

CPP

constitucionalización del proceso penal

Fortalecimiento
del Poder
Judicial



constitucionalización del proceso penal

proyecto del fortalecimiento del poder judicial

José de la Mata Amaya
Maite Abadía Buil

dirección y coordinación técnica

C

José Manuel de Paul Velasco

coordinador

Félix Damián Olivares Grullón

Guillermo Moreno

Norma Bautista de Castillo

Miguel Carmona

Lorenzo J. del Río Fernández

Javier González Fernández

Fanny R. Cervantes

Ricardo Díaz Polanco

Juan Carlos Campo Moreno

José Manuel Maza Martín

Perfecto Andrés Ibáñez

Luis Fernández Arévalo

Bernabel Moricete Fabián

Autores

Orlando Isaac

diseño e imagen

presentaciones

Un nuevo Curso de *capacitación continuada*, en su modalidad virtual, se presenta bajo el epígrafe de *Constitucionalización del Proceso Penal*.

El Consejo General Del Poder Judicial, recientemente renovado, tiene clara conciencia de la internacionalización de los problemas de la Administración de Justicia y de la globalización de sus retos; de la necesidad de contribuir activamente a la generación de un espacio judicial común; de la existencia de una necesidad objetiva de cooperación y del deber de contribuir y de apoyar los procesos de democratización, modernización y reforma de los Poderes Judiciales de los países con los que estamos vinculados.

Fruto de ese convencimiento en el año 1999 asistimos al nacimiento del Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial de República Dominicana. Un objetivo primordial lo inspiraba, apoyar al robustecimiento del Estado de Derecho para conseguir una Justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, de la que pudieran predicarse los atributos de pronta y eficaz. Tal Proyecto vino auspiciado por la cohesión de voluntades y prioridades manifestadas por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, el Consejo General del Poder Judicial de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional.

El año 2000 significó el inicio de Cursos en modalidad virtual, modalidad residenciada en la Escuela Nacional de la Judicatura y con la finalidad clara de crear un entorno virtual de aprendizaje que permitiera la capacitación judicial continuada mediante las nuevas tecnologías y la utilización de Internet. El primero de los Cursos dedicado a las *Garantías Constitucionales* se destinó a ampliar e intensificar conocimientos pero, además, a "impulsar actitudes favorables al agotamiento de las posibilidades que la Constitución de la República Dominicana alberga en orden a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos". Aquella iniciativa, como se recogía en su Presentación, fue "fruto de la estrecha e ilusionante cooperación habida entre la Suprema Corte de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia Española de Cooperación Internacional,".

Pues bien, aquellos deseos renovados son el germen de este nuevo *Curso de Constitucionalización del Proceso Penal*, cuya prioridad fue diagnosticada y apreciada por el Comité de Necesidades y Planificación de la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana. De la importancia y trascendencia del tema elegido poco se ha de señalar. El artículo 8 de la Constitución dominicana condensa su esencia, es *finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la*



persona humana. Por ello, la Justicia es un valor constitucionalizado, jurídicamente activo y, por tanto, horizonte de Justicia concretamente posible. El *Ius Puniendi*, de que es titular el Estado, está sujeto a garantías de legalidad y de jurisdiccionalidad, ha de realizarse respetando los derechos fundamentales de la persona, también del sometido a proceso. En suma, esto es lo que modernamente denominamos proceso justo o proceso público con todas las garantías, aquel en el que se entrecruzan e interrelacionan la globalidad de la respuesta jurisdiccional y el respeto de las garantías individualizadas y que muy sintéticamente hacen referencia a la presencia en el juicio oral del acusado, al derecho al Juez Imparcial, proscripción de apreciar pruebas vulneradoras de derechos fundamentales y la posibilidad de someter el fallo condenatorio y la sanción ante un Tribunal superior. Pues bien, de modo directo algunos y de modo indirecto todos, son abordados en el Curso que ahora se presenta, y ello, en los términos que su Coordinador expone.

El trabajo aúna los esfuerzos de no pocos autores dominicanos y españoles. Sus saberes y experiencias se precipitan en estos materiales didácticos realizados con gran rigor técnico y enorme ilusión; notas nada novedosas pues han presidido, desde sus inicios, el Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial y que deseemos permitan, aún más si cabe, la comunión de las Instituciones Judiciales de la República Dominicana y de España, en un momento ilusionante donde las nuevas sensibilidades por la Justicia se traducen en cuerpos legales que han de conformar nuestros ordenamientos jurídicos.

Juan Carlos Campo Moreno

Vocal de la Comisión de Relaciones Internacionales
Consejo General Del Poder Judicial

La Suprema Corte de Justicia, a través de la Escuela Nacional de la Judicatura, tiene a su cargo la ingente responsabilidad histórica de auspicar, orientar, planificar y cimentar el proceso de capacitación de la totalidad de los jueces de la República Dominicana.

Para cumplir a cabalidad con este objetivo contamos, entre las diversas posibilidades de práctica docente, con los programas de formación ejecutados dentro del campo virtual; o lo que es lo mismo, los cursos de entrenamiento en algún aspecto de interés judicial realizado por medio de las redes de computadoras.

El presente libro es el material de sustento del curso sobre “Constitucionalización del Proceso Penal”, el cual es un apreciable fruto de las iniciativas del Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial que ejecuta la Suprema Corte de Justicia con financiamiento de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Este texto trata magistralmente conceptos de extremado interés en el campo de la normativa procesal penal, tales como el derecho de todo justiciable a que se le considere inocente hasta prueba en contrario aportada en un juicio público en el que el acusado haya podido defenderse; el derecho al juez natural e imparcial; el principio de la contradicción en el campo del proceso penal; el derecho a ser oído; la inviolabilidad del domicilio; las regulaciones de los allanamientos; las normas para la interceptación de las comunicaciones; los fundamentos y reglas de la prisión preventiva o medida cautelar personal; la libertad provisional; las técnicas de valoración de la prueba en materia penal; la juridicidad de las penas y la ejecución de éstas; la situación legal de los niños y adolescentes infractores de la ley penal, etc.

La importancia de este material bibliográfico radica en la gran cantidad de nociones jurídicas generales que contiene, tanto en lo relativo a la legislación dominicana, como a la normativa española, lo cual proporciona una visión de derecho comparado que traerá como inevitable consecuencia el fortalecimiento de la formación del juez dominicano, quien deberá, sobre todas las cosas, respetar en cada proceso penal que presida como magistrado soberano en ejercicio de la policía de la audiencia, los preceptos consagrados en nuestra Constitución.

El referido curso “Constitucionalización del Proceso Penal”, impartido dentro del sistema de educación a distancia de la Escuela Nacional de la Judicatura, constituye un nuevo fruto del citado centro docente, lo que prueba la eficiencia y tecnificación de su programación nacional para la formación de los magistrados encargados de juzgar a los acusados de cometer infracciones penales.

La edición del presente material de apoyo tiene por objeto reforzar los proyectos de la Suprema Corte de Justicia para lograr en nuestro país un cuerpo de jueces estudiosos y capaces, sólo comprometidos con la transparencia, la juridicidad de los procesos y el respeto a los derechos humanos.

edgar hernández mejía

Juez Cámara Penal Suprema
Corte de Justicia

Es ya un típico señalar que el Derecho procesal penal es Derecho constitucional aplicado¹. El Derecho procesal penal refleja con gran claridad la ideología de una cultura jurídica y la decisión política vigente en cada momento acerca del equilibrio relativo alcanzado en el binomio libertad-seguridad, en la contraposición entre el interés estatal en el descubrimiento y sanción de los delitos y el respeto a las libertades y derechos fundamentales de la persona.

Cabe así establecer una inmediata conexión entre la regulación y funcionamiento real del proceso penal en un país determinado y su sistema político; pues el grado de reconocimiento y aplicación en la práctica de las garantías procesales del imputado constituye un indicador sensible del nivel y de la calidad de la democracia realmente vigente en ese país.

De ahí que un curso de formación judicial deliberadamente denominado *Constitucionalización del Proceso Penal* resulte especialmente oportuno en una fase de consolidación y profundización democrática como la que corresponde al desarrollo político actual de la República Dominicana, cuyo punto de arranque y clave de bóveda es la Constitución de 14 de agosto de 1994.

La oportunidad y necesidad de un curso de estas características se incrementa cuando está en trance de elaboración un nuevo Código de Procedimiento Criminal, que habrá de incorporar esos valores y principios constitucionales al tejido del proceso penal, suponiendo un verdadero giro copernicano respecto del centenario Código napoleónico, que necesariamente ha impregnado la cultura y la praxis judicial sobre principios muy distintos.

Si el Derecho procesal penal es Derecho constitucional aplicado, este proceso no puede ser ya estudiado como mero *procedimiento*, como un mecanismo puramente formal para la aplicación de las penas; porque en el contexto político vigente el interés del Estado en aplicar la pena pasa necesariamente por el respeto a otro interés, que es supremo: no imponerla sino como consecuencia de un proceso en el que se garanticen formal y sustancialmente los derechos y las libertades del acusado. El proceso penal es ahora la garantía de la libertad y los derechos del acusado².

En consecuencia, el aparato de justicia penal no puede buscar la verdad material a cualquier precio, para hacer posible, si procediera, la imposi-

¹ En la doctrina de lengua española, por todos, LLOBET RODRIGUEZ, J. "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en AA.VV. *Nuevo proceso penal y Constitucional*. USA, San José, C.R., 1998, p.154.

² GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *El Proceso Penal (Derecho Procesal, tomo II. vol. I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1987, p.17.

ción de la pena correspondiente; sino que debe ajustarse a formas, límites y procedimientos que garanticen los derechos de los participantes en el proceso, entre ellos el imputado.

La teoría del proceso desarrollada a partir de las ideas del Estado de Derecho del siglo XIX designa este entramado de normas limitativas con la expresión “garantías formales”; y con ello ha querido expresar precisamente que las formalidades del proceso penal no son meros formulismos, sino presupuestos necesarios para la serenidad, el distanciamiento y la reserva que exige el enjuiciamiento y para que el proceso no se convierta en un instrumento incontrolado de poder sobre los individuos sujetos a él. El sistema no puede dejar la casualidad o a la buena voluntad de los participantes el que las cosas transcurran de un modo correcto; por el contrario, debe intervenir para posibilitar y asegurar la “comprensión escénica” (la reconstrucción procesal de la verdad histórica) y el respeto a los derechos de los participantes mediante las reglas procesales adecuadas³. Ése es el sentido último de las garantías en el proceso penal.

En una obra relativamente reciente, pero ya célebre⁴, Luigi Ferrajoli ha sintetizado en diez axiomas o principios axiológicos fundamentales las garantías penales y procesales que constituyen el contenido de un sistema perfectamente garantista, sólo tendencial y nunca perfectamente alcanzable. De estos diez axiomas interesan ahora los cuatro relativos a las garantías procesales: *nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad, que implica las garantías orgánicas relativas a la formación del juez y a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso); *nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio, o de separación entre el juez y la acusación); *nulla accusatio sine probatione* (principio de verificación o de la carga de la prueba, que implica la presunción de inocencia); *nulla probatio sine defensione* (principio de refutación, de defensa o de contradicción).

El esquema de contenidos adoptado para el presente curso, a sugerencia de los Comités de Necesidades y de Planificación de la Escuela Nacional de la Judicatura, recoge aunque no con igual orden sistemático, las cuatro garantías procesales axiomatizadas por Ferrajoli. Un primer bloque de tres unidades se refiere a los principios del proceso penal como manifestaciones del derecho al debido proceso. En la primera unidad se abordan las garantías orgánicas del principio de jurisdiccionalidad, en el segundo los principios de contradicción y defensa y en el tercero algunos de los

³ HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción española de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984. Págs.169-170.

⁴ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C.Bayón Mohino, J.Terradillos Basoco y R. Cantarero Andrés. Trotta, Madrid, 1995. Págs. 93 y ss. (Edición original italiana, Gius. Laterza & Figli, 1989).

principios del procedimiento que funcionan como garantías instrumentales o de segundo grado que permiten controlar el cumplimiento de las garantías esenciales.

Un segundo bloque, formado por las unidades 4 y 5, relativas a la presunción de inocencia, se refiere al principio de verificación o de carga de la prueba. La unidad sexta, finalmente, aborda el principio acusatorio. A esta unidad sigue otra que estudia una cuestión en cierto modo relacionada, que constituye un campo de fricción entre las exigencias de garantía y de eficiencia del proceso penal y que ha resultado polémica en todas las reformas democratizadoras del proceso penal que se han llevado a cabo en los últimos años en América Latina: se trata de la introducción de manifestaciones del principio de oportunidad en la persecución penal, su extensión, condiciones y garantías.

El proceso penal garantista tiene como punto de partida la consideración del imputado como sujeto y no como mero objeto del proceso. Ello justifica la inclusión de las unidades 8 y 9 del programa; la primera relativa a las medidas de investigación que afectan a derechos fundamentales del imputado (y, en ocasiones, de terceros) y la segunda a la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar que siempre adolece de un déficit de legitimidad en un sistema garantista, pero que al mismo tiempo resulta cada vez más reclamada por una sociedad ofendida por el delito, conmocionada por el sentimiento de impunidad de la delincuencia y contaminada por la ideología de la seguridad ciudadana. Ello, unido a la incapacidad del sistema de justicia para resolver los procesos en un plazo razonable, ha generado el serio problema de los presos sin condena en toda América Latina⁵. Ello justifica sobradamente una reflexión sobre esta institución, situada, como indica Géssel, en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber, también estatal, de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano⁶.

La unidad 10 del programa aborda el estudio de la sentencia penal, fundamentalmente desde la perspectiva de las exigencias de motivación inherentes al sistema de garantías. Y la unidad 11 trata de la ejecución de esa sentencia; especialmente de la ejecución de las penas privativas de libertad, bajo el principio inspirador de que *Ala justicia no puede detenerse a la puerta de las prisiones*⁷. Finalmente, la última unidad supone

⁵ El texto ya clásico al respecto es el de E. CARRANZA, M. HOUED, L. P. MORA y R. ZAFFARONI: *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. ILANUD, San José de Costa Rica, 1983. Más recientemente, del propio E. CARRANZA «Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n126, julio de 1996, págs. 81 y ss.

⁶ Citado por V. MORENO CATENA en AA.VV. *Nuevo Proceso Penal y Constitución*, cit., pág.17.

⁷ La afortunada frase procede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Ajustice cannot stop at the prison gate*: sentencia de 28-6-1984 en el caso Campbell y Fell, ' 69) y ha sido

una introducción a una problemática palpitante en las reformas democratizadoras del proceso penal que se han vivido en los últimos años en América Latina: la justicia penal de la infancia y adolescencia, con su inherente tensión entre las finalidades tuitivas y los reclamos de defensa social.

Es importante tener en cuenta al comenzar el curso que su objetivo no es meramente el aprendizaje de una serie de contenidos teóricos, ni siquiera la internalización acrítica de una serie de normas inspiradoras de la práctica judicial. El proceso penal garantista es un modelo ideal, siempre perfectible y nunca totalmente realizado; no es un conjunto de tesis o de reglas dadas que puedan aprenderse y aplicarse como los criterios de la imputación objetiva o los elementos del delito de estafa. Las garantías procesales alcanzan distintos grados de reconocimiento y de efectividad en cada ordenamiento y su plasmación concreta difiere de uno a otro según factores históricos, culturales y sociológicos. Por ello, es fundamental una comprensión dinámica y no estática de los garantías procesales, de manera que los principios que las inspiran interpelen continuamente el derecho positivo y las prácticas judiciales, a fin de obtener un progresivo acercamiento del proceso penal al modelo ideal y, al mismo tiempo, un más perfecto ajuste del funcionamiento de las garantías a las peculiaridades nacionales.

En ese sentido, la interactividad que permiten los recursos del *campus virtual* debe dar lugar a un intenso ejercicio del debate, la crítica y la reflexión colectiva sobre las normas vigentes y en proyecto y sobre las propias prácticas profesionales y sus posibilidades de mejora. Sólo así el curso alcanzará plenamente el objetivo que pretende de contribuir al fortalecimiento del Poder Judicial, y con él del Estado de Derecho en la República Dominicana.

José Manuel de Paúl

Coordinador del Curso

convertida en máxima por el Tribunal Constitucional español (por todas, sentencia 81/2000, de 27 de marzo, FJ.21).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Jorge A. Subero Isa
presidente de la scj
Rafael Luciano Pichardo
primer sustituto del presidente
Eglys Margarita Esmurdoc
segundo sustituto del presidente

Hugo Alvarez Valencia
Margarita Tavares
Víctor José Castellanos Estrella
Julio Ibarra Ríos
Edgar Hernández Mejía
Dulce María Rodríguez de Goris
Ana Rosa Bergés Dreyfous
Juan Luperón Vásquez
Julio Aníbal Suárez
Enilda Reyes Pérez
José Enrique Hernández Machado
Pedro Romero Confesor
Darío Fernández Espinal

CONSEJO DIRECTIVO

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

Jorge A. Subero Isa
presidente de la suprema corte de justicia
Víctor J. Castellanos
magistrado de la suprema corte de justicia
Arellys Ricourt
magistrada presidente de la corte de apelación
Juan Hirohito Reyes
magistrado juez de primera instancia
Juan Manuel Pellerano
abogado
Luis Henry Molina
secretario consejo



índice

módulo 1: La constitucionalización del proceso penal	I
1. La potestad punitiva estatal	
2. El ordenamiento procesal penal dominicano: El modelo vigente y el proyectado.	
3. El órgano jurisdiccional y el sistema procesal	
módulo 2: El principio de contradicción en el proceso penal dominicano	39
1. El principio de contradicción en el proceso penal dominicano.	
módulo 3: Los principios del proceso penal como manifestaciones del derecho al debido proceso	57
1. Principio de Oralidad	
2. Principio de Inmediación	
3. Principio de concentración	
4. Publicidad	
5. Conclusiones.	
módulo 4: La presunción de inocencia. generalidades	87
1. Origen y Evolución histórica	
2. Reconocimiento en los tratados internacionales	
3. La pluralidad de significados y contenidos atribuidos a la presunción de inocencia.	
4. La crítica doctrinal autoritaria a la presunción de inocencia y su pervivencia en la doctrina de la seguridad ciudadana	
5. 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	
6. 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 <i>in dubio pro reo</i> .	
7. La presunción de inocencia como norma de tratamiento. Los límites de la intervención procesal respecto del inculpado	
módulo 5: El principio de presunción de inocencia: su función como regla probatoria o de juicio	131
1. Origen y consagración constitucional	
2. Construcción dogmática de la presunción de inocencia. Concepto constitucional y notas que lo caracterizan	
3. Ambito de aplicación de la presunción de inocencia	
4. Estructura del principio de presunción de inocencia y requisitos para su enervación	



módulo 6: el principio acusatorio en sentido estricto 179

1. La aparición del proceso penal moderno: los sistemas procesales.
2. El principio acusatorio en sentido estricto: su relación con el sistema acusatorio y su distinción del mismo.
3. Configuración constitucional del principio acusatorio como integrante del derecho a un juicio justo (proceso debido).
4. Notas esenciales del principio acusatorio.
5. Distinción entre órganos de acusación, de instrucción y de enjuiciamiento.
6. Correlación entre acusación y sentencia condenatoria. Vinculación del tribunal al acta de acusación. Excepcionales posibilidades de variación: el criterio de la homogeneidad.
7. Principio acusatorio y práctica de la prueba. Facultades de aportación probatoria de oficio del Tribunal.
8. Principio acusatorio e individualización de la pena.
9. Posibilidad del tribunal de apartarse de la conformidad de las partes.
10. El principio acusatorio en la segunda instancia: “reformatio in peius”.
11. La fase de ejecución de la sentencia.
12. El principio acusatorio y las responsabilidades civiles.

módulo 7: Los principios de legalidad y de oportunidad en el proceso penal 223

1. Del principio de Legalidad.
2. Del Principio de Oportunidad

módulo 8: medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales 257

1. Consideraciones Previas.
2. Principios Generales: Especial referencia al de legalidad, proporcionalidad, motivación y exclusividad jurisdiccional.
3. Derechos fundamentales afectados.
4. Intervenciones corporales: Cacheos y registros personales
5. Reconocimientos médicos e intervenciones corporales.
6. Visita domiciliaria: la inviolabilidad del domicilio y sus límites, concepto constitucional del domicilio.
7. Intervención de la correspondencia y las telecomunicaciones.
8. Otros medios de injerencia en la intimidad: filmaciones y escuchas microfónicas

módulo 9: La prisión preventiva 295

1. Generalidades: las medidas cautelares penales en general y la prisión preventiva como medida cautelar.
2. Medidas Cautelares personales: la prisión preventiva.

módulo 10: La prueba en el proceso penal 325

1. Prueba: “Acreditación de la certeza de un hecho”.
2. La Admisión de la Prueba y el Derecho de utilizar los Medios de Pruebas Pertinentes: los criterios de pertinencia y necesidad.
3. Prueba Directa o Indirecta.
4. Intervención del Juez o Tribunal en la Práctica de la Prueba.
5. Especial referencia a los casos más problemáticos: declaración de la víctima, testigos policiales, menores, declaración de coimputados, peritajes oficiales.
6. Conclusión.

módulo II: LA sentencia penal

371

1. La exigencia de legitimación racional de la sentencia como acto de poder.
2. Morfología de la sentencia penal. 2.1. El modelo preconstitucional. 2.2. El modelo constitucional.
3. El contenido de la sentencia.
4. El desarrollo de la actividad decisoria.
5. La motivación como justificación.
6. A manera de conclusión: propuesta de estructura y contenido de la sentencia.

módulo 12: ejecución de la sentencia penal

405

1. Ejecución penal: concepto y naturaleza.
2. Contenido de la ejecución penal. 2.1. Las consecuencias principales del delito: penas y medidas de seguridad.
3. Título de la ejecución penal.
4. Principios fundamental de la ejecución penal.
5. Órganos de la ejecución penal.
6. La ejecución de las penas privativas de libertad.
7. La actividad penitenciaria.

módulo 13: Niños, niñas y adolescentes en el ámbito del proceso penal

453

1. Problemática del menor de edad infractor.
2. Tratamiento de la justicia penal a los niños, niñas y adolescentes infractores.
3. Administración de justicia penal de niños, niñas y adolescentes.
4. Principios fundamentales en el proceso penal de niñez y adolescencia.
5. La acción de Hábeas Corpus en la justicia penal de niños, niñas y adolescentes.
6. Principio de impugnación



The logo consists of the letters 'C', 'P', and 'P' in a bold, sans-serif font. The 'C' is white and set against a black square background. The first 'P' is white and set against a light gray square background. The second 'P' is white and set against a dark gray square background. The three squares are arranged horizontally and are partially overlaid by a solid dark gray horizontal bar that extends to the right edge of the page.

CPP

constitucionalización del proceso penal



por Félix Damián Olivares Grullón
Abogado de República Dominicana

La constitucionalización del proceso penal

1. La potestad punitiva estatal: el triple monopolio oficial. 1.1. De la venganza privada a la paz del rey. 1.2. De súbdito a ciudadano: entre la justicia monárquica y la justicia republicana. 1.3. Fundamentos de la potestad punitiva estatal. 1.4. La potestad punitiva estatal en el paradigma constitucional. 1.4.1. El principio de legalidad. 1.4.2. El principio de juicio previo o estricta jurisdiccionalidad. 1.4.3. La presunción de inocencia. 1.4.4. El principio del derecho al proceso. 1.4.5. La prohibición de la doble persecución penal. 2. El ordenamiento procesal penal dominicano: el modelo vigente y el proyectado. 2.1. Adopción y vicisitudes históricas del Código de Instrucción Criminal. 2.2. Bases y orientaciones de la reforma procesal penal. 3. El órgano jurisdiccional y el sistema procesal. 3.1. Independencia judicial. 3.2. Derecho al juez natural. 3.3. Derecho al juez imparcial.



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 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

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

¹ Bustos Ramírez, Introducción al Derecho Penal. Ed. Depalma, Buenos Aires. P. 6. Jorge Vázquez Rossi, en su “Derecho Procesal Penal” cita 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.

² Ver a Maier, Julio B., Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1996.

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, así como los fundamentos y límites de esta potestad.

I.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 al 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.

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**.³

En **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 aiosamente para poder concretarla.⁴

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 funda-

³ 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.

⁴ Cafferata Nores, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1998, P. 8.

mentos 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. 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 eclesiaísticos, fue sustituida paulatinamente por los tribunales reales, integrados de modo permanente por 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. **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 denunciantes anónimos 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. La valoración de la prueba se operaba a partir de un sistema taxado o prueba legal. Las decisiones eran normalmente impugnables por efecto de la organización jerárquica y delegada de la jurisdicción.

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 proceso adversarial basado en la inmediatez.	La verdad proviene de un largo 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 materializa-

da 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.

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.

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, se planteó la regla de ***ne proceda iudex ex officio***.

1.3. 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.

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 contribuye a fijar barreras al 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.

Binding 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. 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.⁵

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 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**. 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

⁵ El artículo 8, ordinal 5 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 que conductas resultarían punibles.

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.”**⁶

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.”⁷

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 **ultima ratio y el carácter subsidiario** que se atribuye al derecho y al sistema de coerción penales, 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**.⁸

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. 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.⁹

Bajo esta posición, el Derecho tendría una función instrumental para la realización de fines contingentes, relativos. De ahí que debamos rechazar

⁶ Schmidt, Eberhardt. Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1957, P. 18.

⁷ Ibid. P. 24.

⁸ Ver a Alberto Binder, Introducción al derecho procesal penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993. Justicia Penal y Estado de Derecho. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993. Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000.

⁹ Novoa Monreal, Eduardo. Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado, en El Poder Penal del Estado. Depalma. Buenos Aires. 1985. P. 185 y ss.

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**.¹⁰ La concepción tradicional de que el proceso penal es un mero instrumento para la realización del “jus 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.**

1.4. La facultad punitiva estatal en el paradigma constitucional

El divorcio entre el debido proceso 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 por el Código de Instrucción Criminal**, es un hecho que salta a la vista.¹¹

¹⁰ 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.

¹¹ A modo de ejemplos cabe hacer referencia a tres situaciones concretas favorecidas por la

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 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. Sin embargo, la experiencia demuestra que los poderes judiciales democráticos no pueden operar eficientemente con las herramientas e instituciones de la época colonial, 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.

La superación de los modelos inquisitivos y su sustitución por sistemas de corte acusatorio, adversariales y garantistas, representan un desafío inelu-

legislación procesal adjetiva: a) La prisión preventiva se impone 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 opera, 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 ésta se hace efectiva desde el primer acto de procedimiento y aún antes de su declaración. Tal como señala el Dr. Pellerano, 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 sólo 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 manda a que el presidente haga todo cuanto conceptúe útil para descubrir la verdad, lo que evidentemente le compromete con los resultados del proceso y lo coloca en un escenario de “todos contra uno”, quedando comprometida la imparcialidad del juez.

dible si queremos ser consecuentes con las normas y principios pautados por la Constitución. ***La transformación del proceso penal se nos plantea como un objetivo político ineludible a los fines de recuperar espacios para el Estado de Derecho y dejar atrás las formas tradicionales de poder penal selectivo, violento, arbitrario y excluyente. Es tiempo de “constitucionalizar”, por así decirlo, el proceso penal.***

Los operadores del sistema de justicia penal deben aplicar, de manera creativa y efectiva las garantías, de modo que dejen de ser postulados abstractos o teóricos para convertirse en realidades de obligado acatamiento. El disciplinamiento del proceso penal tiene que estar inspirado en el respeto irrestricto de la dignidad de la persona humana 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 dentro de los fines esenciales de la organización estatal el 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 los tribunales. Ahora bien, la realización de esta potestad y la obligación correlativa no puede operarse de cualquier modo, sino que debe sujetarse a **la forma 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.¹²

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.

1.4.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad expresado en el aforismo “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa,*” constituye un límite infranqueable fijado a legis-

¹² 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.

lador, 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.”*** 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.

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 que comportan un ataque directo a su conservación. 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.”*¹³

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.

1.4.2. 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*

¹³ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Ed. Trotta, Madrid, 1998. p. 36.

derecho a castigar en ausencia de sentencia judicial firme derivada de un juicio desarrollado en la forma señalada por la norma sustantiva.

En este contexto y haciendo acopio de una interpretación sistemática de la norma constitucional, el artículo 8, 2, literal j, puede ser leído e interpretado así: "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.

La máxima *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* debe completarse en términos operativos por el cumplimiento de la fórmula *nulla poena 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."¹⁴ 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.)."¹⁵

1.4.3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Intimamente 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 no sea venci-

¹⁴ Ibid. P. 37.

¹⁵ Maier, Op. Cit. P. 479.

da en juicio, declarada su culpabilidad y pronunciada su responsabilidad penal."¹⁶

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 manera implícita, así como por la incorporación de las convenciones y tratados internacionales en la materia, *"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."*¹⁷

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."*¹⁸

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 incoercibilidad 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 no 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."¹⁹

¹⁶ Ver Convención Americana de DD. HH., art. 8.2

¹⁷ Maier, Julio B. Op. Cit. P. 490.

¹⁸ Ibid. P. 492.

¹⁹ Beccaria, Cesare Bonnesane. De los Delitos y las Penas.

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.

1.4.4. 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.”²⁰

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 debe llevar a cabo.”²¹

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 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...).”²²

²⁰ Maier, Julio B. Op. Cit. P. 488.

²¹ Ibid. P. 489. Ver en este sentido a Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal. T. II P. 24 y ss.

²² Idem.

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.”²³

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.

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 veinte y cuatro horas.

Art. 18.- Los sorprendidos in fraganti serán llevados ante el Juez competente, y si fuere en noche, se llenará esta formalidad a seis

²³ Carnelutti, Francesco. Ed. Harla. 1997, México. P. 64.

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.

Resulta obvio que el proceso penal mixto clásico que incorporamos con la adopción de los Códigos franceses de la Restauración en virtud del decreto congresional número 48 de 1945, entra en franca contradicción con la letra y espíritu de la constitución por lo que se impone su reforma a fin de adecuarlo a los fines esenciales del Estado que son los de impartir justicia, salvaguardando los intereses encontrados de la víctima, del justiciable y del colectivo social.

La recuperación del litigio sólo es posible en la medida que el juicio oral, público y contradictorio sea el centro del proceso y no el simple epílogo de una serie de trámites que desdibujan la realización de una justicia pronta y cumplida. Si queremos tener justicia como lo manda la Constitución y lo desearon nuestros padres fundadores, tenemos que decidirnos por un modelo procesal penal donde la restricciones de la libertad la decida un juez en un juicio o vista, no de manera clandestina y sin oportunidad de defensa. Es menester, asimismo, evitar todo trámite desprovisto de sentido garantista, ya que el fondo no puede sacrificarse a la forma. El procedimentalismo y el ritualismo a lo único que conducen es a la impunidad, la arbitrariedad y la ineficiencia de la institución judicial para cumplir sus fines fundamentales.

1.4.5. 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.²⁴

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.”²⁵ 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 causa²⁶ 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.²⁷

²⁴ 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.”

²⁵ Maier, Julio. Op. Cit. Página 108.

²⁶ 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.

²⁷ 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)

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 de ser lo más amplia posible; el imputado debe poder interponerla en cualquier etapa del proceso, desde los propios inicios. (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

Sin 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 inculgado 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.

Vista como una garantía personal, esta prohibición opera a favor del imputado y 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."²⁸

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.²⁹

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. Pp. 632 y ss.

²⁸ Binder, Alberto. Op. Cit. Página 163.

²⁹ Ibid, p. 166.

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 de tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso.³⁰

2. El ordenamiento procesal penal dominicano: el modelo vigente y el proyectado

Más abajo examinaremos las circunstancias históricas en que recibimos el Código de Instrucción Criminal, y con ello el llamado sistema procesal penal mixto o inquisitivo reformado, sus dificultades para disciplinar el desarrollo del debido proceso pautado por la Constitución y las bases sobre las que se plantea el tránsito hacia un modelo adversarial de corte acusatorio.

2.1. Adopción y vicisitudes históricas del código de instrucción criminal

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.³¹

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 congresional 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

³⁰ Ibid, p. 169.

³¹ 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."

verbales y formularios que denominamos “el expediente”, condicionan a la otra etapa procesal, el juicio, que deviene así en una mera representación teatral de la labor realizada previamente por la policía y el juez de instrucción.

La legislación procesal penal que heredamos hace poco más de 150 años pone el procedimiento preparatorio a cargo de la figura del juez de instrucción. Este funcionario estatal concentra una multiplicidad de tareas que dificultan su cumplimiento eficiente y resultan de discutible compatibilidad. En efecto, el juez de instrucción realiza actividades de mero trámite (requiere autorizaciones, recibe querellas, cita, extiende comisiones rogatorias), investigativas (interroga, realiza allanamientos y registros, secuestra objetos y documentos), restrictivas de libertad (ordena conducencias, impone multas, ordena la prisión preventiva o provisional, dispone su suspensión, concede libertad bajo fianza) y jurisdiccionales (decide 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, limitan su eficiencia como investigador y comprometen su imparcialidad como juzgador. Expresado en las palabras de 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.”³²

La conclusión en tiempo oportuno de la instrucción preparatoria representa por sí sola un esfuerzo inmenso para los actuales jueces, quienes son cruelmente sometidos a la angustia de vivir permanentemente en infracción a los plazos legales. Esta situación reduce su poder y les aparta 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 sea juzgada en un juicio público.

El interés por superar las aludidas dificultades condujeron, 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.”³³ 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.

³² Exposición de motivos del Código Procesal Penal de Guatemala en 1989, en Congreso Regional sobre Reforma de la Justicia Penal. ILANUD. Guatemala, 199. P. 55.

³³ Ver decreto del Senado Consultor No. 389 de fecha 22 de mayo de 1855.

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 se reuniera para discutirlos y “añadir y quitar lo que convenga, y sobretodo 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 y rodéandolos de formalidades difíciles y embarazosas para los mismos jueces, y que a nada conducen para proteger la ley y evitar la arbitrariedad.”³⁴

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 su 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.”³⁵ De modo, que según el criterio del ilustre jurista e historiador, no bastaban las reformas parciales ni coyunturales, sino que era necesaria 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.”³⁶ La referencia a que tratándose Francia de una monar-

³⁴ Citado por el Dr. Julio Genaro Campillo Pérez en Trabajos Conmemorativos de la Adopción de los Códigos Franceses como Leyes Nacionales. ONAP, Santo Domingo, 1985.

³⁵ 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.

³⁶ Campillo Pérez, Julio Genaro. Op. Cit.

guía 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 autoritario, centralizado y 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 sus respectivas 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 pre-

venidos 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 dotarnos 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, no alcanza a ocultar la constatación histórica de las serias dificultades que ha confrontado nuestro sistema de justicia penal para aplicar efectivamente sus normas, reglas y principios. En todo caso, es preciso advertir que el sistema procesal penal seguido es el llamado **mixto clásico o inquisitivo reformado** que combina 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.

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 ha introducido al ordenamiento procesal penal dominicano no son para nada originales, sino que en la zaga de la legislación francesa, procedemos cada cierto tiempo a introducir remiendos al citado Código de Procedimiento Criminal, lo cual, obviamente no ha solucionado de raíz las dificultades 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.”

2.2. Bases y orientaciones de la reforma procesal penal proyectada

La reforma del 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 transformación de 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 la reforma del 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.

2.2.1. Los principios fundamentales de un nuevo 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 una propuesta de 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 consagradas 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 esquivo 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 inmediación 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 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 sus respectivas funciones...”, no nos dice el cómo se hace operativa esa independencia orgánica y funcional. Los principales tratadistas han señalado que las preguntas claves para precisar el significado y alcance del concepto independencia judicial, serían: ¿Por qué existe independen-

cia judicial? ¿De qué o de quiénes es independiente el juez? ¿Qué mecanismos la hacen efectiva y real?

“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.”³⁷

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.

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.

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, muchos 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.

³⁷ Salas y Rico, Luis y José. La Independencia Judicial. CAJ. 1990. San José. P. 10.

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, le gratifica, le 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 Abranches *"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."* 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 preconstituídos 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.

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.³⁸

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.

"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

³⁸ Maier, Julio. Op. Cit. P. 763.

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.

"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 le 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."³⁹

Luigi Ferrajoli visualiza la garantía del juez natural como una regla normal aplicable al "régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiendo 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 constuido *post factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales.⁴⁰

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.)."⁴¹ De suerte que la regla se refiere a la jurisdicción como órgano y no a la identidad de la persona.

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 inaltera-

³⁹ Binder, Alberto. Op. Cit. P. 138.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, Op. Cit. P. 590.

⁴¹ Maier, Julio. Op. Cit. P. 774.

bilidad 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.”⁴²

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.”⁴³

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 requiriente 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 organiza el Código de Instrucción Criminal es 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 atribuye tareas persecutorias, investigativas, administrativas y jurisdiccionales al juez de instrucción con lo que se compromete no sólo su eficiencia, sino también su imparcialidad. Algunos podrán plantear que la impar-

⁴² Ferrajoli, Luigi. Op. Cit. P. 590. Aunque pudiere parecer inverosímil o extraño la ocurrencia de casos en los cuales se violente este principio, conviene recordar que en el caso seguido al ex presidente 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.

⁴³ Ferrajoli, Luigi. Op. Cit. P. 590.

cialidad 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.⁴⁴

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 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 impone un papel activo en la búsqueda y manifestación de la verdad. Esta norma adjetiva, inspirada en el “ancien regime”, hace al juez responsable del descubrimiento de los hechos que integran la acusación, lo que evidentemente contraviene 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 artículo 231⁴⁵ del Código de Instrucción Criminal favorece un verdadero desequilibrio procesal, ya que al comprometer a los jueces con los resultados del juicio, organiza un proceso de “todos contra uno”. Se dibuja la clara separación de funciones que debiera existir entre el órgano de persecución y los jueces.

⁴⁴ Las funciones de investigar y perseguir difícilmente sean 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, 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.

⁴⁵ 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.**”

Los rasgos inquisitivos del juicio penal se evidencian además cuando observamos las formas en que son conducidos los debates e interrogatorios, ya que los jueces no se limitan, 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”, relevan a la acusación de su obligación de probar su hipótesis y el juicio asume 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 subconcientes), vinculado a su propia afirmación inicial.”

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.

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,⁴⁶ 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 acreditado 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.

⁴⁶ 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 ultra-petita 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 que 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

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, contraviene la garantía básica del derecho a un juicio previo ante jueces imparciales que promete la Ley Suprema de la Nación. El mandato a cargo de los jueces de desaplicar las normas inconstitucionales conducirían a que, hasta tanto se produzca la derogación expresa de ese texto aberrante, su función se limite 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 sobrepertes."⁴⁷

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.

⁴⁷ Carnelutti, Francesco. 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.



PCPP módulo 2

por guillermo moreno
Abogado de República Dominicana

el principio de contradicción en el proceso penal dominicano

I. el principio de contradicción en el proceso penal dominicano. 1.1 Consideraciones generales. 1.2 El principio de contradicción. a. La igualdad de partes. b. El derecho de defensa. c. Imparcialidad del juez.



I. El principio de contradicción en el proceso penal dominicano

I.1 consideraciones generales

La contradicción constituye un principio fundamental del proceso judicial democrático, por lo que es mandatorio referirnos brevemente a éste.

Todo proceso judicial nos remite al conjunto de relaciones y actuaciones que sobrevienen, en el ámbito del órgano jurisdiccional público, a propósito de un diferendo entre partes enfrentadas en sus respectivas pretensiones e intereses.

De lo anterior resulta que es consustancial al proceso judicial, la existencia de partes confrontadas ante el órgano jurisdiccional público, a quien corresponderá, finalmente, decidir el diferendo. La pretensión de una exclusiva parte, o aún, los casos de enfrentamiento de intereses, fuera de los órganos jurisdiccionales del Estado, no constituyen propiamente un proceso judicial.

El proceso penal, de modo particular, supone una conducta, caracterizada por la ley como lesiva a una o varias personas, a la sociedad o al Estado, que justifica la intervención del aparato represivo del Estado, buscando la imposición de las sanciones correspondientes, luego de probar la culpabilidad de la o las personas que resulten responsables de los hechos. El conjunto de relaciones y actuaciones que tienen lugar, en lo que concierne a la parte pública –buscando probar la relación entre el hecho infraccional y una o varias personas–, en lo que concierne al acusado, buscando éste defenderse, constituye el nudo central del desenvolvimiento y desarrollo del proceso penal. En esta dialéctica, la víctima de la infracción tendrá un papel híbrido, vinculado a su interés privado y a su condición de miembro de la sociedad.

El proceso penal tiene pues una naturaleza, unos momentos, unas partes, unos principios y una finalidad que les son propios y que le dan una estructura y un desenvolvimiento particular.

El proceso penal supone una sucesión de momentos articulados, pero diferenciados. Hay un período pre-procesal, que arranca con la comisión o la tentativa de la infracción, y abarca toda la actuación previa a la imputación de los hechos delictuales, a una o varias personas. La investigación innominada, de reunión de elementos sobre las circunstancias de la infracción misma, etc. no es parte integral del proceso penal. El proceso penal se inicia, propiamente, desde el momento en que, el órgano competente, realiza o adopta medidas tendentes a establecer el vínculo entre

uno o varios individuos y los hechos infraccionales, y más propiamente, a partir del momento en que se inculpa a alguien de la comisión de la infracción.

En el proceso penal, pueden distinguirse dos etapas: la de investigación de la infracción, que habrá de concluir en la acusación formal o el desistimiento; y la de juzgamiento, que habrá de terminar con el establecimiento de la culpabilidad y el grado de responsabilidad del o de los acusados, o con su descargo. La ejecución de la pena no forma parte del proceso penal, sino más bien es su consecuencia.

El proceso penal se desenvuelve, en principio, en la dialéctica de intereses de tres partes actoras. El autor de la conducta violatoria de la ley penal, que tomará el nombre de inculpado o acusado, conforme el momento procesal; la parte acusadora, que actúa en nombre del interés de la sociedad, lesionado por la violación de la ley; y por último, la víctima, quien directamente recibe el daño, como consecuencia de la infracción. El proceso penal, para constituirse, requiere, de modo imprescindible, la presencia del órgano acusador y del acusado. La víctima puede buscar su resarcimiento pecuniario y moral, independientemente o junto al órgano acusador, o simplemente limitarse a vigilar a éste o renunciar expresa o tácitamente a ser parte del proceso penal. El juez, propiamente no es una parte, en cuanto no tiene ningún interés, que no sea, ejercer el control de la legalidad en el desarrollo del proceso, y finalmente, decidir conforme a la ley, sobre la culpabilidad o no del acusado.

Contrario a lo que se predica, la finalidad del proceso penal no es el establecimiento de la verdad objetiva, respecto de la comisión de la infracción. Podría afirmarse que de modo general el proceso penal se ha organizado buscando asegurar la sanción adecuada a toda conducta penada por la ley. Sin embargo, a priori, sólo puede tener carácter de verdad objetiva, la comisión misma de la infracción y el daño producido por ella. El establecimiento de un vínculo, entre el supuesto autor y los hechos infraccionales, constituyen siempre una subjetividad, que la convertimos en verdad objetiva, respecto de la infracción, a posteriori, por la mediación de una decisión condenatoria irrevocable del órgano judicial competente. De ahí que el desenvolvimiento del proceso penal esté marcado, más por la tensión permanente entre el órgano acusador y la preservación de los derechos y garantías del acusado, que por el establecimiento de la verdad sobre los hechos.

La sanción resultante del proceso penal está acorde, con la naturaleza pública de éste, que lo distancia del proceso privado. En este último, la sanción afectará principalmente el patrimonio de la parte que resulte perdida, mientras que en el penal, la sanción se cumple generalmente como pérdida de derechos consustanciales de la persona condenada, tal como el derecho a la vida – en los lugares donde existe la pena de muerte como

sanción penal– o el derecho a la libertad personal, éste último incluso, desde antes de la condena. Subsidiariamente, el proceso penal puede conllevar afectación del patrimonio del condenado.

Múltiples son los principios que crean el marco general de desenvolvimiento y desarrollo del proceso penal: el de legalidad, de personalidad, de oficiosidad, de único proceso y de contradictoriedad, para sólo citar unos cuantos. De éstos se derivan otros principios subsidiarios, derechos y garantías específicas, para cada parte actora y para cada momento del proceso penal, conformando un tramado complejo.

El principio de legalidad garantiza que nadie podrá ser perseguido, acusado o sancionado, por una infracción y una pena, que con anterioridad al hecho, no estuviere tipificada y establecida en la ley penal. Proyectable este principio también a que todo imputado, sólo sea investigado, acusado y juzgado por las autoridades y tribunales competentes y naturales, conforme a lo que previamente esté establecido en la ley. Por último, este principio implica que las autoridades deben actuar, en cada fase del proceso, limitándose estrictamente a las facultades que le confiere la ley, observando el procedimiento debido, y respetando los derechos y garantías legales consagrados. En el país, este principio figura en la Constitución, en el artículo 47¹, y es completado en el ámbito penal, por varias disposiciones de las contenidas en el ordinal 2do. del artículo 8² sobre la seguridad individual y por el artículo 48³. También en el artículo 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH)⁴.

