. *Jueces para la Democracia, Información y Debate*. pp. 81- 88.

Carranza E. (2001). *Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles*. Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Ilanud. San José: Siglo XXI Editores.

Espinosa Goyena, J.C. y otros. (2013). *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema (2007-2011)*. Lima: Nova Print SAC. p. 393.

Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón*. Traducción. española de Andrés Ibáñez y otros. (Cuarta edición). Madrid: Trotta

Fletcher, G.P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. (1997). Traducción Muñoz Conde, F. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 148.

García Castro, T. (2019). *Pre-trial detention in Latin America*. Versión digital: <https://r.issu.edu.do/?l=742ov2>

Manzini. (1931). *Trattato di diritto processuale italiano*. Turín:Utet.

Serrano Masip, M. (2019). *Presunción de inocencia y derecho a la libertad en el control jurisdiccional de la legalidad de la prisión preventiva*.

Vázquez Sotelo, J.L. (1984). *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*. Editorial Bosch.

Villanueva Turnes, A. (mayo-agosto,2019). *El importante derecho a la presunción de inocencia: especial referencia a la regulación y titularidad en el ordenamiento jurídico español*. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo LXIX. número 274. <https://r.issu.edu.do/?l=743l2a>

Sentencias:

Sentencia del TJUE, (19 de septiembre de 2018). Sala Primera, de, asunto C-310/18 Milev y Auto del TJUE. (12 de febrero de 2019). Sala Primera. Asunto C-8/19 RH. Diario La Ley. núm. 9448.

Lecturas recomendadas:

Para profundizar en la diferencia sustancial entre el principio in dubio pro reo y la presunción de inocencia y sobre el nacimiento histórico de las formulaciones de ésta se recomienda la lectura de: Tomás y Valiente, F. (1987). "In dubio pro reo", libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia. Revista Española de Derecho Constitucional. núm. 20. mayo-agosto de 1987. pp. 9-34.

CAPÍTULO 5

Doctrina:

República Dominicana. [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo. 26 de enero de 2010.

República Dominicana. [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo. 10 de julio de 2015.

República Dominicana. [Leyes]. Código Procesal Penal Dominicano. Ley 10-15 del 15 de febrero de 2015.

CAPÍTULO 6

Doctrina:

Binder, A.; Gadea, D.; González Álvarez, D.; Quiñones Vargas, H.; Bellido Aspas, M.; Miranda Estrampres, M.; Houed, M.; Resumil, O.; Llanera Conde, P. (2006). Derecho Procesal Penal. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura.

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. <https://r.issu.edu.do/?l=744DWd>

República Dominicana. [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Edición oficial. Santo Domingo: 2010.

República Dominicana. [Leyes]. Código Penal de la República Dominicana. Santo Domingo, 2007.

República Dominicana. [Leyes]. Código Procesal Penal de la República Dominicana. Santo Domingo, 2015.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://r.issu.edu.do/?l=745Stk>

CAPÍTULO 7

Doctrina:

- Arboleda Vallejo, M. (2005). Código de Procedimiento Penal Anotado. (Vigésimo Segunda Edición). Bogotá: Editora Leyer.
- Horvitz Lennon, María I.; López Masle, J. (2002). Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo 1. (Primera edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Llobet Rodríguez, J. (2002). Proceso Penal en la Jurisprudencia. Tomo 1. (Primera edición). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Maier, Julio. (2004). Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo. 1. (Segunda edición). Buenos Aires: Editores del Puerto
- Porras Villalta, M.; Sanabria Rojas, R. (2002). Prueba Ilícita en la Jurisprudencia Constitucional y Penal. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Roxin, C. (2000). Derecho Procesal Penal. Traducción de la 25ª Edición. Buenos Aires: Editores el Puerto.

Normativa:

- República Dominicana. [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Edición oficial. Santo Domingo: 2010.
- República Dominicana. [Leyes]. Ley 76-02 y sus modificaciones. Código Procesal Penal de la República Dominicana. Santo Domingo.