El principio de oficiosidad se refiere a la capacidad de las autoridades penales competentes para iniciar de oficio la acción penal, sin tener que esperar el apoderamiento formal, salvo los casos en que excepcional-

¹ Artículo 47: “La ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que está subjuice o cumpliendo condena. En ningún caso la ley ni poder público alguno podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior”.

² Artículo 8: “(...) 2. La seguridad individual. (...) b) Nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito. c) Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona. d) 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. j) Nadie podrá ser juzgado (...) sin observancia de los procedimientos que establezca la ley (...).

³ Artículo 48: “Las leyes relativas al orden público, la policía, la seguridad y las buenas costumbres, obligan a todos los habitantes del territorio y no pueden ser derogadas por convenciones particulares”.

⁴ Artículo 9 (CADH): “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictuosas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena mas 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 mas leve, el delincuente se beneficiara de ello.

mente la ley exige de la previa interposición de una querrela. Esta facultad de actuación independiente de las autoridades penales, deriva de que la sociedad ha otorgado al Estado, la tutela de determinados bienes jurídicos imprescindibles para la permanencia misma de la comunidad, por lo que su transgresión, le da competencia a los órganos del Estado, para auto apoderarse, perseguir, acusar y sancionar, al margen del interés que muestre la víctima directa. Los artículos 28⁵, 29⁶, 32⁷ y 47⁸ del Código de Procedimiento Criminal dominicano, al estipular los modos de apoderamiento del Ministerio Público, de la Policía Judicial y sus facultades de actuación, frente a la comisión de las infracciones, dejan sentado la consagración del principio de oficiosidad.

El principio de personalidad conlleva el reconocimiento de toda persona humana como sujeto de derechos y deberes, y en el ámbito del proceso penal, que sólo serán responsables, aquellos contra quienes se pruebe, que han tenido participación en el hecho infraccional, con exclusión de todo quien esté ajeno a la comisión de la infracción. La CADH consagra, de modo expreso, el derecho de toda persona, al reconocimiento de su personalidad jurídica⁹.

El principio de un único proceso penal o “non bis in idem” consagra que nadie debe ser juzgado dos veces por un mismo hecho. De modo expreso figura en el artículo 8.2.h¹⁰ de la Constitución dominicana.

⁵ Artículo 28 del CPCD: “Toda autoridad constituida, todo funcionario o empleado público que, en el ejercicio de sus funciones adquiera el conocimiento de que se ha cometido un crimen o un delito, estará obligado a participarlo en el acto al fiscal del tribunal en cuyo distrito judicial se hubiere cometido el crimen o el delito, o al de aquel donde el procesado pueda ser aprehendido; así como a transmitir a dicho funcionario todas las noticias, actos y actas que se relacionen al caso. ”.

⁶ Artículo 29 del CPCD: “Todo el que haya sido testigo de un atentado, sea contra la seguridad pública, sea contra la vida o la propiedad de un individuo, está igualmente obligado a participarlo al fiscal, sea del lugar donde se cometió el crimen o el delito, sea del en que el inculpado pueda ser aprehendido.”.

⁷ Artículo 32 del CPCD: “En los casos de flagrante delito, y cuando el hecho por su naturaleza apareje pena aflictiva o infamante, el fiscal se transportará sin demora, al lugar en donde se cometió el hecho, para extender allí las actas necesarias, con el fin de hacer constar el cuerpo del delito, su estado, el de los lugares, y para recibir las declaraciones de las personas que hubiesen estado presentes, o que pudiesen dar algunos detalles. Dará conocimiento de su transporte al juez de instrucción, sin necesidad por esto de agradecerle para proceder en la forma que se establece en el presente capítulo”.

⁸ Artículo 47 del CPCD: “Fuera de los casos de expresados en los artículos 32 y 46, al tener noticia el fiscal, sea por denuncia o por cualquiera otro medio, de que se ha cometido un crimen o un delito en su distrito, o de que un individuo inculpado se encuentra en aquella jurisdicción, está obligado a requerir al juez de instrucción que ordene la información sumaria, y aún si fuere necesario, que se transporte a los lugares, con objeto de extender todas las actas necesarias, en la forma que se explicará en el capítulo de los jueces de instrucción”.

⁹ Artículo 3.

¹⁰ Artículo 8.2.h: “Nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa”.

Por último, el principio de contradicción, viene a consignar la dialéctica que domina el desarrollo de todo proceso moderno, principio éste del cual nos ocuparemos, más detalladamente, a continuación.

1.2 El principio de contradicción

En todo proceso penal hay una tensión natural y permanente entre el interés del órgano acusador, por probar el vínculo entre el imputado y la infracción cometida, y el interés del acusado, invocando su inocencia, o tan sólo, reclamando un nivel menor de responsabilidad penal.

Esta tensión natural y permanente a todo proceso penal, se va a evidenciar durante el desarrollo de éste, y va a depender, principalmente, de cuántos derechos y garantías les sean reconocidos al acusado, frente a la omnipotencia y amplias facultades del órgano acusador.

Puede afirmarse que los distintos sistemas procesales, se diferencian por los derechos y garantías reconocidos al acusado, y por el grado de contradicción en que se desenvuelve el proceso.

En un sistema inquisitorio puro, el órgano acusador se transmuta, a su vez, en el órgano de decisión de la culpabilidad, en base a las pruebas aportadas por él mismo, y el acusado, está despojado de todo derecho y garantía, careciendo de facultad para contradecir la acusación. Un proceso penal con esas características se desenvuelve ausente de toda tensión. La ausencia de toda posibilidad de contradicción, entre las partes, cuestiona que se trate, propiamente, de un proceso penal.

21. En el sistema acusatorio, las partes tienden a igualarse en sus derechos y facultades y a someter a contradicción toda actuación y toda prueba relativa a la acusación. Un proceso penal con este carácter, se desenvuelve en un creciente grado de tensión.

El principio de contradicción, en el proceso penal dominicano, se encuentra consagrado en el texto constitucional vigente, al disponer que nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado; obligar a observar los procedimientos que establezca la ley; asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa¹¹.

La vigencia efectiva del principio de contradicción, particularmente en el proceso penal, requiere de por lo menos tres condiciones imprescindibles

¹¹ Artículo 8.2.j. : "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".

y concurrentes: la igualdad de partes, la plena consagración del derecho de defensa, y el control del proceso por un juez imparcial.

A) La igualdad de partes

La primera condición para que pueda realizarse el principio de contradicción es que exista igualdad entre las partes. Esto significa que éstas se encuentren en condiciones similares para alegar y defenderse, para probar todo cuanto fuera de su interés y para atacar toda decisión que le resulte adversa; en fin, que el acusado y la víctima, en la defensa de sus respectivos intereses, estén en igualdad de armas, respecto del órgano acusador. Lo que se plantea es asegurar, que la naturaleza distinta de las partes del proceso penal (una de carácter público y las otras de carácter privado), no se traduzca en una situación de privilegios para unos y de discriminación o indefensión para otros.

La igualdad de partes está consagrada en la Convención Americana de los derechos Humanos, al disponer, en su artículo 8, el derecho de toda persona, “durante el proceso (...) en plena igualdad, a las garantías...” enumeradas por dicha Convención. En la legislación procesal dominicana no figura expresamente, aunque puede deducirse como corolario del principio constitucional que establece, que la ley es igual para todos¹².

En la organización y desarrollo del proceso penal dominicano, hay varias disposiciones legales y prácticas que desconocen la igualdad entre las partes.

Entre el órgano acusador y el acusado, la primera desigualdad se produce por la distinta posición en que uno y otro están colocados, en los hechos, respecto del deber de obediencia y sometimiento a la ley. En la práctica, las autoridades encargadas de la persecución de las infracciones, desconocen frecuentemente los derechos y libertades de las personas que investigan, violando importantes leyes penales que tipifican estos delitos, sin que en ningún caso reciban sanción alguna¹³. Esta situación constituye la peor desigualdad entre las partes del proceso, porque coloca a un acusado frente a una autoridad todopoderosa, que puede desconocer los

¹² Artículo 8.5 de la Constitución Dominicana.

¹³ Las denuncias de las violaciones mas frecuentes que cometen las autoridades se refieren al desconocimiento del plazo de las 48 horas para el sometimiento a la justicia o puesta en libertad de toda persona detenida; Ejecuciones de personas en supuestos intercambios de disparos; práctica por la policía de torturas durante la investigación de las infracciones; el arresto de personas por autoridades sin competencia o fuera de los casos de crímenes flagrantes; detención por la policía de familiares para obligar al sospechoso a entregarse; presión a los detenidos para obligarlos a confesar y a declarar contra si mismo; falsificación de interrogatorios y de las firmas durante la investigación policial, etc.

límites que establece la ley, como garantía para la preservación de los derechos y libertades de los ciudadanos.

En la jurisdicción de instrucción, tal y como está organizada en el país, siguiendo el modelo del Código de Instrucción Criminal francés, son varias las situaciones de desigualdad notoria, que operan en perjuicio del acusado. En esta jurisdicción, la primera cuestión que resalta es, que el inculpado, además de estar enfrentado al Procurador Fiscal, y eventualmente a la parte civil, también lo está al Juez de Instrucción, por ser éste el encargado de realizar, por sí mismo, la investigación de la infracción. El Juez de Instrucción, lejos de limitarse a la apreciación de pruebas indiciarias, es el órgano encargado de reunir pruebas suficientes para fundamentar el envío del inculpado, ahora en calidad de acusado, a la jurisdicción de juicio.

En la jurisdicción de instrucción, de manera particular, la desigualdad de partes se verifica en los hechos siguientes:

- El Juez de Instrucción tiene el deber de comunicar al Procurador Fiscal toda querrela para asegurar que éste requiera lo que le corresponda, no teniendo esta obligación respecto del inculpado¹⁴;
- Durante la sustanciación de la instrucción, el Juez de Instrucción debe comunicar, al Procurador Fiscal, todo acto o requerimiento que disponga¹⁵, no siendo así respecto del inculpado.
- Durante la instrucción, el Procurador Fiscal puede acceder al expediente, cuantas veces lo desee, no teniendo el inculpado este derecho¹⁶.
- El Procurador Fiscal acompañará siempre al Juez de Instrucción, cuando éste se transporte a los lugares¹⁷. El inculpado no tiene este derecho.
- El Código de Procedimiento Criminal autoriza al Procurador Fiscal, al denunciante o querellante, a indicar al Juez de Ins-

¹⁴ Artículo 70 del CPCD: “El juez de instrucción competente para conocer de la querrela, ordenará se comunique al fiscal para que, en vista de ella, requiera lo que corresponda”.

¹⁵ Artículo 61 del CPCD: El fiscal “fuera de los casos de flagrante delito, el juez de instrucción no hará ningún acto de instrucción ni de persecución sin haberlo comunicado antes al Procurador Fiscal”.

¹⁶ Artículo 61 del CPCD: El fiscal “podrá requerir, además, durante la sustanciación del proceso, que se le pase éste cuantas veces sea necesario, a reserva de devolverlo dentro de las veinticuatro horas”.

¹⁷ Artículo 71 del CPCD: “El juez de instrucción hará citar a su presencia a las personas que hayan sido indicadas en la denuncia, en la querrela, por el fiscal o de cualquiera otro modo, como que tienen conocimiento del crimen o delito, o de sus circunstancias.

trucción, nombres de personas para que sean citadas como testigos¹⁸, no estando consagrado expresamente en favor del inculpado, aunque en la práctica, los jueces de instrucción lo permiten.

- La desigualdad de partes se verifica también en el hecho de que, a pesar del Procurador Fiscal ser el acusador, el Juez de Instrucción debe obtener su previa opinión para dictar el mandamiento de prisión provisional. Además, sólo con la anuencia del Procurador Fiscal, puede el Juez de Instrucción suspender el mandamiento de prevención o de prisión provisional¹⁹. En uno y otro caso, éstas deberían ser facultades privativas del Juez de Instrucción²⁰.
- Asimismo, al término del procedimiento, de modo obligatorio, debe el Juez de Instrucción comunicar el expediente al Procurador Fiscal, para que éste emita el requerimiento definitivo, si lo considera oportuno²¹.

En el juicio de fondo, el Procurador Fiscal, conforme a nuestra organización judicial, tiene la misma categoría que el juez del juicio, a excepción de la Policía de la audiencia, que corresponde exclusivamente a éste. De aquí se derivan situaciones de privilegios para el Procurador Fiscal, en el desarrollo del juicio de fondo, que no resultan equitativas con las demás partes del proceso penal. El Procurador Fiscal se sienta junto al juez, en el mismo estrado, y está facultado para interrogar directamente al acusado y a los testigos, peritos e informantes, de todo cuanto pueda ser de su interés. El defensor y la parte civil constituida, se sitúan en el estrado, en planos inferiores al Ministerio Público y al juez,

¹⁸ Artículo 71 del CPCD: “El juez de instrucción hará citar a su presencia a las personas que hayan sido indicadas en la denuncia, en la querrela, por el fiscal o de cualquiera otro modo, como que tienen conocimiento del crimen o delito, o de sus circunstancias”.

¹⁹ Artículo 62 del CPCD: “Cuando el juez de instrucción se transporte a los lugares de los hechos, irá siempre acompañado del fiscal y del secretario”.

²⁰ Artículo 94 del CPCD: “Después del interrogatorio, o en caso de fuga del inculpado, el juez de instrucción podrá dictar según la gravedad del caso, mandamiento de prevención o de prisión provisional. Este último no podrá librarlo sino después de haber oído al Procurador Fiscal. En el curso de la instrucción podrá, con la anuencia del Procurador Fiscal, y cualquiera que fuere la naturaleza de la inculpación, suspender el mandamiento de prevención, o de prisión provisional, siempre que no existieren indicios graves de la culpabilidad del procesado, y a condición de que éste se comprometa a presentarse a todos los actos del procedimiento y para la ejecución de la sentencia tan pronto como sea requerido al efecto”.

²¹ Artículo 128 del CPCD: “En cuanto el procedimiento esté terminado, el Juez de Instrucción lo comunicará al Procurador Fiscal, el cual deberá dirigirle sus requerimientos en el término de tres días cuando más. Devuelto el expediente por el Procurador Fiscal, y sometido al Juez de Instrucción, si éste es de parecer que el hecho no constituye crimen, proveerá un auto declarando que no ha lugar a la persecución criminal, y devolverá el expediente al Procurador Fiscal, ordenando a este funcionario, si dicho procesado estuviere preso, ponerlo en libertad”.

a la izquierda y derecha de éste último, respectivamente, y toda pregunta que quieran dirigir al acusado o a los testigos, etc., deben hacerlo por intermedio del Juez, quien puede reformular la pregunta o tacharla, si lo considera de lugar.

Respecto del ejercicio de los recursos, si bien el acusado tiene facultad de recurrir, tanto la decisión del Juez de Instrucción, como las decisiones del Juez de primer y de segundo grado, interponiendo recursos de apelación, en los dos primeros casos, y de casación en el tercero; la facultad de apelación del Ministerio Público es múltiple, toda vez que puede recurrir de forma independiente, además del representante del Ministerio Público en la jurisdicción de que se trate, también los representantes de las jurisdicciones superiores respecto de las decisiones de jurisdicciones inferiores. Evidentemente esto constituye una situación de evidente desigualdad entre las partes respecto del acusado que podrá enfrentar hasta una triple apelación.

La víctima directa de la infracción no recibe, en el proceso penal dominicano, un tratamiento igual a las demás partes. La víctima, a pesar de ser, por derecho propio, una parte integral del proceso penal, derivado del daño sufrido por la infracción, en el esquema procesal nuestro, para ser considerada propiamente una parte y poder ejercer los derechos de ésta, debe presentar querrela²² con constitución expresa en parte civil. En esta concepción, el interés de la víctima, como parte del proceso penal, queda reducido a la búsqueda de reparación pecuniaria del victimario –igual que si se tratara de la violación de un contrato privado– ignorándose el legítimo interés de toda víctima de recibir, desde la comisión de la infracción, la protección necesaria del Estado, para su seguridad personal, así como el interés legítimo de darle seguimiento al curso del proceso.

También se verifica que ciertas categorías de víctimas, en especial mujeres, homosexuales, menores de edad, pobres, extranjeros y grupos étnicos, en muchos casos, son objeto de tratamiento discriminatorio por las autoridades judiciales, produciéndose en su contra una doble victimación. Los casos típicos son los de violencia intra familiar, normalmente

²² La querrela es la denuncia hecha por la víctima de la infracción, a las autoridades competentes. Poco importa que pueda o no identificar al victimario o indicar algún dato o rasgo en sus declaraciones. El objeto de la querrela, como de toda denuncia, es llevar la noticia a los funcionarios judiciales de la comisión de una infracción, para que estos inicien la investigación correspondiente. En la práctica procesal dominicana, especialmente en la policial, se tiende a tratar como un tercero denunciante, a las víctimas que no identifican a sus victimarios. En realidad, ninguna víctima, tiene la obligación de identificar a sus victimarios, para de ahí beneficiarse de algún status procesal. Es al Ministerio Público, a la Policía Judicial y al Juez de Instrucción a quienes corresponde investigar, inculpador y eventualmente acusar a personas concretas, de la comisión de una infracción, respecto de las cuales la víctima tendrá la opción de buscar o no una reparación pecuniaria.

ignorados por las autoridades, por considerarlos “asuntos de marido y mujer”. También en los casos de violaciones sexuales, muchas veces, las víctimas son sometidas a interrogatorios burlones y vejatorios y a tener que dar explicaciones para satisfacer la morbosidad de la autoridad actuante²³.

Para que, en el respecto de la víctima, haya igualdad de partes, y por tanto se pueda verificar eficazmente el principio de contradicción, se requiere de varias modificaciones en nuestro ordenamiento procesal:

- Que la víctima de una infracción, por ser tal, y sin necesidad de su previa constitución en parte civil, pueda ejercer a plenitud todos los derechos propios de una parte; recibir la protección del Estado a su seguridad personal; ser citado a todos los procedimientos y etapas del proceso; serle notificada toda decisión adoptada en el curso del proceso; ejercer la defensa de sus intereses o puntos de vista; poder contradecir todo medio de prueba; apelar toda decisión que no comparta; reclamar la reparación del victimario, o en su ausencia, del Estado, por el daño sufrido;
- Que se le proteja de toda forma de doble victimación;
- Que la víctima pueda ejercer personalmente, el derecho de defensa de sus intereses, en las mismas condiciones y garantías en que la ley le permite hacerlo al acusado;
- Que la víctima tenga igual derecho a que el Estado le provea asistencia de un abogado, en las mismas condiciones en que lo hace para los acusados;

En conclusión, para restablecer el principio de igualdad de las partes, en el proceso penal dominicano, se hace necesario someter a las autoridades judiciales al respecto estricto de la legalidad, de los derechos y garantías otorgadas a favor de todo procesado; dar igualdad de oportunidades en el conocimiento del expediente respecto de ambas partes, en el desarrollo de la investigación e instrucción del expediente; igualar al Ministerio Público a la condición de las otras partes en la jurisdicción de instrucción y en el juicio de fondo, erigiendo al Juez por encima de todas las partes; limitar a un solo y único recurso de apelación al Ministerio Público, tal y

²³ En el país, la Ley 24-97, sobre violencia intrafamiliar, tipifica numerosas situaciones de violencia y discriminación, anteriormente ignoradas por nuestra legislación o que eran tratadas de manera muy benigna. Esta Ley es pionera además en ocuparse de las víctimas –y no solo de la tipificación del delito– y adoptar un conjunto de medidas cautelares para su protección y seguridad. Esta Ley, sin embargo, aún se aplica con bastante precariedad, en muchos casos por resistencia cultural de los que manejan el sistema judicial.

como resulta para las otras partes, y por último, equiparar los derechos de las víctimas a las demás partes, evitando las discriminación de grupos de víctimas.

B) El derecho de defensa

La posibilidad de que el proceso se desenvuelva impulsado por el principio de contradicción, depende en mucho, de que esté debidamente consagrado y más que todo, que sea respetado, el derecho de defensa.

La vigencia y respeto del derecho de defensa no sólo interesa al acusado, sino, que como hemos visto, también a la víctima, respecto de la "defensa" de su interés en el proceso.

El artículo 8.2.j de la Constitución vigente consagra este derecho, al disponer 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". Previamente en la letra "i" establece que "nadie podrá ser obligado a declarar contra si mismo".

La Convención Americana, especialmente en su artículo 8, ordinal 2do., indica un conjunto de condiciones que deben concurrir para la consagración integral del derecho de defensa:

- i) El derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete;
- ii) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- iii) Derecho del inculpado de defenderse personalmente (En este caso, corresponde al Juez determinar si efectivamente queda asegurado el derecho de defensa);
- iv) Derecho del inculpado de ser asistido por un defensor de su elección;
- v) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, en caso de no acogerse a las dos hipótesis anteriores;
- vi) Derecho de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

- vii) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios para la preparación de su defensa (esto implica necesariamente el conocimiento de los medios de prueba que habrán de ser presentados en su contra);
- viii) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal (hay que suponer que esto incluye el derecho de tachar cualquier testigo o perito).
- ix) Derecho a hacer comparecer otros testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- x) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Esto se extiende al derecho a no declarar contra parientes cercanos. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. En muchas legislaciones se establece que tampoco debe estar sujeta a juramento previo y que sólo es válida como medio de prueba, cuando la recibe un juez competente.

Además de lo señalado en el punto anterior, la vigencia del derecho de defensa requiere que el acusado pueda conocer, con el tiempo necesario para articular su defensa, los medios de prueba en que se fundamente la acusación, incluyendo el derecho a participar en su producción, conforme a las reglas procesales. Asimismo, toda Parte en el proceso penal, como atributo de su derecho de defensa, ha de tener derecho a utilizar todos los recursos disponibles contra las decisiones que le sean desfavorable ante un juez o un tribunal superior.

El derecho de defensa debe estar consagrado y asegurado desde las primeras indagatorias respecto de los sospechosos, previo incluso a cualquier imputación expresa. Tómese en cuenta que al sospechoso, puede que no se le impute la comisión de la infracción, o al inculpado que no se le acuse formalmente, o que al acusado, finalmente no se le condene. Es por estas posibilidades que se hace necesario asegurar, desde el primer momento y en cada una de estas fases, el ejercicio del derecho de defensa.

Como se ha expuesto, el derecho de defensa se contrae, a la facultad de toda parte del proceso de poder hacer uso libremente, de todos los medios permitidos, para refutar los términos de la imputación o acusación formulada en su contra, tener la posibilidad de participar en todos los escenarios de producción de pruebas, de contradecirlas y de producir las propias y poder impugnar las decisiones que le sean contrarias. Por esta complejidad, no es suficiente con la consagración legal del derecho de defensa, sino que se requiere, por parte del Estado, organizar todo un

sistema que asegure, efectivamente, al acusado o a la víctima la asistencia técnica para la defensa de sus intereses, aún en los casos en que carezca de los recursos para proveérsela por sus propios medios.

A pesar de su consagración constitucional, el ejercicio del derecho de defensa, en el país, es muy deficiente, y en algunas fases del proceso, subsisten disposiciones legales que son contrarias a lo dispuesto por la Carta Magna y la Convención Americana, ya citadas.

En el país, toda la fase de Policía Judicial, está bajo el control directo de la Policía Nacional. Es ésta la que, ocurrida la infracción, inicia la investigación, se presenta al lugar de los hechos, reúne las pruebas, hace los interrogatorios, elaborando el expediente que sirve de base a la inculpación, luego a la acusación y eventualmente, a la condena. El quid de la cuestión está en que este expediente se elabora en la Policía Nacional, bajo sus métodos, permaneciendo el sospechoso, en un estado de absoluta indefensión. Al momento de la detención nadie le informa cuáles son sus derechos y mucho menos, se le respetan éstos. Las pruebas son reunidas bajo el criterio y la sola confiabilidad de los agentes de policía actuantes; los interrogatorios se realizan bajo métodos policiales que en muchos casos incluyen maltratos físicos y torturas, dando por resultado un alto porcentaje de “confesiones voluntarias”. En ninguno de estos procedimientos se asegura la asistencia de un abogado al acusado.

En la jurisdicción de Instrucción, el derecho de defensa del acusado, no existe, debiendo resignarnos a confiar en la imparcialidad del juez de instrucción, quien tiene la difícil tarea de decidir si existen o no indicios suficientes para el juicio criminal, fundándose para ello, en las pruebas reunidas por el mismo. El juez de instrucción obtiene las pruebas a su sola discreción, estando excluido de la instrucción, la oralidad, la publicidad y la contradictoriedad de los procedimientos. No es obligatoria la asistencia del abogado, y en estas condiciones, tendría poco o ningún objeto.

En la jurisdicción de juicio, en materia criminal, la presencia del acusado y la asistencia de un abogado es obligatoria, a menos que el juez autorizara al acusado a ejercer su propia defensa. Sin embargo, los acusados prófugos y que no obtemperen a las medidas de publicidad de la ley, podrán ser juzgados en contumacia, procedimiento este lesivo al derecho de defensa, tal y como está consagrado en el texto constitucional.

El sistema de asistencia pública gratuita de los acusados, organizada por el Estado a través de los abogados de oficio, para aquellos que no pueden sufragar los costos de su defensa técnica, adolece de grandes debilidades:

- Se limita a la materia criminal, con lo cual queda desprotegido el derecho de defensa de aquellos acusados en otras mate-

rias, que carecen de los medios para sufragar los costos de un abogado;

- Se limita a la jurisdicción de juicio, con lo cual, los sospechosos e inculpados que carecen de medios para proveerse de un abogado, no pueden hacer valer su derecho de defensa, ante las autoridades que le investigan, en la fase de Policía Judicial y de Instrucción, siendo ésta, según hemos visto, una de las causas de mayor indefensión en el desarrollo del procesado penal dominicano.
- No incluye la asistencia técnica gratuita para las víctimas que carecen de recursos para costear un abogado para la defensa de sus intereses en el proceso penal.
- En muchos casos se constata, que tal y como está organizada la asistencia técnica de los abogados de oficio, ésta no pasa de ser una pura formalidad, para cumplir con el voto de la ley. Los abogados de oficio, no son de contratación exclusiva, compartiendo esta función con el ejercicio de su profesión, no pudiendo garantizar, en muchos casos, una adecuada preparación de los medios de defensa del acusado. Además, carecen de todo medio para investigar, y aportar medios de prueba, en favor de su defendido, quien debe enfrentar la acusación del todopoderoso Ministerio Público.

Esta precariedad, en que se ejerce el derecho de defensa de los acusados, se constituye en una causa grave de desigualdad, entre las partes enfrentadas en el proceso. El desequilibrio entre la partes, especialmente cuando tiende a favorecer al Ministerio Público, elimina el principio de contradicción y el proceso penal adquiere en la práctica un carácter inquisitorial

C) Imparcialidad del Juez

Para la plena realización del principio de contradicción, en la jurisdicción de juicio se requiere de la existencia de un juez imparcial, en la dirección del proceso penal.

La imparcialidad del juez, en el proceso, por definición, supone la equidistancia de éste, de los intereses y pretensiones de las partes enfrentadas. Sólo un juez, verdaderamente imparcial, puede garantizar a plenitud, la igualdad entre las partes y el ejercicio del derecho de defensa.

La imparcialidad del juez penal debe ser entendida en la lógica propia del proceso penal. Éste proceso se produce contra un acusado, que se presume inocente, correspondiendo al Ministerio Público, en nuestro caso,

demostrar su culpabilidad, debiendo contar este acusado con plenas garantías para ejercer su derecho de defensa, frente a la acusación y pruebas aportadas en su contra por el Ministerio Público, y contar dicho acusado con igualdad de armas frente a éste.

La imparcialidad del juez se verifica, no sólo cuando no comparte intereses directos con algunas de las partes, sino cuando respeta y hace respetar de modo estricto las reglas establecidas del proceso penal, bajo el supuesto de que estos garantizan la igualdad entre las partes.

El Juez también deja de ser imparcial cuando discrimina, o decide, guiado por prejuicios.

En la labor jurisdiccional en el país se constatan claras manifestaciones de discriminación en la aplicación de la ley y de actitudes perjudicadas por parte de algunos jueces²⁴.

El Juez, además de decidir la controversia, precisamente para legitimidad del fallo que produzca, tiene el deber de ejercer el control de la legalidad, en el desenvolvimiento del proceso. El ejercicio estricto del control de la legalidad es lo que garantiza al acusado, la imparcialidad del juez frente al órgano público persecutor y a las pruebas en que fundamenta su acusación.

56. El control de la legalidad en el desarrollo del proceso, es lo que asegura a cada parte, el respeto de sus derechos, en especial, el ejercicio del derecho de defensa. El control de la legalidad supone además, asegurarse que los procedimientos, y medios de prueba aportados, están conforme a la ley, debiendo el juez, excluir del expediente, toda prueba obtenida en menoscabo de los derechos del acusado.

Cuando el juez penal ejerce de modo estricto el control de la legalidad, respecto de la investigación penal y de los medios probatorios del expediente, hace que resulte ineficaz todo procedimiento y prueba irregularmente obtenida, y si eventualmente, esto da lugar a persecuciones de los responsables, se crean las condiciones para que las autoridades se

²⁴ La actitud discriminatoria se observa en la diferente actitud de algunos jueces al juzgar a los acusados. Se ha desarrollado una especie de "doble personalidad procesal". En las infracciones que involucran acusados con alguna prestancia social (dirigentes políticos, profesionales reconocidos, o acusados con una elevada posición económica, o pertenecientes a familias de renombre, etc.), los procedimientos del Código Procesal penal se observan de un modo tan estricto que resulta prácticamente imposible que se produzca, alguna vez, una sentencia condenatoria. Pero muchos de estos mismos jueces, a diario, pronuncian decisiones contra acusados sin prestancia social, en expedientes cuyas pruebas las aporta la P. N., en la mayoría de los casos obtenidos en violación de sus derechos y garantías fundamentales, casos en los cuales esos mismos jueces no se apegan de modo estricto a la normativa procesal. Esto explica en parte porque rara vez se producen sentencias en materia de corrupción o de crímenes de cuello blanco.

abstengan de recurrir a métodos ilegales para intentar probar las infracciones.

El poder discrecional que le otorga el artículo 231 del Código de Procedimiento Criminal nuestro, al juez penal, para “acordar, por sí solo, todo cuanto fuere útil para el descubrimiento de la verdad”, está subordinado a su deber de ejercer el control de la legalidad. Es decir, el juez no podría justificar en ninguna circunstancia, el “descubrimiento de la verdad”, fundándose para ello en pruebas ilegales u obtenidas en violación de los derechos reconocidos por las leyes y la Constitución.

Bibliografía

- Albin Eser, Hans Joachim Hurch (y otros). De los Delitos y de las Víctimas. Primera Edición. 1992. Buenos Aires, Argentina.
- Azcona Reyes, Francisco J. (y otros). Código de Procedimiento Criminal Dominicano Anotado. Primera Edición. 1996. Editora el Nuevo Diario. Santo Domingo, R. D.
- Balcácer, Darío y Antonio Rosario.. Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana (anotado). Primera Edición. 1980. Editorial Alfa y Omega. Santo Domingo, R. D.
- Del Castillo Morales, Luis R.; Juan Ml. Pellerano G., Hipólito Herrera. Derecho Procesal Penal . Tomos I y II. Tercera Edición. 1999 Editorial Capel Dominicana, S. A. Santo Domingo, R. D.
- Espitia Garzón, F. Código de Procedimiento Penal comentado. Tercera Edición. 1996. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá
- Código de Procedimiento Penal italiano (comentado). Primera Edición. 1991. Editorial Temis. Bogotá
- Hidalgo Murillo, José Daniel. Introducción al Nuevo Código Procesal Penal. Primera Edición. 1998. Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, Costa Rica.
- Hoyos Henrechson, Francisco. Temas fundamentales de derecho Procesal. Primera Edición. 1987. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- Llovet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. Primera Edición. 1998, Imprenta Litorgrafía Mundo gráfico, San José, Costa Rica.
- Londoño Jiménez, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Primera Edición. 1989. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Maier, Julio; (y otros): Reformas Procesales en América Latina: La Oralidad en los Procesos. Primera Edición. 1993. Corporación de promoción universitaria. Santiago, Chile.
- Código procesal penal comentado de Costa Rica.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los principios del proceso penal como manifestaciones del derecho al debido proceso

1. principio de oralidad. 1.1. Principio de Oralidad en el Ambito Constitucional. 1.2. Manifestación del Principio de Oralidad. 1.3. Fundamentación del Principio de Oralidad. 1.4. En la legislación procesal y en la jurisprudencia. 1.5. Restricciones a Principio de Oralidad. 2. principio de inmediatez. 2.1. Fundamentación del Principio de Inmediatez. 2.2. Manifestación. 2.3. Restricciones. 3. principio de concentración. 3.1. Manifestación. 3.2. Restricción. 4. publicidad. 4.1. Fundamentación del Principio de Publicidad. 4.2. El Principio de Publicidad en el ámbito Constitucional y en el Internacional. 4.3. La publicidad del Juicio en el Derecho Positivo. 4.4. Restricciones al Principio de Publicidad. 4.5. El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y posibles consecuencias de su vulnerabilidad. 4.6. Aspecto Constitucional y de los Convenios Internacionales sobre el Principio de Publicidad. 4.7. Relaciones entre administración de justicia y medios de comunicación. 4.8. Soluciones en Derecho Comparado. 4.9. El Principio de Publicidad y los medios de publicación. 5. conclusiones.



Los principios del proceso penal como manifestaciones del derecho al debido proceso

El debido proceso es asumido por los regímenes democráticos en sus constituciones modernas, en la legislación procesal, con la adopción de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos como la expresión del sistema acusatorio, para tutelar los derechos de los justiciables y demás partes involucradas en el proceso penal.

“El debido proceso importa que un individuo sólo puede ser considerado culpable si las pruebas de su conducta han sido logradas a través de un procedimiento legal seguido por autoridades que no se extralimitan en sus atribuciones,... lo que significa la consagración de dos valores: la primacía del individuo y la limitación del poder público.” (Marcelo Alfredo Riquert)¹.

Como vos sabéis, el debido proceso esta constitucionalmente consagrado en el artículo 8, inciso 2, letra J, que expresa: “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”.

Y haciendo una visión comparada, podemos inferir que el debido proceso en esencia está consagrado en todas las constituciones que rigen los Estados Republicanos y Democráticos, tanto en Latinoamérica como en Europa².

¹ Marcos Alfredo Riquert. (Internet).

² **CONSTITUCION DEL CANADA, DEL 1982, ART. 7:** “Nadie puede ser privado de su vida, libertad y seguridad, sino de acuerdo con los principios de la justicia fundamental”.

CONSTITUCION ITALIANA, DEL 1947, ART. 24: “Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento”.

CONSTITUCION DE ESPAÑA, DEL 1978, ART. 24, NUMERAL I: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso se produzca indefensión”.

CONSTITUCION DE INGLATERRA: “Es el lugar de origen del debido proceso”.

CONSTITUCION DE ARGENTINA ART. 18: “Nadie puede ser privado de sus derechos, sino en virtud de un procedimiento fijado en la ley “que otorgue la posibilidad de defensa, de prueba y de sentencia fundada”.

Al penetrar en los principios que sustenta una institución o estructura judicial, como lo es el **debido proceso**, se impone una interrogante, como lo harían los filósofos con la pregunta ¿Qué es lo que hay? Lo que se responde mostrando la existencia de lo que posee o hace realmente a un "ser", en la especie el derecho al **debido proceso**.

Vamos a establecer que lo que hace realmente al debido proceso, garantía judicial para el cumplimiento de los fines del proceso penal, son los principios de oralidad, concentración, inmediación, publicidad y celeridad, los cuales se les califica de garantías de garantías.

Luigi Ferrajoli nos introduce en esos principios con su aseveración: "...la decisión está vinculada a dar cuenta de todos los eventos procesales, así como de las pruebas y contrapruebas que la motivan, es posible, en efecto tener una relativa certeza de que han sido satisfechas las garantías primarias, más intrínsecamente epistemológicas, de la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa. Por eso, la publicidad y la oralidad son también rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias..." citando a Luigi Ferrajoli, en su Derecho y Razón³.

Ponderaremos cada uno de estos principios y su vinculación entre sí, como elementos estructurales del debido proceso.

1. principio de oralidad

Principio de oralidad: en virtud de este principio la instrucción probatoria se desarrolla en forma oral, a viva voz, en presencia de los jueces, de todas las partes involucradas en el proceso y del público.

CONSTITUCION DE COLOMBIA ART. 29: "El debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable. "Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se le lleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho , la prueba obtenida con violación del debido proceso".

CONSTITUCION DE MEXICO ART. 14: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

CONSTITUCION DE PANAMA, DEL 1972, ART. 31: "Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los tramites legales ni más de una vez por la misma causa penal, policial o disciplinaria".

³ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, pag. 616.

Este principio podemos considerarlo con el Magistrado Daniel González A., de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, como el facilitador de los fines, principios y garantías del proceso penal.

1.1. El principio de oralidad en el ámbito constitucional

El principio de oralidad está implícitamente consagrado en el art. 8. inciso 2, letra j, de la Constitución Política de la República Dominicana, al establecer que **las audiencias serán públicas**.

Podemos observar que el principio de oralidad se ha incorporado al ordenamiento constitucional de manera expresa, al proceso penal dominicano, con la adopción de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, que en virtud de los artículos 3 y 10 de la Constitución Política Dominicana, tienen rango constitucional.

Asimismo, es una constante, que las Convenciones Internacionales que delimitan los Derechos Humanos, se inclinan por el sistema oral, porque efectivamente es más idóneo para la protección y tutela de los derechos humanos que el modelo escrito o inquisitorial.

Para confirmar esta tendencia veamos algunas de sus disposiciones:

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica (Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos, en San José el 22 de noviembre de 1969)⁴.

Esta Convención Americana de los Derechos Humanos no se refiere de manera expresa al carácter oral del juicio, no obstante existe un amplio consenso doctrinario en cuanto a que un proceso penal que busca cauterizar los principios de inmediación y publicidad, así como las demás garantías judiciales, debe contemplar como elemento central el desarrollo de un juicio oral⁵.

Podemos observar que esta Convención de San José de Costa Rica establece implícitamente la oralidad al disponer en su artículo 8, inciso 2 letra f, que durante el proceso:

“Toda persona tiene derecho, en plena igualdad y entre otras, a la garantía mínima: **f)** derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en

⁴ Derechos Humanos, Recopilación de Tratados, Leyes, Decretos, Reglamentos y Resoluciones vigentes en la República Dominicana, pag. 248 y sgte.

⁵ Cristian Riego, Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Colección estudios No. 1, pags. 317 y 332.

el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”

Esta disposición es complementada por el artículo 8, inciso 5 que señala: “el proceso penal debe ser público”, lo que equivale a admitir la necesidad de que el juicio se realice frente a los ciudadanos.

En el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966), en el artículo 14 inciso 1, se establece que: “Toda persona tendrá derecho **a ser oída públicamente** y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”.

El principio de oralidad se acentúa en el artículo 14, inciso 3, 14, letra e) de este mismo Pacto, al atribuir, a toda parte, en plena igualdad el derecho: “ a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en la misma condiciones que los testigos de cargo”.

1.2. manifestación del principio de oralidad.

El principio de oralidad se manifiesta en el juicio publico, y es correlativo con la publicidad de las audiencias, y su expresión más evidente es que las partes deben ser “**oídas públicamente**”, por consiguiente, deben hallarse presentes en la audiencia, con aptitud de defenderse personalmente o asistidas por un defensor de su elección o nombrado por el Estado; de interrogar o hacer interrogar a los testigos, de formular sus observaciones a todos los medios de pruebas aportados al debate.

El principio de oralidad se manifiesta en toda la extensión de la instrucción al fondo y debates, hasta que concluya el proceso de formación de la íntima convicción o sana crítica del juez o jueces, frente a las pruebas aportadas y ponderadas y culmine con la sentencia dictada en alta voz en la audiencia, en presencia de las partes envueltas en el proceso y el público presente.

Analizando la administración de la prueba testimonial, el principio de oralidad impone que los testigos se presenten ante los jueces, partes y el público asistente a la audiencia, declaren oralmente, aún cuando hayan sido oídos por el juez de instrucción y sus declaraciones consten en actas.

En cuanto a la prueba pericial, la oralidad hace imperativo que los expertos, además de su relato por escrito, expliquen verbalmente en la audiencia pública, sus operaciones o comprobaciones, el resultado de sus conclusiones y que sean sometidos a interrogatorios por las partes y el juez o los jueces.

Según el desarrollo de los hechos y sus circunstancias, en cuanto a la prueba documental, que es una excepción al principio de oralidad, es imperativo, que los documentos sean leídos en audiencia pública y sometidos a los debates contradictorios, a los fines de preservar el derecho fundamental de defensa, de todas las partes interesadas.

1.3. fundamentación del principio de oralidad

Como vos sabéis, el principio de oralidad no es un derecho, es una garantía instrumental, indispensable para la vigencia del carácter público del proceso y de la necesidad de la inmediación, para que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtengan en el juicio, así como las demás garantías procesales.

Analizando esta garantía, resulta que sólo con la utilización del lenguaje oral es posible la realización plena del derecho al juicio oral, público y contradictorio.

Este principio hace posible que todas las partes intervengan simultáneamente, que el tribunal tome contacto directo con todos los elementos del juicio y que el público pueda conocer el contenido de la actuación de todos los actores del proceso.

1.4. en la legislación procesal y en la jurisprudencia

Como sabemos, el principio de oralidad en el derecho positivo está expresamente consignado en los artículos 248 y 281 del Código de Procedimiento Criminal de los cuales se infiere que en las actas de audiencia sólo pueden hacerse constar las variaciones y contradicciones de las declaraciones de los testigos, pero jamás las confesiones de los propios acusados, puesto que se perdería el sentido de la oralidad que el legislador ha querido que se conserven en los juicios en materia criminal, entrañando la violación de esta norma la nulidad del proceso, conforme al artículo 281 del Código de Procedimiento Criminal; La Suprema Corte de Justicia afirma que estas reglas son de orden público, porque atañen al interés social y al derecho de defensa de los justiciables, y la sentencia debe ser declarada nula y sin efecto jurídico, Sentencia No. 5 de 5 de mayo del 1999, Boletín Judicial 1062, volumen I, páginas 237-241; Sentencia No. 23 del 19 de mayo de 1999, B. J. No. 1062, Vol. I, páginas 333-337. Sentencia No. 30 del 19 de mayo de 1999, B. J. No. 1062, Vol. I, páginas 421-425.

1.5. Restricciones al principio de oralidad

En el ordenamiento procesal penal dominicano, en vigencia, el principio de oralidad, no se manifiesta en su pureza total, tiene sus excepciones.

Si analizamos la Ley 1014 del 11 de octubre de 1935, que modifica los procedimientos correccional y criminal, en su artículo 14 se dispone:

“En materia correccional, los tribunales de segundo, pueden juzgar sin necesidad de oír testigos, limitándose a la lectura de las declaraciones hechas por los testigos y que constan en actas”⁶.

El segundo grado de jurisdicción, consecuencia del ejercicio del derecho de recurrir del fallo ante el Juez o tribunal superior –art. 8, inciso 2, acápite h, Convención Interamericana citada–, recurso procesal legalmente establecido, con todas sus consecuencias jurídicas, deviene en un derecho fundamental, por implicar la revisión de la sentencia condenatoria, derecho a solicitar la doble conformidad de la condena como requisito de aplicación de la pena; la oportunidad de ser examinado el caso por jueces que podrían variar la sentencia en beneficio del justiciable, conforme a la extensión de la apelación, y minimizándose la posibilidad de errores, la potestad dada a los jueces de segundo grado, como principio, de fundamentar su convicción en documentos escritos, se violenta el principio de oralidad, garantía de naturaleza constitucional.

Debemos coincidir en que esa disposición contraviene uno de los principios que sustentan el debido proceso, limitativo del principio de oralidad⁷.

2. principio de inmediación

“El término inmediatividad expresa el principio de que los elementos de pruebas sean percibidos directamente por quien deba ponderarlos para que pueda desentrañar su alcance lo mejor posible y, por consiguiente, servir más eficientemente a la justicia”⁸.

Este principio exige que el tribunal apoderado al dictar la sentencia **tome conocimiento directo del material probatorio** que ha sido reproducido en su presencia, y, en consecuencia, se forme su convicción, junto a todas las demás partes del proceso, esta forma de inmediación lo denomina la doctrina **inmediación subjetiva o formal**⁹.

⁶ Ley 1014 del 1935.

⁷ Derechos Humanos, Op. Cit.

⁸ Juan Manuel, Pellerano, Derecho Procesal Penal, Tomo I, pag. 287

⁹ Ibid, pág. 318.

En la intermediación objetiva o material, el juez o jueces obtendrán el conocimiento de los hechos y sus pruebas y forman su convicción o sana crítica utilizando **los medios de pruebas más cercanos al hecho a probar**.

La naturaleza de este principio está vinculada por necesidad al juicio oral, que obliga a todas las partes, al juez o jueces y al Ministerio Público a estar presentes en el juicio y a interacción inmediata.

Es de la esencia de este principio que el juez o jueces reciban de forma directa, sin delegación y sin solución de continuidad, todos los elementos de pruebas que puedan ser aportados al juicio.

Como es de vuestro conocimiento, este principio esta en oposición al sistema inquisitorial o escrito, en que la recepción de la prueba se hace por delegación, ante oficiales receptores de pruebas, como los secretarios, alguaciles, entre otros, quienes escuchan los relatos de los testigos, de los peritos, víctimas y acusados, y los traducen en actas, y sobre esta base el juez sustentará sus consideraciones fácticas y jurídicas sobre el caso que conoce.

En la doctrina italiana el proceso es concebido como un diálogo: y el principio de intermediación es parafraseado con la gráfica expresión de acortar distancias¹⁰.

2.1 fundamentación del principio de intermediación

La necesidad de la relación inmediata de los justiciables con el órgano del Estado, el juez o jueces, que son los llamados a tutelar directamente los derechos y garantías judiciales de los sujetos de derecho, fundan su decisión en las pruebas incorporadas al juicio, debatidas, en presencia de todas las partes y del público presente.

“ el principio de intermediación obedece a la idea de evitar la dispersión de algunas actuaciones pues lo contrario podría ir en detrimento de la mejor comprensión del caso; más particularmente se interpreta también en el sentido de que las pruebas sean presentadas todas a un tiempo, o, por lo menos sin que haya solución de continuidad entre la presentación de cada una”¹¹.

¹⁰ Francesco Canelutti, Derecho Procesal Civil y Penal, Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen 4, pag. 99.

¹¹ Juan Manuel Pellerano Gómez, Procesal Penal, Tomo I, pag. 318.

La Constitución política Dominicana consagra este principio de inmediación al disponer “ser... oído”, artículo 8.2.7¹².

Podemos observar que la inmediación, como principio, está nítidamente contenido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en las expresiones: “ ser oído... por un tribunal”, en el Art.8º. párrafo I. Además el artículo 7º. Párrafo 5, habla de “ante un juez”¹³.

En el ámbito del derecho procesal criminal, en los artículos 153 y 190 del Código de Procedimiento Criminal, al exponer la forma de desarrollo de la audiencia, se alude a que “se oirán los testigos”... “se leerán las actas si las hubieran”... “el fiscal resumirá el hecho y dará su dictamen”... “se presentarán a testigos y a las partes los documentos de convicción y objetos que puedan servir de convicción o descargo”¹⁴.

2.2. Manifestación

El principio de inmediación se consuma en la relación inmediata del juez con los elementos del proceso; en la presencia ininterrumpida del juez o jueces que han de dictar la sentencia, durante la incorporación de las pruebas.

El principio de inmediación se opone a toda delegación de funciones de los jueces que han de pronunciar la sentencia, deben el juez o jueces presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la representación de las pruebas de las cuales obtienen su convicción.

Como consecuencia de este principio el juez, en cada caso concreto, tiene legalmente las facultades jurisdiccionales, que sólo él puede ejercer, indelegables, sancionada en el derecho positivo dominicano, con la nulidad de la sentencia pronunciada por jueces que no hubiesen participado en todas las audiencias de la causa, Art. 23, inciso 3ro. de la Ley sobre Procedimiento de Casación¹⁵.

2.3. Restricciones

El principio de inmediación, esa relación directa del juez con las partes, testigos y demás elementos del proceso sufre limitaciones, en los casos de comisiones rogatorias o exhorto a otros jueces, como en los casos concretos de interrogatorios o entrevistas a menores de edad por ante los tribu-

¹² Constitución Política de la República Dominicana, Colección Judicial, Serie “B” legislación Vol. II, Suprema Corte de Justicia.

¹³ Derechos Humanos, op.

¹⁴ Código de Procedimiento Criminal Dominicano.

¹⁵ Ley 3726, sobre Procedimiento de Casación del 20 de diciembre del 1953.

nales de niños, niñas y adolescentes, cuyas declaraciones son medios de pruebas en contra del imputado, lo que en una concepción pura de la interpretación de principio de inmediatez, se sustraen elementos del proceso del juez natural y la valoración de la prueba no se hace desde su fuente, lo que restringe el conocimiento directo de o de los jueces y lesiona el derecho de defensa, específicamente, del imputado.

Artículo 236 del Código de Niños, Niñas y Adolescentes: *“Las declaraciones informativas que menores de 10 y 8 años deban prestar en relación a causas penales, tendrán lugar exclusivamente ante los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes. Para estos fines, el o la juez competente librará rogatoria insertando sus interrogatorios, si lo juzgare pertinente”*¹⁶.

3. principio de concentración

Este principio está vinculado al proceso acusatorio que promueve, por su propia naturaleza, la continuidad de los actos procesales desde la acusación, defensa, prueba y la decisión jurisdiccional.

Como veremos este principio es una garantía procesal que se establece en la Convención Interamericana por medio de la exigencia contenida en el art. 7.5 de que toda persona detenida o retenida “...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”, reiterando en el artículo 8.1 “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...”.

3.1. manifestación

Analizando este principio se resuelve en el hecho de que el conjunto de actos que se desarrollan durante el proceso se deben llevar a cabo en forma continua y en un espacio de tiempo no muy extenso, de manera tal que la decisión final del tribunal, ya sea absorbiendo o condenando, sea dada en forma oportuna y con prontitud¹⁷.

Este principio está relacionado estrechamente con los de oralidad e inmediatez, el juicio oral se realiza frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe la prueba, formulan las partes sus argumentaciones y conclusiones sobre ellas, deliberan los jueces y se dicta la sentencia¹⁸.

¹⁶ Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

¹⁷ Proceso Penal y Derechos Fundamentales., cit., pag. 333.

¹⁸ Juan Manuel Pellerano Gómez, op. Pág. 318.

Podemos colegir que el no-cumplimiento de este principio ha incubado la mora judicial, una de las debilidades del sistema procesal penal dominicano, y ha generado situaciones de extrema violación a los derechos humanos.

La vulneración del principio de concentración es una de las causales del abuso de la prisión preventiva, en que implícitamente se desconoce el principio de la presunción de inocencia, y como hecho anecdótico tenemos procesados que han guardado prisión preventiva durante años, y al conocerse el fondo de la causa son absueltos por insuficiencia de prueba o condenados a una pena menor que la prisión preventiva cumplida.

Este principio está directamente relacionado a los sujetos del proceso, no sólo en cuanto a su salud mental, sino en cuanto a la recepción de la prueba, la continuidad de los actos procesales que deben realizarse en juicio, con lo que se protege a las partes del proceso y el sistema judicial gana credibilidad, frente a la ciudadanía.

El cumplimiento de este principio se asegura por medio de una serie de mecanismos, como serían el establecimiento de plazos máximos para las diversas fases del proceso hasta su caducidad, si no se cumple con los mismos.

En el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, el principio de concentración está enunciado en el artículo 17, y postula que una vez que se inicia el debate, éste debe concluir en el mismo día. Si ello no fuera posible, continuará durante los días que fueran necesarios hasta su conclusión. Se podrá suspender por un plazo máximo de 10 días, en determinados casos. Como vemos, esto, obviamente, coadyuva a la celeridad procesal, es decir, a una **más expedita** administración de justicia¹⁹.

En el sistema procesal penal dominicano, vigente, los debates tienen una conceptualización distinta a la concebida en el Código Orgánico Procesal de Venezuela, los debates en el proceso criminal dominicano se inician cuando las partes comienzan la discusión del caso, motivan sus conclusiones y emiten las mismas, en esta etapa, que es la final del juicio, no se admite suspensión de los debates para otra fecha, salvo recesos necesarios pero sin que haya solución de continuidad, hasta el pronunciamiento de la sentencia.

En el Proyecto de Reforma al Código Procesal Penal el principio de concentración se desarrolla de un modo similar al Código Orgánico Procesal de Venezuela, y dispone la suspensión del juicio por un máximo de diez días, conforme a una serie de causales como la no comparecencia de testigo, peritos o intérpretes indispensables como medios de prueba; en-

¹⁹ Código Orgánico Procesal penal de Venezuela (Internet).

fermedad de jueces, fiscal o defensores; cuando es necesario practicar algún acto fuera de la audiencia, entre otros.

El principio de concentración facilita al juez hacer la comparación y análisis de todas las pruebas aportados y llegar a su convicción con el mayor grado de certidumbre.

3.2. Restricción

Este principio de concentración, no sufre restricciones normativas, más bien, por razones fácticas, por la subsistencia de métodos y costumbres del proceso inquisitorial no se aplica en toda su pureza el principio de concentración.

4. publicidad

“La publicidad es el alma de la justicia” (Bentham).

El principio de publicidad es el que le da su naturaleza al proceso acusatorio, lo caracteriza, le da transparencia al juicio, muestra a la comunidad el contenido de la imputación, la defensa del inculpado, los derechos de las demás partes envueltas en el debate y la actuación del Estado, a través del juez o jueces, en su función jurisdiccional y del Ministerio Público o Fiscal que dirige la acusación y permite el control de la sociedad sobre los órganos jurisdiccionales.

La relevancia de este principio podemos analizarla, partiendo de esta conceptualización del proceso penal: “...es el medio de concreción de las normas penales sustantivas en un caso específico, es decir, es un instrumento esencial de actuación del Derecho penal sustantivo”²⁰. Proceso penal y derechos fundamentales. Es a través de esta institución procesal que se ejecuta el derecho sancionador del Estado.

“**La oralidad** del juicio está estrechamente vinculada a **la publicidad** de la que representa la principal garantía. La forma hablada, en efecto, implica necesariamente la publicidad, en cuya ausencia las declaraciones, tanto del imputado como de los testigos deben ser puestas por escrito: ...”²¹

Frente a esta perspectiva, se impone analizar el proceso penal en sus dos fases, en la que se desarrolla ante el juez de instrucción, siguiendo el sistema inquisitorial, secreto, escrito, en indefensión del imputado,

²⁰ Proceso Penal y Obras Fundamentales, cit, pág. 432.

²¹ Derecho y Razón, cit. Pág. 619.

en que el Juez de Instrucción realiza las funciones de persecución y jurisdiccional, que generalmente culmina, con la ordenanza denominada providencia calificativa, cuya virtualidad es apoderar el tribunal criminal.

Confrontándola con el juicio al fondo, celebrado de manera pública, queda caracterizado el principio de publicidad, como la garantía esencial en el debido proceso, donde las demás garantías instrumentales, como la inmediación, la concentración y la oralidad se consuman, se vinculan unas a otras para conformar la estructura, el **instrumentum**, que edifica el debido proceso.

El derecho de acceso del público a las audiencias, es una exigencia inevitable de un régimen político democrático y republicano y cuya finalidad es el control del proceso judicial que conlleva, como fin esencial, la protección de los derechos y garantías de las partes del proceso.

Los intereses comprendidos en este principio fundamental, que emana de la misma naturaleza del sistema de derecho republicano, democrático y garantista, dependen directamente de la realización efectiva, para cada caso concreto, de un juicio penal abierto al público en general.

Vamos a hacer consideraciones de derecho comparado, específicamente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

“La trascendencia del principio de publicidad del proceso se comprende rápidamente si se advierte la finalidad que con ella se persigue, que como significado el tribunal Español de los Derechos Humanos (STEDH de 8 de diciembre de 1983, caso Pretto y otros), no es otra sino de proteger a las partes contra una justicia secreta que escapa al control público, por lo que la publicidad constituye uno de los medios para preservar la confianza en los jueces y tribunales. Además por la transparencia que proporciona a la administración de justicia, ayuda a cumplir la finalidad fundamental del art. 6º. del Convenio de Roma: el logro de un juicio equitativo. En definitiva, el principio de publicidad del procedimiento persigue asegurar el control del poder judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio equitativo y justo”²².

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, el principio de publicidad tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales. En ambos sentidos, este princi-

²² Proceso Penal y Derechos Fundamentales, op. 590 (Las Garantías del Proceso Penal en España, DR. FRANCISCO FERNANDEZ LEGADO, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela.

pio constituye una de las bases del “debido proceso” y uno de los pilares del Estado de Derecho (STC96/1987, de 10 de junio)²³.

El principio de publicidad, desempeña, además la función de asegurar el derecho de las partes a que el Tribunal decida la causa sin estar sometido a influencias ajenas a la misma, con lo que, en último término, la publicidad contribuye a garantizar el principio de imparcialidad del juez²⁴.

4.1. fundamentación del principio de publicidad

Se han admitido doctrinalmente diversos fundamentos a la necesidad de admitir el acceso del público, sin interés directo en la causa, a la sala de audiencia, en la cual se discute la respuesta material que debe dar el derecho sancionador frente a un conflicto social concreto.

- a) Los fundamentos de este principio tienen un carácter político, el proceso penal es un acto de gobierno republicano, y sus actuaciones deben estar abierta al conocimiento directo e inmediato de la población.
- b) Otro fundamento es que la publicidad es esencial en un régimen republicano, pues éste exige que todos los funcionarios públicos sean responsables ante el pueblo, a quien representan y esa responsabilidad no puede hacerse efectiva, en toda su extensión, si sus actos no se realizan públicamente. En este sentido, la publicidad es una facultad de los miembros de la comunidad para controlar a aquellos que deciden el destino de las personas gobernadas²⁵.
- c) La publicidad es vista como una garantía del imputado, lo que explica que este principio de publicidad sea incluido en los tratados internacionales de derechos humanos²⁶.
- d) Desde la perspectiva de los intereses del Estado, la publicidad del juicio penal es un instrumento idóneo para producir los efectos preventivo-generales eventualmente atribuidos como finalidad de la pena²⁷.

²³ Proceso penal y Derechos Fundamentales, op. 590 (Las Garantías del Proceso Penal en España, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela.

²⁴ Ibid op. cit. pág. 591.

²⁵ Bovino Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, pag. 271 y sgte.

²⁶ Bovino Alberto, cit, pág. 267 y sgte.

²⁷ Bovino Alberto, cit., pág. 270 y sgte.

Debemos considerar al principio de publicidad, antes que nada, como un principio fundamental y estructurante del procedimiento penal, de carácter político, de la esencia de un Estado democrático, republicano y limitado a sus fines.

Podemos concluir, en este aspecto, que el principio de publicidad es la manifestación visible de la reacción del pensamiento liberal, democrático, republicano, contra el sistema inquisitorial, secreto y que deja en indefensión absoluta al imputado, y erigió a la comunidad como medio de controlar la actuación del Estado en el proceso penal.

Vamos a examinar este principio de publicidad, en sus fuentes normativas.

4.2. El principio de publicidad en el ámbito constitucional y en el derecho internacional.

Como es de vuestro conocimiento, la Constitución Política Dominicana, en su artículo 8, inciso 2 letra J, establece de manera inequívoca: **“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.”**

El principio de publicidad está consagrado en la Constitución Política de la República Dominicana, desde su fundación como Estado soberano e independiente, el 6 de noviembre de 1844, y está íntimamente vinculado al derecho de audiencia.

El principio de publicidad erigido en el texto constitucional, implica, tanto la publicidad inter partes, como garantía de los derechos de todas las partes; y erga omnes, como derecho a la información de la comunidad, **un derecho difuso de protección a los derechos humanos y de control del Poder Judicial.**

Este principio protector de los derechos humanos penetró en el orden constitucional dominicano y ha permanecido en todas las modificaciones, a través de las concepciones de la Revolución francesa, mientras que en otros países latinoamericanos que recibieron el sistema inquisitorial, como en el caso de Chile, este principio no es constitucional, sino que resulta de la adecuación del proceso penal al principio del debido proceso consagrado en los instrumentos internacionales, entre éstos la Convención Americana citada.

El instrumento internacional más explícito en cuanto a la consagración del principio de publicidad es la Declaración Universal de Derechos

Humanos, que se refiere en su artículo 11, párrafo 1 a que la culpabilidad debe ser probada en “juicio público”:

“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”²⁸.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, es menos explícita y la consagración de este principio resulta de expresiones que hacen alusión a la idea de juicio como “el derecho a ser oído” del artículo 8º. Párrafo 1 o a su mención más explícita en el párrafo 5, que expresa:

Artículo 8 (Garantías judiciales).

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter²⁹.

e) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia³⁰.

4.3. LA PUBLICIDAD DEL JUICIO EN EL DERECHO POSITIVO

Como vosotros habéis examinado el ámbito del ordenamiento legal positivo, existen en los artículos 153 y 190 del Código de Procedimiento Criminal, disposiciones que establecen la publicidad de la instrucción de la causa **a pena de nulidad**, ya sea en el juicio contravencional, correccional o criminal.

El principio de publicidad se impone de manera expresa al proceso penal, y así vemos que el art. 17 de la Ley 821, sobre Organización Judicial, de 21 de noviembre de 1927, se establece de manera general que las audiencias de todos los tribunales serán públicas, salvo los casos en que las leyes dispongan que deban celebrarse a puerta cerrada. Pero toda sentencia será pronunciada en audiencia pública.

²⁸ Declaración Universal de los derechos Humanos, Derechos Humanos, cit.

²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Derechos Humanos, cit.

³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derechos Humanos, cit.

El reconocimiento del principio de publicidad en el juicio penal, en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha analizado es de categoría constitucional, no sólo por que esté expresamente consignado en la Constitución Política Dominicana, como una de las garantías individuales, sino además por la adopción de los Convenios Internacionales, que lo consagran y que en virtud de los artículos 3 y 10 de ésta adquieren categoría constitucional, por instituir derechos humanos implícitos³¹.

El principio de publicidad es una garantía judicial de las partes, de manera específica del imputado, al mismo tiempo derecho político de los ciudadanos de controlar los actos del Poder Judicial en un Estado de Derecho Democrático.

4.4. Restricciones al principio de publicidad

¿Si ponderamos la trascendencia del principio de publicidad en el debido proceso, cabe preguntarse si sufre o no limitaciones, si es absoluto?

Examinado el art.8, numeral 2, letra j, observamos que: 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 costumbres³².

Y continuando el examen de nuestro derecho positivo, nos detenemos en la Ley No. 6132, sobre Expresión y Difusión del Pensamiento del 15 de diciembre de 1962, en su artículo I consagra la libertad de expresión del pensamiento; y en sus artículos 41 al 45, bajo el título "Publicaciones Prohibidas, Inmunities de la Defensa" se consignan una serie de restricciones expresas a este derecho que se relacionan con la acusación fiscal y demás actos de acusación criminal o correccional antes de que se haya leído en audiencia pública; relación de procesos por difamación relativos a la vida privada de personas y cuando recae sobre actos prescritos o amnistiados:

Art.1 - Es libre la expresión del pensamiento, salvo que se atente contra la honra de las personas, el orden social o la paz pública³⁴.

Y veremos que esta limitación se consigna a su vez en el art.17 de la ley de organización judicial vigente, que al consagrar la publicidad de las audiencias hace la reserva de los casos en que la ley disponga que deben celebrarse a puertas cerradas. No existiendo restricción en cuanto al pronunciamiento de la sentencia, que debe ser, en todos los casos, en audiencia pública³³.

³¹ Constitución Política Dominicana.

³² Constitución Política Dominicana.

³³ Ley 821, sobre Organización Judicial, de 1927.

³⁴ Ley 6132, sobre Expresión y Difusión de pensamiento del 1962.

En el artículo 42 de la ley de referencia regula la instalación de todo aparato de grabación sonora, de cámara de televisión o de cine en las salas de audiencia, salvo autorización expresa del presidente del tribunal³⁵.

El principio de publicidad sufre limitaciones por las leyes 14-97, Código de Niños, Niñas y Adolescentes y 24-97 del 27 de enero de 1997, sobre violencia intrafamiliar, contienen disposiciones en interés de los niños, niñas y adolescentes, de la familia y de las partes privadas que restringen el derecho a la información y, en consecuencia, al acceso de las fuentes noticiosas³⁶.

Como podemos ponderar la legislación positiva es coherente con la Constitución Política, por ejemplo, la Ley 153-98, Ley General de Telecomunicaciones, en su art. 6 prohíbe de manera expresa: el uso de las telecomunicaciones contrario a las leyes o que tenga por objeto cometer delitos o entorpecer la acción de la justicia y consagra la inviolabilidad de las telecomunicaciones³⁷.

El principio de publicidad de las audiencias ya sea inter partes o erga omnes, tiene una vinculación a los derechos fundamentales de expresión y difusión del pensamiento y del libre acceso de los medios de información a las fuentes noticiosas públicas y privadas, los cuales tienen limitaciones impuestas por la Constitución Política de la República Dominicana, en cuanto al respeto a la dignidad y la moral de las personas, al orden público y a las buenas costumbres.

Como sabemos la libertad de pensamiento y expresión está consagrada en la Constitución Política de la República Dominicana, en el art.8.2.6: "Toda persona podrá, sin sujeción a censura previa, emitir libremente su pensamiento mediante palabras escritas o por cualquier otro medio de expresión, gráfico u oral. Cuando el pensamiento expresado sea atentatorio a la dignidad y a la moral de las personas, al orden público o a las buenas costumbres de la sociedad, se impondrán las sanciones dictadas por las leyes."³⁸

Si examinamos este derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ámbito constitucional tiene un carácter genérico y en el artículo 8, inciso 2 numeral 10, se amplía su espectro, creándose un derecho específico para los medios de información, el de libre acceso a las fuentes noticiosas oficiales y privadas, siempre que no colidan con el orden público o pongan en peligro la seguridad nacional.

³⁵ Ley 6132, sobre Expresión y Difusión de pensamiento del 1962.

³⁶ Código Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cit.

³⁷ Ley 153-98 sobre telecomunicaciones.

³⁸ Ley 153-98 sobre telecomunicaciones.

Si analizamos los textos de los instrumentos internacionales, en el Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se consagra el derecho a la libertad de opinión y de expresión, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirla³⁹.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, adoptado por la República Dominicana, en su art. 19, establece la libertad de expresión en su acepción más amplia, como derecho a la información⁴⁰.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, del 22 de noviembre de 1969, en su art. 13 incluye entre los derechos humanos, la libertad de expresión⁴¹.

Vamos a penetrar en la definición contenida en esta Convención sobre esta libertad fundamental de pensamiento y de expresión: la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras⁴².

Y si analizamos las limitaciones a este derecho de información, son coincidentes en cuanto a la restricción resultante del respeto a los derechos y a la reputación de los demás, al orden público y a las buenas costumbres.

4.5. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y posibles consecuencias de su vulnerabilidad

De acuerdo a nuestra experiencia el derecho al debido proceso tiene como consecuencia necesaria un juicio sin dilaciones indebidas y su fundamentación está expresamente previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que es la auténtica definición del debido proceso: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un **plazo razonable...**"⁴³

Si analizamos el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en su art.14, en su inciso 3, numeral 1, establece como una de las garantías mínimas de toda persona acusada la de ser juzgada sin dilaciones indebidas⁴⁴.

³⁹ Constitución Política Dominicana,

⁴⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Derechos Humanos, cit

⁴¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Derechos Humanos, cit.

⁴² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Derechos Humanos, cit.

⁴³ Convención Interamericana sobre derechos humanos, Derechos Humanos, cit.

⁴⁴ Convención Interamericana sobre derechos humanos, Derechos Humanos, cit.

En el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre del 1950 (Convenio de Roma), un proceso sin dilaciones indebidas constituye un derecho, como se prevé en el art.6º, a la razonabilidad del plazo. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), en Sentencia de 6 de mayo de 1981 –Caso Buchholz– la razonabilidad debe apreciarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del mismo, atendiendo al efecto a la complejidad del caso y a la conducta del demandante y a las autoridades competentes, pues con relación a estas últimas, deben asegurar la rápida tramitación de las acciones en los términos del art. 6º. del Convenio⁴⁵.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ocupa un lugar en la Constitución española, en su Art. 24.2.

*"El concepto de proceso sin dilaciones indebidas, es un concepto jurídico indeterminado o abierto, que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes en su enunciado genérico."*⁴⁶

La razonabilidad del plazo es consubstancial con el debido proceso, la crítica más grave contra el proceso penal no sólo en República Dominicana sino en el ámbito de América Latina, es la mora en los trámites judiciales, hasta culminar con una sentencia definitiva, y cuya secuela inevitable es la prisión preventiva en desmedro del principio de libertad y de la presunción de inocencia.

4.6. Aspecto constitucional y de los convenios internacionales sobre el principio de publicidad

El principio de publicidad desde la perspectiva de los medios de comunicación está vinculado, no solamente al principio de la publicidad de las audiencias desde el punto de vista de las partes involucradas en el proceso, para la defensa de sus derechos y de control de los actos de los jueces, sino que debemos analizarla desde la libertad de pensamiento y expresión, y el libre acceso a las fuentes noticiosas, que conforman el derecho a la información de manera más comprensiva.

El derecho a la información es genérico, y específico, para el ejercicio profesional del derecho a la información, por los periodistas e informadores públicos.

⁴⁵ Hector Maskin, El Sistema Europeo de Derechos Humanos, pag. 30 ; y Proceso Penal y Derechos Fundamentales, pág. 592

⁴⁶ Constitución Española.

Como observamos, se ejercen estos derechos, a través de diferentes medios de difusión de ideas, hechos y acontecimientos, que por su naturaleza conllevan deberes y obligaciones especiales.

Quien ejerce profesionalmente el derecho a la información debe informar de manera veraz y apegado a los hechos y acontecimientos que describe.

Siendo el derecho a la información un derecho humano fundamental, no puede ser entendido como un derecho ilimitado a favor de quien lo ejerce.

Como podemos observar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, la libertad de prensa, que se generaliza en el derecho de información y su vinculación con el principio de publicidad de las audiencias, está garantizado constitucionalmente, a través de convenios internacionales sobre derechos humanos y en el ordenamiento legal positivo, lo que pone de manifiesto que el proceso penal dominicano cuenta con el instrumental jurídico para implementar el derecho al debido proceso.

4.7. Relaciones entre administración de justicia y medios de comunicación

Las relaciones entre la administración de justicia y los medios de comunicación en República Dominicana, deben ser analizadas, desde el prisma constitucional, en los Convenios Internacionales adoptados, y en la legislación positiva, en este caso, a la luz de los “considerandos” de la referida Ley 6132, de Expresión y Difusión del Pensamiento, que recoge el espíritu de la doctrina y concepciones modernas sobre esta materia, tendente a garantizar la libertad de expresión, salvo en los casos de abuso de este derecho, una responsabilidad eficazmente exigida por los tribunales judiciales.

En el ordenamiento jurídico dominicano desde el ángulo del derecho a la expresión y difusión del pensamiento, las disposiciones constitucionales y legislativas analizadas en su conjunto guardan coherencia, en cuanto a que la restricción a este derecho tiene como fundamento la dignidad y la moral de las personas, el orden público y las buenas costumbres.

Podemos hacer una reflexión en el sentido de que los principios constitucionales, los aportados por los convenios internacionales con rango constitucional y la legislación interna, de manera expresa, están consagrando como libertad fundamental la expresión y difusión del pensamiento y el derecho de los medios de información al libre acceso a las fuentes noticiosas públicas y privadas, incluidas entre éstas las salas de audiencias de

podemos observar que esta ley se inclina hacia el máximo respeto a este derecho y a obviar los controles administrativos en lo que concierne a la expresión de las ideas.

los tribunales, espacios físicos y símbolos de la justicia, y que las limitaciones obedecen a reconocimiento de derechos valorados por su jerarquización axiológica en el orden social, como el honor y la dignidad de las personas, el supremo interés de los menores de edad, el orden público, entre otros.

En el escenario de los tribunales, la potestad de restringir ese derecho general a la información ha quedado asignada al Juez Presidente: y éste limitado por las disposiciones constitucionales y legales; la sala de audiencia como fuente de información está bajo la potestad del juez, quien a su vez está sometido a principios constitucionales de orden público, de seguridad nacional, al derecho a la dignidad y moral de las personas, las buenas costumbres; la condicionante de la minoridad de edad de los procesados, el respeto a los principios universales del debido proceso y la presunción de inocencia, cuando sea alegada por el inculpado; teniendo el juez, fuera de estas limitaciones, un poder discrecional para reglamentar sus relaciones con los medios de comunicación.

La experiencia en República Dominicana, es que la sociedad ha puesto como prioridad la necesidad social de una administración de justicia transparente, por vía de los tribunales, y como ejemplo específico, en situaciones extraordinarias, por haberse herido un derecho fundamental, como el de la vida, casos Llenas Aybar y Orlando Martínez, entre otros, la necesidad del control social sobre la actividad probatoria se impone sobre las partes involucradas y la actuación de los jueces se inclina a darle apertura al derecho a la información en sus fuentes noticiosas judiciales, en su más amplia cobertura.

4.8. soluciones en derecho comparado

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito el 4 de noviembre de 1950, en su Art. 6º. Establece que: *" Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, quien decidirá sobre sus derechos y obligaciones civiles o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia dirigida contra ella. La sentencia debe ser hecha, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exijan, o en la medida juzgada estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia."*⁴⁷

⁴⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Es oportuno consignar a este respecto sobre la jurisprudencia y doctrina de España: “El principio de publicidad tiene un carácter eminentemente formal,...” el art. 120.1 de la Constitución contempla la posibilidad de que la publicidad del proceso pueda conocer excepciones, que en todo caso deberán estar autorizadas por una ley. El Tribunal Constitucional, al interpretar este derecho a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha entendido que el derecho se reconoce con unos límites implícitos, que son los previstos en el Derecho Internacional en que se inserta nuestra Constitución (STC 62/1982 de 5 de octubre)⁴⁸.

Para el Tribunal Constitucional Español, que sigue de cerca doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, el principio de publicidad tiene una doble finalidad: por una parte proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales. En ambos sentidos, este principio constituye una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho (STC 96/1987/de 10 de junio)⁴⁹.

La Constitución española de 1978, garantiza en el art. 24.2, el derecho a un proceso público y en el art.120.1 prescribe que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”⁵⁰.

Analizando el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España establece que: “excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades de los jueces, mediante resolución motivada podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”⁵¹.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, art.680, regula la celebración de sesiones a puerta cerrada “cuando así lo exijan razones de moralidad y de orden público o el respeto debido a la persona ofendida o a su familia”⁵².

El derecho español desarrolló en la década de los setenta y parte de los ochenta, la teoría llamada de los “límite”, que pretendía ver en otros derechos humanos, como la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen, verdaderos límites al ejercicio del derecho a la información.

En Costa Rica algunas resoluciones dictadas desde 1992 por la Sala Constitucional de Costa Rica, ha hecho referencia a dicha teoría y se ha pronunciado que la información como derecho, encuentra límites en la inti-

⁴⁸ Constitución Española.

⁴⁹ Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Colección de Estudios No. 1, pág. 591.

⁵⁰ Constitución Española.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

idad, la vida privada, el honor, la imagen y el principio de presunción de inocencia.

Una posible vía de conciliación es la teoría de la “**adecuación**” desarrollada por juristas españoles, entre éstos el abogado Carlos Soria, según la cual no existen choques de derechos sino adecuación de derechos⁵³.

4.9. el principio de publicidad y los medios de comunicación

La tensión entre el derecho a la información y la protección de los fines del proceso.

Vamos a continuar examinando el principio de publicidad y los medios de comunicación: la tensión entre el derecho a la información y la protección de los fines del proceso.

Vamos a comenzar con el Código procesal Penal de Costa Rica (Ley No. 7.594), en vigencia desde el 1º. De enero de 1988, en cuyo art. 331, dispone lo siguiente:

“Art. 331. Participación de los medios de comunicación⁵⁴.

Para informar al público lo que suceda en la sala de debates, la empresa de radiodifusión, televisión o prensa podrán instalar en la sala de debates aparatos de grabación, fotografía, filmación u otros. El tribunal señalará, en cada caso, las condiciones en que se ejercerán esas facultades. Podrá, sin embargo, por la resolución fundada, prohibir esa instalación cuando perjudique el desarrollo del debate o afecte algunos de los intereses señalados en el artículo anterior⁵⁵.

Si el imputado, la víctima o alguna persona deba rendir declaración solicitan expresamente que aquellas empresas no graben ni su voz ni su imagen, el tribunal hará respetar sus derechos.”⁵⁶

Podemos considerar como primer elemento positivo de esta disposición, establecer como principio general, el derecho de los medios televisivos de ingresar a la sala de audiencia, sujetos a la autoridad del tribunal sobre las condiciones de trabajo periodístico.

⁵³ Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, pág. 94, Año 9, No. 14, del 1997.

⁵⁴ Código penal de Costa Rica.

⁵⁵ Alfredo Bovino, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, pág. 283.

⁵⁶ Revista de Ciencias penales de Costa Rica, pág. 96, Año 9, No. 14, del 1997.

Este principio tiene como restricciones: cuando la presencia televisiva perjudica el desarrollo del debate y protección de la voz y la imagen del imputado, a pedimento de éste el tribunal hará valer sus derechos, en adición a los límites establecidos en el art.330, cuando se afecte el pudor, la vida privada, la integridad física de algunos de los intervinientes, seguridad del Estado, los intereses de la justicia, soluciones enmarcadas dentro de los convenios internacionales relativos a los derechos humanos.

En los Estados Unidos el sistema federal no permite el acceso de los medios televisivos a las audiencias públicas. En la mayoría de los estados de la unión, como principio, se permite la transmisión por televisión de los juicios públicos, sometidos a un control judicial y el derecho de la prensa tiene ciertos límites, para la protección de intereses sociales como en los casos de los delitos sexuales, procedimientos para niños, que implican perjuicios derivados de la televisión en sí misma. En estos casos la regulación permite una rápida decisión⁵⁷.

Es otra causa de restricción, cuando por las circunstancias del caso la televisión afecte el normal desarrollo del juicio o derechos fundamentales de las partes.

La transmisión televisiva del juicio ha sido tratada por la Suprema Corte de Estados Unidos en dos decisiones importantes: por ejemplo en el caso "Estes vs. Texas", en que el juez había ejercido su discrecionalidad y permitió la cobertura por televisión, se alegó que la participación de los periodistas había sido perturbadora de la audiencia y el condenado impugnó su sentencia condenatoria alegando que había sido privado de un juicio justo, la Suprema revocó la sentencia⁵⁸.

En Francia se considera el principio de publicidad como una garantía del imputado, en dos aspectos: en el derecho del público de asistir a los juicios penales, salvo que la publicidad amenace el orden público o la moral y en un segundo término la publicidad se asegura con la presencia de la prensa, que puede informar sobre los procedimientos judiciales⁵⁹.

Siguiendo la visión comparativa en Alemania se justifica la adopción del principio de publicidad, como mecanismo de control popular sobre los juicios y la ley orgánica de los tribunales de Alemania dispone que la vista de la audiencia será pública y son inadmisibles grabaciones magnetofónicas, televisivas o radiofónicas, así como grabaciones de sonidos y fílmicas con el fin de su transmisión pública, el fundamento de esta prohibición: impedir perturbaciones del desarrollo normal de la audiencia, el quebranto a los derechos de imagen y de voz, la estigmatización que produce al imputado⁶⁰.

⁵⁷ Alfredo Bovino, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, pág. 288.

⁵⁸ Ibid, pág. 290.

⁵⁹ Ibid, pág. 280.

⁶⁰ Ibid, pág. 280.

El principio de publicidad de las audiencias en Italia, es una forma de control democrático de la administración de justicia, la legislación italiana permite la transmisión televisaba en dos casos: cuando hay consentimiento de las partes y cuando el juez cree que la transmisión televisiva tiene un efecto educativo particular.

La publicidad de los juicios en Portugal es constitucional, los juicios son públicos, excepto en los casos que requieran la protección de la dignidad humana y la moral. En el ordenamiento procesal se dispone que publicidad implica la presencia del público durante el juicio, la emisión de información y reproducción del proceso penal por medio de comunicación⁶¹.

Como podemos concluir en este aspecto, el principio de publicidad de las audiencias es una garantía de las partes en el proceso y un medio de control social sobre la actividad judicial, principio que sólo sufre excepciones frente a valores jurídicos que en la escala axiológica tienen preeminencia: la honra y dignidad de las personas, interés de la niñez y adolescencia, el orden público, los derechos de imagen y voz, presunción de inocencia.

Es constructivo exponer la interpretación al artículo 14.1 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: "La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general... El Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluido los miembros de la prensa, sin estar limitadas a una categoría determinada de persona"⁶².

5. conclusiones

El derecho al debido proceso, expresión del método acusatorio, representa un rompimiento con el método inquisitorial, que desconoce los derechos y garantías del imputado.

Los principios analizados, garantías judiciales constitucionales, están enraizados en el ordenamiento jurídico dominicano, y pueden ser aplicados por los magistrados y magistradas, en toda su extensión al proceso penal y hacer vigente el debido proceso, constitucionalizando el proceso penal.

El principio de publicidad siempre ha caracterizado el sistema acusatorio y asegura el control, tanto interno como externo, de la actividad judicial, y siguiendo la concepción de Ferrajoli, el procedimiento debe realizarse

⁶¹ Constitución Portuguesa, artículo 209.

⁶² Comité de Derechos Humanos, Comentario General 13, párrafo 6.

a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor.

Debemos convenir que los principios y garantías judiciales analizados, constitutivos del debido proceso, están consagrados en el ordenamiento jurídico de la República Dominicana, ya por vía constitucional, por la adopción de Pactos y Tratados Internacionales, en virtud del artículo 3 de la Constitución Política Dominicana y la legislación adjetiva; y que los principios de oralidad y publicidad, que mejor tipifican al método acusatorio, están incorporados a la cultura jurídica desde su formación como república democrática, a diferencia de otros Estados Latinoamericanos, en que imperaba, desde la época colonial, el sistema inquisitorial puro, lo que facilita la supremacía de la norma constitucional en el proceso penal dominicano.

Los demás principios que caracterizan el debido proceso, como el de inmediación, concentración y celeridad, se han integrado al ordenamiento jurídico ya sea en el ámbito constitucional, como derechos y garantías implícitos, a través de la normativa internacional sobre derechos humanos, de conformidad con el art. 10 de la Constitución Política vigente, y cuya aplicación les corresponde a los magistrados y magistradas del orden judicial dominicano.

Como podemos inferir, sólo con la aplicación de los principios constitucionales del debido proceso, se tutelan los derechos del imputado y demás partes involucradas, se permite el ejercicio del control social sobre la actuación del juez o jueces y el Estado Dominicano cumpliría con la finalidad del art. 8 de la Constitución: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Recomendaciones

De forma inmediata: la adecuación, por el juez o jueces, del proceso penal dominicano, con los principios y garantías del debido proceso contenidos en la Constitución Política y en los Convenios y Pactos Internacionales adoptados, en virtud de los artículos 3 y 10 de dicha Constitución, de acuerdo con el principio de la supremacía de las disposiciones constitucionales sobre toda ley adjetiva y de la inconstitucionalidad de toda ley no conforme con las mismas, y de aplicación imperativa.

A corto plazo: la reforma y modernización del Código Procesal Penal Dominicano, para la unificación y armonización en un solo cuerpo de los principios de la ley sustantiva y adjetiva, garantistas de los derechos humanos, y el debido proceso, el método acusatorio, regule todas las fases de la instrucción criminal, desde la acusación hasta la sentencia firme final.

Bibliografía

- DERECHOS HUMANOS Recopilación de Tratados, Leyes, Decretos, Reglamentos, y resoluciones vigentes en la República Dominicana. Secretaría de Estados de Relaciones Exteriores de la R. D. Editora Amigo del Hogar, Diciembre del 1998.-
- Luigi Ferrajoli, Derecho y razón. Editorial Trotta, España, 2000.
- Alberto Bovino, Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo. Editores del Puerto, S.; 1, Argentina, 1998.
- Luis R. del Castillo Morales, Juan Manuel Pellerano Gómez, Hipólito Herrera Pellerano, Derecho Procesal Penal. Tomo II, Vol. I, Colección Derecho 8. Ediciones Capel Dominicano, S. A. Santo Domingo, Rep. Dom. 1992.
- Arturo Hoyos, El Debido Proceso, Editorial Temis, S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.
- Francesco Carnelutti, Derecho Procesal Civil y Penal. Biblioteca: Clásicos del Derecho, Vol. 4. Editorial mexicana, 1997.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

- Lic. Víctor José Castellano E., Concepto del Derecho Procesal Penal y sus Principios Receptores. Editora Búho, abril del 1999.
- Hector Maskin, El Sistema Europeo de Derechos Humanos. Editorial Universitaria de Buenos Aires. EUDEBA, S. A. , 1987.-
- Estudios Jurídicos, Volumen V, No. 1, Editora Corripio, C. por A. Santo Domingo, Rep. Dom. abril del 1995.
- Estudios Jurídicos, Volumen VII, No.2, Ediciones Capeldom. Santo Domingo, Rep. Dom. mayo del 1997.
- Dr. César Pina Toribio, Dra. Mirian Germán, Dr. Juan Manuel Pellerano, Lic. Guillermo Moreno, Hacia Un Nuevo Proceso Penal, Comisión de Revisión y Actualización del Código de Procedimiento Penal. Editora Búho, 1999. Santo Domingo, R. D.
- JUSTICIA Y RAZON, Encuentro Justicia y Prensa, Primera Conferencia del Poder Judicial, Impresora Corripio, Santo Domingo, R. D. 2000.
- Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Colección Estudios No. 1, Corporación Nacional de Reparación y Recopilación. Impresores: Alfabetá Impresores. Santiago de Chile. 1994.
- Ley No. 3726, sobre Procedimiento de Casación del 1953.
- Ley No. 6132, Sobre Expresión y Difusión del Pensamiento, 1962.
- Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 1998.
- Código Penal de la República Dominicana.
- Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana.
- Constitución Política de la República Dominicana.
- Ley No. 153.98, General de Telecomunicaciones.
- Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, pág. 94, año 9, #14 del 1997.
- Sentencia Corte Apelación Penal Sto. Dgo. Del 29-9-2000.
- Boletín Judicial No. 1062, Vol. I, mayo del 99, págs. 237-41, 333-37 y 421-25.



La presunción de inocencia. generalidades

1. origen y evolución histórica. 1.1. El sistema de proceso penal del antiguo régimen. 1.2. Del *in dubio pro reo* al derecho a la presunción de inocencia. 2. reconocimiento en los tratados internacionales. 3. La pluralidad de significados y contenidos atribuidos a la presunción de inocencia 3.1. Consecuencias del reconocimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. 3.2. Dimensión temporal y material del derecho. 3.2.1. Eficacia temporal. 3.2.2. Eficacia material. 4. La crítica doctrinal autoritaria a la presunción de inocencia y su pervivencia en la doctrina de la seguridad ciudadana. 4.1. Crítica doctrinal a la presunción de inocencia. 4.2. El autoritarismo político y la doctrina de la seguridad ciudadana. 5. 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. 5.1. La presunción de inocencia. ¿presunción o verdad interina? 5.2. Alcance. 5.2.1. Su eficacia respecto al derecho penal sustantivo. 5.2.2. Su eficacia en otros ámbitos jurídicos. 6. 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*. 6.1. Prueba apta para enervar la presunción de inocencia. 6.2. La carga de la prueba en el proceso penal. 6.2.1. La carga de la prueba de los elementos constitutivos de la infracción penal y de sus posibles agravaciones. 6.2.2. Carga de la prueba de los hechos impositivos o extintivos y de las circunstancias atenuantes. 6.3. Suficiencia de la prueba. 6.4. Prueba válida. 6.5. Valoración de la prueba. 6.6. Motivación. 6.7. Derecho del acusado al silencio y a la no inculpación. 6.8. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. 7. La presunción de inocencia como norma de tratamiento. Los límites de la intervención procesal respecto del inculpado. 7.1. Presunción de inocencia y prisión preventiva. 7.2. Efectos respecto de otras medidas cautelares y restrictivas de derechos. 7.3. El límite temporal de la presunción de inocencia. 8. Alcance extraprocesal del derecho.



I. origen y evolución histórica

I.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 todavía deuen estar mas inclinados e aparejados para quitar omes de pena, que para condeñarlos, 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 mereciese por yerro que ouiese fecho, que darla al que non la meresciese nin ouiese fecho alguna cosa por que”.

Sin embargo, como señala, entre otros, TOMÁS Y VALIENTE, no está en juego aquí 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, estaba cuidadosamente reglamentado, de modo que se establecía de forma reglamentista y rigurosa qué tormento podía ser aplicado a cada reo, según los indicios que obrasen en su contra); 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 de-

lito 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 ponía 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.