CAPÍTULO 8

Doctrina:

- Campo Moreno, J. (2015). Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L.O.2/2015. Tirant Lo Blanch.
- Diez-picazo, L. (1975). Sistema de Derechos Fundamentales. Thomson Civitas.
- Moreno Catena, V. (2000). El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (2012). Estudios Constitucionales. Vol. 10, nº 1. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

- La prueba en el proceso penal II. (1996). Cuadernos de Derecho Judicial. Barcelona: Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial.
- La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. (1993). Cuadernos de Derecho Judicial. Barcelona: Consejo General del Poder Judicial.
- Medidas restrictivas de derechos fundamentales. (1996). Cuadernos de Derecho Judicial. Barcelona: Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial.
- Muñoz Conde, F. (sf). Introducción al Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial, S.A.
- Pérez Royo, J. (1998). Curso de Derecho Constitucional. (Quinta edición). Marcial Pons.
- Roca Trias, E.; Ahumada Ruiz, M. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española: en la XV Conferencia Trilateral 24 y 27 de octubre. Roma.
- Roxin, Claus. (1981). Iniciación al Derecho Penal de hoy. Sevilla: Universidad de Sevilla.

CAPÍTULO 9

Doctrina:

- Asencio Mellado, J. (1986). La prisión provisional. Tesis doctoral. Alicante: Universidad de Alicante.
- Gimeno Sendra, V. (2000). La prisión provisional y el derecho a la libertad. Estudios jurídicos.
- Jiménez Asenjo, E. (1949). Derecho Procesal-Penal. Revista de Derecho Privado. Vol. II. Madrid.
- Jorge Barreiro, A. (1997). La prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. núm. 3, pp. 1777-1792.

CAPÍTULO 10

Doctrina:

- Alcaide González, J. (2012). La Exclusionary Rule de EE. UU. y la Prueba Ilícita Penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos. Tesis Doctoral.
- Aragón, M. (2002). Constitución, Democracia y Control. (Primera edición). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Balcácer, C. (2017). Tratado del Código Procesal Penal Anotado. Anotado y Concordado. Santo Domingo: Instituto Dominicano de Estudios Penales.
- Cafferata Nores, J. (2011). Proceso Penal y Derechos Humanos. (Segunda edición, actualizada por Santiago Martínez). Buenos Aires: Editora Voros, S.A.
- Cafferata Nores, J.; Tarditti, A. La Prueba en el Proceso Penal Dominicano. <https://www.monografias.com/trabajos102/prueba-dentro-del-proceso-penal-dominicano/prueba-dentro-del-proceso-penal-dominicano.shtml>
- Diccionario Jurídico: Prueba pertinente o conducente. <https://r.issu.edu.do/?l=746699>
- González, P. y Alcabilla, E. (2012). Comentarios a la Constitución de la República Dominicana. Tomo II comentario sistemático. (Primera edición). Trabajo realizado por: Eduardo Espín Templado, sobre Las Garantías de los Derechos y Libertades. España: Wolters Kluwer, S.A.
- Taruffo, M. (2010). Simplemente la Verdad. El Juez y la Construcción de los Hechos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Normativa:

- Tribunal Constitucional. (2014). República Dominicana. Sentencia núm. TC/0135/14 de fecha 8 de julio de 2014.
- Tribunal Constitucional. (2017) República Dominicana. Sentencia núm. TC/0264/17 de fecha 22 de mayo de 2017.
- República Dominicana. (2010). [Leyes]. Constitución de la República Dominicana. Edición oficial. Santo Domingo.
- República Dominicana. (2015) [Leyes]. Código Procesal Penal de la República Dominicana. Santo Domingo.