1.2 del *in dubio pro reo* al derecho a la presunción de inocencia

La primera formulación 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, tout rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimé par la loi”. [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 formulación 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 quien, en el capítulo dedicado al tormento decía:

“Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez...”

COMO SEÑALA FERRAJOLI (FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, trad. española de ANDRÉS IBÁÑEZ Y OTROS, 4^{ta} ed. Madrid, 2000, ed. Trotta, pág. 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

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*”. (Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1968, pág. 52).

A diferencia del principio *in dubio pro reo*, la presunción de inocencia es un derecho subjetivo del ciudadano.

2. Reconocimiento en los tratados internacionales

A partir de este precedente, determinados textos constitucionales van introduciendo declaraciones que, de una u otra forma, suponen el reconocimiento del derecho.

Pero el proceso no se generaliza sino después de la IIª 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, cuyo art. 11.1 declara 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»;

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 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”.

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».

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”.

Siguiendo estos precedentes internacionales, muchas de las Constituciones posteriores a 1945 lo incluyen en su catálogo de derechos, con fórmulas más o menos coincidentes a la que emplean los textos que se han citado. Éste es el caso de la Constitución Italiana de 1947 (art. 27, aun con las matizaciones que se dirán), 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 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”,

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, sin embargo, no es tan frecuente la formulación explícita, si bien existen notables ejemplos, como puede ser la Constitución Política de Costa Rica de 1949, artículo 39, o algunas de las más recientes, como la Constitución Política de Nicaragua, de 1987, art. 34,1º. Pero esto no significa falta de reconocimiento del derecho como tal sino que, simplemente, se considera incorporado de modo suficiente a la garantía general del derecho a un proceso equitativo o a un juicio justo. Esto es lo que ocurre 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. 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 hay una presunción de inocencia a favor del acusado es una ley indudable, axiomática y elemental y su observancia constituye el fundamento 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 presunción de inocencia, aunque no esté expresada en la Constitución, es un principio básico del proceso equitativo en nuestro sistema de justicia penal] (**Estelle v Williams**, 425 U.S. 501 (1976)).

La Constitución de la República Dominicana de 14 de agosto de 1994, siguiendo esta tradición americana, no menciona el principio de inocencia, pero no por ignorarlo, sino por considerarlo implícito en la garantía básica del juicio equitativo y del ejercicio del derecho de defensa y en el derecho del inculcado a no declarar contra sí mismo, reconocidos en los apartados j) e i) del Artículo 8, inciso 2.

Finalmente, junto a las formulaciones constitucionales, son muchas las leyes de proceso penal que lo establecen de modo expreso en su articulado, como uno de sus principios esenciales. Así lo hace el **Proyecto de Código de Procedimiento Penal** de la República Dominicana, que en su Libro Primero, dedicado a las Disposiciones Generales, y en el Título 1º, “Principios Generales”, proclama en el Artículo 2º, inmediatamente después del reconocimiento en el artículo precedente del principio de legalidad, el principio de inocencia con la siguiente fórmula:

Artículo 2 - Principio de Inocencia. Toda persona perseguida penalmente se presume inocente de los hechos que se les imputan.

La presunción de inocencia ha superado 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.

Para profundizar en la diferencia sustancial entre el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia y sobre el nacimiento histórico de las formulaciones de ésta se recomienda la lectura de: TOMAS Y VALIENTE, Francisco: “»In dubio pro reo», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 20, mayo-agosto de 1987, págs. 9 a 34.

Lectura recomendada

3. LA pluralidad de significados y contenidos atribuidos a la presunción de inocencia

3.1. consecuencias del reconocimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia

En un Coloquio celebrado en Toledo, 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 cierta tan rotunda afirmación, sí lo es, sin duda, que su reconocimiento como derecho del acusado ha introducido una transformación profunda en el enjuiciamiento penal.

Para ilustrar esta transformación se puede mencionar lo que ha sucedido en España donde, sin que se haya modificado sustancialmente la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha llevado consigo un auténtico vuelco en el proceso penal. Las instituciones que se han mostrado más incisivas en esta transformación, pese a su aparente “neutralidad”, han sido 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 ha sucedido 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.

El papel central que se asigna hoy a la presunción de inocencia queda de manifiesto de modo gráfico con la Ley francesa nº. 2000-516, de 15 de junio de 2000, que entró en vigor el 1 de enero de 2001. 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.

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 el proceso penal y a convertirse, desde el punto de vista numérico, con diferencia, en las más alegadas ante los Tribunales de este orden.

El reconocimiento del derecho en los Tratados internacionales y en las Constituciones le confiere, además, 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 Derecho Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos en que unos u otras admiten el recurso individual.

3.2. 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 («*revfrancesa*» *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 no se le declare tal en sentencia) que de uno sustantivo (nadie puede ser condenado si no se prueba de forma completa su 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”.

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 2ª del Tribunal Supremo, sala de lo penal, que se ha convertido en la “sala de la presunción de inocencia”.

3.2.1. 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 no 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.

3.2.2. Eficacia material

Junto a 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.

4. 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. Incluso aún en 1947, a la hora de redactarse la Constitución republicana italiana, sus autores tuvieron que buscar una fórmula de compromiso con una expresión negativa (“l'imputato non é considerato colpevole sino alla condanna definitiva” [el imputado no se considera culpable hasta la condena definitiva]) ante la falta de un consenso suficiente sobre el alcance del derecho, sin que ello haya impedido, por otra parte, extraer del reconocimiento constitucional conclusiones semejantes a las obtenidas en otros países.

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.

4.1. 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, que tiene 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 acababan 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.

4.2. 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 IIª Guerra Mundial, la extensión de la proclamación de éste y otros derechos procesales básicos en textos internacionales y constitucionales.

Pero, sin llegar a estos extremos, el peso 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 medi-

da 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 (“La presunción de inocencia”, 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 reconocerse 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), formulan 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.

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.

5. 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.

Hora es, pues, de pasar al análisis del contenido del derecho así proclamado.

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 postulado: en el proceso penal, la carga de la prueba corresponde a la acusación; la segunda en otro: hasta que 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.

5.1. 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 *iuris tantum*, o sea, de aquéllas 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 aquél 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 no 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.

5.2. Alcance

Pero su eficacia no se limita a el establecimiento de esta verdad provisional.

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.

5.2.1. 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, aquéllas 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.

Esto es lo que ha llevado, por ejemplo, a que en España se hayan derogado por el legislador (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) normas como la que reputaba voluntarias las conductas descritas por el legislador como delito o falta, salvo que constase lo contrario (art. 1 del Código Penal, texto refundido de 1973), la atribución de la jefatura en los delitos de rebelión o sedición, cuando no hubiere llegado a organizarse con jefes conocidos, “a los que llevaren la voz” o hubiesen “firmado escritos” (arts. 216 y 220 del mismo Código Penal), la presunción de autoría de las lesiones en supuestos de riña tumultuaria a quienes hubieren participado en ella (art. 408), la atribución de cualquier delito cometido por una cuadrilla al “malhechor que anda habitualmente” en ella (art. 502, párrafo 3º).

El Tribunal Constitucional, por su parte, en S.ª 105/1988, de 8 de junio, declaró inconstitucional, por vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el inciso del art. 509, párrafo 1º, del Código Penal que sancionaba al que tuviere en su poder ganzúas 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.

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, nº 2º de la Constitución Portuguesa.

Es preciso señalar, no obstante, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que siempre tiene en cuenta la necesidad de operar sobre sistemas jurídicos diferentes entre sí, contempla con menor rigidez estas presunciones legales. 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 impor-

tancia de los intereses en juego y mantuvieran en todo caso los derechos de la defensa". Son pues, en ambas sentencias, las posibilidades reales de defensa reconocidas a los acusados las que determinan finalmente que el Tribunal considere que, en esos caso concretos, no hubo vulneración de la presunción de inocencia.

5.2.2. su eficacia en otros ámbitos jurídicos

Por otra parte, aunque su origen y su ámbito propio de aplicación está en el proceso penal, la presunción de inocencia no opera exclusivamente en tal ámbito.

En general, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 nº 74 de la Corte Interamericana de 6 de febrero de 2001, caso **Ivcher Bronstein c/ Perú**, 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.

No cabe duda, sin embargo, 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 la adopción de sanciones no penales, en especial las administrativas, y aún de sanciones civiles.

Pueden encontrarse numerosos ejemplos de esta aplicación en la jurisprudencia de los Tribunales de garantías, tanto en el continente europeo como en el americano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha examinado recientemente la vulneración de la presunción de inocencia al pronunciarse sobre una decisión estatal que privaba a un ciudadano de la nacionalidad (S^a. 74, **caso Ivcher Bronstein c/ Perú**, ya citado), sobre la destitución arbitraria de sus cargos 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**).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 Tribunal Constitucional Español que, en su Sentencia 13/1982, declaró 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”.

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 y deducir de tal imputación una consecuencia jurídica restrictiva de derechos, sean de índole administrativo, civil, laboral o de otro género.

Esto no impide, en todo caso, que 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. En estos casos no se trata tanto de presunciones de culpabilidad sino de determinación por el legislador de quién ha de soportar determinada pérdida o perjuicio en los casos, muy frecuentes, en que no quepa establecer responsabilidades personales.

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.

6. 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*

6.1. 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, 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 potencialidad y 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 in-

eficaz como garantía del ciudadano si, en su desarrollo, no se tuviera en cuenta:

- a) A quién corresponde introducir las pruebas en el proceso
- b) Qué pruebas son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia.
- c) Cómo han de practicarse esas pruebas.
- d) 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 Tribunal Constitucional 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 (*op. cit.*, pág 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:

- 1) la carga de la acusación de producir datos o hechos probatorios que tengan el valor de confirmaciones necesariamente consecuentes respecto de la hipótesis acusatoria...
- 2) 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;
- 3) la facultad de 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 Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias como la n° 33, de 17 de septiembre de 1987, **caso Loayza Tamayo c/ Perú**.

El análisis de la presunción de inocencia como regla de juicio en el proceso penal exige, pues, el estudio de los temas siguientes:

- a) La carga de la prueba.
- b) La suficiencia de la prueba.
- c) La validez de la prueba.
- d) La valoración de la prueba.
- e) La motivación de la sentencia.

Al ser alguno de estos temas objeto específico de otras Unidades didácticas, aquí no quedarán sino enunciados en sus puntos esenciales, de modo que será allí donde se analicen en profundidad, remitiéndonos a la Unidad correspondiente.

6.2. 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.

En puridad de principios no es necesario que el acusado sea “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 aquéllos 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 está recogida 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.

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 impeditivos de la responsabilidad penal.

6.2.1. 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 tipo penal de estructura simple, 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 a 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. Así lo expresa claramente el Proyecto de Código de Procedimiento Penal cuando, en su artículo 3ª, *in fine*, exige que, además de la participación en el hecho de la persona acusada, el Ministerio Público pruebe 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 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. 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.

También esta exigencia está prevista en el mismo art. 3º del Proyecto cuando incluye entre la prueba cuya carga corresponde al Ministerio Público, la de “la existencia de todo elemento susceptible de tener influencia sobre [la calificación jurídica]”.

6.2.2. carga de la prueba de los hechos impositivos 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 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 impositivos alegados

por él". Así lo afirma, recientemente, entre otras, la sentencia núm. 261/1998, de 21 de febrero, que cita en su apoyo muchas otras anteriores, como las núm 147/1994, de 4 febrero, 374/1995, de 15 marzo y 242/1996, de 11 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 reciente, 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 la 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 aquéllos, 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 inscriben 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. *Conceptos básico de Derecho Penal*, trad. esp. MUÑOZ CONDE, F., 1997, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 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 (*op. cit.* Págs. 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.UU), 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, 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, 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, a mi juicio, 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, *op. cit.* pág. 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.

Pero 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, sería 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 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.

6.3. 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 donde el legislador no fija estándares precisos de prueba sino que se remite a la íntima convicción del juez. Pero incluso en ellos se ha planteado 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 Tribunal Constitucional 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 dió 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), 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, esto es, que

en aplicación de esta posición sobre la necesidad de que la prueba sea objetivamente suficiente para poder fundar en ella una posible sentencia de condena, el tribunal supremo español sostiene, en una constante jurisprudencia, que la mera tenencia de los objetos sustraídos no constituye, por sí sola,

pueda servir para fundar el juicio de culpabilidad y, por consiguiente, sostener una condena penal.

prueba suficiente de la participación en la sustracción (p.ej., recientemente, en la sct. 1586/99, de 10 de noviembre), aunque puede valorarse por el juez como un indicio objetivo y serio de tal participación, (p.ej., sct. del TS 1179/99, de 9 de julio) que, si concurre con otros indicios, puede conducir válidamente a la convicción de la culpabilidad del acusado respecto de la sustracción que se le imputa.

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 producir la convicción de culpa, con exclusión de cualquier duda razonable]

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.

6.4. 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. De modo especial ha de producirse de acuerdo con los principios básicos de inmediación, contradicción efectiva, oralidad, concentración y publicidad, tal como están recogidos en los arts. 12, 13 y 14 del **Proyecto de Código de Procedimiento Penal** para el juicio de fondo. En la Exposición esquematizada del Proyecto se dice, en este sentido, que

“La obtención de la prueba está sometida a requisitos muy precisos para que la misma pueda servir como fundamento de la acusación y condena. De manera particular se ha consagrado la obligación de reproducir la prueba, siempre que sea posible, ante los jueces del fondo”. En la Unidad didáctica correspondiente del programa formativo 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.

La exigencia aparece recogida en el **Proyecto** en estos términos:

Artículo 14- Legalidad de la prueba. Son inadmisibles los elementos de prueba recogidos mediante infracciones a la ley penal. Un elemento de prueba no es admisible sino cuando el procedimiento previsto para su recepción haya sido integral y regularmente respetado y cuando dicho procedimiento no constituya un atentado a la dignidad de la persona o a otro derecho protegido por la Constitución, Ley o Tratado Internacional.

Se incorpora así al derecho positivo 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.

El fundamento de esta exigencia puede seguirse en la jurisprudencia del TC español, donde aparece por primera vez en la S.^a 114/84, de 29 de noviembre. Se trataba allí de un proceso laboral, no penal, por despido de un trabajador, en el que la empresa aportó como prueba de la infracción laboral motivadora del despido la grabación de una conversación que el periodista despedido había mantenido con otra persona y que ésta había registrado 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, aun 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 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso **Loayza Tamayo c/ Perú**, S.^a núm. 33, de 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 Unidad didáctica núm. 5, a la que me remito.

6.5. valoración de la prueba

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.

supongamos que en un proceso penal el juez declara la culpabilidad sobre la base única del testimonio directo de un vidente que, situado en lugar distinto y distante, jura ante el tribunal haber tenido una visión del acusado ejecutando el delito. nadie negará que se trata de una prueba de cargo, que se ha practicado válidamente ante el tribunal y que tiene un claro sentido incriminatorio para el acusado. pero, ¿respetaría en tal caso la sentencia condenatoria la presunción de inocencia?

El desarrollo de la presunción de inocencia ha permitido 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 la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (p.ej. auto del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2000), y se encuentra en la base de la norma sobre valoración de la prueba contenida en el art. 201 del **Proyecto de Código de Procedimiento Penal** de la República Dominicana cuando establece

Los tribunales apreciarán la prueba de conformidad a las reglas de la sana crítica.

La misma expresión contiene el art. 358, relativo a la convicción del juez, según el cual

El juez formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio de fondo y de conformidad a las reglas de la sana crítica.

6.6. 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 mo-

dero, 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, apelando 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 entender 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.

El Tribunal Constitucional español, en sentencias recientes, 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 de 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 de 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, de 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 (*op.cit.*, pág. 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 error en su apreciación; (3) el comportamiento de B induce a pensar que mató a C.

El ya citado art. 201 del **Proyecto de Código de Procedimiento Penal** dominicano recoge cumplidamente esta exigencia cuando establece:

(...) La valoración de la prueba en la sentencia requerirá de la fundamentación de cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probados y el señalamiento del o los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados tales hechos y circunstancias. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar dichas conclusiones.

Luego, de forma igualmente explícita, cuando en el art. 362 se regula la estructura y contenido de la sentencia, se incluye, en el apartado (d):

d.- La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones.

El art. 385, causal e), de modo coherente con esta exigencia, incluye la falta de motivación como una de las causales de apelación de las decisiones de la Cámara de lo Criminal.; y el art. 393 dispone en el apartado d) que uno de los medios de casación será que la sentencia no contenga los motivos.

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.

6.7. 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.

Como ya se ha dicho (*vid supra* en esta misma Sección) la Constitución de la República Dominicana de 14 de agosto de 1994, incluye de modo expreso el derecho del inculpado a no declarar contra sí mismo, reconocido en el apartado i) del Artículo 8, inciso 2. Por su parte, el **Proyecto de Código de Procedimiento Penal**, en su art. 120, también recoge, con carácter general (apartado f) el derecho del inculpado de abstenerse de declarar, y en art. 122, que regula la lectura de derechos al inculpado detenido, figura en primer lugar el "derecho a guardar silencio, en el entendido de que todo lo que declare o haga puede ser usado en su contra".

Esta vinculación de ambos derechos con la presunción de inocencia ha sido frecuentemente afirmada por muy diversos Tribunales de Derechos Humanos y de garantías constitucionales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Funke* contra Francia, (S.^a de 25 de febrero de 1993, parágrafo 44), *Murray* contra el

Reino Unido (S.^a de 8 de febrero de 1996, parágrafo 45) y Saunders contra el Reino Unido (S.^a de 17 de diciembre de 1996, parágrafo 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 Tribunal Constitucional español, en S.^a 161/1997, de 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 inculpado, 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.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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, de 1 de octubre y otra, la 1956/1994, de 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 aquélla 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., últimamente en S.^ª 1650/1999, de 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 incriminatorias, el Tribunal Constitucional, en la citada S.^ª 161/1997, de 2 de octubre, relativa a los controles de alcoholemia, estimó que el núcleo de la garantía constitucional contra la no incriminación 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, de 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) y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/1961 y 8239/1978).

También puede ser ilustrativo señalar lo ocurrido con lo dispuesto por el art. 72.3 de la Ley de Seguridad Vial española, en virtud del cual el propietario de un vehículo detectado al cometer una infracción de tráfico está obligado, bajo la conminación de una sanción administrativa, a comunicar a las autoridades la identidad del conductor que manejaba el vehículo en ese momento. Una sanción impuesta al amparo de este precepto fue cuestionada por el sancionado ante el Tribunal Constitucional, alegando que tal obligación vulneraba la presunción de inocencia y la garantía contra la autoincriminación. El TC desestimó el amparo por S.^ª 8/1996, de 29 de enero, que se remitía a otra anterior, la 197/1995, de 21 de diciembre, en la que ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad del precepto legal cuestionado. El sancionado acudió entonces al

el principio de no autoincriminación no sólo es aplicable al inculcado sino también a los testigos. De este modo, el art. 211 del **proyecto de código de procedimiento penal** dominicano establece el derecho de todo testigo a “negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pueda acarrearle peligro de persecución penal por un delito.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en virtud de lo dispuesto en el **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. El Comité, en sesión de 18 de octubre de 1999 (**comunicación 777/1997, 67º período de sesiones, caso Sánchez López**) declaró que la comunicación era inadmisibile, al no existir infracción del derecho a la presunción de inocencia ni del derecho a no declarar contra sí mismo, reconocidos en el Pacto, ya que “el autor fue sancionado por su no cooperación con la administración y no por la infracción de tráfico” y que “una sanción por falta de cooperación con la administración en esta forma no tiene cabida dentro del ámbito de aplicación de los párrafos del Pacto” que se alegaban como vulnerados.

6.8. 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), si no de, una vez establecida la distinción, se trata de instituciones nítidamente separadas, sin que guarden relación entre sí o si, por el contrario, el derecho a la presunción de inocencia encierra, como una parte de él, el principio *in dubio pro reo*.

La respuesta, a mi juicio, 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.

7. La presunción de inocencia como norma de tratamiento. Los límites de la intervención procesal respecto del inculpado.

7.1. 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, *op. cit.* pág. 555, que, a su vez, cita el *Trattato di diritto processuale italiano*, de MANZINI, Utet, Turín, 1931, vol. I, pág. 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 (*op. cit.*, pág. 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 deten-

ciones “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

(...)

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.

(...)

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.

(...)

También la Constitución de la República Dominicana establece, en su art. 8.2, las garantías de la seguridad individual, con especial atención a la interdicción de las detenciones arbitrarias y a su control judicial (apartados b, d, d y f), más que a los límites de la decisión que pueda adoptar el juez para elevar la detención a prisión, que se remiten en bloque al principio de legalidad:

(c) Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los caso previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad (...).

La realidad, sin embargo, es aún más incómoda de lo que dejan ver los resquicios de estos textos internacionales de garantías. Como puso de manifiesto una investigación patrocinada por el ILANUD (CARRANZA, E.

“Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa”, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 26, julio 1996, págs. 81 a 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.

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.

7.2. 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 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.

7.3. el límite temporal de la presunción de inocencia

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, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el **caso Loayza Tamayo c/ Perú**, S.^a núm. 33, de 17 de septiembre de 1987, ya declaró que, en dicho caso,

“(…) 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,

Hay que señalar que, en ese caso, tal declaración, contenida en la sentencia absolutoria de la jurisdicción militar, fue la base de su condena posterior por los tribunales del fuero común.

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 ejemplo reciente de estos supuestos es el contemplado en la S.^a de 21 de marzo de 2000, caso *Asan Rushiti* contra Austria, que sigue una línea jurisprudencial mantenida en otros casos, como *Sekanina c/ Austria*, S.^a de 25 de agosto de 1993 y *Englert y Nölckenbockhoff c/ Alemania*, SS.^a de 25 de agosto de 1987. Hay que hacer notar que, en estos caso, el TEDH no amparó un inexistente derecho a indemnización como consecuencia de la sentencia absolutoria sino que lo que 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.

8. 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, de 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 partícipe 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.

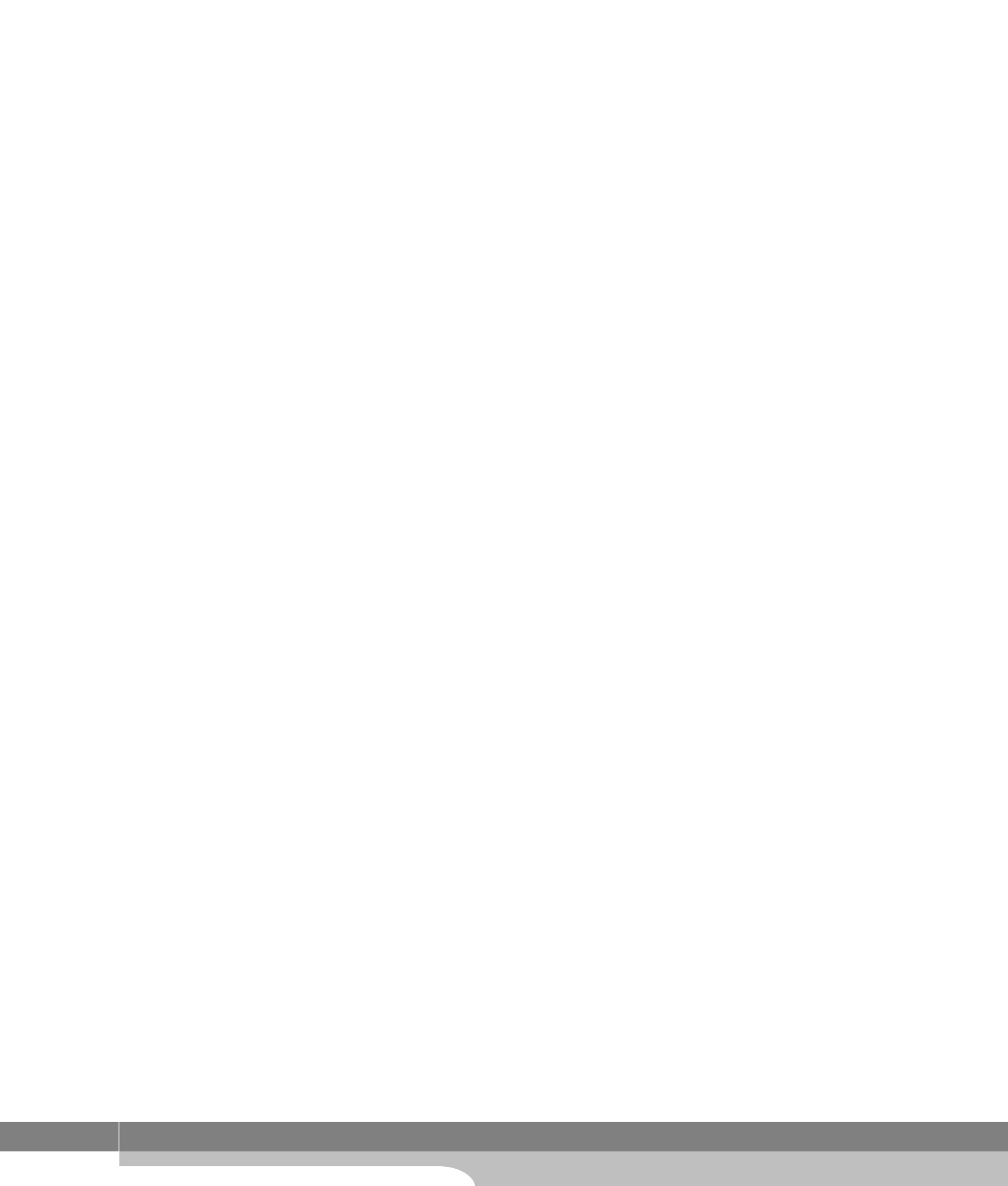
Este derecho se afirmó, entre otros supuestos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la S.^a *Alenet de Ribemont* contra Francia, de 9 de febrero de 1995. El TEDH estimó en tal ocasión que la presunción de inocencia también podía ser vulnerada por autoridades públicas no judiciales, como era 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.

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.



El principio de presunción de inocencia: su función como regla probatoria o de juicio

1. origen y consagración constitucional. 2. construcción dogmática de la presunción de inocencia. concepto constitucional y notas que lo caracterizan. 2.1. Distintos significados del término. 2.2. Notas que caracterizan a la presunción de inocencia. 2.3. Delimitación de otros principios o reglas del proceso. 3. ámbito de aplicación de la presunción de inocencia. 3.1 Su referencia fáctica. 3.2 Supuestos excluidos. 4. estructura del principio de presunción de inocencia y requisitos para su enervación. 4.1 Carga material de la prueba. 4.2 Existencia de actividad probatoria auténtica y suficiente. 4.2.1. Actividad probatoria existente, auténtica o garantizada. La cuestión de las diligencias policiales y sumariales. Prueba preconstituida y prueba anticipada. 4.2.2. Actividad probatoria mínima o suficiente –de cargo–. • Prueba de confesión. • Prueba testifical. • Prueba pericial. 4.3 Con todas las garantías legales: prohibiciones probatorias absolutas y relativas. 4.3.1. Doctrina general. Prueba ilícita. 4.3.2. Primera consecuencia: distinción entre ilicitud constitucional e irregularidad procesal. 4.3.3. Segunda consecuencia: no es aplicable a las relaciones interindividuales. 4.3.4. Tercera consecuencia: necesaria conexión causal entre los distintos resultados probatorios. 4.3.5. Cuarta consecuencia: distinción entre prohibiciones probatorias absolutas y relativas. • Derecho a la libertad. • Derecho a la intimidad. • Derecho al secreto de las comunicaciones. • Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Conclusión final. 4.4 Razonamiento de la prueba. 4.5 Consideración especial de la prueba indiciaria.



I. origen y consagración constitucional

Nuestra 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 conformidad a los Tratados y Acuerdos Internacionales, a saber, artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, art. 6.2 del Convenio de Europa sobre Derechos Humanos y Libertades Públicas y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En realidad fue en ese artículo de la Constitución cuando 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 donde 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.

Si trasladamos esta falta de mención legislativa, previa a la Constitución española, a la República Dominicana observamos igualmente que se trata de un principio no explícito, aunque habrá que derivarlo de otros apar-

tados o, en todo caso, entenderlo ínsito en las propias garantías de cualquier procedimiento criminal. Así, de un lado, observamos que el Código de Procedimiento Criminal, dado en Santo Domingo, capital de la República, a los 27 días del mes de junio de 1984, no contiene precepto alguno que recoja la presunción de inocencia. Solamente algunos preceptos aluden a la motivación de la sentencia condenatoria (v. los arts. 163 y 195), aspecto, como después veremos, se puede incluir entre los presupuestos necesarios enervadores de la presunción de inocencia, aunque, igualmente, afecta al derecho de defensa en sentido general y amplio.

De otro lado, si ascendemos legislativamente hasta situarnos en la propia Constitución de la República Dominicana, votada y proclamada por la Asamblea Nacional en fecha 14 de Agosto de 1994, observamos, de igual forma, que, pese a su proximidad en el tiempo, tampoco recoge dicho principio. En efecto, solamente tenemos la referencia del artículo 8.2, letra j, que al hablar de los derechos individuales de la persona humana, dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, se garantiza lo siguiente: “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.....”

Vemos, pues, que no se cita el principio de presunción de inocencia como derecho fundamental de todo ciudadano dominicano, por lo que sólo a través de los términos de juicio imparcial o respeto del derecho de defensa podemos atraer a la legislación de la República Dominicana los presupuestos y el significado del aludido principio, 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”.

Bastaría, 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 reafirma 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 procedimientos criminales. 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 una Unidad Didáctica específica 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:

a) 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.

b) 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 inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

c) 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 conceptualizado 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 la Unidad Didáctica número 4.

2.2 notas que caracterizan a la presunción de inocencia.

a) 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 MAN-

ZINI, 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.

b) 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.

c) 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 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.

a) 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.

b) 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.

c) 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 exculpativos 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 demos-

trar 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. Ámbito 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 inculpados. 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:

a) 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.

b) 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 *ánimos 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 efec-

to, 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 motiven 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. Sólo 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.

c) 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 de 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, sin embargo, la normativa procesal dista mucho de tal interpretación y no parece compatible con la doctrina interpretativa del principio que estudiamos en este tema. Es sintomático el artículo 231 del Código de Procedimiento Criminal: “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 a su honor y a su conciencia que despliegue todos sus esfuerzos para favorecer la manifestación de aquélla”.

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 otra Unidad Didáctica.

4.2 existencia de actividad probatoria auténtica y suficiente.

Sólo 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 STC 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 idénti-

ca, a la del sumario y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación del delinciente, 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 carezcan 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, sólo 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 rituarías, sino en efectivas condiciones de intermediación, 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.

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.

O sea, 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 instrucción), *objetivos* (posibilidad de contradicción, para la cual se le debe de 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 atesta-

dos 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 a 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 irrepitibles, 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 irrepitibilidad, 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.**

Es prueba mínima, suficiente y valorable, en primer lugar, la confesión del acusado, como ninguna duda cabe del art. 265 del Código de Procedimiento Criminal Dominicano, aunque en nuestra legislación tenga un espíritu precautorio el artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es admisible, igualmente, como prueba de cargo la confesión del coimputado o coprocesado, no prohibida en el ordenamiento procesal, sin que quepa dudar 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 presun-

ción 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:

A) 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».

B) 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 art. 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. de 25 de febrero de 1993, asunto Funke). Es por ello por lo 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 Código de Procedimiento Criminal Dominicano no recoge con exactitud las conclusiones anteriores, pues el artículo 237 no habla del derecho a guardar silencio, recogiendo únicamente que “el presidente le preguntará sus nombres, edad, profesión, domicilio y lugar de su nacimiento” y el artículo 265 se refiere al debate particular para cada uno de los acusados y que “el presidente determinará cual de los acusados debe ser el primero sometido a los debates, comenzando

por el principal de ellos, si le hubiere". En cualquier caso, la suficiencia, aunque con cierta cautela y precaución, de las declaraciones de los acusados para constituir prueba de cargo válida y existente que se aprecia en la praxis española puede perfectamente ser extrapolable a la República Dominicana.

- **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.

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 de 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 de nuevo –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 correlación con el artículo 244 del Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana que, en principio, apuesta por la declaración personal de los testigos el día de la vista de la causa, si bien luego introduce la posibilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción: “En el caso de que no comparecieren los testigos, o algunos de ellos, el presidente interpelará al acusado si quiere que se vea la causa sin la presencia de dichos testigos; si responde afirmativamente, se proseguirá la vista, leyéndose por el secretario las declaraciones escritas de los no comparecientes. Si contestase negativamente, se señalará día para la vista, citándose nuevamente a los testigos; y en caso de que tampoco comparecieren, se procederá a la vista de la causa”. Es obvio que la plena vigencia del principio que estamos desarrollando exige una interpretación distinta, cuando menos de la segunda opción legal, para exigir que la prueba de los testigos, salvo manifiesta y acreditada imposibilidad, se desarrolle en el acto del juicio.

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 a 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 del testigo presencial 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 8.2.j.– recoge que “las audiencias serán públicas” (al igual que se deriva de la regulación de la prueba testifical de los artículos 241 y ss. del Código de Procedimiento Criminal), lo que no es incompatible, pues, con la interpretación antes referida para los testigos anónimos.

- **Prueba pericial.**

El Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana no hace referencia alguna a la prueba de peritos, pues los artículos 237 al 270, que regulan la “vista de la causa”, se refieren en exclusividad a las declaraciones de los testigos y acusados. 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 conocida 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 17/1967, de 8 de abril y R.D. 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 4/1984, de 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 premiosos, 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, c) identificación de posibles personas que presencian la recogida e incautación, que serán identificadas en el acta e invitadas a firmarla, d) relación detallada de los efectos incautados, describiendo las señas identificativas de aquellos que las tuvieron (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 art. 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: *Aún 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 propios 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 antijurídicamente 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 el artículo 8 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 determinaría 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.

Intimamente relacionada con la anterior, nos lleva al interesante problema de la **conexión de antijuridicidad**, de vital importancia en materia de vulneración de derecho 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 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 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 –artículo 8.1– reconoce la inviolabilidad de la vida y que, en consecuencia, no podrá establecerse, pronunciarse, ni aplicarse en ningún caso... ni las tor-

turas, 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, hablaríamos 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. 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 lo 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 titu-

lar, estar cometiéndose 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 por qué 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 no es nada detallista en tal regulación pues sólo habla de la inviolabilidad del domicilio (art. 3: "ninguna visita domiciliaria puede verificarse sino

en los casos previstos por la ley y con las formalidades que ella prescribe”) y del secreto de las comunicaciones (art. 9: 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. Es igualmente inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica y cablegráfica). No se refieren las facultades de la policía judicial, sino sólo la habilitación genérica del fiscal o del juez de instrucción en los casos de flagrante delito –arts. 32, 58 y 61–, para luego establecer –art. 87– que “el juez de instrucción se trasportará, si fuere para ello requerido, y aún podrá hacerlo de oficio, bien al domicilio del procesado para hacer en él el reconocimiento de los papeles, efectos y generalmente de todos los objetos que puedan conceptuarse útiles para la manifestación de la verdad, o bien a los demás sitios donde presuma que se hayan ocultado los objetos de que se ha hablado anteriormente”.

Nada se regula, pues, en la legislación procesal dominicana acerca de los requisitos para invadir el derecho al secreto de las comunicaciones y ni siquiera predetermina la obligación de la autorización judicial ni consta que a nivel interno o de práctica judicial se recojan otros complementos habilitantes (proporcionalidad de la medida invasora de la inviolabilidad, motivación, control temporal, etc.). Por ello, se hace necesario conocer por separado la praxis española en cada uno de los supuestos comentados.

- **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 – arts. 490 y 492 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y arts. 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 de 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 instrumentales 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. A caballo 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, de 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 intimidación 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 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, 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, 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:

A) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales esto es en aquéllas 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.»

B) 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. Y 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 gene-

ral 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 soportarla 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 si misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos 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, de 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 art. 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 domiciliar y análogos, que después veremos. Por ello, lo que decimos a continuación es perfectamente extrapolable al resto de casos comentados de posible ilicitud de la 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:

a) 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.

b) 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.

c) 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.

d) 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 encuentra 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 autocaravanas, 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 elemen-

tos 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).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse 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 contituyera vulneración de derechos fundamentales ni atrayera 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 esta 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 he-

chos, 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 41 que considera flagrante delito “el que se comete en la actualidad o acaba de cometerse. Se reputa también flagrante delito el caso en que el inculpado sea acusado por el clamor público, y en el en que se le halle con objetos, armas, instrumentos o papeles que hagan presumir ser autor o cómplice del delito, con tal que esto suceda en un tiempo próximo o inmediato al del delito. Como vemos, esta legislación es algo más permisiva que la española en el concepto que nos ocupa –no es igual inmediatez que proximidad y es necesario reconducir esta expresión temporal con el “clamor público”–.

En cualquier caso, el ordenamiento dominicano, a diferencia del español, habla de los fiscales como encargados de investigar y perseguir todos los delitos –art. 19–, si bien podrá, si lo juzga útil y necesario, encargar una parte de los actos de su competencia a un oficial auxiliar de policía –art. 52–, aunque existen facultades compartidas con los jueces de instrucción en caso de flagrante delito o, fuera de estos casos, basta simple comunicación al procurador fiscal si el juez desea realizar actos de investigación - art. 61-.

–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, no obstante 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 es bien poco expresiva sobre el particular. Recordemos que tal normativa prevee tres tipos de procedimientos, tribunales de simple policía (art. 137 y ss.), tribunales correccionales (arts. 177 y ss.) y tribunales en materia criminal (arts. 216 y ss.). Pues bien, salvo, curiosamente, para la sentencia a dictar en el primer procedimiento para los hechos más leves o veniales (art. 163: “todo fallo condenatorio definitivo será motivado y contendrá el texto de la ley aplicada, bajo pena de nulidad”) en los otros procesos el legislador no ha sido muy expresivo. Por el contrario, ni el art. 195 ni el art. 271 que se refieren a las sentencias derivadas de infracciones de mayor gravedad hablan de la necesidad de motivar el fallo, haciendo, como mucho en el primer precepto, una simple referencia genérica a que “en el dispositivo de toda sentencia de condena se enunciarán los hechos por los que las personas citadas sean juzgadas culpables o responsables, la pena y las condenaciones civiles” y, en el segundo, una mayor parquedad al exigir sólo que “se insertarán los artículos aplicados, bajo pena de veinte pesos de multa.”

No obstante lo anterior, ocioso resulta decir a estas alturas que los tribunales dominicanos en materia criminal deberán contemplar la doctrina sobre el razonamiento de la prueba antes expuesta para así ser respetuosos y cumplir con los principios y garantías esenciales –incluso no escritas– del proceso penal y, además, consecuentes con la declaración programática del art. 8 de su Constitución que, recordemos, busca asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa. 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

mas 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:**

- A) pluralidad de hechos base o indicios, sin que el indicio pueda ser único.
- B) que dichos hechos base estén **plena y directamente acreditados**.
- C) que dichos hechos estén dotados de afín 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–.
- D) 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.
- E) 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 explicita 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.

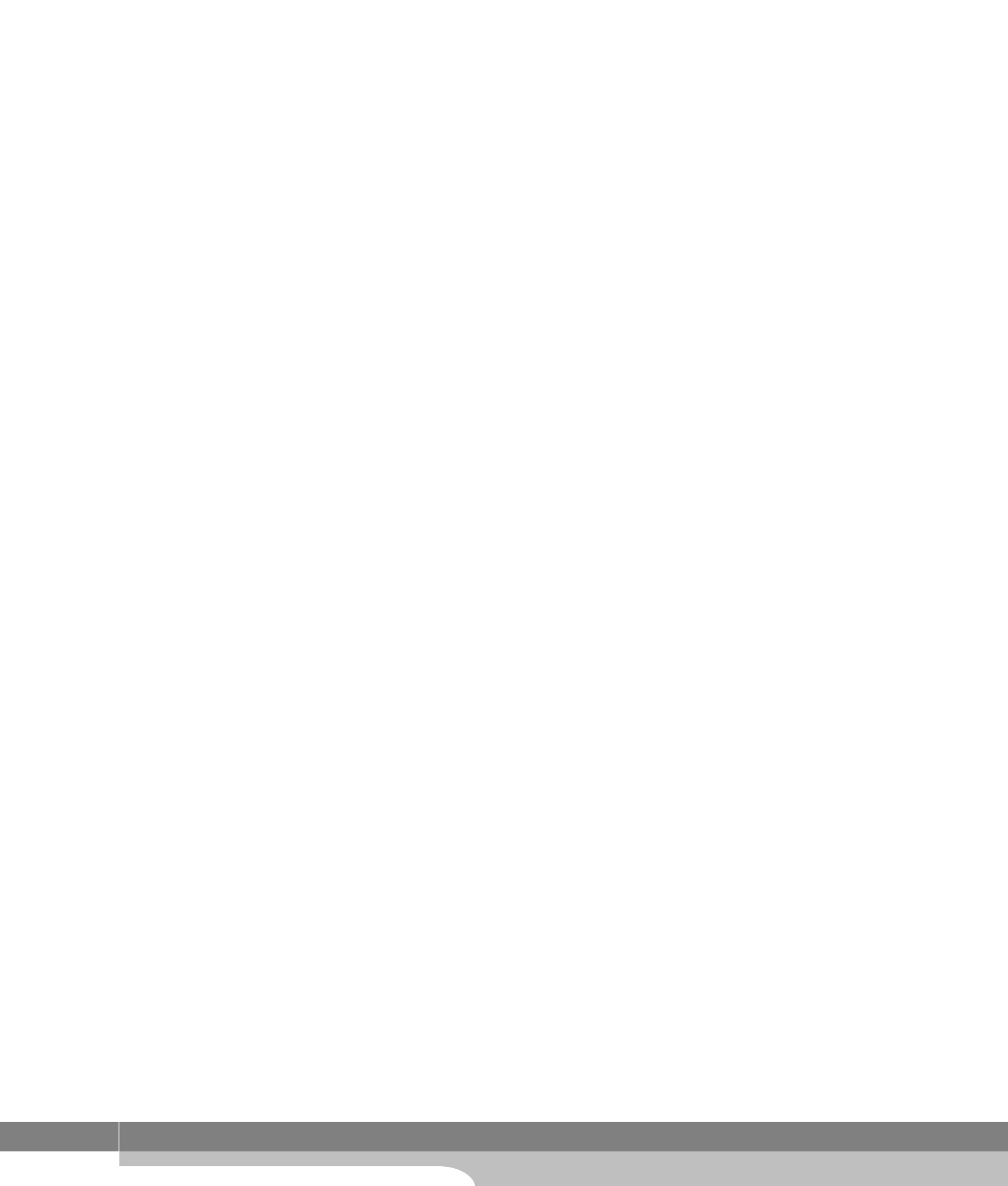
F) Finalmente, señalar en este último aspecto que la versión de los hechos ofrecida por el acusado constituye un dato que el juzgador debe tener en cuenta, pero que aquél no tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por 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.



El principio acusatorio en sentido estricto

1. La aparición del proceso penal moderno: los sistemas procesales. 2. El principio acusatorio en sentido estricto: su relación con el sistema acusatorio y su distinción del mismo. 2.1 Distinción entre sistema acusatorio y principio acusatorio. 2.2 Contenido del principio acusatorio. 2.3 Su fundamento. 3. configuración constitucional del principio acusatorio como integrante del derecho a un juicio justo (proceso debido). 3.1 Rango constitucional. 3.2 Ámbito internacional. 3.3 Vulneraciones del principio: especial protección derivada de su carácter constitucional. 4. notas esenciales del principio acusatorio. 5. Distinción entre órganos de acusación, de instrucción y de enjuiciamiento. 5.1 Significado. 5.2 Alcance de la distinción: importancia de la fase de instrucción con relación al principio acusatorio. 5.3 Órgano específico de acusación: el acta de acusación y el objeto del proceso. 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. 6.2 Límites que el principio acusatorio impone al tribunal del juicio. 6.3 Excepciones: posibilidades que el tribunal tiene para modificar el objeto de acusación. 6.4 Supuestos en que la valoración probatoria del tribunal discrepa con la de la acusación. 7. principio acusatorio y práctica de la prueba. facultades de aportación probatoria de oficio del tribunal. 7.1 Introducción. 7.2 Intervención del tribunal en la práctica de las pruebas propuestas por las partes: supuestos. 7.3 Introducción de oficio de medios de prueba por el tribunal. 8. principio acusatorio e individualización de la pena. 8.1 Planteamiento de la cuestión. 8.2 Vinculación del tribunal a la pena pedida por la acusación: supuestos. 9. posibilidad del tribunal de apartarse de la conformidad de las partes. 9.1 Respeto a los hechos conformados. 9.2 Control judicial de la calificación jurídica objeto del acuerdo entre las partes. 9.3 Vinculación del tribunal a la pena consensuada: excepciones. 10. el principio acusatorio en la segunda instancia: “reformatio in peius”? 10.1 Necesidad de una acusación formal en la segunda instancia. 10.2 Vinculación del tribunal a la acusación en la segunda instancia: prohibición de la “reformatio in peius”. 10.3 La apelación adhesiva. 10.4 El efecto extensivo del recurso de apelación. 11. La fase de ejecución de la sentencia. 12. el principio acusatorio y las responsabilidades civiles.



I. 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 es difícil, si no imposible, que no refleje una determinada forma de organización social, la en ese momento dominante. 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 penar (*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.

Ciertamente 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 que 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 recomendándose la implantación del derecho de defensa en el proceso desde el inicio de la instrucción 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. 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, a un fiscal autónomo e independiente.

En definitiva, y sin afán de ser exhaustivo puesto que habrá habido oportunidad de tratar a fondo la materia al estudiarse la Unidad 1ª, 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 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 penar el Estado no puede actuar directamente. Es necesario el proceso.

A 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 algún 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 alcance diverso, 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– a utilizar una idea del principio acusatorio omnicompreensiva, 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 (derecho de defensa).

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 mas 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, a quien le está vedado proceder de oficio.
- contradicción de las partes en el juicio, que deberá ser público, con la consiguiente oralidad.

- absoluta igualdad de las partes en los medios de que podrán disponer en apoyo de sus pretensiones.
- exclusión de toda injerencia del juez en la búsqueda de las pruebas, ya sean de cargo, ya lo sean de descargo.
- 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 por regla general, se confía la persecución a la víctima sin que la sociedad tome la iniciativa, asemejándose así al proceso civil.

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 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 confundiéndolo con otros principios procesales, en concreto el principio de contradicción y el de proscripción 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 estos autores 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 que es un presupuesto para la existencia de un proceso entendido de una forma determinada, aunque luego tenga en su desarrollo una muy concreta proyec-

ción –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.

Como veremos, sostener una u otra postura conlleva defender una diferente vinculación del tribunal enjuiciador a la acusación.

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.

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 el principio acusatorio exige:

- a) uno o varios acusadores que reclamen el juicio.
- b) uno o varios acusados concretos contra los cuales el juicio se pida.

- c) unos hechos concretos dentro de los que mantenerse el tribunal, ya que si su acción se extiende fuera de tales hechos estaría actuando de oficio.
- d) un tribunal de juicio distinto del 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 esta informado por el principio acusatorio cuando las fases de instrucción 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 gravar mas al recurrente de lo que ya lo estaba en la primera.

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 ultima postguerra 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. Hasta el extremo, incluso, de atribuir la instrucción o investigación de los hechos a órganos no judiciales -concretamente, al fiscal-, 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 un tercer tipo de órgano judicial 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 a celebrar ante tribunal distinto.

En esta última línea avanzan las reformas legislativas en los países del área centroamericana.

En Costa Rica, Guatemala y El Salvador, que culminaron las reformas procesales, el proceso es muy similar, con seguridad inspirados en los mismos modelos, especialmente, al parecer, en el argentino. El proceso se inspira en una acentuada oralidad, en el que la verdadera prueba se producirá en el juicio, no dándose 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 controlados judicialmente. Ello acompañado del «principio de solución del conflicto» que da fundamento a las soluciones alternativas a la justicia penal. Este proceso se divide en tres fases:

- 1) 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 para garantizar el debido respeto de los derechos constitucionales y humanos, de modo que, como criterio general, sólo la autoridad judicial puede imponer medidas cautelares o de restricción de derechos fundamentales;
- 2) fase intermedia, ante la autoridad judicial en una audiencia preliminar 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, y
- 3) el juicio oral, que se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, oralidad, concentración, inmediación y contradictorio, adoptándose como regla de valoración de la prueba el de la sana crítica.

En julio del año 1999 se celebró en Ciudad de Guatemala el Foro Centroamericano para la elaboración de un Libro Blanco sobre la Eficacia de la Administración de Justicia y la Independencia del Poder Judicial en Centroamérica, en cuya organización intervinieron asociaciones de juristas españolas y de los países del área centroamericana, financiado por la Unión Europea y en el que colaboró el Consejo General del Poder Judicial de España.

Considero interesante reproducir las dos primeras conclusiones que sobre “Sistema procesal” elaboró la Comisión de Trabajo de “Procedimiento penal y Derecho Penitenciario”:

“1ª Conclusión:

El sistema acusatorio se presenta como un modelo procesal garantista más adecuado a las exigencias de un Estado democrático de Derecho en cuanto coloca en su lugar a cada uno de los intervinientes en el proceso, devolviéndoles su auténtico papel, de forma que el juez de la fase preparatoria ostente un rol de imparcial garante de los derechos establecidos en la Constitución, superando su añejo papel de inquisidor.

Propuesta:

En aquellos ordenamientos procesales donde sigue vigente el sistema inquisitivo, con más o menos injertos del acusatorio (Nicaragua, Panamá y Honduras), es preciso avanzar en una reforma

procesal global que instaure en su pureza dicho sistema acusatorio. Ello no solo supondrá un avance democratizador y de gobernabilidad, sino también un elemento de integración regional. En todo caso, es necesario evitar el peligro de que los efectos político-criminales beneficiosos de las reformas procesales puedan verse anulados o disminuidos por la permanencia de códigos penales arcaicos o por reformas de los mismos en sentido represivo (endurecimiento de penas, nuevos delitos, supresión de medidas alternativas...). Especialmente delicado es el caso de Panamá, donde la amplia facultad para investigar las conductas delictivas por parte del Ministerio Público, contenidas en las normas legales, no permite el control del órgano judicial en la etapa sumaria, por lo que se recomienda la revisión integral de las leyes procesales penales con el fin de asegurar las garantías del imputado y dirigir el proceso hacia un sistema auténticamente acusatorio.

2ª Conclusión:

No basta con aprobar buenas leyes que luego no funcionan o son regularmente infringidas en la práctica cotidiana.

Propuestas:

1. Es obligado, por ello, remover los obstáculos legales, materiales y culturales que se oponen a la vigencia efectiva del sistema acusatorio, incluso en aquellos países que lo tienen implantado en su ordenamiento, donde deben denunciarse recientes contrarreformas como las registradas en Guatemala y El Salvador.
2. Ello exige, según los países, reformas normativas, transformaciones orgánicas de las instituciones, participación efectiva de los distintos sectores de la sociedad civil, asignaciones presupuestarias, y esfuerzo capacitador, motivador y contralor respecto de todos los sujetos procesales.
3. La sostenibilidad del proceso de reforma deberá asegurarse, también, mediante la participación de las universidades en la formación de los futuros operadores del Derecho."

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 formula sin que en ningún caso pueda caérsele 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, siendo imprescindible para ello que los hechos básicos de la acusación estén 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. 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.

En el artículo 8.2 de la Constitución dominicana de 1994, en especial su apartado j), 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 de 4 de noviembre de 1950. Con un ámbito internacional más amplio, puede citarse el artí-

culo 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) 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) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; ...
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si 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, que reproduce sustancialmente el artículo 14 del Pacto de Nueva York.

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 solo ante los tribunales internos, sino también ante aquellos tribunales internacionales que en algunos casos se constituyen al amparo de esos tratados.

Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. O, en su caso, ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado del estudio de las denuncias de violaciones del Pacto de Nueva York. 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 te-

ner efectos disuasorios, aparte de la satisfacción para la víctima a través de una posible indemnización económica.

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 descender al detalle de especificar cómo organizar en concreto el proceso penal, limitándose a proclamar los derechos fundamentales del ciudadano ante el proceso sin puntualizar las formas, las solemnidades o los ritos que para, por ejemplo, la información de la acusación haya que cumplir. 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 por lo dicho 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:

- a) 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.
- b) 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 de garantías constitucionales.

4. NOTAS ESENCIALES DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

De todo lo hasta el momento expuesto se desprende que son notas esenciales del principio acusatorio las siguientes:

- 1) la atribución de la instrucción y enjuiciamiento a órganos distintos. En otro caso, quedaría vulnerado el derecho fundamental a un juez imparcial.
- 2) 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 juega netamente en la fase de juicio, puesto que, dada la separación entre la instrucción y la decisión, es concebible la iniciación de la investigación de oficio por el órgano instructor. Lo que sí es del todo inadmisibles es que el órgano de enjuiciamiento pueda condenar sin pretensión acusatoria.
- 3) 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:
 - 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.

- 4) **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. Cuestión distinta es que la agravación derive del recurso de otra parte simultáneamente interpuesto.

A continuación pasaremos a analizar con más detalle estas características del principio acusatorio.

5. distinción entre órganos de acusación, de instrucción y de enjuiciamiento y división del proceso en fases

5.1 significado

La atribución de la instrucción y enjuiciamiento a órganos distintos conlleva la división del proceso en, al menos, dos fases, la fase de investigación y la fase de decisión del hecho punible, así como que quien inter venga en la instrucción 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 Fiscal a través de la acción pública. Relacionado con este tema está el de la posibilidad de ejercicio de la acción penal por la víctima del delito, y aun el de la posible institucionalización de una acción popular, permitiendo que cualquier ciudadano o colectivo de ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, puedan ejercitar la acción penal. El Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana reserva la “acción para la aplicación de las penas” –que es pública (artículo 2)– a “los funcionarios a quienes confía la ley este encargo” (artículo 1), de forma que el perjudicado por el delito solo podrá ejercer la acción civil constituyéndose en “parte civil” mediante la presentación de querrela (artículos 2 y 63).

Se trata de evitar que el conocimiento previo de los hechos o el ejercicio de la acción puede 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 instructora 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 instrucción con relación al principio acusatorio

El primer momento, la fase de instrucción, 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.

5.2.1 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 se lleve 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.

Sin inculpado 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 las garantías que se proclaman básicamente en las Constituciones. 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 todo derecho.

Igualmente, el inculcado deberá conocer quién o quiénes le han denunciado y han motivado con ello la apertura de la investigación.

Una denuncia anónima podrá servir para abrir una investigación, pero no para sostener una acusación. Si el inculcado desconoce el origen de la imputación su derecho de defensa quedará intensamente mermado.

Distinto es el supuesto de la protección de testigos que conlleve el silencio sobre su identidad para evitar represalias, aunque en este caso siempre ha de constar su plena identificación y deben arbitrarse medios legales para que algún órgano imparcial controle la misma.

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:

- a) la citación regular del inculcado en la fase de instrucción o investigación.
- b) 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 inculcado 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. Por ello, el retraso en la imputación dará carta de naturaleza a investigaciones personales sin la intervención de los interesados privando de los derechos que le son propios.

En esencia, con la toma de conocimiento de los hechos investigados el imputado puede participar desde ya 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 absoluta, sino con el de evitar la acusación misma.

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 per-

siguen sustraer la iniciativa de la medida al juez de instrucción o tribunal para desplazarla a las acusaciones por regla general, aunque aquéllos no obstante conservarán el control de la medida y resolverán sobre su adopción

5.2.2 Alcance objetivo

Dijimos también que la fase de instrucción 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 instrucción aparecen nuevos hechos, la investigación solo podría extenderse a ellos previa su información al imputado.

Es interesante, y muy necesario, que los ordenamientos legales regulen expresamente las consecuencias de investigaciones o instrucciones tan irregulares, especialmente en lo que se refiere a los actos de investigación realizados sin la citación del inculpado (o de su abogado). La sanción debe ser la inutilidad a cualquier efecto del acto realizado en fraude del inculpado y en detrimento de su derecho de defensa. 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 a una investigación que no le ha sido comunicada oficialmente.

5.3 Órgano específico de acusación: el acta de acusación y el objeto del proceso

A su vez, 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 calificación o acta de acusación. Y a su vez para introducir la contradicción ese objeto –esa calificación– deber necesariamente ser puesto de forma inmediata en 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 para 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.

Es de recalcar que el debate contradictorio deber quedar definitivamente concretado en la primera instancia del enjuiciamiento, sin que la revisión de las actuaciones en una segunda instancia permita subsanar los defectos que en el ejercicio de la acusación hayan podido surgir en la primera instancia dando por hecho lo que no se hizo en la instancia previa.

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 la ley procesal, 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.

En función del resultado probatorio del juicio, como las demás partes, la acusación debe estar facultada en determinadas condiciones para modificar su 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 y, en ocasiones, con la formulación de una nueva acusación, cuando no con la apertura de un nuevo proceso.

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 instrucción, sino solo a aquellos hechos puestos en expreso conocimiento del inculpado en la fase previa de instrucción 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 128, 133 y concordantes del Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana). En efecto, le debe estar vedado a la acusación introducir en su acta de acusación hechos que aun investigados e imputados al inculpado, 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 órgano de instrucción o de 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.

El margen de actuación de la acusación puede verse desmesuradamente ampliado si no se admite la posibilidad de que la instrucción quede clausurada definitivamente, sin posibilidad de reapertura, en determinados supuestos, como el de que los hechos investigados no sea constitutivos de infracción penal o no haya indicios racionales de que el hecho delictivo se ha cometido. El juego de los artículos 128 y 136 del Código de Procedimiento Criminal hacen pensar en que mientras no transcurran los plazos de prescripción sobre el inculpado se cierne la posibilidad de que se reabra la instrucción cuando aparezcan “nuevos cargos” (pruebas).

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.

En cuanto a esta nota 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 acusatorio 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 otro posterior apartado de la Unidad. Más discutido es si la pena en concreto instada por la acusación actúa o no como tope máximo vinculante para el tribunal.

La práctica judicial a la que pertenezco 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 inculpado 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:

1) **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

2) **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 impu-

ta, 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 esencial-

mente 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 contra culpable 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.

Resumiendo lo dicho, conforme al principio acusatorio el tribunal no puede:

- condenar a quien no ha sido acusado.
- condenar por un delito distinto del objeto de acusación, aunque imponga pena menor que la solicitada por la acusación, salvo los casos de homogeneidad delictiva y favorecedora del reo en los términos vistos.
- mantener la condena una vez ha sido retirada la acusación.
- apreciar un grado de perfeccionamiento delictivo o de participación delictiva más grave que el que ha sido objeto de acusación.
- apreciar una circunstancia agravante no pedida por la acusación, ni subtipos agravados que no hayan sido invocados por la acusación.
- no apreciar circunstancias atenuantes aceptadas por la acusación o apreciarlas con una intensidad de grado menor a la estimada por la propia parte acusadora.

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.

Finalmente, puede aludirse al 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.

Tampoco es extraño que se regule legalmente esta posibilidad como facultad del tribunal en los procesos continentales europeos respecto de los delitos públicos, respetando siempre la inalterabilidad del hecho justificable 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 esta 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, mediante la formulación por el tribunal de preguntas sobre aspectos de la prueba y de la valoración jurídica contenida en la subsunción realizada en la respectiva calificación. Lo ideal sería que el tribunal no hiciera referencia expresa alguna a la existencia de error en esa calificación que motive un expreso ofrecimiento a las partes acusadoras para que formalicen una nueva calificación jurídica de los hechos. La reflexión correspon-

de hacerla a las partes y no al tribunal, que en puridad nada debe anticipar antes de que finalice el juicio.

No se olvide que las garantías debe ser analizadas, interpretadas y aplicadas en su conjunto, puesto que todas y cada una de ellas informan el sistema penal de enjuiciamiento en su integridad, que, por lo demás, a la hora de actuar siempre lo harán respecto de un hecho concreto. El acusado en el juicio oral se defiende de una pretensión de condena que le dirige la acusación. Ese es el punto de referencia sobre el que actúa su interés, incluidos los posibles errores en los que la acusación haya podido incurrir, sin que espere del órgano encargado del enjuiciamiento, garante de sus derechos y de su presunción de inocencia, que, al final del juicio, revele una nueva visión jurídica del hecho objeto del proceso. Y el Tribunal, en la función que le está encomendada constitucionalmente, debe oír las respectivas versiones del hecho histórico que se le expone y las calificaciones jurídicas que sobre el mismo se realizan, la prueba de cargo y descargo que sobre los hechos se practiquen y las alegaciones jurídicas que las acusaciones y defensas, ambos de carácter técnico, expongan, y no debe anticipar su posición al respecto, pues esa acción quebrantaría, al menos de forma aparente, su imparcialidad. Consecuentemente, aquella facultad debe ser utilizada con carácter excepcional y de forma moderada, al suponer una quiebra del principio acusatorio.

En definitiva, el tribunal no puede rebasar los términos de las acusaciones, 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.

Por supuesto, el tribunal al que se somete un caso concreto para su enjuiciamiento ni debe ni puede influir en la actividad instructora de modo alguno: ni resolviendo recursos, ni, por ejemplo, una vez recibida la causa para juicio valorando el material probatorio y devolviéndola a su procedencia para que el juez de instrucción depure la investigación (ver el artículo 4 de la Ley N° 1014, de 11 de octubre de 1935, que modifica los procedimientos correccional y criminal).

Como vimos, uno 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 pueden 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 conciernan 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 básico 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, determi-

na 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 ecuanime, 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.

El primero plantea menos problemas, entre otras razones porque es posible –más aún, aconsejable, si no necesario– abrir un turno de debate y someter a la consideración de las partes los motivos que el tribunal tenga para esa decisión, que aquéllas podrán incluso 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 246 y 252 del CPC en el procedimiento ante los tribunales en materia criminal).

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 seria-

mente 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. Se da por supuesto que en los casos en que el tribunal ejercite tan excepcional facultad ha de ofrecer a las partes la posibilidad de formular nuevas preguntas relacionadas con las respuestas dadas, haciéndose constar en acta el ofrecimiento y si las partes hicieron o no uso de él. [Ver los artículos 231, 232, 233, 250, 258, 259 y 265 del más formalizado procedimiento ante los tribunales en material criminal].

Resulta recomendable que cuando se haga uso de esta facultad, en especial si se interroga a acusado, testigos o peritos, en el acta que del juicio se extienda se refleje todo lo acaecido, concretándose en su caso las preguntas formuladas por el tribunal y 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. No obstante, lo anterior queda muy limitado cuando el artículo 280 del Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana expresamente establece 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. En efecto, el ejercicio de esta facultad solo es concebible si el tribunal considera necesaria ese medio de prueba. 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.

8. principio acusatorio e individualización de la pena.

8.1 planteamiento de la cuestión.

Con independencia de que el proceso penal se informe por el principio de legalidad o el de oportunidad (pura o reglada), esta cuestión se suscita como es obvio cuando ya ha terminado el juicio y formulada, pues, calificación definitiva por la acusación con una concreta petición de pena. A la hora de dictar la sentencia, ¿cuál será la vinculación del juez a la pena así solicitada?

Al analizar esta cuestión se da por supuesto que no se han planteado problemas en la sentencia respecto del principio acusatorio en cuanto a la tipificación de los hechos ni a la apreciación de circunstancias modificativas.

De entrada, debe recordarse que el principio acusatorio tiene sustantividad propia en cuanto norma de rango constitucional. Quiere ello decir que ha de ser aplicado aunque de su concreta vulneración no se generen perjuicios para el acusado. Por ejemplo, si condenado por otros delitos más, por las normas de acumulación material de penas (reglas de máximo cumplimiento), la duración de la pena de efectivo cumplimiento será en todo caso la misma. Aun así, la sentencia que infrinja este principio deberá ser corregida, sin que puedan aceptarse para no rectificarla argumentos como el de la “pena justificada” -es decir, que de todos modos la pena a imponer sería la misma. O cuando, por citar otro supuesto, se aprecie una agravante no reclamada por la acusación aunque la pena en concreto impuesta en la sentencia fuera procedente o hubiera podido imponerse con arreglo a las reglas de individualización.

Conviene resaltar de entrada que es comúnmente aceptado que en ningún caso el tribunal está vinculado hacia abajo, es decir, que no le está vedado reducir la pena solicitada si lo permite el juego de las normas reguladoras de la pena.

8.2 vinculación del tribunal a la pena pedida por la acusación: supuestos.

En principio, la individualización de la pena es tarea que compete a los tribunales al estar ínsita en la función de juzgar. Ahora bien, con relación al principio acusatorio se plantea la cuestión de si al aplicar las reglas dosimétricas que la ley establezca el tribunal sentenciador es libre de moverse dentro de los topes legales o está sujeto como límite máximo a la concretamente pedida por la acusación.

La vinculación entre la pena solicitada por la acusación y la de la sentencia condenatoria puede plantear dos supuestos distintos: 1) existencia de un error en la calificación de la acusación (cuando éste ha omitido penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las legalmente correspondientes), y 2) posibles divergencias entre la penalidad instada y la penalidad impuesta derivada del uso de las facultades de individualización.

8.2.1 Error de la parte acusadora al formular el acta de acusación.

En el primer caso, podría mantenerse que el principio de legalidad obliga al tribunal, por lo que éste debe aplicar la pena correspondiente al tipo penal, la prevista por la ley, sin tener en cuenta la pena equivocadamente solicitada. También puede entenderse que el tribunal debe estar vinculado a la petición de pena instada por la acusación. Si acaso, en este último supuesto, de percatarse del error (lo que no siempre tiene por qué suceder), podría ponerlo de manifiesto a las partes para que alegasen lo oportuno, lo que no necesariamente implicará la adopción de la posición de acusador al estar en juego el principio de legalidad, sin que, de no haber cambio en la acusación (lo que es difícil que sucede en la práctica), pueda imponer una pena más grave de la pedida.

8.2.2 Aplicación por el tribunal de las normas individualizadoras de la pena.

En el segundo caso, a su vez suelen ser dos las posiciones doctrinales, sobre lo que ya se habló.

Conforme a una de ellas la vinculación ha de ser con la pena que en abstracto corresponda conforme al tipo objeto de acusación y al juego de las circunstancias modificativas concurrentes, de forma que el tribunal podrá imponer una pena en concreto superior a la reclamada siempre que se sitúe entre los topes legalmente derivados de la aplicación de las normas individualizadoras. La argumentación de esta opción se fundamenta en el principio «iura novit curia» y en la obligación del Tribunal de actuar conforme al principio de legalidad, con las facultades de individualización conferidas al Tribunal en la aplicación de las penas. Asumir una postura contraria, se afirma, significaría privatizar el sistema penal, dejando a disposición de las partes la fijación de la pena.

Según la otra postura la vinculación ha de ser con la pena concretamente reclamada por la acusación, que no podrá aumentar el tribunal. Su apoyo argumental es variado y puede ser resumido así: la naturaleza de las penas y las consecuencias que de su imposición se derivan; la fijación de la

pena va normalmente asociada por la propia ley a elementos fácticos que ya ha tenido en cuenta la acusación al concretarla; desde el momento que la pena forma parte del acta de acusación, no parece lógico obligar al acusado a preparar su defensa frente a la eventualidad de que se le imponga una pena superior a la solicitada por la acusación; la consideración derivada de la tecnicidad de los órganos que ejercitan la acusación, que desde su configuración constitucional y orgánica, al velar por el interés social, se entiende que al calificar valoran el reproche social correspondiente a una acción delictiva y solicitan la pena máxima que entienden que debe imponerse a ese supuesto de hecho.

Se suele afirmar que no es contrario al principio acusatorio la mera vinculación con la pena en abstracto pedida por la acusación, de forma que el tribunal enjuiciador puede imponer una pena superior a la concreta pena solicitada por aquélla, pero siempre dentro de los límites que marca el tipo penal respectivo y las reglas de aplicación de las penas, aunque se va abriendo paso la corriente doctrinal que exige una vinculación estricta a la pena pedida.

En todo caso no debe olvidarse que la pena solicitada desde la acusación puede generar algunas expectativas que inciden en el derecho de defensa. Por ejemplo, cuando se solicite una pena privativa de libertad de una duración tal que encaje en los márgenes que permitirían la suspensión de su ejecución (perdón condicional de la pena). En estos casos, en los que es razonable colegir que la acusación ha reflexionado su petición optando por una que permitiría que el reo no ingrese en prisión, ¿es admisible que el tribunal la eleve cercenando esa posibilidad y determinando el ineludible cumplimiento de la pena privativa de libertad?

9. posibilidad del tribunal de apartarse de la conformidad de las partes.

Aun en los sistemas procesales informados esencialmente por el principio de legalidad y no por el de oportunidad se regulan determinados supuestos en que se manifiesta una disposición por las partes del objeto del proceso penal, especialmente de la defensa del acusado a través de la conformidad de éste con la calificación de la acusación que más gravemente haya calificado. Suele ser consecuencia de esos supuestos que no se celebre el juicio oral (proceso truncado) y que se dicte por el tribunal correspondiente de una sentencia de conformidad. Se otorga con ello al acusado el derecho a disponer de su derecho de defensa impidiendo la celebración del juicio oral, con todo lo que ello supone de posibilidad de negociación previa con las acusaciones para obtener una calificación transaccional o consensuada. No se prevé este supuesto en el proceso penal dominicano.

9.1 respeto a los hechos conformados.

También aquí debe partirse de la premisa de que cualquiera que sea la tesis que se acepte sobre la facultad del tribunal a la hora de afrontar la calificación conformada o de imponer la pena aceptada, el mismo debe respetar los hechos consensuados por acusación y defensa cuando la conformidad implique que el juicio no se celebre.

Entender lo contrario y admitir que el tribunal pueda modificarlos dejaría en situación de indefensión a las partes en el proceso, que truncando con su conformidad el proceso han renunciado a la práctica de pruebas. De otro lado, sería absurda la postura del tribunal que pretenda rectificar los hechos consensuados por las partes sin que se haya practicado una sola prueba, salvo las preguntas al acusado para que muestre su conformidad o ratifique la propuesta de su abogado defensor.

En todo caso sí corresponde al tribunal ejercer las funciones de control de la legalidad de la conformidad, vigilando que el acusado preste su asentimiento con total libertad y conocimiento del alcance de su declaración de voluntad. Se reserva, pues, al tribunal un cierto margen de intervención que deberá ejercer con audiencia contradictoria de las partes.

No cuestionada así su vinculación a los hechos aceptados por las partes, ¿le cabe al tribunal, sin embargo, la modificación de algún aspecto jurídico de la calificación recíprocamente aceptada?

9.2 control judicial de la calificación jurídica objeto del acuerdo entre las partes.

La doctrina considera admisible un control judicial de la calificación jurídica tanto a favor (atipicidad o concurrencia de eximentes o atenuantes) como en contra del reo, pero siempre con audiencia e intervención de las partes.

En el caso de control en contra del acusado, se suele admitir que, por mor de ese control de legalidad, pueda rechazar la conformidad cuando a los hechos consensuados o su calificación corresponda una pena mayor o se haya omitido alguna pena de obligada imposición conforme a la ley, debiendo en este caso procederse bien a una audiencia sanadora del defecto o a la celebración de juicio con práctica de las pruebas propuestas sin que la conformidad previa obligue necesariamente ya a ninguna de las partes.

9.3 vinculación del tribunal a la pena consensuada: excepciones.

En cuanto a la pena conformada, actúa como tope máximo que el tribunal no podrá superar en la sentencia que dicte. Es decir, la sentencia de

conformidad no podrá castigar al acusado con pena que en concreto supere la que ha sido objeto de negociación. Otra cosa es que actúe como vinculación estricta hacia abajo.

Quienes afirman la estricta vinculación del tribunal a la pena conformada aducen que la conformidad es equivalente a una confesión vinculante, por lo que ha de excluirse la posibilidad de una pena más leve o una absolución, salvo el caso de que los hechos consensuados sean manifiestamente atípicos o sea notorio que no se han cometido. Se afirma asimismo que desde la psicología del acusado posiblemente se preste tanta atención o más a la pena que se le pide y que le puede ser impuesta que a los hechos cuya comisión se le atribuye. En contra se arguye que la individualización de la pena es tarea de los tribunales. Pero también es tarea individualizadora la elevación de la pena conformada dentro de los márgenes de la pena prevista por el tipo penal para el delito objeto de la calificación aceptada y por nadie se cuestiona que el tribunal nunca podrá imponer pena superior a la negociada.

Quizás la clave para la comprensión de la cuestión la proporcione cómo entender el papel del tribunal en los casos de negociación. Y una cosa hay que tener clara: si legalmente se prevé un marco de consenso entre las partes acusadora y defensora el tribunal debe respetarlo, especialmente si con el consenso se renuncia al juicio y a la actividad probatoria.

Una vez aceptado que es correcto el marco jurídico delimitado por la conformidad, insistir en una tarea individualizadora por un tribunal que no ha podido celebrar el juicio oral es ciertamente contradictoria cuando no incompatible con el allanamiento del acusado a la pena en concreto solicitada por la acusación. En efecto, la admisión de esa posibilidad choca frontalmente con la misma idea del consenso al permitir el juego de los principios inquisitivo y de oficialidad en el seno de una institución -la conformidad- regida precisamente por los principios opuestos, el acusatorio y el dispositivo.

Lo anterior puede admitir una excepción en el caso de que se considere por el tribunal que la sentencia a dictar quebrante el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley.

Puede darse el supuesto de que una conformidad se realice sobre una pena de mayor duración a la que el tribunal impone a hechos semejantes o, incluso, idénticos. Conocedor de sus criterios a la hora de sancionar, al percatarse de la desigualdad que puede suponer la conformidad, el tribunal deberá convocar una audiencia a las partes y plantearles la divergencia, pudiendo rebajar en tal caso la pena consensuada.

10. el principio acusatorio en la segunda instancia.

El principio acusatorio se proyecta asimismo en la fase de recursos, especialmente en la segunda instancia, por cuanto la denominada apelación supone un nuevo enjuiciamiento, otorgando al tribunal plenas facultades de conocimiento, lo que le permite no solo examinar la aplicación que del derecho hizo el órgano enjuiciador de la primera instancia, sino también valorar las pruebas practicadas en la primera instancia. Es decir, un nuevo examen del caso tanto en la cuestión de hecho como de derecho.

Ya sabemos que con el término apelación se designa en general la segunda instancia, que es posible de plantear respecto de la mayoría de las sentencias pronunciadas por los órganos jurisdiccionales (artículos 167, 200 y 282 y siguientes del Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana). Analizaremos la incidencia del principio acusatorio en esta fase del proceso penal.

10.1 Necesidad de una acusación formal en la segunda instancia.

Si el fundamento del principio acusatorio es garantizar de imparcialidad del órgano enjuiciador, el respeto de este principio en la segunda instancia exige que alguna parte acusadora –distinta del órgano enjuiciador– reproduzca en la fase de apelación la acusación formal dirigida en la primera instancia contra persona o personas determinadas.

La acusación en la segunda instancia se formaliza en el escrito de declaración de recurso. Es también parca la ley procesal dominicana en esta materia. Se puede anticipar que el objeto de la apelación podrá referirse a quebrantamiento de normas y garantías procesales, al error en la valoración de las pruebas o a la infracción de preceptos constitucionales o legales.

Estos motivos constituirán el objeto, en su caso, de la acusación en la apelación, según el axioma “tantum devolutum quantum appellatum”, expresivo de la idea de que el ámbito de conocimiento del juzgador de la nueva instancia está limitado al ámbito material de las pretensiones que ante él se plantean.

Así, la decisión del órgano jurisdiccional de esa instancia deberá ser congruente con la acusación formulada en la misma, sin que pueda entrar a conocer cuestiones que no hayan sido objeto del recurso, ni introducir elementos nuevos en perjuicio del acusado. Hacerlo supondría romper la propia imparcialidad e infringir radicalmente el principio acusatorio.

A su vez el escrito de formalización del recurso ha de ser congruente con lo que la misma parte que lo interpone solicitó en la primera instancia, sin que pueda introducir cuestiones nuevas o cuestiones que, aunque no planteadas por ella en la primera instancia, sí fueron en cambio reclamadas por otras partes acusadoras que no recurren. Del mismo modo, al celebrarse vista para resolver el recurso de apelación, debe estar vedado a la parte apelante introducir en ella fundamentos del recurso nuevos y distintos de los explicitados en el escrito de declaración del recurso, transmutando la impugnación en otra diferente de la inicialmente planteada. En la vista solo podrá el apelante informar en apoyo de las pretensiones desplegadas en su escrito de recurso, sin añadir nada distinto que pueda forzar a las partes recurridas a tener que improvisar sus argumentaciones en detrimento de su derecho de defensa.

El instrumento procesal de la acusación en la segunda instancia será, así, la declaración del recurso de apelación, al que el tribunal de la alzada queda exclusivamente vinculado, de manera que su decisión deberá referirse a lo solicitado en dicho escrito, sin que pueda excederse de lo pedido, so pena de provocar indefensión al acusado o acusados recurridos, que no habrán tenido, por ello, oportunidad de defenderse ante la extralimitación del órgano judicial.

No obstante, puede entenderse como excepción las consecuencias derivadas del principio “iura novit curia”, esto es, las que impone al tribunal del recurso el propio conocimiento del Derecho y la obligación de aplicarlo correctamente. Así, ¿qué ocurre cuando, sin que ello haya sido puesto de manifiesto o pedido por el apelante, el tribunal del recurso comprueba que el órgano de la primera instancia omitió o aplicó erróneamente alguna consecuencia legal impuesta por la norma?. Ello es especialmente relevante cuando la subsanación del olvido o la corrección del error pueda agravar la situación jurídica del recurrente, lo que está relacionado con el siguiente apartado.

10.2 vinculación del tribunal a la acusación en la segunda instancia: prohibición de la “reformatio in peius?”

Al igual que en la primera instancia el tribunal superior ha de mantenerse en una posición de tercero imparcial. Por ello no podrá castigar por delito distinto o por un delito más grave del que fuera objeto de acusación (o aumentar las responsabilidades civiles). De hacerlo estaría ocupando el lugar de la acusación.

Dado que el objeto del proceso ha quedado ya sumamente depurado tras la celebración del juicio oral y, especialmente, con el dictado de la sen-

tencia de la primera instancia, a la que esencialmente se dirige la crítica que supone el recurso de apelación, carece de sentido en la segunda instancia lo antes expuesto sobre la posibilidad de sugerencias del tribunal a las partes. En efecto, si pudo hacerlo el tribunal de la primera instancia y no lo hizo, carecerá por lo común de razón de ser que se formule en la alzada. Y si se hizo debió quedar plasmada en la asunción por alguna de las acusaciones, fundiéndose en el objeto del proceso que llega a la segunda instancia a través de la sentencia dictada que se recurre.

El tema de la segunda instancia plantea la interesante cuestión de si el titular del derecho al recurso es solo el condenado, como parece desprenderse de algunos tratados internacionales. Así, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su apartado 5 proclama que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. O si, por el contrario, también las partes acusadoras están legitimadas activamente para ejercer este derecho. En el derecho dominicano el Código de Procedimiento Criminal concede la posibilidad de recurrir en apelación también a la acusación.

Lo que interesa destacar llegados a este punto es que la vigencia del principio acusatorio exige que la situación del apelante no podrá verse agravada en la segunda instancia cuando es la única parte que ha recurrido. Esta es la idea contenida en la expresión “*reformatio in peius*” o reforma a peor.

Dicho de otra forma, la agravación o empeoramiento del recurrente solo podrá aceptarse bien cuando otra de las partes haya también recurrido, interponiendo un recurso propio o autónomo, o bien cuando alguna otra parte haya formulado adhesión al recurso de apelación principal. Esto último plantea a su vez el alcance o contenido que pueda o deba darse a tal adhesión, es decir, si cabe adhesión de signo contrario al recurso principal, todo lo cual será materia del siguiente apartado.

En lo que al proceso penal se refiere la institución de la prohibición de la “*reformatio in peius*” se establece, pues, en garantía del recurrente, siendo su fundamento la posición de imparcialidad que, como vimos, ha de revestir el ejercicio de la función jurisdiccional. Regido el proceso civil por el principio dispositivo, la proscripción de la reforma a peor se suele entender como consecuencia de dicho principio, cuyo objeto son derechos que sólo a la voluntad de las partes compete hacer valer, considerándose que al recurrente no se le puede responder con algo que no ha reclamado. En cambio, se entiende mayoritariamente que es el principio acusatorio el fundamento de la prohibición analizada en cuanto al proceso penal.

En todo caso, ciñéndonos al proceso penal, cabe afirmar que la prohibición de la “*reformatio in peius*” no suele tener un fundamento legal explí-

cito para la segunda instancia. Falta de apoyatura legal que puede subsanarse mediante una interpretación de las normas reguladoras de la tramitación de los diversos supuestos de recurso de apelación adecuada a las exigencias del principio acusatorio y al conjunto de las garantías constitucionales.

Sentado que el recurrente no puede ver agravada su situación exclusivamente en virtud de su propio recurso por una actuación de oficio del tribunal, conviene introducir un matiz, distinguiendo según el apelante sea el condenado en la sentencia o se trate de alguna de las partes acusadoras.

Siendo una parte acusadora la única apelante, sí podría plantearse como hipótesis y aceptarse que la sentencia que se dicte resolviendo su recurso pueda imponer pena menor o, incluso, absolver al acusado condenado, quien de esta forma, podría paradójicamente ver mejorada su situación pese a no haber recurrido. Con esta posibilidad, aunque se le configure como un principio de carácter general, la prohibición de la reforma a peor se interpreta como limitada realmente al acusado.

No se olvide que la conexión de esta institución con los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones es la prohibición de la indefensión. En efecto, si en la segunda instancia se dictase una sentencia que empeorase la situación del acusado condenado cuando ha sido él el único apelante sin haber tenido ocasión de defenderse ciertamente se estaría violando la prohibición de indefensión.

En este sentido, hay consenso al aceptarse que el principio de la interdicción de la reforma peyorativa constituye una garantía procesal del régimen de los recursos y tiene su encaje constitucional a través de la prohibición de la indefensión o de la exigencia de garantías inherentes al proceso, entre las que ocupa relevante lugar el derecho de defensa.

Corolario de todo lo anterior es que el juez que incurra en reforma a peor no solo infringe su deber de imparcialidad objetiva, sino que al mismo tiempo está vulnerando los derechos constitucionales del acusado recurrente. En especial, violaría sus derechos fundamentales de defensa, al no tener posibilidad de defenderse; a la tutela judicial efectiva, ya que el temor a un empeoramiento mermaría la confianza en los tribunales y llevaría a la parte a autolimitarse en el ejercicio del derecho al recurso; al conocimiento de la acusación, dado el carácter sorpresivo de la agravación y a un proceso con todas las garantías.

Ahora bien, tal como se expuso en el párrafo final del apartado precedente, ¿para corregir la una incorrecta aplicación de la norma hecha por el tribunal de la primera instancia, puede actuar de oficio el tribunal de la segunda instancia aunque ello empeore la situación jurídica del único apelante?.

Es el caso, por ejemplo, de una defectuosa aplicación de las normas individualizadoras de la pena, de forma que se imponga al reo único recurrente que apela su condena, una pena inferior a la que le corresponda legalmente (al mínimo legalmente imponible), sin que el error haya sido detectado por la acusación y por ello no recurra. Visto el juego del principio de legalidad en materia penal –y el carácter inderogable e indisponible por las partes de ciertas normas– no puede afirmarse, en principio, que no sea razonable pensar que el tribunal de la apelación pueda y deba corregir ese error.

A favor de la respuesta afirmativa podría argumentarse que tal excepción –excepción a la exclusión en general de toda posibilidad de reforma de la situación jurídica definida en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión frente a la cual, aquél en cuyo daño se produce tal reforma, no tenga ocasión de defenderse– está amparada cuando el daño que eventualmente resulte sea consecuencia de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber de los tribunales, con independencia de que sea o no pedida por las partes. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando al resolverse un recurso de apelación interpuesto exclusivamente por el condenado el tribunal de recurso modifica la pena impuesta por el tribunal de la primera instancia, aumentándola e imponiendo la legalmente procedente por apreciar la agravante de reincidencia por condenas anteriores (de naturaleza objetiva y fácilmente comprobable con los documentos obrantes en las actuaciones) tras detectar que el recurrente era reincidente –extremo declarado probado, reconocido por el mismo y nunca impugnado.

Sin embargo, aunque esa actuación del tribunal del recurso se intente justificar razonando que el principio acusatorio no ampara errores en la petición de penas cuando los hechos que las motivan han sido aportados –aquí la reincidencia– y aceptados por el juzgador de la primera instancia, ya que la pena legal, al ser de orden público, consecuencia general del «ius puniendi» y por tanto indisponible, obligaba al tribunal a ajustarse a ella, sin que pudiera ser invocado una especie de derecho del condenado al error judicial favorable que derivaría del principio de no reforma peyorativa, lo cierto es que el recurrente ve agravada por el tribunal de apelación la pena impuesta por el juez de la primera instancia sin haber mediado recurso ni por tanto petición alguna de parte acusadora, de forma que el empeoramiento de su situación jurídica tiene así lugar como exclusiva consecuencia de su propio recurso.

¿Qué ocurre cuando una agravación de pena de ese tipo en apelación sea resultado de imponer nuevas penas al recurrente tras desestimar su apelación, pero con intervención de la parte acusatoria también en la segunda instancia, aunque como apelada si el tribunal, descubierto el error lo somete a las partes y la acusación que se aquietó con la sentencia acoge la

sugerencia del tribunal? Se mantiene por algunos que es admisible la posibilidad que con ocasión del recurso se impongan penas superiores a la pedida para remediar errores de la acusación siempre que sea dentro de los límites señalados en la ley al tipo incriminado, y, por supuesto, que calificación y hechos hayan sido objeto de debate. Lo esencial vuelve a ser aquí la conexión con el derecho de defensa, de modo que de serle imposible al acusado único apelante rebatir los argumentos por los que su posición empeoró, aunque hubiera sido en virtud de su exclusivo recurso, estaremos ante un caso de reforma peor.

La respuesta empero no es sencilla ya que entran en juego otros intereses. Así, es idea general que el principio acusatorio impide al tribunal de la segunda instancia modificar de oficio la sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron, considerándose que debe prevalecer respecto incluso del principio de estricta sumisión del juez a la ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la sentencia. La construcción argumental de esta tesis enlaza el principio de la prohibición de la reforma peyorativa con el matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, que se aquietó con esa sentencia.

10.3 La apelación adhesiva.

Como se dijo, cabe que la situación del recurrente empeore si a la segunda instancia han concurrido también alguna de las demás partes interponiendo recurso de apelación independiente a través del cual se formulen pretensiones que den pie a que el juzgador de la apelación pueda agravar la situación del otro apelante, adoptando, en su caso, una decisión, por ejemplo, de agravación de condena.

10.3.1 posibilidad de una adhesión de contenido contrario al del recurso principal.

Pero, ¿qué ocurre cuando la decisión de agravación de condena se produce en virtud de la adhesión a un único recurso principal formalizado por el acusado condenado?

La respuesta dependerá de la concreta regulación legal del tema. El Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana no alude expresamente a la posibilidad de adhesión al recurso de apelación, pero visto su contenido normativo puede interpretarse que cabe siempre que se trate de adhesión del mismo signo que no añada elementos contradictorios con los introducidos por el recurso principal.

Es criterio general que si la ley procesal no lo prevé expresamente, no es admisible una apelación de signo contrario u opuesto a la apelación principal, especialmente si la formuló el condenado.

De esta forma en un proceso penal la adhesión es inseparable del recurso al que se refiere, con lo que es inadmisibles que por vía adhesiva pueda modificarse de forma tan sustancial el objeto del recurso principal. Así pues, no es factible que en virtud del recurso adhesivo se pretendan introducir en el debate de la alzada motivos o cuestiones dispares a los que hayan sido objeto del recurso principal con la finalidad de obtener una decisión judicial opuesta a la pretendida por el apelante principal. El recurso por adhesión en el proceso penal carecerá por ello de autonomía propia porque es inseparable del recurso principal.

Con la adhesión únicamente cabe apoyar las peticiones del recurso original, a cuya suerte se halla subordinada, sin que el «recurrente adhesivo» pueda ensancharse el ámbito impugnativo para añadir nuevos motivos o temas distintos a los planteados por el principal recurrente.

Otra cosa es que, dentro de ese marco, el adherente puede alegar todos los motivos que le convengan, permitiéndose así en ocasiones el planteamiento de cuestiones que si no integran una adhesión propiamente dicha, sí se pueden considerar como supletorias de omisiones de la propia impugnación principal en la que de alguna manera puede estimarse que van implícitas en las argumentaciones de la parte apelante.

En definitiva, si la adhesión es un mecanismo procesal por el que se permite la intervención coadyuvante del primer litigante y por los mismos motivos expuestos por aquél, nunca cabrá desnaturalizarla con la formulación de pretensiones dispares. En resumen, no puede aspirarse a que por vía de adhesión al recurso formulado por el condenado se formulen pretensiones de condena del mismo. La única forma de lograr esa finalidad, como se vio, es mediante la formalización por la acusación de un recurso de apelación separado o por adhesión al recurso previamente interpuesto por otro acusador. Del mismo modo, si el apelante principal es el acusador, el condenado no podrá adherirse a su recurso para instar peticiones contrarias a las de aquél.