CAPÍTULO 11

Doctrina:

- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. 1ra. Edición. Madrid: Editorial Trotta, S. A.
- González Rivas, J. (2005). La Interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Navarra, España. Primera edición. Editorial Aranzadi, S. A. P, 606.

- Marinoni, L. (2016.) *Teoría General del Proceso. Una Aplicación Neoconstitucional*. 1ra. Edición. San Salvador: Editorial Cusatleca.
- República Dominicana. Constitución de 2010. Santo Domingo: Edición Especial del Tribunal Constitucional. 2013.
- Schmitt, C. (2012). *Posiciones ante el derecho. Estudio preliminar de Montserrat Herrero*. 1ra. Edición. Vol. 1. Editorial Tecnos.

Normativa:

- Reino de España. [Leyes]. Decreto de 14 de septiembre de 1882 se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con). Art. 142.
- Reino de España. [Leyes]. Constitución Española. (Primera edición). Madrid: Editora Londonbil, S. L: 2006.
- Reino de España. [Leyes]. Tribunal Supremo de Justicia. STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009). Reino de España. STS 303/2015, del 25 de junio. STC 215/2006, de 3 de julio. STC 144/2003 de julio. STC 024/81 de 14 de julio. República Dominicana. [Leyes]. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0002/14. Sentencia TC/0002/14. Expediente núm. TC-04-2013-0016, relativo al recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, incoado por Walter Rudolf Bingert, contra la Resolución núm. 8012-2012, de 21 de noviembre de 2012, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/0358/16. Expediente núm. TC-04-2014-0172, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por los sucesores del señor Octavio Soto Arias contra la Sentencia núm. 529, dictada por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia el 21 de agosto de 2013.
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/0369/16. Expediente núm. TC-04-2015-0078, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional interpuesto por el señor Darío Rosario Adames (a) Fausto Rosario contra la Resolución núm. 2534-2014, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia el 24 de junio de 2014.
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/0717/16. Expediente núm. TC-04-2015-0072, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional y a la demanda de suspensión de ejecución de sentencia interpuestos por la razón social Dat Colt contra la Resolución núm. 3848-2014, dictada por las Salas

- Reunidas de la Suprema Corte de Justicia el 28 de agosto de 2014. República Dominicana. [Leyes]. Sentencia, TC/0454/16. Expediente núm. TC-04-2015-0070, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por la señora Graziela Dobrigna contra la Resolución núm. 3122-2014, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia el 19 de agosto de 2014.
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/0316/17. del 6 de junio. Expediente núm. TC-04-2015-0054, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por José Jiménez Fabián contra la Resolución núm. 3980-2014, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia del 20 de octubre de 2014.
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/0123/18. del 4 de julio. Expediente núm. TC-04-2016-0228, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional interpuesto por la señora Dhayanara Canahuate contra la Sentencia núm. 63, dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia el 27 de mayo de 2015. Sentencia TC/0246/18 del 4 de septiembre de 2018.
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/00/09/13. Expediente TC-04-2012-0019, relativo al Recurso de Revisión Constitucional de Decisiones Jurisdiccionales interpuesto por la sociedad comercial Malespín Constructora, S. A., y Marcos E. Malespín, contra la Resolución No. 830-2012, dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia de 16 de enero de 2012.
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/0186/17. Expediente núm. TC-04-2014-0110, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional incoado por el Dr. Mónico Antonio Sosa Ureña contra la Sentencia núm. 57, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia el 12 de junio de 2013.
- República Dominicana. [Leyes]. Sentencia TC/0413/17. Expediente núm. TC-04-2015-0254, relativo al recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional interpuesto por Ana Rosa Green Núñez contra la Resolución núm. 3601-2014, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia el 15 de septiembre de 2014.
- República Dominicana. [Leyes]. Ley No. 10-15 que introduce modificaciones a la Ley No. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. G. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2015.
- República Dominicana. [Leyes]. Congreso Nacional. Ley No. 76-02 que instituye el Código Procesal Penal de la Rep. Dominicana. Aprobada el 2 de julio de 2002. Promulgada 19 de julio de 2002. Tomada a las 13:49 del día 9 de octubre de 2020. http://www.consultoria.gov.do/consulta/ImageCache/10170G_PAGE_003.PDF

República Dominicana. [Leyes]. Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 20 de octubre de 1998 (B.J. 1055, p. 217).