En todo caso, de admitirse la posibilidad de una apelación adhesiva de signo contrario al recurso principal debe respetarse la contradicción y el derecho de defensa del apelante, quien por esencia ha sido el primero en pronunciarse. Solo así podrá ampliarse el objeto de la segunda instancia y el tribunal de la alzada estará en condiciones de conocer entonces –sin que ello suponga actuación de oficio– de dos pretensiones distintas, y aun opuestas, con lo que podrá perfectamente agravar la situación procesal del acusado que interpuso el recurso principal sin que por ello vulnera el principio acusatorio, ni incurra en violación de derecho constitucional alguno.

Lo que se acaba de decir provoca la siguiente reflexión: ¿cómo podrá agravarse la situación del condenado apelante merced a la posterior adhesión de una acusación –ya formalizado, por tanto, el recurso principal–, sin merma del principio de contradicción y sin que por ello tampoco se vulnere el derecho de defensa del apelante principal?

Para respetar tales derechos fundamentales será preciso que de alguna forma se conceda al apelante principal la posibilidad de rebatir los argumentos expresados “a posteriori” por quien se ha adherido a su recurso, abriéndose un debate en el que aquél pueda oponer cuanto estime conveniente en apoyo no ya de los motivos y razones de su propio recurso, sino también en contra directamente de los argumentos contrarios a ese recurso introducidos “ex novo” por quien se adhirió una vez transcurrido el plazo para recurrir. Solo así el órgano enjuiciador quedaría liberado de la limitación que el principio acusatorio le impone al prohibir la reforma peyorativa. En suma, al ampliarse su campo de conocimiento el órgano judicial que ha de resolver tanto el recurso principal como la adhesión queda legitimado para empeorar la posición del recurrente principal.

Puesto que por regla general la adhesión se va a formalizar cuando el recurrente principal ya ha hecho públicos sus motivos, para que pueda responder a los argumentos novedosos de la adhesión deberá habilitarse un trámite específico. En este punto se discrepa en cuanto a cómo desarrollar ese nuevo debate: si directamente en la celebración de la vista ante el tribunal de la segunda instancia o a través de una nueva fase escrita de alegaciones, puesto que el momento procesal oportuno para formalizar la adhesión será el del trámite de la instrucción que del recurso principal se da a las partes apeladas para que se informen de su contenido. Lo que deberá siempre respetarse es el conocimiento por el apelante principal de los nuevos argumentos de la otra parte para que pueda defenderse de ellos en la vista. Carece, eso sí, de mucho sentido prolongar la cadena en la fase previa de instrucción del recurso a las partes permitiendo presentar alegaciones en contra del recurso por adhesión si está previsto expresamente el verdadero debate contradictorio en vista (el CPC prevé la celebración de audiencia al regular los diferentes recursos de apelación contra sentencias según el tipo de procedimiento en que se dicte), en la que al primer apelante se le podrá conceder una doble oportunidad de hablar, al inicio para argumentar su recurso y otra vez tras el adherente para rebatir su alegato, y en la que, finalmente, todas las partes apeladas podrán hablar después y por su orden para rebatir ambos recursos.

10.3.2 LA ADHESIÓN QUEDA CONDICIONADA AL COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL APELANTE PRINCIPAL.

De otra parte, tratándose de adhesiones a un recurso principal, el recurso adherido quedará condicionada a la conducta procesal que el apelante

principal adopte, por lo que si no se persona ante el tribunal superior o manifiesta en cualquier momento hasta el instante mismo de la vista su renuncia a su recurso, la apelación supeditada quedará enervada y el tribunal deberá devolver las actuaciones al juzgado de la primera instancia.

El recurrente principal ha de tener conocimiento desde los primeros instantes procesales de si cualquier otra parte formuló o no adhesión y, en su caso, de cuál fuera su contenido, ya que en la fase de instrucción previa a la vista se le ha de dar traslado del escrito que se presente, con lo que podrá desde ya desistir de mantener su recurso ante la perspectiva de ver empeorada su situación con el nuevo recurso. En todo caso, en la vista que se celebra podrá rebatir con la amplitud que estime oportuna cuanto en contra de él se alegue. En definitiva, con lo expuesto el derecho del apelante principal a conocer las peticiones que en su contra se formalicen por vía de la nueva apelación y su derecho a contradecirlas queda plenamente respetado ante la posibilidad de ver agravada su posición tras interponer su recurso.

10.4 El efecto extensivo del recurso de apelación.

Para finalizar, podríamos cerrar la exposición destacando el que puede ser un efecto peculiar del sistema de recursos del proceso penal, a diferencia del sistema impugnatorio del proceso civil.

Es el denominado por la doctrina efecto extensivo del recurso del acusado, como variante de la posibilidad de extensión, en este caso subjetiva, del contenido del recurso, haciendo que sus efectos favorables se expandan y beneficien a quienes en su momento pudiendo hacerlo no recurrieron.

Supone que la nueva sentencia (o, en su caso, la resolución atacada) aprovechará a las demás partes acusadas en lo que les sea favorable. No alude a la misma la ley procesal de la República Dominicana, pero de nuevo puede extraerse una interpretación sistemática de las garantías en el seno del proceso y del principio de equidad. Ciertamente este efecto peculiar choca con el principio dispositivo, pero el afán de evitar contradicciones lógicas propio del proceso penal justifica dicho efecto, que, por otro lado, corrige resultados rechazables desde la idea de justicia material.

II. LA fase de ejecución de la sentencia.

Una vez firme la sentencia dictada por no ser ya posible la interposición de recursos, el tribunal sentenciador goza de amplias facultades discrecionales, que no arbitrarias, en orden a la ejecución de la sentencia, espe-

cialmente en lo que atañe al cumplimiento de la pena. Así, no quedará vinculado por la opinión de la acusación en lo que respecta al perdón condicional de la pena (Ley No. 223, de 26 de junio de 1984 de la República Dominicana) o la libertad o liberación condicional (Ley No. 5635, de 28 de septiembre de 1961 de la República Dominicana).

12. El principio acusatorio y las responsabilidades civiles.

Es cuestión pacífica que la petición de responsabilidad civil no forma parte del principio acusatorio en cuanto que por su propia esencia tiene naturaleza civil, estando por ello regida por el principio dispositivo o de rogación, que son los que en esta concreta materia limitan el ejercicio de la actividad decisoria del tribunal, lo que supone no imponer por tal concepto una responsabilidad mayor de la solicitada.



por Dra. Fanny B. Cervantes
Magistrada de República Dominicana

Lcdo. Ricardo Díaz Polanco
Magistrado de República Dominicana

Los principios de legalidad y de oportunidad en el proceso penal

1. Del principio de legalidad. 1.1. Concepto de legalidad. 1.2. Objeto del Principio de legalidad. 1.3. Fundamento del principio de legalidad. 1.3.1. Derecho público internacional. 1.3.2. Nuestro derecho constitucional. 1.3.3. Nuestra legislación positiva. 1.3.3.1. Código Penal Dominicano. 1.3.3.2. Código de Procedimiento Criminal. 1.4. Reflexiones sobre el Principio de legalidad del derecho penal. 1.5. Efectos principales del principio de legalidad. 1.6. Perspectivas con la reforma de nuestra legislación. 1.7. Situaciones prácticas de aplicación del principio de legalidad. 2. Del principio de oportunidad. 2.1. Concepto de Oportunidad. 2.2. Fundamento del principio de oportunidad. 2.3. Criterios generales. Oportunidad reglada y oportunidad discrecional. 2.4. Opiniones diversas. 2.5. Salidas alternativas al proceso. 2.5.1. El proceso abreviado. 2.5.2. La conciliación



A modo de introducción

“La ley es la única regla que da derecho al gobernante a mandar y obliga al gobernado a obedecer.”

JUAN PABLO DUARTE*

Si nos adentramos a realizar un estudio analítico de la historia de los pueblos, podremos observar que existe un factor común entre los mismos, en todo lo relativo a la convivencia de su gente.

Cada vez que un grupo de personas ha tratado de vivir de espaldas a la legalidad de normas establecidas, aceptadas por las mayorías como correctas, ha provocado que el pueblo se encuentre sumido en un estado no deseado, que no permite que los ciudadanos disfruten pacíficamente de los derechos que por naturaleza o por decisión han reconocido como principios cardinales para la pacífica vida en sociedad.

Desde que el hombre fue creado, han existido leyes para normar su conducta. Esas leyes provienen unas veces de la naturaleza y en la mayoría de los casos, del hombre mismo. De ahí que el irrespeto a unas u otras deviene en consecuencias funestas.

Cuantas veces el ser humano ha irrespetado las leyes naturales, ha recibido como respuesta, el castigo que suele dar la naturaleza a los violadores de sus leyes.

Ponemos como ejemplos ilustrativos lo que está sucediendo en una gran parte del universo con la deforestación de los bosques o la extracción indiscriminada de materiales de los ríos.

El irrespeto a la Madre Naturaleza está convirtiendo la tierra en desiertos que se acrecientan cada día y tornan la vida del hombre más difícil y menos agradable.

Ahora, yéndonos a las normas para la convivencia pacífica de los pueblos, ¿qué sucede cuando esas normas son violentadas?

Sencillamente los ciudadanos se ven desprotegidos, sus derechos son conculcados y ya no es posible la vida en paz dentro de la sociedad.

* **Juan Pablo Duarte**, nació el 26 de enero del año 1813 en la ciudad de Santo Domingo, junto a Francisco del Rosario Sánchez y Ramón Matías Mella, fundó la República Dominicana, es considerado como Padre de la Patria, murió en Venezuela el 15 de enero de 1876.

Nuestra tradición cristiana nos habla de la ley no escrita. En el lenguaje teológico, se nos habla de la ley escrita en el corazón del hombre. Es la ley generada por la fuerza de la conciencia individual, como decía Juan Jacobo Rousseau: en su obra el Contrato Social, se trata de: *"Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado y por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca libre como anteriormente."*

Sin embargo, en toda la historia de la humanidad ha quedado claramente demostrado y justificada la necesidad de normas jurídicas escritas, de ahí que en la lectura de la Biblia, considerado como uno de los textos religiosos más antiguos, narra que Dios entregó a Moisés, las Tablas que contenían escritos los Diez Mandamientos, como una especie de constitución religiosa, recogiendo los principios fundamentales para una mejor convivencia del pueblo de Israel, en sus relaciones sociales, políticas y religiosas.

Hoy todos aceptamos como un hecho natural y sin discusiones la existencia de normas jurídicas que se imponen a la administración y cuyo respeto todos reclamamos. Pero no siempre fue así y la evolución que se ha sucedido para llegar al presente estado, refleja un alto grado de civilización.

Actualmente, en todo el mundo se vive una verdadera revolución, la globalización, la tecnología y al mismo tiempo las tendencias mundiales hacia la humanización de la aplicación de las normas jurídicas, nos recuerdan aquella proclama del profeta Jeremías cuando exhortaba al pueblo: *"Paraos en los caminos y preguntad por la senda antigua y seguidla."* Los pueblos del mundo nos estamos volcando a nuestras raíces jurídicas. El curso sobre **Constitucionalización del Proceso Penal**, nos permite examinar esos principios que han dado origen a la construcción institucional de nuestros países. Hoy más que nunca necesitamos fortalecer esos principios constitucionales que garantizan la convivencia social.

Los Principios de Legalidad y de Oportunidad son piedras angulares sobre los que se sostiene ese equilibrio que debe existir entre el deber del Estado de cumplir y hacer cumplir la ley y el de garantizar el bienestar general.

I. DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD

"A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe."

CONSTITUCIÓN DOMINICANA

I.1. concepto de legalidad.

El concepto de legalidad está formado por el conjunto de todas las normas jurídicas que se imponen a la administración.

Existen múltiples definiciones de lo que entendemos por el concepto Ley, sin embargo, en esta ocasión nos referiremos a la ley en el mismo sentido en que lo emplea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definirla como: "La norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos, constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes." ¹

De esta definición de legalidad se desprenden cuatro consecuencias fundamentales: que son comunes a toda legislación, a saber:

- El carácter general de la ley;
- La protección del bienestar general;
- Que sea emanada de los órganos previstos por la ley y debidamente elegidos; y
- Que se hayan observado los procedimientos establecidos en la Ley y en la Constitución para su elaboración y aprobación;

De ahí que, el principio de legalidad, también llamado de tipicidad, funciona como regla obligatoria de persecución penal de todos los hechos que generan hipótesis de delitos de acción pública.

I.2. objeto del principio de legalidad

En el siglo XVIII la administración estaba sometida a un "Estado Policía", es decir, a una reglamentación, pero sin valor jurídico opuesto al "Estado

¹ *Curso de Garantías Constitucionales*, p. 156, Proyecto de fortalecimiento del Poder Judicial, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, año 2000.

de Derecho” que hoy conocemos, en el cual la Administración está sometida al derecho o dicho en sentido más amplio, a la legalidad, que es una de las formas de liberalismo político surgido de la Revolución Francesa, la independencia de los Estados Unidos de América y las independencias de las Repúblicas Latinoamericanas.

En la República Dominicana, por diversas razones que podrían ser explicadas en otro ensayo, a pesar de que la legislación es sumamente explícita, el estado de derecho aun no está consolidado, y lo que hasta ahora se ha obtenido, aun no es irreversible ni definitivo; cualquier persona puede ser reducida a detención y encarcelamiento en forma arbitraria, debido a las debilidades institucionales de que adolece nuestro sistema de justicia represiva.

Para nosotros ha constituido un motivo de gran preocupación cuando nos ha tocado examinar en los procesos de Habeas Corpus, las causas o motivos de la privación de libertad de algunos procesados y hemos tenido que admitir con profundo pesar, que todavía nuestro sistema judicial no garantiza ni el debido proceso de ley, y por consiguiente, un verdadero estado de derecho; cualquier oficial de la Policía de cualquier departamento, se cree en el derecho de detener a cualquier ciudadano que le parezca sospechoso de haber cometido un crimen o un delito, en la mayoría de los casos esas detenciones son realizadas sin orden escrita ni motivada de funcionario judicial competente y muchas personas son detenidas por varios días, en ocasiones hasta varias semanas, sin ser sometidas a la autoridad judicial competente, en violación de los plazos previstos constitucionalmente, y en violación de todos sus derechos fundamentales.

El principio de legalidad tiene por objeto, servir de garantía contra las arbitrariedades y los abusos de las personas que tienen autoridad. Es por ello, que, como ha sostenido en reiteradas ocasiones nuestra Suprema Corte de Justicia, los jueces somos guardianes de la Constitución y las leyes y de los derechos y prerrogativas consignados en estas, a favor de los ciudadanos, por lo cual, no podemos actuar como simples teóricos, que conocen la ley y saben cuáles son esos derechos y garantías, pero al momento de hacerlos cumplir, claudican, dejando de lado el principio de legalidad en sus actuaciones y en el proceso mismo.

Otras veces los principios y prerrogativas de derechos son vistos como axiomas sagrados, solo aplicables a los casos más sonoros y de personas importantes y no como una conducta cotidiana del aplicador de la norma y juzgador de conducta.

1.3. fundamento del principio de legalidad

El principio de legalidad es uno de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, para salvaguardar la libertad y los bienes de las personas,

ha sido consignado en los Tratados y Convenciones Internacionales, en las constituciones de la mayoría de los países, y en el caso particular de la República Dominicana, no solamente es una prerrogativa con rango constitucional, sino que, nuestra legislación adjetiva, reglamenta de manera clara y precisa el ámbito de acción del referido principio.

1.3.1. Derecho público internacional.

El principio de legalidad está instituido en el derecho público internacional, dentro de los derechos y garantías fundamentales del hombre, de acuerdo con las legislaciones siguientes:

1.3.1.1. De Acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 11 ordinal (2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, se establece lo siguiente:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrán penas más graves que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

1.3.1.2. En su artículo 9 la Convención Americana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, firmada en fecha 7 de septiembre de 1977 y ratificada por el Congreso Nacional el 19 de abril de 1978; ha dicho que:

“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 penas más graves 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.”

1.3.1.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la ONU, del 16 de diciembre de 1966, ratificado por la República Dominicana en fecha 4 de enero de 1978; en su artículo 15, hace suyo el referido principio de la manera siguiente:

“Nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá penas más graves 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.”

Según estas disposiciones de derecho, para que pueda pensarse una acción o una omisión, es necesario que antes de su comisión u omisión se

encuentre tipificado en la legislación como un acto o una omisión ilegal o antijurídico. He aquí, dos de los elementos que constituyen el delito en sentido general, ticidad, y antijuridicidad.

1.3.1.4. Constituciones de otros países. En la mayoría de los países del mundo, al igual que en el nuestro, el principio de legalidad ha sido asumido constitucionalmente como una de las garantías fundamentales, de entre los cuáles nos permitimos mencionar solo algunos, a saber:

- (a) Artículo 28 de la Constitución de España, (1978); *“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.”*
- (b) Artículo 18 de la Constitución de Argentina (1994); *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”*
- (c) Artículo 39 de la Constitución de Costa Rica (1949); *“A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y 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. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, al apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.”*
- (d) Artículo 29 de la Constitución de Colombia (1991, mod. 1997); *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda*

persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

- (e) Artículo 8 ordinal (4) de la Constitución de Grenada (1973); *“A ninguna persona se la podrá considerar culpable de un delito debido a un acto u omisión que, cuando ocurrió, no constituía delito, y por un delito sancionado más severamente por una nueva ley no se impondrá una pena de grado y descripción mayor que la máxima que podría haberse impuesto por ese delito cuando fue cometido.”*
- (f) Artículo 95 de la Constitución de Honduras (1982); *“Ninguna persona será sancionada con penas no establecida previamente en la Ley, ni podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos.”*
- (g) Artículo 49 de la Constitución de Paraguay (1967); *“Los actos privados que no ofendan el orden público ni a la moral, ni perjudiquen a terceros, están exentos de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*
- (h) Artículo 32 de la Constitución de Nicaragua (1987) *“Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe.”*

En nuestro caso, según lo establecido en el artículo 3 de la Constitución, la República Dominicana reconoce y aplica las Normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, a menos que como lo establece el artículo 127 de la Convención de Viena, sobre derecho de los Tratados, contravenga una norma fundamental del Derecho Interno.

1.3.2. Nuestro derecho constitucional

Nuestra primera Constitución, votada por el 6 de noviembre de 1844, en la ciudad de San Cristóbal, en su artículo 19 establecía 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.”

Y en el artículo 27 se establece el equivalente a nuestro actual texto constitucional, al expresarse de la manera siguiente:

“A nadie se le puede obligar a que haga lo que la ley no manda, ni impedir que haga lo que la ley no priva.”

La más reciente, la Constitución votada por la Asamblea Nacional en fecha 14 de agosto de 1994, mantiene como las demás constituciones que hemos tenido, el referido principio, pues, de manera expresa, en el ordinal (5) del artículo 8 cuando establece:

“A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirsele lo que la ley no prohíbe.”

Como puede apreciarse, esta disposición tiene un carácter general y no se aplica solamente al ámbito del derecho penal, sino a todas las materias. Tampoco se refiere solamente al Poder Judicial, sino a todos los Poderes del Estado, funcionarios o servidores públicos, y rige, además, entre las relaciones de los particulares entre sí y entre estos y el Estado, y entre los Poderes y órganos del Estado;

Toda obligación o toda prohibición impuesta por el Estado o por cualquiera de sus órganos, debe estar basada en la ley, de no ser así estaríamos sujetos a los caprichos y arbitrariedades de los gobernantes, de ahí que, como dice el artículo 4 de nuestra Constitución:

“Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes.”

En otras palabras, es la Ley la que debe regir todos nuestros actos. Es la única regla que da derecho al gobernante a mandar, o, como ha dicho la doctrina: *“Ninguna autoridad tiene el poder de investigar y comprobar las infecciones o de perseguir su represión, y una jurisdicción el de reunir las pruebas o de juzgar, más que si han recibido de la ley su organización, su competencia y las reglas de forma que deben seguir en el cumplimiento de su misión. Se podría trasponer al procedimiento criminal el adagio bien conocido del derecho penal y decir nullus jedex sine lege.”*²

1.3.3. Nuestra legislación positiva.

El principio de legalidad no solamente se fundamenta en nuestra Constitución y los Tratados y Convenciones Internacionales; también se encuentra claramente regulado por nuestra legislación positiva, de modo que desde

² Andrés Vitu, citado por Castillo, Pellerano, Herrera, *Derecho Procesal Penal*, p.44.

el punto de vista legislativo, su aplicación no confronta ninguna dificultad, está claramente establecidos en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Criminal.

1.3.3.1. Código Penal Dominicano

Nuestro Código Penal Dominicano vigente es una adaptación del Código Penal Francés de 1810, desde esa época solamente ha recibido algunas modificaciones sustanciales, tales como la eliminación de la pena de muerte, (Ley 5007 de 1911, que sustituyó la pena de muerte por la de 20 años de trabajos públicos), la eliminación de la pena de trabajo público, (Ley 224 de 26 de julio de 1984), y otras; actualmente se encuentra depositado en el Congreso Nacional un anteproyecto para modificar sustancialmente dicha pieza legal.

Desde su origen nuestro derecho penal ha sido previsor y garantista del derecho a la legalidad de la persecución y de la imposición de pena, de ahí que, en el artículo 4 del referido Código Penal nos dice que:

“Las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán penarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión.”

1.3.3.2. Código de Procedimiento Criminal

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, especialmente de conformidad con el artículo 1 del Código Penal, nuestro sistema de derecho represivo establece una división tripartita basado en las penas establecidas de ahí que: *“La infracción que las leyes castigan con pena de policía, es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales, es un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena aflictiva o infamante, es un crimen.”*

De ahí que nuestro código de Procedimiento Criminal, ha regulado la legalidad en cada una de estas categorías.

- **Para las contravenciones.**

En los asuntos relativos a las contravenciones o de simple policía, el artículo 163 del Código de Procedimiento Criminal, dispone lo siguiente:

“Todo fallo condenatorio definitivo, será motivado y contendrá el texto de la ley aplicada, bajo pena de nulidad; expresándose en él, si fuere en primera instancia o el último recurso.”

- **Para los delitos.**

Por su parte el artículo 195 del mismo Código, para la materia correccional, ha dispuesto lo siguiente:

“En el dispositivo de toda sentencia de condena, se enunciarán los hechos por los que las personas citadas sean juzgadas culpables o responsables, la pena y las condenaciones civiles. El texto de la ley que se aplique, se leerá en la audiencia por el presidente, y de esta lectura se hará mención en la sentencia, insertándose en ella el texto de la ley, bajo pena de diez pesos de multa contra el secretario.”

- **Para los Crímenes**

También para la materia criminal, nuestra legislación contiene una disposición expresa, que garantiza el principio de legalidad, conforme a lo que expresa el artículo 271 de la misma pieza legislativa al decir:

“El presidente hará comparecer al acusado; leerá el texto de la ley aplicada; y el secretario dará lectura, en voz alta, de la sentencia. En ella se insertarán los artículos aplicados bajo pena de veinte pesos de multa contra el secretario.”

Es importante destacar, que en numerosas ocasiones un texto de la ley tipifica el hecho punible, y la sanción se encuentra consignada en otro texto; en este caso, somos de opinión que ambos textos deben transcribirse para dar cumplimiento al voto de la ley.

Como puede apreciarse, en materia represiva, los jueces están obligados a motivar sus decisiones. Es preciso que el Juez compruebe en hecho la existencia de todas las circunstancias exigidas para caracterizar la infracción y que, en derecho califique estas circunstancias en relación con el texto legal que sea aplicable.

Estas previsiones tienen además, como propósito permitir que la Suprema Corte de Justicia, pueda al ejercer sus facultades de control de la legalidad, como Corte de Casación, y determinar si la ley fue bien o mal aplicada, como lo ha previsto el artículo 1 de la ley 3726 del 26 de diciembre de 1953, sobre recurso de casación.

1.4. reflexiones sobre el principio de legalidad del derecho penal.

Como muy bien lo señalan los autores Claus Roxin, Gunther Argtr y Klaus Tiedemann, las reflexiones sobre el principio de legalidad nos conducen al problema de los presupuestos de la punibilidad, puesto que para declarar punible una conducta, deben cumplirse siempre los presupuestos generales de la punición de esa conducta. Estas se clasifican en tres categorías: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Tipicidad. Del principio de legalidad se deriva directamente que una conducta humana solo puede castigarse cuando está prevista por un precepto que describe con claridad la conducta prohibida o exigida mediante la conminación de una pena.

Se denomina tipo a esas descripciones de delito que contienen las leyes penales.

Así, por ejemplo, el tipo del robo, tiene la siguiente característica: *"quién con fraude sustrae una cosa que no le pertenece"*, (Art. 379 del Código Penal Dominicano), tiene que existir el ánimo de apropiársela antijurídicamente."

Bastará establecer que la tipicidad siempre es el primer presupuesto de la punibilidad de una conducta.

Antijuricidad. No toda conducta típica resulta punible. A pesar de su prohibición general puede resultar autorizada excepcionalmente. A tales autorizaciones se les denomina Causa de Justificación. Una causa de justificación no afecta en nada a la tipicidad de una conducta, pero sí excluye su antijuricidad, su contradicción con el Derecho. La más conocida de todas es la Legítima defensa.

No actúa antijurídicamente quién realiza un hecho en legítima defensa. La defensa legítima es la que resulta necesaria para evitar a sí mismo o a un tercero una agresión antijurídica y actual.

El Artículo 328 del Código Penal declara que: *"No hay crimen ni delito, cuando el homicidio, las heridas y los golpes se infieran por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro."*

Las causas de la justificación no sólo se encuentran contenidas en el derecho penal, sino en todo el ordenamiento jurídico.

En la comprobación de la punibilidad de una conducta debe examinarse siempre si concurre el hecho de una causa de exclusión de la antijuricidad. Sólo cuando ambos concurren, puede calificarse el hecho de injusto.

Lo injusto implica la desaprobación del hecho como socialmente dañoso en sentido penal.

Culpabilidad. Una conducta típica y antijurídica no necesariamente es punible. La calificación como injusto expresa únicamente que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el derecho, pero no autoriza a concluir que el autor deba responder personalmente por ello.

Este es un asunto que ha de decidirse en un tercer nivel de valoración, el de la culpabilidad.

Ha quedado establecido que no debe imponerse pena alguna sin culpabilidad. A veces, una conducta típica y antijurídica puede no resultar punible si el autor en el referido caso ha actuado sin culpabilidad. Por ejemplo, los enajenados mentales.

El artículo 64 del Código Penal Dominicano dice así: *“Cuando al momento de cometer la acción el inculpado estuviese en estado de demencia o cuando se hubiese visto violentado a ello por una fuerza a la cual no hubiese podido resistir, no hay crimen ni delito”*.

Si un enajenado mental mata a una persona, la conducta es típica, pues realiza el tipo del homicidio (artículo 295 del Código Penal Dominicano), es antijurídica porque no le ampara la legítima defensa ya que la víctima no le ha agredido. El legislador desaprueba su conducta como injusto penal, pero a pesar de ello, renuncia a formularle un reproche de culpabilidad porque el Estado requiere de los ciudadanos un comportamiento normal conforme al Derecho. En definitiva, las causas de exclusión de la culpabilidad no otorgan ningún derecho a actuar, sino tan sólo eximen de la pena.

1.5. Efectos principales del principio de legalidad.

El principio de legalidad supone *“La automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito concretada a través de una acción penal que lleva la hipótesis delictiva ante los jueces, requiriendo su investigación, juzgamiento y castigo del ilícito que resultara haberse cometido.”*³

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿está obligado el Ministerio Público a actuar cuando recibe una denuncia o una querrela? *“La contestación es negativa en razón de que él debe cerciorarse antes de hacerlo de la seriedad y oportunidad de la misma (143), pues de otro modo se convertiría en fácil instrumento de pasiones y venganza. En esta materia su independencia es absoluta, lo cual expresa gráficamente el aforismo jurídico según el cual el fiscal es el juez de la querrela.”*⁴

En sentido general, podemos decir, que del principio de legalidad se desprenden las consecuencias siguientes:

³ Cafferata Nores, José I, *Cuestiones Actuales Sobre Derecho Penal*, p. 26.

⁴ Castillo, Pellerano y Herrera, Op-cit, p. 176.

- (a) El principio de legalidad tiene un carácter general, por consiguiente, sus efectos se extienden no sólo al ámbito del derecho penal sino a todas las materias y a todos los órganos de los poderes del Estado.
- (b) La necesidad de que todo establecimiento de normas, toda persecución de un hecho o de una omisión debe estar previsto expresamente en la ley previa y vigente al momento de la omisión o la comisión del hecho punible;

De lo anterior se desprende la vieja máxima *"No hay pena sin ley que previamente establezca la punibilidad del hecho."* *"Nulla poena, sine indicio, nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege"*, constituyen el triple fundamento de la legalidad en todo Estado de Derecho.

- (c) Prohibición de fundamentar penas en el Derecho Consuetudinario o lo que es lo mismo, fundamentar penas en fuentes de Derecho que no sean leyes escritas, como necesaria consecuencia del principio de no retroactividad de la ley, previsto en el artículo 47 de la propia Constitución.
- (d) Que esa ley no contravenga ninguna disposición constitucional, como consecuencia del principio de supremacía de la Constitución sobre la Ley Adjetiva. (Art. 46 de la Constitución Dominicana).
- (e) Que en caso de varias disposiciones jurídicas con igual rango, deberá aplicarse la que resulte más conveniente a los derechos del procesado. He aquí el principio *in dubio pro reo*;
- (f) La posibilidad que tiene el Juez del juicio de variar la calificación del expediente para darle a los hechos su verdadera fisonomía.
- (g) Otro de los efectos del principio de legalidad deviene en que no puede sustentarse sobre leyes cuyas penas estén indeterminadas que no permitan captar lo que realmente es punible.

Ello también implica la proscripción de la analogía, es decir, la aplicación de la ley a casos similares a los en ella contemplados, pero no idénticos y en perjuicio del autor del hecho. Con ello se diferencia el derecho penal de otras ramas del ordenamiento jurídico. La ley no puede resultar tan vaga e indeterminada que no haya forma de saber con seguridad lo que ella pretende castigar, pues carecería de lo que la Constitución requiere con el principio de determinación de la ley penal.

Un ejemplo de la indeterminación o vaguedad de la ley, lo constituye nuestra ley 55-93, de fecha 31 de diciembre de 1993 (Ley del SIDA), en su artículo 26 tipifica el delito de que una persona a sabiendas de su condición de portador del VIH, sostenga relación sexual con otra persona, sin

comunicarle de su situación, poniendo en riesgo su salud y su vida, lo cual según el artículo 31 de la referida Ley, *se castigará con las penas previstas en el Código Penal Dominicano.*

Dado el carácter de aplicación estricta de la aplicación de la Ley Penal, tal disposición presenta dificultad al momento de su aplicación, para determinar qué artículo del Código Penal Dominicano sería aplicable.

¿Porqué razón se exige en el Derecho Penal el principio de vinculación a la ley con mayor rigor que en otras ramas del ordenamiento jurídico?

Porque el derecho penal comporta las intervenciones más graves en la libertad de los ciudadanos que conoce nuestro ordenamiento jurídico y la seguridad y la paz jurídicas requieren que los particulares sean protegidos lo más ampliamente posible frente a decisiones imprevisibles.

El artículo 8 de nuestra constitución enuncia una lista de prerrogativas y derechos fundamentales de los ciudadanos, en los literales de la (a) a la (j), bajo el título DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y SOCIALES, que citamos a continuación:

- a) "No se establecerá el apremio corporal por deuda que no proviniere de infracción a las leyes penales.
- b) Nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito.
- c) Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona.
- d) 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.
- e) Todo arresto se dejará sin efecto o se elevará a prisión dentro de las cuarenta y ocho horas de haber sido sometido el arrestado a la autoridad judicial competente, debiendo notificarse al interesado dentro del mismo plazo, la providencia que al efecto se dictare.
- f) Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de la autoridad judicial competente.

- g) Toda persona que tenga bajo su guarda a un detenido estará obligado a presentarlo tan pronto como se lo requiera la autoridad competente.
- h) Nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa
- i) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo.
- j) 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.”

Los principios y disposiciones anteriormente expuestos no tienen un carácter limitativo sino enunciativo, de acuerdo con el artículo 10 de la misma Constitución, que dispone: *“La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza.”*

1.6. perspectivas con la reforma de nuestra legislación represiva.

El 27 de Febrero de 1997, mediante el Decreto número 104 -97, el Poder Ejecutivo nombró cinco comisiones integradas por juristas nacionales para la revisión y actualización de los Códigos Penal, Civil, de Comercio, y de Procedimiento Civil y Criminal.

En el anteproyecto del Código Penal pendiente de aprobación en las Cámaras Legislativas se establecen una serie de principios fundamentales, los cuales, de ser aprobado el antes referido código, constituirán junto a la Constitución y a los tratados Internacionales las garantías fundamentales de los derechos de los ciudadanos dominicanos.

Anteproyecto del nuevo Código Penal

La comisión integrada para la revisión y actualización del Código Penal, en el principio III del anteproyecto presentado, ha propuesto el texto siguiente:

“La legalidad de las infracciones, de las penas, las medidas de seguridad, seguimiento socio judicial y las órdenes de protección. En tal virtud, nadie podrá ser condenado por un hecho no tipificado ni incriminado por la ley vigente, al momento en que se cometió, ni imponérsele medidas de seguridad, socio judicial y órdenes de protección no dispuestas por el presente Código.”

Ratifica el mismo principio en la propuesta de los nuevos artículos 3 y 6 del anteproyecto referido.

Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal

Por su parte, la Comisión que tuvo a bien presentar el informe del Anteproyecto para la Reforma y Modificación del Nuevo Código de Procedimiento Penal, para el artículo primero ha propuesto el texto siguiente:

“Artículo 1.- Principio de Legalidad. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia irrevocable obtenida en un proceso previo, tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos en la Constitución, los Tratados Internacionales y la ley.”

Finalmente, en el Anteproyecto preliminar del Código Procesal Penal propuesto por la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), dicha entidad en el artículo 7 de la referida propuesta, ha sometido a la consideración el texto siguiente:

“Art. 7 Legalidad del proceso: 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.

La ley procesal penal no tiene carácter retroactivo, salvo que la misma beneficie al subjúdice o a quien esté cumpliendo condena o sujeto a una medida de seguridad.”

Artículo 27. **Legalidad de la prueba:** Los elementos de pruebas 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 perjuicios de las sanciones previstas por la ley a los autores del hecho.

Es evidente que el principio de legalidad tiende a fortalecerse en la República Dominicana, pues de aprobarse los Anteproyectos de modificación de los Códigos que han sido sometidos a la consideración del Congreso, dichas reformas tienden a afianzar el criterio de legalidad en la persecución en el juzgamiento y en la aplicación de la pena y en todo el ordenamiento jurídico procesal penal.

1.7. situaciones prácticas de aplicación del principio de legalidad en el proceso penal.

Sería muy ambicioso tratar de recoger en este trabajo, las situaciones prácticas en las cuales el principio de legalidad es vulnerado. Sin embargo,

para dejar abierta la discusión, nos permitimos enunciar algunos casos concretos, de constante repetición en República Dominicana:

- a) Constituyen agresiones al principio de legalidad las detenciones o redadas fuera de los caos de flagrantes delitos, que sin orden escrita y motivada proveniente de funcionarios judiciales competentes, realizan los agentes u oficiales de la Policía Nacional. (Art. 8 ordinal 2º literal (b) de la Constitución Dominicana).
- b) Vulneran el principio de legalidad la penetración violenta a los domicilios de los ciudadanos, en distintas horas del día o de la noche, que efectúan los agentes de la Policía Nacional, sin estar acompañados de autoridad judicial competente y sin las formalidades prescritas por la ley.
- c) Se viola el principio de legalidad cuando el ciudadano es enviado a prisión por una simple querrela, sin ninguna investigación previa y sin indicar el motivo de la prisión.
- d) Atenta contra todos los principios establecidos la funesta práctica utilizada por la Policía Nacional cuando anda tras la captura de un supuesto culpable de un crimen y no consigue aprehenderlo de inmediato, entonces, se lleva detenido por tiempo indeterminado un familiar, que podría ser el padre, la madre, la esposa, el hijo del sospechoso para obligar a éste último a entregarse.

Algunas decisiones jurisdiccionales.

La aplicación del principio de legalidad es de aplicación cotidiana en los tribunales dominicanos, como muestra, referimos una sentencia de nuestro más alto tribunal, la Suprema Corte de Justicia, luego una sentencia de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Santiago y finalmente, la decisión de uno de los tribunales de tránsito del municipio de Santiago.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, con motivo del recurso de inconstitucionalidad del decreto número 295-94 de fecha 29 de septiembre del 1994, mediante sentencia 19 de mayo del año 1999, aplicando el principio de legalidad de los actos emanados de los Poderes del Estado, ha dicho lo siguiente:

“Considerando, que efectivamente, el artículo 4 de la Constitución consagra la división de los poderes y hace a sus encargados responsables y precisa que estos no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por la Constitución y las leyes; que entre esas atribuciones al Congreso le corresponde, según el artículo 37, numeral 1, como Poder Legis-

lativo, establecer los impuestos o contribuciones generales y determinar el modo de su recaudación e inversión; que entre las atribuciones reservadas a la competencia del Presidente de la República al tenor del artículo 55 de la Constitución, no se encuentra la de instituir impuestos o contribuciones generales; que como el Decreto del Poder Ejecutivo No. 295-94, del 29 de septiembre de 1994, fija una contribución de salida de la República a cargo de toda persona que viaje al exterior por vía aérea, resulta evidente la transgresión, por vía del indicado decreto, de las disposiciones del numeral 1 del artículo 37 de la Constitución, al crear una contribución que sólo corresponde al Congreso establecer; que al carecer de capacidad el Poder Ejecutivo para disponer la recaudación contributiva, como se ha visto, dicho decreto es nulo por contravenir el artículo 46 de la Carta Magna; que se hace innecesario, por ello, ponderar la petición de los impetrantes de si podía o no el Poder Ejecutivo, fijar la contribución en moneda extranjera, como se establece en el decreto premencionado; que no obstante lo acabado de expresar, la Suprema Corte de Justicia considera pertinente y útil examinar el aspecto de la instancia relativo a la crítica del establecimiento de la contribución en dólares de los Estados Unidos de América; "

La Cámara penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de Santiago y los tribunales en el orden inferior están obligados al igual que la Suprema Corte de Justicia a decidir esas situaciones y de hecho lo hacen.

"CONSIDERANDO: Que al impetrante se le imputa, en primer término, la violación de los artículos 1 y 9 del reglamento 7672, la ley 524 del 30 de julio de 1941 y el artículo 17 de la ley 1832 sobre Bienes Nacionales; CONSIDERANDO: Que los textos legales citados en el apartado anterior no contienen ningún tipo de comportamiento erigido en delito o crimen y sancionado con una pena; en efecto, la ley 524 del 30 de julio de 1941 en los 7 artículos de que no describe ningún acto u omisión al que haya erigido en delito y que contenga aparejada una pena sea esta criminal o correccional, del mismo modo, la ley 1832 del 3 de noviembre de 1948, que deroga de manera expresa la 524 y que instituye la Dirección Nacional de Bienes Nacionales, en sus artículos 17 y 18 tampoco describen ni crean ningún tipo de infracción penal sino que, entre otros asuntos, simplemente se conforma con describir los poderes del Director de Bienes Nacionales para suscribir y celebrar contratos de uso y arrendamiento de bienes del Estado así como los actos de transferencia o enajenación de inmuebles de acuerdo con las instrucciones que reciba del Presidente de la República sin que dicho texto derive la creación de infracción alguna sancionada con una pena de las que establece

nuestra ley penal; CONSIDERANDO: Que en virtud del principio de legalidad consagrado de manera principal por el artículo 8 numeral 5 de la Constitución y del artículo 4 del Código Penal para que un hecho determinado pueda ser considerado como infracción que amerite la imposición de una sanción penal resulta indispensable que la conducta prohibida sea descrita por el legislador en el supuesto de hecho de una norma y que además a la comisión tal conducta se le imponga una pena. De ahí, que ningún hecho puede llegar a delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, si no se corresponde con una de las descripciones de delito que el legislador ha tenido el cuidado de crear mediante ley.”

Finalmente, mediante la sentencia Correccional número 939- 2001-190, de fecha 1 de febrero del año 2001, procedente del Segundo Juzgado de Paz Especial de Tránsito del Municipio de Santiago, con motivo del sometimiento de una persona por estacionarse en el corredor de la avenida Las Carreras de Santiago, ha establecido lo siguiente:

“Considerando, que como puede apreciarse, entre las facultades de la Autoridad Metropolitana de Transporte de Santiago, AMETRASAN, no se encuentran las de cambiar el sentido de las vías, ni establecer prohibiciones de manera arbitrarias, lo cual debe ser regulado por la ley de tránsito, por los reglamentos o las ordenanzas municipales y no por la única orden que tramitara el director de AMETRASAN, ni ningún otro funcionario a un agente de tránsito; Considerando, que de conformidad con las previsiones establecidas en el artículo 4 del Código Penal; “Las contravenciones, delitos y crímenes que se cometan, no podrán penarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión.” Por consiguiente, hasta tanto la Sala Capitular del Ayuntamiento del Municipio de Santiago; sea mediante una resolución o una ordenanza municipal, debidamente aprobada, establezca o apruebe los cambios y las prohibiciones de estacionamiento en la avenida Las Carreras o cualquier corredor, en virtud del principio de legalidad de la pena, no se puede retener la culpabilidad del prevenido.”

2. principio de oportunidad

“Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos.”

CONSTITUCIÓN DOMINICANA

2.1. concepto de oportunidad

El concepto de oportunidad se enmarca en el sistema *“según el cual el Ministerio Público, ejercita la acción penal, después de una valoración discrecional de la utilidad o conveniencia de tal ejercicio, y cuando le parezca inoportuno el agitar la acción puede abstenerse.”*⁵

El principio de oportunidad supone la contracara del principio de legalidad. Ha sido definido por algunos juristas: *“Como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurran las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.”*⁶

En nuestro país, como veremos más adelante el ministerio público, aplicando el principio de oportunidad, puede abstenerse de poner en movimiento la acción pública; pero una vez se ha apoderado a la jurisdicción de instrucción o de juicio, no puede, como ocurre en otras legislaciones, detener el curso de la misma, ni renunciar a la persecución y a la representación de los intereses de la sociedad. El litigio debe resolverse mediante una solución jurisdiccional, y tampoco puede negarse a dar ejecución a la decisión o sentencia adoptada por el tribunal. Es decir, que en nuestro sistema de derecho penal el principio de oportunidad solamente es viable antes de poner ejercicio la acción pública.

De toda manera, el principio de oportunidad constituye una atenuación al principio de legalidad, constituyéndose éste, en una garantía contra las arbitrariedades y los abusos de la autoridad, más que esa *“automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito”* devolviendo a la ley su esencia de justicia y utilidad para la comunidad, exhibiendo su vocación de garantista del bienestar general.

Como ha sido referido *“El principio de oportunidad ha venido a introducir importante cuota de racionalidad a la persecución del delito, regulando el derecho a castigar del Estado conforme a criterios conocidos por la experiencia social y evaluables en el tiempo.”*⁷

⁵ Vázquez, Juventino V, Citado por Felix Damián Olivares Grullón, José Alberto Cruceta Almánzar, Franclyn García Fermín Cándido Simó Polanco y Ramón Emilio Nuñez Nuñez: *Estudio sobre el Ministerio Público en la República Dominicana*, p. 18; Santo Domingo, marzo 1998, Dentro del marco del programa Hacia Un proceso Penal Democrático, auspiciado por la Fundación Institucionalidad y Justicia FINJUS.

⁶ Cafferata, Op-cit, p. 38.

⁷ Pina Toribio, César: *Principio del Nuevo Proceso Penal* p. 78, 2da. Edición, noviembre 1999, Ponencia dentro del marco del foro Hacia un Nuevo Proceso Penal; auspiciado por el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia.

2.2. fundamento del principio de oportunidad.

Diferente a lo que ocurre con el principio de legalidad, en nuestro sistema de derecho, de oportunidad no está previsto de manera expresa en nuestra constitución; sin embargo, algunas expresiones, nos permiten inferir cierto fundamento constitucional.

Según las previsiones contenidas en el párrafo capital del artículo 8 de nuestra constitución:

“Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos.”

Quizá sería muy osado de nuestra parte, sin ser expertos en la materia, pretender que dicho texto le otorga rango constitucional al principio de oportunidad, sin embargo, lo cierto es, que no se puede negar que el principio de oportunidad, lo que procura es garantizar el bienestar general, lo cual es una tarea fundamental del Estado. Por consiguiente, al hacer uso del derecho que tiene el Estado de hacer cumplir la ley, no puede perder de vista, que lo que le da razón a la existencia misma de los órganos jurisdiccionales, y al Estado mismo; es procurar ese bienestar general y garantizar los derechos.