CAPÍTULO 13

Doctrina:

Armijo, G. (1998). Manual De Derecho Procesal Penal Juvenil (Jurisprudencia Constitucional y Procesal). San José: Investigaciones Jurídicas, S.A.,

Armijo, G. (1998). La Tutela Constitucional del Interés Difuso. San José: Unicef,

Arosemena de Troitiño, E. (2000). La Especialidad de la Justicia Penal para la Adolescencia y su Efectividad en la Aplicación del Principio de Derecho Penal Mínimo. Derecho Penal Juvenil. Panamá: Escuela Judicial

Baratta, A. (1987). Principio del Derecho Penal Mínimo. Doctrina Penal. (10). Buenos Aires: Depalma.

Baratta, A. (1998). Infancia y Democracia. Santa Fe de Bogotá: Temis

Baratta, A. (2003). Elementos de un Nuevo Derecho para la Infancia y la Adolescencia en La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. San Salvador: Editorial Hombres de Maíz

Beloff, M. (1999). Modelo de Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Revista Justicia y Derechos del Niño. (1). Santiago: UNICEF

Beloff, M.; García, E. (1999). Infancia y Democracia en América Latina. (Segunda Edición). Tomo I y II. Santa Fe de Bogotá: Temis,

Beloff, M. Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina. [en línea] [Consulta: 22 de enero 2020]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=747zq3>

Cillero Bruñol, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño en García Méndez, E. y Beloff, M. Infancia, ley y democracia en América Latina. Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires: Temis/Desalma.

Dall'Anese, F. (2008). Proceso Penal Juvenil Costarricense. Principios y Alternativas de la Justicia. De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Colección Unicef.

De Otto, I. (1987). Derecho Constitucional. Barcelona: Ariel.

Dotel, H. (2001). Criminología de Niños, Niñas y Adolescentes. Santo Domingo, República Dominicana: Impresora Soto Castillo, S. A.

Dotel, H. (1995). Delincuencia Juvenil o Justicia de Menores en

- Circunstancias Difíciles. Santo Domingo, República Dominicana: Tavárez.
- Duarte Mena, M. (2009). *Justificación y Efectividad del Tratamiento Jurídico diferenciado dado a la Persona Menor de Edad en el Proceso Penal* (tesis maestría). Santiago, República Dominicana: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, S.A.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, S.A.
- García Méndez, E. (1998). *Para una Historia del Control Socio-Penal de la Infancia. La Informalidad de los Mecanismos Formales de Control Social, en Infancia. De los Derechos y de la Justicia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- García Méndez, E. ; Beloff, M. (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Martínez López, A. (1986). *El Menor Ante la Norma Penal y Delitos Contra el Menor y la Familia*. (Primera edición). Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Maxera, R. (1999). *La Legislación Penal de Menores a la luz de los Instrumentos Internacionales. Derecho a Tener Derecho, Infancia Latina*. Tomo II. Unicef: Editorial la Primera Prueba, C.A.
- Seda, E. (1999). *Infancia y Familia en el Contexto Internacional. La Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia: Un Nuevo Paradigma*. Panamá.
- Subero Isa, J. (1995). *Índice Analítico Código para la Protección del Niño, Niña y Adolescentes*. Santo Domingo: Ediciones Universo, S.A.
- Tiffer Sotomayor, C. (1996). *Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada*. San José: Juritexto.
- Vásquez, D. (2000). *Garantías Constitucionales*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura.