En el ordinal 2º literal 5 del artículo 8 de la misma Carta Magna, se nos reitera ese principio de racionalidad de la ley, al señalar:

“La ley ... No puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica”.

Es obvio entonces, que el Estado debe tener un mecanismo para hacer posible la aplicación de ese principio, y poder materializar la función social a la que se encuentra vinculado constitucionalmente.

Hace unos días observado el noticiero, nos enteramos de una crónica que daba cuenta del apresamiento de un anciano, al que el F.B.I, buscaba hacía 50 años, por supuesto robo de cerdos en los Estados Unidos, al cual le impusieron una fianza y lo dejaron en libertad, refería la noticia que en el sector donde vivía el anciano, era un vecino ejemplar, y que para los demás moradores del lugar constituyó un gran sorpresa el apresamiento de referido encartado. El caso es, que el anciano al momento de ser puesto en libertad dijo una gran verdad; “¿A quién beneficia que yo esté preso?” Y nosotros agregamos: ¿A quién perjudica que esté en libertad?

En nuestro sistema de justicia penal, a diario nos encontramos con casos similares, en donde, a causa de violencia intra-familiar los esposos o parejas consensuales, se pelean y terminan en los destacamentos de la policía o en el departamento de Protección de la Mujer. En numerosos casos hemos sabidos de mujeres que luego de presentar denuncias en contra de sus esposos, acuden a retirar las quejas, y a solicitar la puesta en libertad del padre de sus hijos, pues, entienden que estando presos no pueden procurar los alimentos de los mismos.

Fijese, al procurar aplicar la ley al mal esposo que riñe o maltrata a su pareja se ha lesionado un bien general; El derecho de los hijos menores a recibir alimentos, cuidado y educación.

Qué bueno sería que pudiéramos encontrar un punto de conciliación entre el derecho que tiene el Estado a perseguir el cumplimiento de la ley y al mismo tiempo, mantener ese equilibrio que garantiza la justeza y utilidad de la ley, cuando preserva el bienestar general. Este es el verdadero propósito del principio de oportunidad.

Sin embargo, no hay que olvidar que en numerosas ocasiones algunos funcionarios, especialmente, del área del ministerio público, han pretendido usar como excusa el uso del principio de oportunidad, para impedir el ejercicio de la acción punitiva del Estado, y garantizar la impunidad, sobretodo en los casos de corrupción contra los bienes públicos, en beneficio de particulares, ayudando incluso a procesados a evadir la acción judicial, bajo pretexto de concertaciones dudosas, de supuestas enfermedades y otros mecanismos no menos reprochables y los más desenfadados han llegado a afirmar que a ellos le pertenece la política criminal del estado, el aviesa alusión al artículo 1º de nuestro Código de Procedimiento Criminal, como si la acción pública se tratara de un bien particular del que se puede disponer políticamente.

Esas aberraciones son las que en han puesto a dudar a muchos sobre la conveniencia de mantener un sistema de oportunidad en nuestra legislación represiva. De ahí que se ha planteado que el mismo *“presenta el riesgo de que las decisiones del Fiscal estén inspiradas por el favoritismo personal extraño al interés colectivo, o, peor aun, que en un sistema donde el Ministerio Público está jerárquicamente subordinado al poder político, sus decisiones se inspiren en consideraciones de clientelismo político.”*⁸

Es por ello que en la actualidad esa concentración de poder en el ministerio público ha originado un movimiento que pretende limitar esas facultades discrecionales.

⁸ Pérez Méndez, Artagnan, *Tratamiento del Expediente por parte del Procurador Fiscal*, Gaceta Judicial, Año 2, No. 23, 31 de diciembre de 1997 al 15 de enero de 1998, p. 37.

¿Que lo que prevé nuestro artículo 1º de nuestro Código de Procedimiento Criminal?

De acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 1 del Código de Procedimiento Criminal:

“La acción para la aplicación de las penas, no pertenece sino a los funcionarios a quienes confía la ley ese encargo. La acción en reparación del daño causado por un crimen, por un delito o por una contravención, se puede ejercer por aquellos que han sufrido por consecuencia de este daño.”

“El Código de Procedimiento Criminal es una adopción, traducción y adaptación del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, Rige en nuestro país desde antes de la Independencia, porque al producirse en 1822 la ocupación haitiana el invasor impuso su sistema jurídico, uno de cuyos cuerpos fundamentales lo constituía el indicado Código y porque el Código de Instrucción Criminal haitiano, adoptado en 1826, copia más o menos fiel del francés, pasó a regir entre nosotros automáticamente, pues para esta época formábamos parte del Estado de Haití. Después de la Independencia (27 de febrero 1844), en 1845, el Congreso dictó un Decreto, mandando a aplicar en la República Dominicana los Códigos franceses de la Restauración.

Realizada la Restauración de la República, (16 de agosto de 1865) se ordenó la reimplantación de los Códigos franceses de la Restauración,. Más tarde, por decreto del 4 de julio de 1882 se dispuso realizar la traducción, localización y adecuación, entre otros del Código de Instrucción Criminal, el cual fue convertido en ley por decreto del Congreso Nacional del 25 de junio de 1884.”⁹

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que el artículo 1 del Código de Procedimiento Criminal contiene una redacción errónea, pues, de modo inexacto infiere la idea de que la acción para la aplicación de la pena pertenece al funcionario que la ley le confiere ese encargo; cuando en realidad, la sociedad es la única que tiene derecho a disponer de la acción pública, pudiendo accionarla o renunciar a su ejercicio. El Ministerio Público no es más que un mandatario, como lo es un abogado de su cliente, teniendo derecho para accionar, pero no pudiendo renunciar al proceso, sino mediante la autorización expresa de la ley;

Tanto en los casos de delitos como en las contravenciones, de acuerdo con el artículo 180 del mismo Código, la acción puede ser puesta en movimiento también, por la persona, que de acuerdo con el artículo 63

⁹ Castillo, Pellerano y Herrera, Op-cit. P. 48.

de la misma pieza legal, se crea perjudicada por el hecho cometido en la comisión de un hecho punible; claro, que esta acción puede comprometer la responsabilidad civil de denunciante o querellante, en caso de descargo del inculpado; pero una vez iniciado el proceso, *“corresponde al Ministerio Público ejercer la acción pública aun cuando el proceso haya sido puesto en marcha por la iniciativa de un particular.”*¹⁰

El principio de oportunidad permite seleccionar con un criterio racional dentro del sistema con un criterio racional dentro del sistema penal, dejando fuera de este, aquellos hechos de menor entidad en donde aparezca como innecesaria la aplicación del poder primitivo del Estado y contribuir significativamente a la eficiencia real del sistema, al darle un adecuado tratamiento a los casos que indudablemente requieren la efectiva intervención de la justicia penal.

2.3. criterios generales del principio de oportunidad. oportunidad reglada y oportunidad discrecional.

Existen varios sistemas de aplicación del principio de oportunidad, fundamentado en criterios diferentes.

Son varios los estudiosos del derecho penal que han fijado su criterio sobre el principio de oportunidad, siendo coincidentes en que se trata de facultades otorgadas al órgano persecutor para suspender, limitar o hacer cesar la persecución penal. Para el maestro Cafferata Nores, como hemos dicho anteriormente, este lo ha definido: *“Como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de Política Criminal y Procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar.”*

Para Patricio Guaraglia, *“cuando los mecanismos de selección revisten carácter formal y operan en virtud de facultades expresas o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal, nos hallamos frente al principio de oportunidad.”*¹¹

Para De la Rúa, la disponibilidad se da cuando *“El Estado, titular de persecución penal, pueda disponer no ejercitarlo en plenitud, no obstante darse las condiciones para ello.”*¹²

¹⁰ Castillo, Pellerano y Herrera, op-cit, p.85.

¹¹ Patricio Guaraglia, Citado por Cafferata, Op-cit, p. 87

¹² Jorge De la Rúa, Citado por Cafferata, ibid.

En términos generales puede decirse, que la obligación de perseguir y castigar todo delito, lo cual es inherente al Principio de legalidad, puede admitir excepciones fundadas en razones diversas, en las cuales podría existir una mezcla de lo práctico con lo teórico. Entre esas razones se citan la necesidad de descongestionar el muy saturado sistema judicial, lo que conllevaría a evitar el exagerado volumen de causas; permitiría canalizar de manera justa la selectividad de la persecución penal, la cual por lo general, se cierne sobre los más desprotegidos, ajustándola a criterios predeterminados e imponiendo controles, sería muy útil para evitar la punición total o parcial de algunos delitos cuando esto vaya a permitir que se descubran organizaciones delictivas o que se sancionen ilícitos de extrema gravedad. Permitiría también el principio de oportunidad priorizar atrás intereses sobre el de la aplicación de la pena en los autores primarios, en delitos de mediana gravedad, o cuando el acusado haya tenido una mínima participación, o la reparación de la víctima, permitir tratamientos alternativos para la resocialización del autor, la rehabilitación o tratamiento de recuperación del adicto acusado de tendencia de droga para uso personal, o cuando el delito en sí mismo, causa un daño superior al propio autor que la penal a imponer.

Estos criterios se admiten cuando las medidas a adoptar no se convierten en privilegios personales.

Se conocen dos sistemas de instrumentación del principio de oportunidad:

Oportunidad libre o discrecional. Este sistema de oportunidad libre puede apreciarse en el derecho anglosajón. Parte de una premisa: El fiscal sólo llevará a juicio el caso que puede ganar logrando una condena. En este sistema el ministerio público tiene las más amplias facultades discrecionales que en la práctica es el que domina por completo el procedimiento.

Aquí la facultad del ministerio público no está limitada a desistir libremente de la acusación, sino también puede decidir sobre una serie de actos que podrían llamarse "intermedios" para referirlos de algún modo, como es la potestad que tiene el fiscal de plantear una reducción de los cargos que constan en el sumario policial e inclusive, el ministerio público puede conferir inmunidad a alguien que era colaborado con el gobierno en la investigación de un caso.

El motivo que se esgrime para explicar esa concentración de poderes conferidos al ministerio público se encuentra basamentados en el argumento del principio de oportunidad, pues existe la necesidad imperiosa de que de los tantos casos que ingresan a la justicia penal, el fiscal seleccione los que considera más relevantes conforme al interés público.

Como el fiscal dispone libre mente de la acción, puede iniciarla o no hacerlo, puede una vez iniciada, desistir de ella, puede acordar con el

acusado reducir los cargos y disminuir su pedido de pena en la media en que éste acepte su responsabilidad en el hecho o en uno menos importantes y hasta puede dar impunidad total o parcial al autor de un delito cuando ésta impunidad sea útil para el descubrimiento de otro más grave. Es la práctica generalizada de "Plea Bargaining" verdadera negociación de la acción penal. Es el caso de las empresas criminales tan de moda hoy en día, en que el tráfico de drogas y la utilización de la tecnología permiten formas sofisticadas para eludir la acción de justicia, de modo que para obtenerse evidencia que permita a las autoridades recolectar pruebas mediante las cuales puedan sostener, cargos en casos de esa naturaleza, se creó el mecanismo de la concesión de inmunidad para favorecer a aquellos individuos que de otro modo podrían invocar sus privilegios a no incriminarse mediante el propio testimonio.

En el ejercicio de estas facultades el fiscal no se halla sujeto prácticamente a control alguno y su decisión de no acusar es irrecurrible.

Existe hoy día una discusión sobre cuál es el papel que tiene el órgano jurisdiccional frente al ejercicio libre del principio de oportunidad, se cuestiona si las posturas de la fiscalía son vinculantes para el tribunal o si éste puede revisarlas o rechazarlas, lo que ha originado que se forme un movimiento que pretende que sean limitadas sustancialmente las facultades discrecionales del Fiscal.

Oportunidad Reglada. Este sistema es más propio del derecho continental europeo. Significa que basados en el principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la ley sea procesal o sustantiva. La aplicación de las mismas, se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, a veces también de la víctima y requiere el control del órgano jurisdiccional.

Este modelo limita considerablemente las facultades discrecionales del ministerio público.

Según el criterio de Cafferata, la suspensión del juicio a prueba requerirá la concurrencia de tres voluntades: El imputado que la pide, el fiscal, titula de la acción penal que la consiente, y el tribunal que controla que éste sea un caso que, por satisfacer éstos requisitos, amerite la suspensión del juicio a prueba.

2.4. opiniones diversas sobre el principio de oportunidad.

Para los sostenedores del principio de legalidad, ésta debe ser la regla general para la punición de los delitos de acción pública. Pero atendien-

do a los argumentos de sus críticos sobre sus excesos y sus defectos, éstos consideran que deben aceptarse excepciones al principio de legalidad fundados en los principios de oportunidad que antes fueron señalados y en las condiciones que también hemos mencionado.

Como muy bien lo ha dicho Winfried Hassemer (señalado por Cafferata), tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente en el momento. Esta parece ser la síntesis Del pensamiento penal y procesal

Para otros estudiosos del derecho, como el joven escritor Fabricio O. Guariglia, de los dos modelos de oportunidad resulta, preferible aquel que establece la aplicación excepcional del Principio de oportunidad, basada en criterios expresamente determinados por la legislación y sujeta a controles formales.

2.5. propuestas para la reforma de nuestra legislación represiva. salidas alternativas al proceso.

2.5.1. El procedimiento abreviado

Tanto la Comisión designada por el Poder Ejecutivo para la redacción del anteproyecto del nuevo Código de Procedimiento Penal, como la Fundación Institucionalidad y Justicia, y una gran parte de los juristas del país están de acuerdo en el establecimiento de lo que han denominado, el procedimiento abreviado.

Este supone el establecimiento de un acuerdo entre el ministerio público y el acusado, quien manifiesta aceptación de los hechos imputados por el fiscal, deberá estar asistido de un abogado defensor, el acuerdo deberá constar por escrito y sometido al Juez de control de la instrucción, en la audiencia intermedia, procedimiento se establecería en aquellos casos en que en que el fiscal solicite a través de la acusación, la imposición de una pena que no exceda de cinco años u otra pena no privativa de libertad, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas.

En la audiencia el Juez de control de la instrucción deberá verificar que ciertamente el imputado ha dado su consentimiento libre y espontáneamente, se asegurará de que el acusado entiende claramente en consiste el acuerdo y las consecuencias de este y le recordará que tiene derecho a un juicio de fondo.

Se discute la compatibilidad del procedimiento abreviado con los principios constitucionales que garantizan la presunción de inocencia y el de-

recho que tiene todo imputado a no declarar en su contra: En nuestra opinión, el principio abreviado no contraviene ninguna garantía constitucional, pues, se lo primero es que se trata de una oferta hecha por el ministerio público, que debe ser aceptada por el acusado, en presencia de su abogado defensor, el acusado acepta los hechos argumentado por el fiscal, sin que esto implique necesariamente la aceptación de culpabilidad, y en una audiencia, con todas las garantías del debido proceso de ley, esos hechos son discutidos a la luz del derecho y al final el Juez podrá decidir soberanamente entre la culpabilidad o absolución del acusado.

La comisión nombrada por el Poder Ejecutivo para la reforma del nuevo Código de Procedimiento Penal, en el anteproyecto presentado, y que fuera depositado en el Congreso nacional, para su estudio y aprobación, al referirse a la puesta en movimiento de la acción, ha propuesto en el artículo 23 del referido proyecto, lo siguiente:

“Artículo 23.- Obligatoriedad de la acción pública.- El Ministerio Público debe perseguir de oficio todos los hechos ilícitos de que tenga conocimiento, siempre que existan suficientes elementos de hecho para verificar su ocurrencia. La acción pública no se puede suspender, interrumpir, ni hacer cesar, sino en los casos y según lo establecido en la ley.”

Como puede apreciarse, en el referido anteproyecto se ha mantenido el criterio de que una vez iniciada la acción pública, *no se puede suspender, interrumpir, ni hacer cesar, sino en los casos y según lo establecido en la ley.*

Por otra parte, en el anteproyecto de reforma del Código Procesal Penal, propuesto por la Fundación Institucionalidad y Justicia, FINJUS, ha se ha inclinado por la oportunidad reglada para el proceso penal, pues, en la sección: CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, han sugerido lo siguiente:

“Art. 35. Oportunidad de la acción pública. El ministerio público puede en forma motivada, 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 acciones jurídicas posibles, cuando:

1. Se trata de un hecho que no afecte gravemente el interés público. Este criterio no se aplica cuando el máximo de la pena imponible sea superior a cinco años de privación de libertad o cuando lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o en ocasión de éste;
2. El imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico grave, que torne despropor-

cionada 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 la 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 hasta la conclusión del procedimiento preparatorio.

El ministerio público debe aplicar los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales en base a razones objetivas, generales y sin discriminación.

Art. 36 Objeción. La víctima y el imputado pueden objetar dentro de los tres días ante el juez de decisión del ministerio público que aplique o niegue un criterio de oportunidad cuando no se ajuste a los requisitos legales o constituya una discriminación. Presenta la objeción el juez convoca la audiencia correspondiente.

Art. 37 Efectos. La aplicación de un criterio de oportunidad para prescindir de la persecución penal extingue la acción pública en relación en relación al imputado en cuyo favor se disponga. No obstante, si el criterio se fundamenta en la aplicación del numeral 1 del artículo 35 sus efectos se extienden a todos los imputados.

La extinción de la acción pública no impide la persecución del hecho por medio de la acción privada, siempre que quien esté facultado para presentar la querrela lo haga dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de la notificación de la medida.

En el caso del numeral 3 del artículo 35 de la acción pública se suspende hasta el pronunciamiento de una sentencia condenatoria, momento en que la prescindencia de la acción adquiere todos sus efectos.

2.5.2. LA CONCILIACIÓN

De acuerdo con el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal Propuesto, se establece: Procedencia. La conciliación entre la víctima y el imputado extingue la acción penal en los hechos punibles siguientes:

- a. Contravenciones;
- b. Infracciones de acción privada;

- c. Infracciones de acción pública a instancia privada;
- d. Infracciones contra la propiedad, sin violencia ni armas;
- e. Homicidio culposo;
- f. Infracciones que admiten el perdón condicional de la pena.

En las infracciones de acción pública la conciliación procede en cualquier momento previo a que se ordene la apertura del juicio. En las infracciones de acción privada, en cualquier estado de causa.

En los casos de acción pública, el ministerio público debe desestimar la conciliación e iniciar o continuar la acción cuando tenga fundados motivos para considerar que alguno de los intervinientes han actuado bajo coacción o amenaza.”

Como puede apreciarse, en esta última propuesta se sugiere el sistema de oportunidad reglada, sometida al control jurisdiccional, quitándole al Ministerio Público esos poderes o discreción de poner o no poner en movimiento la acción pública, para evitar las situaciones que anteriormente hemos referido.

En nuestra opinión, resulta viable la creación de tribunales de conciliación para evitar que vayan a juicios asuntos que por su naturaleza podrían resolverse mediante un acuerdo entre el prevenido y la parte que se considera afectada.

conclusión

Al abordar el tema de los principios de legalidad y de oportunidad en el proceso penal, nos habíamos propuesto el objetivo de mostrar básicamente el fundamento y funcionamiento de dichas prerrogativas en el quehacer cotidiano del nuestro sistema de justicia penal.

Hemos visto como los principios de legalidad y de oportunidad siendo aparentemente contradictorios, se complementan para proporcionar a la ciudadanía, reglas claras, garantías contra las arbitrariedades y soluciones convenientes para resolver conflicto.

Como se ha visto el tema de la legalidad tiene vigencia en todos los actos del ejercicio oficial, Nadie puede sustraerse del cumplimiento de la ley, y los tribunales actúan como celosos guardianes de los derechos y prerrogativas constitucionales y legales.

Con motivo del presente trabajo, se nos ocurren algunas consideraciones a modo de conclusiones:

Primero: Es necesario que los tribunales apliquen el principio de legalidad a sus actuaciones, en todos los procesos que le son sometidos. El Juez debe actuar como centinela o guardián al servicio de los principios constitucionales, para asegurar el debido proceso y garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos en todos los casos de que es apoderado.

Segundo: Nuestro país debe avanzar hacia un sistema de oportunidad reglada, no es posible que el ministerio público tenga facultad para disponer políticamente de la acción pública. Para ofrecer un sistema de justicia garantista de los derechos de los procesados y de las víctimas, es preciso que la facultad de no ejercer la acción pública, esté debidamente reglada por la ley y controlada jurisdiccionalmente.

El presente trabajo no pretende asumir en forma acabada el tema, sin embargo, nos consideraríamos satisfecho de mismo, si pudiera servir de plataforma para un estudio más avanzado del mismo.

Bibliografía

- Andrés Vitu, citado por Castillo, Pellerano Herrera. "Derecho Procesal Penal Tomo I ", Santo Domingo, República Dominicana. Editora Capel Dominicana, S. A. 1970. 319 páginas.
- Anteproyecto para la modificación Del Nuevo Código Penal Sometido por la comisión designada pro el Poder Judicial.
- Anteproyecto para la modificación Del nuevo Código de Procedimiento penal Sometido por la Fundación Institucionalidad y Justicia.
- Artagnan Pérez Méndez. Tratamiento Del Expediente por parte Del Procurador Fiscal. Santo Domingo, República Dominicana 31 de Diciembre de 1997 al 15 de enero del 1998. Gaceta Judicial, año 2, No 23.
- Castillo, Pellerano y Herrera. "Derecho Procesal Penal". Santo Domingo, República Dominicana.
- Código de Procedimiento Criminal Promulgado por Decreto del 27 de Junio del 1884.
- Código Penal de la República Dominicana Santo Domingo.
- Comisionado de Apoyo a la Reforma Y Modernización de la Justicia. "Hacia un Nuevo Proceso Penal". César Pina Toribio Santo Domingo, República Dominicana. Noviembre 1999. Segunda Edición.
- Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia. "Hacia un nuevo Proceso Penal". Dr. Cesar Pina Torbibio / Dra. Mirian Germán / Dr. Juan Manuel Pellerano / Lic. Guillermo Moreno. Santo Domingo, República Dominicana. Editora BUHO. Noviembre 1999. Primera edición. 170 páginas.
- Constitución de la República Votada y proclamada por la Asamblea Nacional. En fecha 14 de Agosto Del 1994
- Constitución de la República 06 de Noviembre del 1844
- Fabricio Guaraglia. "El Ministerio Público en el Proceso Penal". Facultades Discreciones Del Ministerio Público e Investigación Preparatoria. Ad-Hoc, 230 páginas. Buenos Aires, Argentina
- Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS). "Estudio sobre el Ministerio Público en la República Dominicana". Juventino V. Vásquez citado por Felix Damián Olivares Grullón, José Alberto Cruceta Almánzar, Franclyn García Fermín, Cándido Simó Polanco y Ramón Emilio Núñez Núñez. Santo Domingo, República Dominicana. Editora AA. Marzo de 1998. 24 páginas
- José I. Cafferrata Nores. "Cuestiones Actuales sobre el Derecho Penal". Buenos Aires, Argentina. Editora Del Puerto. 1998. Segunda Edición, 369 páginas.
- Maximiliano A. Rosconi / Fabricio O Guaraglia / Marco L. Cerilelli Herman L. Falgociro / Gustavo A. Bruzzone / Eduardo A. Bertoni "El Ministerio Público en el Proceso Penal". Buenos Aires, Argentina, 1993
- "Proyecto de Fortalecimiento Del Poder Judicial". Curso de Garantías Constitucionales. José de la Mata Amaya / Maite Badía Buil. Santo Domingo, República Dominicana, 2000. 262 páginas

medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales

1. consideraciones previas. 2. principios generales: especial referencia al de legalidad, proporcionalidad, motivación y exclusividad jurisdiccional. 3. derechos fundamentales afectados. 3.1. El derecho a la dignidad de las personas y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. 3.2. El derecho a la integridad física, psíquica y moral. 3.3. El derecho a la libertad ambulatoria. 3.4. El derecho a la intimidad personal. 3.5. La inviolabilidad del domicilio. 3.6. El secreto de la correspondencia y las comunicaciones. 4. intervenciones corporales: cacheos y registros personales. 4.1. Concepto y naturaleza. 4.2. Presupuestos. 5. reconocimientos médicos e intervenciones corporales. 5.1. Fin constitucionalmente legítimo. 5.2. Otras exigencias específicas. 5.3. El consentimiento del sujeto afectado: presupuesto habilitante. 5.4. Caso concreto: la prueba de alcoholemia. 6. visita domiciliaria: la inviolabilidad del domicilio y sus límites, concepto constitucional del domicilio. 6.1. El concepto constitucional de domicilio. 6.2. Lugares asimilados al domicilio. 6.3. Los presupuestos para el allanamiento de domicilios y lugares asimilados. 7 intervención de la correspondencia y las telecomunicaciones. 7.1. Intervención de la correspondencia. 7.2. Intervenciones telefónicas. 8. otros medios de injerencia en la intimidad: filmaciones y escuchas microfónicas. 8.1. Cámaras de control y filmación en las vías públicas. 8.2. Grabaciones magnetofónicas.



Introducción

Dos ideas nucleares configuran las páginas que ahora abordamos. De un lado, la búsqueda de la verdad como una exigencia social en la lucha contra el crimen; otra, que la mencionada búsqueda no vale a cualquier precio, sino que ha de estar sujeta a reglas. Reglas muy específicas cuando de derechos fundamentales se habla y cuya restricción ha de venir de la mano de actuaciones encomendadas al Poder Judicial en su papel de garante de los Derechos de los ciudadanos.

Y es que los derechos fundamentales no solamente delimitan la esfera de libertad del individuo, sino que son elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes públicos. Ello así, el Estado solo tiene sentido en cuanto expresión política de una sociedad integrada por individuos “dignos” y encuentra su origen en los propios derechos fundamentales.

Por ello, no es extraño que viéndose afectado esos derechos fundamentales las legislaciones encomienden al Poder Judicial las medidas restrictivas que pudieran acordarse sobre derechos como la libertad individual; las entradas en el domicilio; intervención de la correspondencia; intervención de las comunicaciones, etc y bajo principios como el de legalidad, proporcionalidad o motivación.

1. consideraciones previas

Conviene, antes que nada, centrar el objeto de estudio y para ello nada mejor que cotejar la rúbrica del mismo, “Medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales”. Se habla de derechos fundamentales y se habla de medidas de investigación restrictivas.

En relación con los primeros es notorio su conceptualización 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 que se manifiestan 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 el artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana (en adelante CD) cuando expresa que, "Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de Justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos". Si bien 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 que *"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"*.

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. Sólo 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.

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.

El principio de legalidad se proyecta también, sin duda alguna, 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.

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.

Con el particular de la razonabilidad y racionalidad está relacionado 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 propor-

cionalidad 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.

Junto a los principios de legalidad y proporcionalidad no puede dejar de invocarse el importante tema de la motivación que, lejos de ser una corte-sía al justiciable, es una obligación constitucional.

El Tribunal Constitucional español ha dicho (S. 75/1988, de 25 de abril), que por ésa 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.

La exclusividad jurisdiccional está íntimamente relacionada con el doble carácter de los derechos fundamentales ya comentada. 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.

3. derechos fundamentales afectados.

Toda medida de las que vamos a analizar restringe, 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.

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

El artículo 8 de la CD consagra la dignidad del ser humano como un derecho inviolable de la persona. Consecuentemente, se reputarán prohibidas las prácticas que la degraden; y no sólo por infringir en sí dicho precepto, sino por afectar la norma 1. de dicho artículo en cuanto 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».

“Lectura recomendada”

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 «provocuen 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).

“Lectura recomendada”

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

El artículo 8.1 de la CD declara La Inviolabilidad de la vida. 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.

“Lectura recomendada”

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.).

3.3. El derecho a la libertad ambulatoria

La práctica coactiva de exámenes corporales y extracción de muestras del imputado supone la privación de la libertad deambulatoria 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.

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 8.2. En su letra b) establece, “Nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo caso de flagrante delito” Tampoco son desdeñables las letras posteriores. (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.

3.4. El derecho a la intimidad personal

En la CD se garantiza la intimidad personal, de la que forma parte la intimidad corporal, haciéndola, en principio, «inmune frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad» (cfr. SSTC 37/1989, 120/1990 y 137/1990).

De ahí que el derecho a la intimidad corporal pueda resultar afectado desde la práctica de las intervenciones más banales como 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 su artículo 8.3. establece, “ La inviolabilidad del domicilio. Ninguna visita domiciliaria puede verificarse sino en los casos previstos por la Ley con las formalidades que ella prescribe “; ello en la línea de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobado por la Conferencia de San José de Costa Rica que en su artículo 11.2 y 3 establece que, “2. Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas...en su domicilio...3. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas ingerencias o esos ataques”.

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».

“Lectura recomendada”

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, artículo 8 Constitución Dominicana.

3.6. El secreto de la correspondencia y las comunicaciones.

Señala el artículo 8 de la Constitución de la República entre los Derechos individuales y Sociales en su apartado 3.9 la “Inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privado, los cuales no podrán ser ocupados ni registrados sino mediante procedimientos legales en la subsanación de asuntos que se ventilen en la Justicia. Es igualmente inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica y cablegráfica”.

Son manifestaciones concretas del derecho a la intimidad. La correspondencia con un sentido más tradicional que las comunicaciones donde la tecnología actual y desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida.

Como resumen y sin perjuicio de lo que posteriormente se particularizará en el Proyecto de Código Procesal se recoge un principio general que tiene la siguiente literalidad, *“no pueden ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones, que impliquen violación de derechos y garantías de las partes, previstas en la Constitución de la República, los Tratados internacionales y este código”*.

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 DIAZ 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 excluye 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.

“Lectura recomendada”

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.

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 8, la seguridad individual, específicamente la letra c. "Toda persona privada de libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona".

El tema de los cacheos o registros es abordado con precisión en el Proyecto de Código Procesal que autoriza, 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 señala 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 se practican separadamente, respetando el pudor y dignidad de las personas, y en su caso, por una de su mismo sexo*.

Siguiendo a DIAZ 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 deambulatoria 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 deambulatoria 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.

En definitiva, sólo 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 DIAZ CABIALE, la situación más parecida a nuestros cacheos se encuentra en las llamadas «detenciones confines 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).

“Lectura recomendada”

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 art. 18.1 CE cabe señalar que tampoco se ve afectado (9.doc.)

“Lectura recomendada”

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 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 DIAZ 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, 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.

La anterior exigencia ha sido recordada por la doctrina del Tribunal Constitucional español. Así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas

“Lectura recomendada”

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 LOGP) y en la STC 35/1996 (fundamento jurídico 2.º) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el artículo 23 Ley Orgánica General Penitenciaria.

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.)

5.2. otras exigencias específicas

Con MAGALDI PATERNOSTRO señalaremos:

- a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994.)
- b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.
- c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta .

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 DIAZ CABIALEY 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.

3. 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

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 BARRIENTOS, 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 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 8.3 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 CPCr. 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 8 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 los artículos

28 y siguientes del CPCr. El propio artículo 41 del CPCr. determina que “Se considera flagrante delito, el que se comete en la actualidad o acaba de cometerse. Se reputa también flagrante el delito, el caso en que el inculpado sea acusado por el clamor público, y el en que se le halle con objetos, armas, instrumentos o papeles que hagan presumir ser autor o cómplice del delito; con tal que esto suceda en un tiempo próximo o inmediato al del delito” (19.doc.)

En los casos de flagrante delito el Fiscal podrá transportarse al lugar en donde se cometió el hecho, dando conocimiento de su transporte al Juez de Instrucción pudiendo recoger “todo lo que ha servido o ha sido destinado para cometer el crimen o el delito, así como todo lo que parezca haber sido su resultado; en fin, de todo aquello que pueda servir para poner de manifiesto la verdad...”. En la misma línea el artículo 36 de CPCr señala, “Cuando la naturaleza del crimen o delito sea tal, que la prueba pueda verosímelmente adquirirse por medio de papeles, documentos o efectos que se hallen en poder del procesado, el fiscal se transportará inmediatamente al domicilio de éste, y hará las pesquisas de los objetivos que juzgue útiles para la manifestación de la verdad”.

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.

Lectura recomendada

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 CPCr.,

la resolución judicial que es además el más frecuente en la realidad 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 y particularmente el 90 del CPCr. 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.)

Aunque el artículo 87 CPCr se refiera genéricamente al *transporte*, en cuanto limitadora de un derecho fundamental, es evidente que la resolución acordando la entrada en domicilio ha de ser fundada.

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.

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 8 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 CPCr., 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 CPCr. 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 apre-

hendido; y si no quiere 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”.

Superando la normativa vigente el Proyecto de Código Procesal Penal desarrolla la medida de manera mucho más respetuosa con el derecho fundamental y así se indica que, *El registro de un recinto privado, destinado a la habitación o a otros fines particulares, sólo puede realizarse, a solicitud del ministerio público, por orden de allanamiento expedida mediante resolución judicial motivada. En los casos de urgencia, la policía puede solicitarla directamente. El registro sin autorización judicial procede cuando es necesario para evitar la comisión de una infracción, en respuesta a un pedido de auxilio o se persigue a un sospechoso que se introdujo a una vivienda ajena*”. El Proyecto regula cual ha de ser el contenido de la orden así como el procedimiento y formalidades que han de observarse.

7. intervención de la correspondencia y las telecomunicaciones

Ya dijimos como el artículo 8 de la CD entre los Derechos individuales y Sociales en su apartado 3.9, consagra la “Inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privado, los cuales no podrán ser ocupados ni registrados sino mediante procedimientos legales en la subsanación de asuntos que se ventilen en la Justicia. Es igualmente inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica y cablegráfica”.

7.1 intervención de la correspondencia.

La CD en su artículo 8.9 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. Sin embargo, el CPCr de la República dominicana se encuentra ayuna de una regulación pormenorizada que defina el concepto amplio o restringido de correspondencia, o que contemple las notas sobre los casos en que ha de intervenir la misma o cómo se debe proceder a la apertura de la correspondencia. Dada su importancia se ofrece un breve panorama de cual es la situación en el Derecho español el cual se ha de entender integrado, en su mayor parte, con lo que luego se dirá respecto de las intervenciones telefónicas. Por último y tal como venimos realizando se expondrán las líneas directrices del Proyecto de Código de Procedimiento.*

De conformidad con la prescripción constitucional el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones –correspondencia y documentos privados–, obliga a tratar con escrupulosidad 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 conceptuada 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:

- a) Auto judicial motivado,
- b) inmediata remisión de la correspondencia al juez o personación de éste en el lugar donde la misma se encuentre y
- c) 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, afirmado 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 2.^a 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 salvaguarda 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 (BOE 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 sus

consecuencias, y al estar entre ellas el control aduanero de su contenido, por decirlo de algún modo se está renunciando a la intimidad y secreto de su contenido.

El Proyecto es sumamente respetuoso con el derecho fundamental señalando que, *Siempre que sea útil para el establecimiento de la verdad, el Juez puede ordenar, por resolución fundada, el secuestro de la correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra clase, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto. En estos casos se aplican las limitaciones del secuestro de documentos.*

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 en respeto a las normas supranacionales, y en concreto al art. 12 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos, el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en su art. 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, excepción hecha del régimen especial de los estados de excepción, alarma y sitio, regulados en la LO 4/1981, unido a una correcta interpretación jurisprudencial de la materia, fue el único sustento normativo en que se basaban las múltiples intervenciones que se llevaban a cabo, hasta la publicación del art. 579 LECrim, por la LO 4/1988 de 25 de mayo, cuyo tenor es el que a continuación se transcribe:

«2. Asimismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses prorrogables por iguales periodos la observa-

ción de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en el plazo máximo, de 72 horas desde que fue ordenada la observación.»

La judicialización de la injerencia por parte de la legislación española es de máximo rango y rigor, ya que como hemos visto es la propia Constitución quien la exige. Otro tanto podría predicarse de la CO, la cual en su artículo 8.9 consigna la inviolabilidad del decreto de la comunicación telegráfica, telefónica o cablegráfica.

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 auto-injerencia 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 aun 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 mor 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 de 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 se 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 de 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 art. 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 inefica 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 precripciones 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 ob-

tenidas 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 de 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.):

1. Incorporación al órgano judicial de los soportes originales físicos en que consten las conversaciones intervenidas o las observaciones hechas.
2. 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 cumplimentado los requisitos a que hemos hecho referencia, dicho actuar será por sí plenamente válido como medio de investigación a los efectos instructorios del art. 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 de las voces, con la pericial que se practique a dichos efectos.

Solo nos resta ver su tratamiento en el Proyecto de Código Procesal Penal y éste reza, *Interceptación de las comunicaciones. Se requiere autorización judicial para la interceptación de las comunicaciones del imputado o de cualquier otra persona que pueda facilitar razonablemente información relevante para la determinación de un hecho punible, cualquiera que sea el medio técnico utilizado para conocerlas. Se procede conforme a las reglas del allanamiento o registro.*

La interceptación de comunicaciones tiene carácter excepcional y debe renovarse cada treinta días, expresando los motivos que justifican la extensión del plazo.

La resolución que autoriza la interceptación o captación de comunicaciones debe indicar todos los elementos de identificación de los medios a interceptar, el hecho que motiva la medida.

El Ministerio Público o su funcionario auxiliar deben levantar acta detallada de la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para el establecimiento de la verdad con exclusión de cualquier otra comunicación de carácter personal o familiar. Bajo esas formalidades puede ser incorporada al juicio por su lectura, sin perjuicio de que las partes puedan solicitar la reproducción auténtica de la grabación o registro.

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 tramiten conforme el procedimiento especial para asuntos complejos.

8. otros medios de injerencia en la intimidad: filmaciones y escuchas microfónicas.

Nuevamente debe resaltarse la referencia a la legislación y jurisprudencia española dado la inexistente regulación en el CPCr. Dominicano.

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 virtualidad de «devolvernos» 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 x 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 utili-

zación 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 LOFCS y 1 LOPSC); prevención de la comisión de actos delictivos (art. 11.f LOFCS) 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 de 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 de 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 judi-

cial 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

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» artificiosamente 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 sí 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.

No se contemplan específicamente en el Proyecto estas últimas posibilidades lo que no puede interpretarse como imposibilidad de utilización siempre que se realicen en los términos previstos pudiendo quedar amparados en el régimen de libertad probatoria que sí se recoge en el Proyecto bajo el epígrafe de *Libertad Probatoria, los Hechos Punibles y sus circunstancias pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa*.

Bibliografía

- El proceso penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, obra colectiva dirigida por MORENO CATENA, VICTOR, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- La prueba en el proceso penal II, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, 1996, IX.
- La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1993, XXIX.
- Medidas restrictivas de derechos fundamentales , Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial , 1996, XII.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Introducción al Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1975.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, Curso de Derecho Constitucional, Quinta Edición, Marcial Pons, 1998.
- ROXIN, CLAUS, Iniciación al Derecho Penal de hoy, Universidad de Sevilla, 1981.





por José Manuel Maza Martín
Magistrado de España

La prisión preventiva

1. generalidades: las medidas cautelares penales en general y la prisión preventiva como medida cautelar. 1.1. Concepto y finalidad 1.2. Fundamento. 1.3. Carácteres 1.4. Clases. 1.5. Requisitos comunes. 2. medidas cautelares personales: la prisión preventiva. 2.1 Las Medidas Cautelares penales de carácter personal. 2.2. La Prisión preventiva en concreto. 2.2.1. Introducción. 2.2.2. Requisitos para su aplicación. 2.2.3. Contenido. 2.2.4. Duración. 2.3. La Libertad provisional. 2.3.1. La Libertad provisional como complemento y alternativa a la Prisión preventiva. 2.3.2. Requisitos para su aplicación. 2.3.3. La fianza "carcelaria". 2.3.4. Contenido.



Introducción

Las páginas que siguen tienen por objeto principal el análisis de la Prisión preventiva. Una institución procesal que, aparentemente, pugna con el principio básico de presunción de inocencia, rector de la esencia misma de cualquier sistema penal respetuoso con los derechos y garantías de los ciudadanos.

No obstante la paradoja que plantea la existencia de una privación de libertad respecto de quien no ha sido aún juzgado y condenado, la prisión preventiva se contempla en todos los ordenamientos nacionales.

Participa de la naturaleza y el fundamento de toda Medida Cautelar, es decir, de aquellos instrumentos de los que los titulares del Poder Judicial disponen, en cualquiera de los diferentes órdenes jurisdiccionales, para asegurar las resultas ulteriores del procedimiento. Sin ellas, podrían verse, en gran medida, frustradas las legítimas expectativas de los intervinientes en el proceso.

Sin embargo, la Prisión preventiva no es sólo la Medida Cautelar de mayor importancia, sino también, la que más atención requiere, precisamente por afectar a un derecho tan esencial como el de la libertad de la persona.

Por ello, una importancia máxima tiene, junto a la correcta comprensión del lugar que ocupa en el esquema de las Medidas Cautelares, el estudio de los requisitos de aplicación y los efectos de la Prisión preventiva.

En este sentido, ocupa lugar preponderante la determinación de cuáles han de ser las causas que justifiquen tal medida de privación interina de libertad. Y así, veremos cómo las más modernas tendencias en esta materia se dirigen hacia criterios como los del aseguramiento de la presencia del preso en el acto del Juicio, y la consiguiente evitación de que pueda eludir la acción de la Justicia, sobre otros fundamentos, de más dudosa aplicación en la actualidad, como la clásica "alarma social" producida con la comisión del delito.

De otro lado, entre los efectos propios de la privación de libertad, adquiere muy especial relevancia el aspecto temporal, es decir, la duración de la situación de prisión que, en todo caso, debería estar limitada, por unos plazos estrictos o, a lo sumo, por criterios de "racionalidad".

Pero, además, la Prisión preventiva puede, asimismo, verse complementada con medidas alternativas a ella, de menor carga afflictiva, pero igualmente asegurativas de la persona imputada, como podrían ser, de una parte, ciertas formas atenuadas de esa privación de libertad o, de otra, mediante la prestación de una garantía pecuniaria, o de otro tipo, que permita el disfrute de la libertad provisional del sujeto.

De todos estos aspectos vamos a ocuparnos seguidamente.

I. generalidades: Las medidas cautelares penales en general y la prisión provisional como medida cautelar.

I.1. concepto y finalidad de las medidas cautelares penales.

En el procedimiento penal, las medidas cautelares 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, contenida en la práctica totalidad de los pactos supranacionales y los textos constitucionales nacionales, como el art. 8.2 de la propia Constitución de la República Dominicana, de 14 de Agosto de 1994.

En efecto, vamos a comprobar seguidamente cómo, junto a una serie de notas, caracteres y requisitos que son predicables de 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 aún, 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, para el que, generalmente, la presencia del acusado resulta imprescindible, y, sólo después, hacerlos con sus resultas.

Por ello, aún 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 los resultados del proceso» (JIMENEZ ASENJO) para nosotros, en el proceso criminal, las medidas cautelares penales, 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», que ni es procesal ni tan siquiera tiene por qué conducir siempre a la puesta a disposición de la autoridad judicial de la persona del detenido, como que, 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, 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» o «preventivas», 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 sólo 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 cautelares penales, 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 ésto 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 por ejemplo en el art. 24 de la Constitución Española, que podría verse, en muchas ocasiones, burlado, 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, el 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.

medida cautelar y 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 sólo 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, tan sólo, 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 cautelares penales.

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:

a) En primer lugar, toda medida cautelar 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**».

b) 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.

c) **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.

d) 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.

e) 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 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:

a) 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, pues, en efecto, 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 ya 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 (vid., por ejemplo, el art. 7 de la Ley sobre Libertad Provisional bajo Fianza, de 11 de Diciembre de 1915).

b) 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 sólo tienden a asegu-

rar, como en otros órdenes jurisdiccionales ocurre, las resultas 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.

c) 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 ej.) 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 ej.) se conoce como **«innovativa»**.

d) Pero, con todo, la clasificación más habitual es la que diferencia entre medidas cautelares **«personales»** y **«reales»**. Las primeras recaen sobre la persona del imputado o acusado, afectando a 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 quien, 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 cautelares penales, 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 sólo las penales.

Tales requisitos comunes son los siguientes:

a) 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 procedimientos. Pues es, precisamente, esa dilación necesaria en la tramitación de cualquier proceso la que justifica, como ya tuvimos ocasión de ver, 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.

b) 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 cautelar.

2. medidas cautelares 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.

En ese mismo sentido se manifiesta el Código de Procedimiento Criminal (CPP, a partir de ahora) cuando, en su art. 94 “in fine”, alude al compromiso del procesado a “...presentarse a todos los actos del procedimiento y para la ejecución de la sentencia tan pronto como sea requerido al efecto.” Así como el art. 5 de la Ley sobre Libertad Provisional bajo Fianza (LLPF), que se refiere a la obligación del provisionalmente libre de fijar un domicilio, a fin de recibir en él los diversos actos de comunicación como citaciones y notificaciones.

Excluimos así, como ya adelantábamos líneas atrás, otras actuaciones judiciales como la **citación** (“mandamientos de comparecencia o de conducencia” del art. 91 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

“...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 27 de junio de 1968, caso “Neumeister”).