LEYES, DECLARACIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

- Código Penal de la República Dominicana, Santo Domingo D.N. 2000.
- Constitución de la República Dominicana de 2010. Votada y proclamada por la Asamblea Nacional el 26 de enero de 2010.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, [en línea] [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=748tx4>
- Declaración Americana de Derechos Humanos, [en línea] [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=749ad8>
- Declaración Derechos del Niño de 1959. [en línea] [Consulta: 22 de

- diciembre 2019]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=750RjB>
- Directrices de Riad. [en línea] [Consulta: 21 de diciembre 2019].
Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=7517LN>
- Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. [en línea] [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=752Qmk>
- Ley Orgánica núm.5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- Ley Orgánica núm.15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley. Orgánica núm. 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley núm. 136-03, de 7 de agosto, que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial núm. 10234. Modificada por las Leyes núms. 52-07 del 23/4/2007 y 106-13 del 8/8/2013.
- Ley núm. 106-13 que modifica los artículos 223, 224, 279, 291, 296, 339, 340 y 380 de la Ley No. 136-03, del 7 de agosto de 2003, que crea el Código para el Sistema de Protección de los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, y suprime el Art. 350 de dicha ley. G. O. No. 10722 del 8 de agosto de 2013. [en línea] [Consulta: 20 de diciembre 2019]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=753BHJ>
- Ley núm. 76-02, de 19 de julio, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. Modificada por la Ley núm. 10-15, que introduce modificaciones a la Ley 76-02, del Código Procesal Penal.
- Ley núm. 10-15 que introduce modificaciones a la Ley No. 76-02, del 19 de julio de 2002, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. G. O. No. 10791 del 10 de febrero de 2015. [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=7547q6> Ley de Justicia Penal de Costa Rica. [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=755Cd1>
- Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011. [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=756RtQ>
- Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=757VgL>
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=758Xpy>
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad [en línea] Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/?l=75927Z>

OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

- Observación General núm. 12 (2009). El Derecho del Niño a ser escuchado. [en línea] [Consulta: 21 de diciembre 2019]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/l?l=7603b5>
- Observación General núm. 14 (2013). El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/l?l=761XZ6>
- Observación General núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. [en línea]. Obtenido de <https://r.issu.edu.do/l?l=762CND>

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- OC-18/03, de 17 de septiembre. [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/l?l=763pAg>
- OC- 17/2002, de 28 de agosto. [en línea]. Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/l?l=764bgn>
- OC 4/84, de 19 de enero. [en línea] Obtenido de: <https://r.issu.edu.do/l?l=765dr2>

RESOLUCIONES SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DOMINICANA

- Resolución núm. 1920/2003, de fecha 13 de noviembre, sobre medidas anticipadas al nuevo Código Procesal Penal.
- Resolución núm. 699/2004, de fecha 27 de mayo, sobre medidas anticipadas para conocer y asumir principios fundamentales y actuaciones que garanticen el debido proceso de la persona adolescente imputada.
- Resolución núm. 1618-2004, de fecha 2 de diciembre, que dispone la adopción de reglas mínimas para el procedimiento ante los Tribunales de Control de la Ejecución de las Sanciones no dispuesta en el Código de niños, Niñas y Adolescentes (Ley Núm. 136-03).
- Resolución núm. 1186-2006, de fecha 6 de abril, que autoriza a los jueces de paz para actuar como jueces de niños, niñas y adolescentes en la fase de la instrucción de los procesos penales seguidos a los adolescentes imputados y ejercer sus funciones.
- Resolución 3687/2007, de fecha 20 de diciembre, que dispone la adopción de reglas mínimas de procedimiento para obtener las declaraciones de la persona menor de edad víctima, testigo o coimputada en un proceso penal ordinario.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
REPÚBLICA DOMINICANA
PODER JUDICIAL

Si desea recibir información periódica sobre las novedades de la
Escuela Nacional de la Judicatura, escribanos a: biblioteca@enj.org