La prisión preventiva y las condiciones que pueden imponerse al imputado para disfrutar de la libertad provisional, hasta la sentencia, son las dos únicas medidas cautelares penales de carácter personal.

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 (arts. 8.2 b) CRD y 106 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 (art. 8.2 d) CRD).

Ambos institutos procesales, citación y detención, no tienen cabida, a nuestro juicio, dentro del estudio de las «Medidas cautelares» o, cuando menos, no pueden equipararse 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, tan sólo dos son las que consideramos como verdaderas **medidas cautelares personales**, en sentido estricto. La privación de libertad 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 pudiere derivarse. En definitiva, la eficacia misma del procedimiento penal. Son concretamente **la prisión preventiva y la libertad provisional** del encausado.

Materia ésta que, en la legislación dominicana se regula, esencialmente, en los textos siguientes:

- Constitución de la República Dominicana (CRD) de 14 de Agosto de 1994, art. 8.2 a) a g).
- Código de Procedimiento Criminal (CPC), arts. 91 a 112.
- Ley sobre Libertad Provisional bajo Fianza (LLPF), de 11 de Diciembre de 1915, posteriormente modificada por Leyes de 20 de Diciembre de 1941, 10 de Septiembre de 1952, 11 de Noviembre de 1963 y 13 de Abril de 1974.

2.2. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CONCRETO.

2.2.1. INTRODUCCIÓN:

A la privación de libertad temporal, de carácter cautelar, que 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 art. 2 de la LLPF permite la posibilidad de solicitud de libertad, en cualquier estado de la causa, por el propio interesado o un mandatario suyo. Pedimento que, además, deberá ser resuelto en 48 horas y en otras 72, como máximo, el eventual Recurso posterior (art. 12 LLPF).

Mientras que su objetivo sólo 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 (arts. 94 CPP y 5 LLPF).

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 JORGE BARREIRO, habría que tener presentes, en todo caso, una serie de principios rectores en esta materia cuales 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. 8.2 c) CRD).
- JURISDICCIONALIDAD, pues su adopción corresponde, en exclusiva, a los Tribunales de Justicia (art. 8.2 b) 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

LEU

- 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 la 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 sólo se justifica, frente al derecho fundamental a la libertad consagrado en el art. 8.2 de La Constitución de la República Dominicana o 17 de la Constitución Española 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.

Y así, 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 una serie de requisitos de los que dos de ellos, los que concretamente integran el denominado «fumus boni iuris» que a continuación explicitaremos, son imprescindibles, en todo caso, mientras que, entre los restantes, unos pueden ser sustituidos por otros, aún cuando nuestro criterio, en sintonía con la mayor parte de la actual doctrina, es partidario de que siempre habrá de requerirse una apreciación, por cualquiera de los elementos que siguen, de la concurrencia del «periculum in mora», que da su verdadero sentido cautelar a la medida.

Tales requisitos, o presupuestos, para decretar la prisión preventiva son todos los siguientes:

a) **«fumus boni iuris»:** dos son los elementos imprescindibles para toda adopción de prisión provisional y los dos integran lo que la doctrina ha llamado, a semejanza de lo que ocurre en otros ámbitos jurisdiccionales distintos del penal, «fumus boni iuris», es decir, apariencia de corrección jurídica, de la existencia de un derecho legítimo que justifique la adopción de la medida.

Es importante señalar, desde un principio y sin perjuicio de lo que iremos viendo más pormenorizadamente a continuación, cómo, ante la gravedad de las medidas aquí analizadas, que afectan ni más ni menos que al mismo derecho a la libertad del individuo, este «fumus», o apariencia, va, en este caso, un grado más allá, hacia la certeza de los datos que le sirven de fundamento, que cuando de cualesquiera otra medida cautelar se trate.

En la medida cautelar personal penal, 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 es indiferente, para la concurrencia de este requisito esencial, la gravedad, mayor o menor, del delito, sin perjuicio de lo que más adelante veremos en orden a la distinción que, a este respecto, se hace con vistas a la concurrencia del «periculum in mora».

“Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”
(art. 9 del pacto internacional de derechos civiles y políticos).

En este sentido, el art. 8.2 a) CRD recuerda que *“No se establecerá el apemio corporal por deuda que no proviniere de infracción a las leyes penales.”*

b') el segundo elemento que completa el requisito del «*fumus boni iuris*» es el de que aparezcan en la causa motivos bastantes 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 «*motivos bastantes*». Y, para ello, nos puede servir de excelente ejemplo, a fin de llegar a comprender, con carácter de generalidad, esta cuestión crucial, la polémica surgida en España, a raíz de las previsiones de la Legislación procesal nacional, que distingue entre “*motivos bastantes*” e “*indicios racionales*”, para adoptar, respectivamente, la decisión de prisión preventiva o la de imputar formalmente un determinado delito a una persona. Recordemos que el art. 94 CPP, en este aspecto, nos habla de “*indicios graves de la culpabilidad del acusado.*”

La mayor parte de los autores en España (GIMENO SENDRA, JORGE BARRERO, ASENCIO MELLADO, etc.) sostienen la superior entidad de los «*motivos bastantes*» sobre la de, por ejemplo, unos simples «*indicios racionales*» para dirigir formalmente un determinado procedimiento contra una concreta persona, en depuración de posibles responsabilidades penales. Y ello, a causa de la apreciación de la más gravosa naturaleza del decreto de prisión preventiva.

Tal postura, de apariencia argumental impecable, en la práctica nos podría conducir, no obstante, como en tantas ocasiones ocurre en este terreno paradójico de la prisión del aún no juzgado, a una situación sin salida, toda vez que, como sabemos, la decisión acerca de la prisión preventiva se adopta, en gran número de procedimientos, apenas comenzado el mismo, contando para ello, tan sólo, 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.

¿Cómo solventar, por tanto, esta paradoja aparentemente insalvable del pronunciamiento sobre algo más gravoso, la prisión, con menor disponibilidad de fundamento que para el caso de otra resolución en parte de menor agresividad inmediata contra los derechos del afectado, como la que marca el inicio formal del Procedimiento contra una persona?

A nuestro juicio no cabe otra solución que la de considerar, como por otra parte viene haciendo hasta la fecha la propia doctrina del Tribunal Constitucional español, que se trata de expresiones (“*motivos*” e “*indicios*”)

con contenido prácticamente equivalente, de empleo indistinto por lo tanto, cuya única diferencia derivará del momento del procedimiento en el que haya de valorarse su efectiva concurrencia.

Démonos cuenta incluso de que, con el afán de querer percibir una categoría de mayor convicción sobre la de los «indicios racionales de criminalidad» necesarios para acordar el “procesamiento” (o dirección formal de la imputación contra una persona concreta), nos podemos estar acercando, 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.

En consecuencia, lo que, en el sistema español al igual que en el dominicano, requieren 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. Habrá que recordar que el verbo concreto empleado por la Ley española es el de «creer» responsable del delito a la persona contra quien se acuerda la prisión. Algo, pues, más allá incluso de esas meras «razonables sospechas» a las que se refiere el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos como fundamento bastante, en su criterio doctrinal, para acordar la prisión preventiva.

Y esos «motivos bastantes», «indicios racionales» o “indicios graves”, a su vez, 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. 7 LLPF).

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, tan sólo alterará, si acaso, el Centro en que se lleva a cabo la prisión preventiva (establecimiento psiquiátrico), pero sin que ello impida la adopción de la medida de prisión, siempre que no se contemple expresamente, en la

La adopción de la prisión preventiva requiere, en primer lugar, la existencia de una suficiente apariencia sobre la comisión de un hecho delictivos y su participación en él del sujeto contra el que se acuerda, es decir, de “indicios graves de la culpabilidad” (art. 94 cpp).

legislación respectiva, la categoría de la «medida de seguridad cautelar», que dé adecuado tratamiento a esta clase de hipótesis.

b) **«periculum in mora»:** junto con el «fumus boni iuris» y frente a los otros dos requisitos que más adelante examinaremos, de carácter más «formal» o «procesal», éste es el otro requisito de los que podríamos denominar «materiales» o «substantivos» para la adopción de la prisión cautelar. Y así, como el anterior, el “fumus boni iuris”, era presupuesto que miraba a lo pasado (comisión de un delito y autoría del mismo) éste, el “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 (como la «alarma social», por ej.) 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, al igual que la española, aunque con ciertas diferencias de contenido, enuncian 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, serían tales como:

a') **la gravedad del delito** objeto de las actuaciones, pues aún cuando, como ya dijimos antes, uno de los únicos requisitos imprescindibles para acordar la prisión es el de que nos hallemos 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.

Así, tanto el art. 91 CPP como el 1 LLPF, distinguen, precisamente, en razón a la gravedad del delito (pena correccional/aflictiva o infamante y materia correccional/ criminal), el criterio de preferente aplicación de la prisión cautelar o de la libertad provisional. No obstante lo cual, es necesario que señalemos, desde ya, la conveniencia de una interpretación flexible de tales preceptos, de modo que no caigamos en un repudiable automatismo en la aplicación de la norma a materia tan sensible.

Es decir, aunque la Ley nos ofrezca 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.

Puede, por otro lado, suscitarse alguna duda acerca de si resulta posible la adopción de la prisión preventiva en aquellos supuestos en los que el acto del Juicio pudiere celebrarse sin la presencia del acusado. La respuesta consideramos que debe ser la afirmativa, toda vez que dicha posibilidad de celebración «en ausencia» es facultativa para el Tribunal y pueden existir numerosos supuestos en los que no fuere aconsejable hacer uso de ella, además de que siempre quedaría subsistente el fundamento relativo al aseguramiento de las resultas del Juicio, tal como acontece, incluso, con previsión de penas no privativas de libertad. En cualquier caso, tal hipótesis requeriría la correspondiente motivación específica.

b') por ello, también la **existencia de antecedentes penales** del imputado puede ser otra de las circunstancias a tener en cuenta 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') Otro tanto puede decirse de 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.

Se trataría, en definitiva, de un verdadero «cajón de sastre», de difícil concreción no siempre muy idóneo para fundamentar la prisión provisional pero que, sin embargo, es admitido, con este carácter, por el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 5.1 c)).

Advirtamos cómo un número restringido de delitos, de extraordinaria gravedad por su repercusión en la seguridad nacional, tienen vedada la posibilidad de la libertad provisional, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 parr. 2 LLPF.

d') 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.

Hasta tal punto es ésto así, que la propia Ley española establece este motivo al margen, incluso, de la gravedad de la infracción, de modo que, con la sola concurrencia, de los requisitos que integran el «fumus boni iursi», es decir, constancia del delito y motivos bastantes para creer autor del delito a una persona, faculta al órgano jurisdiccional para aplicar esta medida, pues se entiende ya suficientemente justificado, con la incomparecencia, el «periculum in mora» del que venimos hablando.

Criterio semejante al que inspira el art. 94 CPP, que posibilita el acordar mandamiento de prisión *“...en caso de fuga del inculpado...”* expresamente.

e') 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. Del mismo modo que el art. 8 LLPF permite, en semejante caso, el incremento de la fianza inicial para seguir disfrutando de la libertad 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.

f') evitar la **ocultación de pruebas** es un motivo lógico, también, para la adopción de la prisión, 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.

No obstante, tal circunstancia no es expresamente contemplada en la norma penal dominicana, aún cuando para autores como JORGE BARREIRO sí que lo esté en la española, siquiera en forma «larvada», en las disposiciones relativas a la procedencia de incomunicación del preso.

El uso que, sin embargo, hacen de ella los Tribunales españoles viene apoyado sólidamente tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en referencia a los supuestos abundantes en que sí se contempla en el Derecho comparado, cuanto, y esto es mucho más importante, en su expresa aceptación, en España, por la doctrina del Tribunal Constitucional. Y ello aunque algún autor como GIMENO SENDRA se oponga a semejante utilización, afirmando que «...en el proceso penal moderno no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio».

c) **solicitud por parte de la acusación**: requisito de carácter 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 necesidad, prevista ya en el art. 94 CPP de la República Dominicana, fue recientemente introducida en la legislación española, rompiendo con una centenaria tradición en sentido contrario. Se piensa muy frecuentemente que estamos ante una exigencia más del principio acusatorio (BERMUDEZ REQUENA, por ej.), pero, a nuestro juicio y sin que ello, por otro lado, tenga una relevancia práctica importante, tal consideración apunta más al reforzamiento de la posición de neutralidad del órgano jurisdiccional, así como a su preservación contra la contaminación objetiva. Lo que, por otra parte, merece nuestra más firme aprobación.

el segundo requisito material para la adopción de la prisión preventiva no es otro que su propio fundamento, es decir, la evitación de los peligros derivados de la dilación en la celebración del Juicio. A cuyo fin, el juez debe ponderar diversos datos, desde la gravedad de la pena hasta la posibilidad de ocultación de pruebas, que puedan inducir al imputado a eludir la acción de la Justicia.

La trascendencia de este requisito lleva, incluso, a que, de su incumplimiento, se deriven responsabilidades penales para el Juez, dentro de los supuestos de detenciones ilegales.

d) **decisión del órgano jurisdiccional competente:** para el decreto de prisión provisional debe regir el principio de jurisdiccionalidad, en su sentido más absoluto y estricto, pues sólo el titular de la función jurisdiccional está habilitado legalmente para acordar la privación de libertad, más allá de la simple y siempre breve, detención encaminada, precisamente, a poner a disposición de la autoridad judicial a la persona del detenido (art. 8.2 d) CRD y 106 CPP).

Los arts. 95 a 97 del CPP aluden, precisamente, a los requisitos formales del mandamiento de prisión, dictado por la Autoridad Judicial.

Mecanismos legales de extraordinaria importancia, como el instituto del «habeas corpus» o la previsión, en el ámbito penal, de las figuras de privaciones ilegales de la libertad, tienen, precisamente, su razón de ser en la salvaguarda de este principio (art. 8.2 g) CRD).

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. 8.2 d) CRD), 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. 8.2 b) CRD), 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 del art. 8.2 d) CRD).

Exigencia, por tanto, básica de este pronunciamiento, es el de su correcta motivación, bajo criterios de suficiente «razonabilidad». Extremo sobre el que el propio Tribunal Constitucional español, ha tenido oportunidad de extenderse, recordando tanto la importancia del mismo como su suficiencia en supuestos en los que esa fundamentación, siendo bastante, no lleve tampoco a ser absolutamente exhaustiva.

Ha de tenerse presente que la decisión sólo necesita apoyarse en los datos que revelen la existencia de los requisitos ya vistos, «fumus boni iuris» y

“nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.” (art. 9 de la declaración universal de derechos del hombre).

«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. Doctrina que, por otra parte, no es muy aventurado pensar que, en un futuro no lejano, incluso obligue coherentemente a separar la decisión de la adopción de la medida de prisión preventiva y cualquier intervención en ella, por vía de Recurso por ejemplo, de la función de enjuiciamiento.

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 y, en concreto, el art. 6 LLPF.

Así dice el art. 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.

e) otros requisitos o consideraciones ajenos al fin cautelar de la medida:

a pesar de lo evidente que resulta que, en la actualidad, la privación de libertad de quien aún no ha sido juzgado, sólo puede justificarse, de manera apropiada, en el aseguramiento de la eficacia del procedimiento penal, que supone, a su vez, la virtualidad de derechos oponibles al de la libertad misma, es lo cierto que pueden figurar también, como elementos a tener en cuenta para la adopción de la prisión preventiva, otros datos o circunstancias que, han sido o son contemplados en los distintos ordenamientos aunque nada dicen a propósito de esa necesidad de garantizar la celebración del juicio y sus consecuencias. Nos estamos refiriendo a:

a') la **alarma social**, que podemos definir como *«la inseguridad, el desasosiego o el temor que genera en los ciudadanos la ejecución de determinadas conductas delictivas»* (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), ha dado lugar a numerosos comentarios, en general poco favorables a su presencia entre los factores dignos de consideración para acordar la prisión preventiva, llegándose a afirmar su carácter contrario a los planteamientos imperantes desde una

como requisito formal, la prisión preventiva ha de acordarse, siempre, en resolución, debidamente motivada y recurrible, de juez o tribunal competente y tras el procedimiento adecuado, en el que debería oírse tanto a la acusación como a la defensa.

perspectiva de garantías democráticas en el procedimiento penal, sobre todo como único motivo para decretar la privación de libertad (GIMENO SENDRA). A pesar de su presencia en la práctica totalidad de los textos de Derecho comparado y de que, aunque tratada con evidentes muestras de recelo, tampoco ha sido censurada radicalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No podemos aquí, por evidentes razones de espacio, extenderos en un amplio análisis de esta cuestión, por otra parte de hondo interés, incluso con referencia a aspectos básicos del propio Sistema de Derecho Penal, que exceden de su estudio concreto como requisito de la medida cautelar personal. Baste, por tanto que recordemos, además de sus orígenes espurios que en España su mención se remontan a 1957, cuando se hacía obligatoria la prisión provisional para todos los delitos contra la seguridad interior del Estado, por el hecho de que, con ella, se atiende, más que al fin de aseguramiento propio de la medida cautelar, a otros objetivos, como el de prevención, la “vindicta” social o la preservación del orden público, todos ellos más correspondientes ya a la función de la pena.

Por eso, pues con ella la prisión preventiva pierde su justificación con base en la finalidad perseguida, pasando a pretender justificarse por la reacción ante una situación ya producida, además de porque es un concepto excesivamente ambiguo y dependiente de circunstancias tan arbitrarias como el tratamiento informativo que los hechos hayan podido tener en los medios de comunicación, es por lo que la “alarma social” no parece ser un adecuado fundamento para la adopción de la prisión.

Sin embargo, y a pesar de todo lo que acabamos de decir, en realidad, la previsión del art. 4 parr. 2 LLPF, impidiendo, de forma categórica, la posibilidad de libertad provisional, con relación a los autores de ciertos gravísimos delitos, que afecten a la paz pública o a altas instituciones nacionales, oculta, en su esencia, un fundamento, si no idéntico, sí, al menos, muy próximo al criterio de la “alarma social”; a pesar de lo cual, su aplicación resulta inexcusable, por la certidumbre absoluta de la voluntad del Legislador en este punto.

b') igualmente, podemos referirnos a la frecuencia en la comisión de hechos semejantes a los enjuiciados, en ese mismo lugar, como aspecto a considerar también a la hora de resolver sobre la libertad o prisión cautelar del imputado y, de nuevo, nos hallamos ante un factor que no guarda relación con la recta finalidad de la medida de seguridad, sino, más bien, con la de la pena, por lo que vale aquí, así mismo, lo que se acaba de decir a propósito de la «alarma social» y lo que se puede afirmar, de modo semejante, de la circunstancia relativa al peligro de reincidencia, es decir, a la «peligrosidad» del sujeto que es, sorprendentemente, admitida, como un dato más de ponderación sobre la conveniencia de la prisión, por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En tanto que la norma positiva dominicana no la contempla.

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 en la legislación dominicana pero que sí se ofrecen a la elección judicial en el sistema español, 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.

Y 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, ex-

“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.” (Art. 1 del pacto internacional de derechos civiles y políticos).

La prisión preventiva supone siempre la privación de libertad del sujeto, pero ésta debería poder llevarse a cabo con diferentes grados, que abarcan desde la prisión incomunicada a la situación de arresto domiciliario, según los casos.

presamente, 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.

A nuestro juicio, bien debamos precisar que nos hallamos ante un régimen de prisión atenuada o ante libertad provisional sometida a condición, tal opción debe de 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 deli-

to, etc., en supuestos como los casos “Wemhoff” y “Neumeister” (Sentencias de 27 de Junio de 1968), “Matznetter” (Sentencia de 10 de Noviembre de 1969) o “Asesor Financiero B” (Sentencia de 28 de Marzo de 1990).

Este es, en realidad, el sistema seguido por la legislación dominicana, en la que el criterio rector de la duración de la medida cautelar, ante la ausencia de un plazo determinado, no ha de ser otro que el de la evitación de dilaciones injustificadas en la referida situación, que, a su vez, no deberá mantenerse más allá del tiempo necesario para la prestación de las suficientes garantías de encontrarse a disposición del Tribunal, en materia correccional, o en tanto no existan “razones poderosas” para acordar la libertad provisional, en materia criminal (art. 1 LLPF).

La otra alternativa posible es la de la previa determinación del plazo máximo de la prisión. Y, en este sentido, el art. 17.4 de la Constitución Española, por ejemplo, dispone: «*Por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*». Razón por la cual, en 1984, se introdujo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, unas limitaciones temporales rígidas del tiempo de duración de la prisión provisional, en relación a la extensión de la pena prevista para el hecho objeto de las actuaciones, que, en la actualidad, van desde los tres meses hasta un máximo de cuatro años, antes de Sentencia de primera instancia, y hasta la mitad de la pena impuesta en ésta mientras se tramite un Recurso contra ella.

Pero, además de la existencia de esos límites temporales, ello no obsta a que rija simultáneamente también el criterio de la «razonabilidad» de la duración de la prisión.

Y así se contempla, al respecto, que el preso provisional tiene el derecho «*a que su juicio sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia*», así como que el Juez o Tribunal y el Fiscal responderán de que «*la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario*».

Mientras que también se dispone que «*la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado*» y, evidentemente, la situación de prisión preventiva ha de ser revisable, incluso de oficio, en cualquier momento de la tramitación de la causa.

Los límites temporales de la prisión preventiva son elemento esencial de la misma, bien vengán rígidamente establecidos por la ley o se remitan a criterios orientativos, pero igualmente vinculantes, como el de la “razonabilidad” de su duración.

2.3. Libertad provisional.

2.3.1. La libertad provisional como complemento y alternativa a la prisión provisional.

“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”(art. 9 del pacto internacional de derechos civiles y políticos).

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 recaída Sentencia condenatoria firme, le ampara la presunción de inocencia.

Pero, sin embargo, 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.

Para regular esta materia, precisamente, en la República Dominicana se dispone de la ya repetida Ley sobre Libertad Provisional con Fianza, de 11 de Diciembre de 1915, en su redacción original.

2.3.2. Requisitos para su aplicación:

Además de aquellos requisitos de carácter general, para la adopción de cualquiera medida cautelar, a que ya nos referimos páginas atrás, 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 cuales son:

a) 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, ésto es, si la pena prevista para el delito investigado o enjuiciado no es muy grave, el criterio habitual será el de la libertad provisional (art. 1 LLPF), 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.

b) 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 a 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.

c) 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 Letrado (art. 3 LLPF), para acordar, no sólo la prisión preventiva, sino incluso la libertad provisional, pero sólo cuando ésta se someta a la prestación previa de fianza. De modo que tal requisito no será exigible cuando el Juez o Tribunal acuerde la libertad sin 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 (arts. 7 y 8 LLPF).

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.

La fianza puede constituirse en especie, sobre inmuebles, con garantía de compañía aseguradora o en metálico, que es la obligatoria en ciertos delitos (art. 4 LLPF).

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 “libertad condicional” es la alternativa a la “prisión preventiva,” como medida de aseguramiento del juicio y sus resultados, y consiste en mantener al imputado en situación de libertad, pero sometido a ciertas condiciones, como garantías pecuniarias o de otro tipo, que aseguren su presencia en juicio y el cumplimiento de la ulterior sentencia.

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 (art. 6 LLPF). 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. Si bien, el art. 3 LLPF establezca en 100 pesos oro su mínimo, el doble de la cuantía objeto de desfalco y, en cualquier caso, con la obligación de oír a Fiscal y parte civil, antes de su fijación.

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 (arts. 7 a 11 LLPF).

“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.

Sin que lo anterior obste para la posibilidad de adopción de otras medidas aseguratorias que se acordasen en esta situación, tales como retención del pasaporte, comunicación a la policía de fronteras para impedir, expresamente, la salida de la persona del territorio nacional o a ciertos centros o establecimientos, de tratamiento de la drogadicción por ejemplo, para el control del imputado, ciertas vigilancias, privación provisional del uso del permiso para la conducción de vehículos de motor, etc.

Concretamente, el art. 1 parr.LLPP, posibilita que la Autoridad judicial, oído el Fiscal, y de acuerdo con la naturaleza o gravedad del hecho objeto del procedimiento, pueda también acordar la suspensión del ejercicio de su actividad profesional por el sujeto en situación de libertad provisional.

La prueba en el proceso penal

1. prueba: “Acreditación de la certeza de un hecho.” 1.1. Teoría General de la Prueba en el Proceso Penal. “La llamada verdad material y sus límites”. 1.2 Prueba Judicial. 1.3 Las Prueba suficiente. 1.4 La prueba es un medio en la búsqueda de la verdad. 1.5 Pruebas materiales. 1.6 Pruebas formales y la verdad formal. 1.7 Límites de la libertad material. 2. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA Y EL DERECHO DE UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBAS PERTINENTES: LOS CRITERIOS DE PERTINENCIA Y NECESIDAD 2.1 Los elementos de hecho. 2.2 Los principios de la experiencia. 2.3 Las normas jurídicas. 3 prueba directa o indirecta. 3.1 Los distintos medios de prueba y su práctica en el juicio oral. 3.2 El principio de la unidad de la prueba. 3.3 Principio de la comunidad de la prueba. 3.4 Principio de interés público en la función de la prueba. 3.5 Principio de la contradicción de la prueba. 3.6 Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba. 3.7 Principio de igualdad de oportunidades para la prueba. 3.8 Principio de la legitimidad de la prueba. 3.9 Principio de la intermediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba. 3.10 Principio de la publicidad de la prueba. 3.11 Fuente de prueba. 3.12 Motivos o argumentos de prueba. 3.13 Pruebas reales. 3.14 Pruebas personales. 3.15 Pruebas históricas. 3.16 Pruebas absolutorias y condenatorias. 3.17 Pruebas simples y compuestas. 3.18 Pruebas perfectas. 3.19 El testimonio. 3.20 El peritaje. 4. intervención del juez o tribunal en la práctica de la prueba. 4.1 La carga de la prueba. 4.2 Presunciones legales. 4.3. Hechos no controvertidos 4.4 Hechos notorios. 4.5 Criterios de valoración de la prueba: íntima convicción y la regla de la sana crítica. 4.6 Criterios de la evaluación de la prueba. 4.7 El sistema de la prueba legal. 4.8 Intima convicción. 4.9 Sana crítica. 5. especial referencia a los casos más problemáticos: declaración de la víctima, testigos policiales, menores, declaración de coimputados, peritajes oficiales. 6. conclusión.



Introducción

Reflexionar sobre la prueba en el proceso penal es referirse a la vía, al camino, al procedimiento para determinar la existencia y vigencia de un derecho contestado o impugnado a consecuencia de una acción penal y, así como de una acción civil ejercida accesoria o conjuntamente con la acción penal; es decir, nos estamos refiriendo al centro y motor de la acción penal, sin lo cual dejaría de tener finalidad el proceso penal.

Los derechos, mientras no son contestados viabilizan la convivencia social, y su consecuencia natural es la paz social. Este valor social que es la PAZ, cuando se acuna en el individuo, en el ser humano, trasciende a la sociedad, ente colectivo; por lo que la labor de los tribunales, apoderados de un proceso, y en la especie, del proceso penal, es la de construir la paz social, a través del cumplimiento por los tribunales de su función: decir el derecho.

Si partimos de la función de la prueba en el proceso judicial, y de manera específica, en el proceso penal, en sus tres aspectos "... de producir ante el tribunal elementos para crear o fortalecer la convicción del juez; o como, ... el resultado de una situación litigiosa para señalar que la prueba ha sido aportada o como la persuasión de la verdad..."¹ podemos colegir, que la prueba como fin, es la que esclarece la íntima convicción, en cuanto suministra los medios para adquirir la certeza del hecho alegado, que es lo que constituye la verdad judicial, que se transforma, en la sentencia definitiva, en la verdad dicha a nombre del Estado y por autoridad de la Ley, y cuyo ideal es que la verdad judicial sea coincidente con la verdad material o real.

La prueba, como medio de llevar la información al juez, que en última instancia, es a quien va dirigida, en su condición de árbitro en la búsqueda y consecución de la verdad, en cuya conciencia se forja, la verdad judicial, luego de la participación activa de las partes del proceso, tanto en la proposición de medios de prueba para su admisión como en la impugnación de los medios propuestos por la contraparte, de cuyo debate público surgirá la repetida verdad, fruto de la valoración de los elementos de prueba, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y reglas de la experiencia, de donde resulta la sana crítica y de ésta debe resultar: la íntima convicción del juez.

Dentro de la concepción del proceso acusatorio, que es el consagrado por la Constitución Política de la República Dominicana (Artículo 8, inci-

¹ Jorge Blanco, Salvador, Introducción al Derecho, ediciones Capeldom, Santo Domingo 1997, p. 435.

so 2, letra j, y en los Convenios Internacionales que forman parte, por su naturaleza, de disposiciones con carácter constitucional y del ordenamiento jurídico adjetivo, el sistema probatorio está regido por los principios de publicidad, oralidad y contradicción, así como de inmediación, concentración y de manera fundamental por el de legalidad, todo lo cual se desarrollará y se hará una somera incursión, empleando el método comparativo con el propuesto nuevo Código Procesal Penal, que consagra, sin mediatización, el sistema acusatorio o debido proceso penal, que es la garantía de la vigencia de los derechos humanos.

I. prueba: “Acreditación de la certeza de un hecho.”

I.1. Teoría general de la prueba en el proceso penal: La verdad material y sus límites.

La Teoría General de la prueba pertenece al Derecho procesal penal general, porque se refiere no a la determinación de los delitos y las penas, sino a las normas dictadas para la comprobación de los delitos y de las múltiples circunstancias que sirven para medir y aplicar la pena, cuando procediese.

Desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: 1) El de vehículo, medio o instrumento; 2) El de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran a favor de la existencia o inexistencia de los hechos); y 3) el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos.) Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción.

Ahondando en el concepto, puede distinguirse la prueba en si misma y **los medios de prueba** o instrumentos que la suministran; la prueba la forman, entonces “ las razones o los motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos”, y los medios de prueba son “ los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos”. En sentido general, por **prueba judicial** se entiende, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos; luego, una definición que pretenda dar un concepto amplio de la prueba debe incluir ambos puntos de vistas.

Partiendo de estas ideas, podemos formular las siguientes definiciones, desde el punto de vista rigurosamente procesal:

PROBAR es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.²

1.2. prueba judicial (en particular)

Es todo motivo o razón aportados al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.³

1.3. prueba suficiente

Se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza.⁴

“La prueba puede concebirse desde ángulos diversos. Puede considerarse como una actividad lógica y material orientada en el mismo sentido de la realidad que se trata de averiguar, esto es, como operación y esfuerzo amparado en una verdad: es la PRUEBA FIN. Pero también puede valorarse como el conjunto particular de recursos que pueden utilizarse para obtener aquella demostración: ES LA PRUEBA MEDIO. Aquí interesa la prueba como medio.”⁵

1.4. La prueba es un medio en la búsqueda de la verdad.

“La función de la prueba es darle al proceso el impulso poderoso de la verdad; pues la decisión, que es el fin característico del proceso, no es posible o a lo menos no debe ser posible si en cuanto a las pruebas se dirigen a conseguir y a asegurar la verdad.”⁶

La pregunta es: ¿Cuál verdad? Desde un punto de vista abstracto, la verdad es el fin común de todos. Tanto de científicos, legisladores, como jueces tienden siempre a la verdad.

²Echandia, Hernando Devis, Teoría General de la Prueba Judicial, Editora Víctor P. De Zavalía, 2da edic. 1972, p.33.

³Echandia, Hernando Devis, op. Cit.

⁴Echandia, Hernando Devis, op. Cit.

⁵Diccionario Jurídico Espasa.

⁶Florian,Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo I, Editorial Temis, S.A. Santa Fe, Bogotá, Colombia,1998,pp. 41 y 5.

La amplitud y el contenido de las pruebas pueden variar y varían según la especie y la estructura de ellas, es decir, según que, dada su reglamentación, presenten mayor o menor actitud para lograr la revelación de la verdad.

Históricamente esta modalidad de las pruebas penales ha dado lugar a una doble concepción de la verdad propia del juicio penal, y así se ha llegado a la clasificación entre pruebas formales y pruebas materiales, a la que corresponde la verdad material y la verdad formal. Es esta una doble estructura y una doble destinación de las pruebas penales que se alternan y se han alternado, como criterios que predominan de diversos modos, en su marcha evolutiva.⁷

1.5. pruebas materiales

Las pruebas materiales, por consiguiente, la verdad material, corresponden a una régimen procesal en que impera la libertad de las pruebas y de su apreciación, y en él la prueba se allega, se discute, y se valora en su eficacia real, plena y efectiva y no está sometida a restricciones previas.

1.6. pruebas formales y la verdad formal

Corresponden a un régimen procesal en que no existe la libertad de prueba, por estar prohibida o más o menos recortada o restringida.

Podemos colegir que las pruebas en el proceso penal tienen como característica el ser materiales, y las del proceso civil, por lo general, son formales.

La teoría y praxis de la prueba, vista en su doble concepción de prueba judicial y medios de prueba, han evolucionado con los sistemas de los procesos inquisitorio y acusatorio: en que se atribuye al juez menor o mayor libertad en la apreciación y valoración de los medios de prueba, creándose especies y estructuras de pruebas orientados por los principios de libertad o de la autoridad de la ley que le impone los límites, como en el sistema de la prueba legal.

Es un criterio moderno que la función de la prueba consiste en "darle al proceso el impulso poderoso de la verdad", pues la decisión, la sentencia, que es el fin esencial, no debe ser posible sino cuando las pruebas se dirigen a conseguir y a asegurar la verdad. Aquí se impone la pregunta ¿Cuál verdad? Desde un punto de vista abstracto la verdad es el fin de todos, de legisladores y jueces. El proceso penal va dirigido a comprobar la verdad respecto a determinado hecho tipificado como delito en relación con determinada persona sindicada o reconocida como autor o partícipe de aquel.⁸

⁷ Florian, Eugenio, Idem.

⁸ Echandiá, Hernando Devis, Op. Cit.

Según la amplitud y contenido de las pruebas, que varían según su mayor o menor reglamentación, y su mayor o menor aptitud para lograr la revelación de la verdad, ha nacido una doble concepción de la verdad: según que se parta de pruebas formales o pruebas materiales, nos estaremos refiriendo a la verdad formal o la verdad material, respectivamente.

Las pruebas materiales, y por consiguiente la verdad material, son consustanciales con un régimen procesal en que impera la libertad de las pruebas y de su apreciación, en que la prueba se introduce, se discute y se valora en su eficacia real, plena y efectiva y no está sometida a restricciones previas y a conminaciones; al contrario, las pruebas formales y la verdad formal se vinculan a un régimen procesal en que no existe la libertad de pruebas por estar prohibida o más o menos restringida. La eficacia de la prueba, la verdad formal, esta circunscrita a límites preestablecidos por la ley.⁹

La verdad material, es lo que existe realmente, lo que representa el contenido real de las cosas y de los fenómenos y constituye una de las funciones más importante de la justicia, según el pensamiento de Andrei Vishinki.¹⁰

Las pruebas del proceso penal, en consecuencia, tienen como característica ser materiales, la verdad es material; mientras que en el proceso civil, por lo general, son formales, como ejemplo la confesión y el juramento.

El principio de la verdad material se corresponde con el sistema acusatorio y el criterio del libre convencimiento del juez, es el espíritu vivificador de este sistema, y tiene como consecuencia los principios de:

- a) La libertad de los medios de prueba, por lo que dichos medios no pueden señalarse de manera taxativa por la ley y las operaciones en que se concretan los medios de pruebas no tienen límites ni modalidades fijadas previamente de manera absoluta por la ley; por consiguiente, en la investigación de la verdad material, también llamada substantiva, todos los instrumentos adecuados, para el caso concreto, para que aflore la verdad en forma completa: de ahí, que los adelantos de las ciencias, artes y tecnología, abre nuevos caminos para descubrir la verdad. Como ejemplo podemos contemplar los: nuevos métodos de identificación introducidos por la policía científica (ADN), la fotografía, videos, etcétera.¹¹
- b) Libertad de elección y de empleo de los medios de: Estos medios no tienen un valor preestablecido, que impregnan la conciencia del

⁹ Echandía, Hernando Devis, Op. Cit.

¹⁰ German Paron, Gomez; Lógica del Indicio en Materia Criminal, editorial Themis, 2da Edición, 1995.

¹¹ Echandía, Hernando Devis, op. Cit.

juez y determina su convencimiento, Tampoco tienen una destinación preestablecida; en principio no se requiere para comprobación de determinado hecho un medio especial de prueba, depende de las circunstancias particulares del caso, los medios que deben emplearse y es asunto del juez el admitirlo en cada caso.

Este principio no excluye de manera absoluta, que el legislador, con respecto a un objeto particular de prueba, pueda señalar o al menos indicar, el medio de prueba que generalmente ha de preferirse, cuando sea posible, por ejemplo, en los casos de allanamiento, en que está en juego el principio constitucional de la inviolabilidad del domicilio; el peritaje con relación a las necropsias, etcétera.

1.7. Límites de la libertad material.

La libertad material, consecuencia de la libertad de los medios de prueba, como se ha indicado precedentemente, tiene, principalmente, las siguientes limitaciones jurídicas:

1º. Que el medio de prueba utilizado no esté prohibido por la ley, como las confesiones obtenidas a través de la tortura

2º. Que el medio de prueba no puede utilizarse sino cuando se ha aportado con todas las formalidades procesales, y estas limitaciones se refieren al procedimiento probatorio, ejemplo, que todo medio de prueba debe someterse: al debate oral, público y contradictorio, para respetar el derecho constitucional a la defensa; al principio de la igualdad de armas entre las partes, al principio de la inmediación, etcétera; y

3º. La libertad de los medios de prueba encuentra un límite en la ley moral y en la conciencia pública, por lo que no pueden aceptarse medios de prueba inmorales y obtenidos por medios violatorios a la ley (amenazas, golpes, sorpresa, engaños, entre otros.).

En el proceso penal la prueba va dirigida a comprobar la verdad respecto a determinado hecho tipificado como crimen o delito, en relación con determinada persona indicada o reconocida como autor o partícipe de aquel.

El proceso penal somete toda la actividad procesal a la comprobación de la verdad real y es, no sólo un método para la conducción del proceso y su fin inmediato y específico, la sentencia, sino el medio y camino para conseguir un fin más alto y general, cual es la aplicación o no-aplicación de la ley penal al caso concreto.

Podemos resumir que la prueba es el instrumento de la función que le corresponde al juez de subsumir, o sea, considerar un caso particular como

comprendido en un concepto o norma general, la actividad de depurar un hecho, establecer sus características, conforme a la norma general que lo tipifica y lo sanciona como infracción: sea crimen, delito, contravención ; o sea, considerar un caso particular incluido en un concepto general, o sea la ley.

a. La admisión de la prueba y el derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes: Los criterios de pertinencia y necesidad.

Antes de que entremos a analizar la admisión de la prueba, debemos hacer unas puntualizaciones sobre el objeto de la prueba: "¿Qué puede probarse en el proceso penal? ¿Cuál es la materia sobre la que puede actuar la prueba? ¿Cuál es el presupuesto fundamental de la prueba? Siguiendo los interrogantes de Eugenio Florian para determinar el objeto de la prueba.¹²

Este conjunto de interrogantes nos lleva al concepto de *thema probandi*: "Hecho sobre el cual ha de decidirse, y que se amplía tanto cuanto lo exigen las circunstancias directas o indirectas que puedan servir o hacer conocer la verdad."¹³

O sea que el criterio de la necesidad de la prueba está vinculado a la preexistencia del hecho sobre el cual ha de decidirse, el hecho controvertido o litigioso.

Solo los hechos controvertidos tienen necesidad de pruebas. Al *thema de prueba* algunos autores lo llaman "necesidad de prueba".¹⁴

Para determinar la controvertibilidad o no de un hecho se precisa la *litis contestatio*, o sea la apertura del proceso, que es cuando surge el *thema probandi*, la necesidad de la prueba.

El objeto de la prueba es todo lo que pueda servir para alcanzar el objeto final del proceso, la sentencia, que versa sobre el hecho de la imputación y su vinculación con el imputado, y su consecuente sanción o absolución; por lo que comprende todos los hechos accesorios y circunstancias que interesan a la causa, para alcanzar la verdad jurídica, que debe ser coincidente con la verdad material.

¹² Florian, Eugenio, Idem. pp. 95 y 55.

¹³ Florian, Eugenio, Idem. Pp. 95 y 55.

¹⁴ Echandia, Hernando Devis, op. Cit. pp. 187 y 55.

El *thema probandi*, “ la necesidad de la prueba “, no está constituido por hechos concretos, sino por las proposiciones factuales, a las que se le da impropriamente el nombre de hechos. Por ejemplo: el art. 295 del Código Penal dominicano establece: “El que voluntariamente mata a otro se hace reo de homicidio”.¹⁵

En este presupuesto, uno de los *themas* que necesariamente se habrán de probar son: la preexistencia de una vida humana; la eliminación o destrucción de esa vida humana y la voluntariedad e intencionalidad del sujeto actuante. Esa prueba se hace mediante la fijación de los auténticos hechos reales atribuibles a tales conceptos.

Para Echandía: “El tema o necesidad de la prueba es una noción objetiva y concreta: lo primero, porque comprende en general los hechos que deben ser materia de prueba, sin tener en cuenta a quien corresponde suministrarla; lo segundo, porque se refiere a ciertos y determinados hechos (los que en cada proceso deben probarse), entre los que en número casi ilimitado pueden servir de objeto de prueba judicial desde un punto de vista abstracto.”¹⁶

Podemos adoptar como definición de tema o necesidad de prueba, también denominada como obligatoriedad de la prueba: “El conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuestos a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados.”¹⁷

Siguiendo la doctrina de Eugenio Florian: “ ...si bien el juez es libre en la formación del propio convencimiento final, no les es en cuanto a la fuente de que se sirve para el caso.”¹⁸ Florian.

El *thema probandi* o la necesidad de la prueba puede tener tres objetivos principales:

- a) Los elementos de hecho.
- b) Los principios de la experiencia.
- c) Las normas jurídicas.

¹⁵ Código Penal de la República Dominicana.

¹⁶ Echandía, Hernando Devis, Op. Cit. pp. 188 y 55.

¹⁷ Echandía, Hernando Devis, Op. Cit.

¹⁸ Florian, Eugenio, Idem. pp 99 y 55.

2.1. LOS elementos de hecho

Los elementos de hecho, como objeto de la prueba, son cualquier aspecto, parte, momento o modalidad de la realidad material; todo aspecto de la manifestación de la vida humana, ya sea individual o colectiva, física o material con tal que pueda ser percible y se pueda hacer valer en el proceso penal.

Este objeto de prueba se clasifican, a su vez, en:

- a) Los hechos;
- b) Las cosas materiales;
- c) Los documentos.

a) Los hechos. Todos los actos humanos, individuales o sociales, estados de ánimos de los particulares o de la colectividad, condiciones mentales de los individuos o de grupos de individuos. Así como todos los acontecimientos de la naturaleza que estén vinculados al proceso penal y puedan incidir en el mismo.

Los hechos a probarse pueden ser exteriores (físicos) y los hechos interiores (síquicos).

b) Las cosas materiales. Las cosas materiales se entienden como las físicas e inanimadas; animales, como ejemplo tenemos los delitos en los que están envueltos animales feroces, dañinos, domésticos, infectados; asimismo, las características externas o el contenido interior de las cosas (en un arma de fuego, ropas ensangrentadas). Se incluyen en las cosas materiales las pruebas de los lugares donde se cometió el crimen, una calle, verbigracia.

Pueden probarse en juicio acontecimientos y estados de la vida física: acontecimientos naturales: una tempestad, un aguacero, una inundación; o estados o momentos de la naturaleza: si alumbraba el sol, si la noche era oscura o estaba iluminada por la luna, etc.

c) Los documentos. Entendido en este contexto no como “medio de prueba”, sino como objetos materiales, que presentan en sí, recogida y fijada, la manifestación de un pensamiento, de una voluntad o la enunciación de un hecho propio o la narración de un acontecimiento, hecho por una persona; se excluyen de esta clasificación como objeto de prueba, los papeles que durante el procedimiento se certifican como declaraciones o acontecimientos procesales o en que simplemente se integran declaraciones, ya que estos constituyen documentos procesales.

En cuanto a su contenido los documentos pueden ser cualquier cosa, con la condición de que reflejen una idea, una declaración de voluntad, una manifestación de un estado psíquico de su autor, o referirse a cosas y acontecimientos.

En cuanto a la forma: Es excluyente toda limitación a priori del contenido material; puede ser recogido, fijado y expresado por todos los signos: escritura, cifras, dibujos, signos telegráficos, taquigráficos, grabaciones, en madera, cobre o bronce, como ejemplo tiene las monedas, medallas; inscripciones sobre piedras, como serían las lápidas; las notas musicales, la pintura, la escultura, superficie de muros, etcétera.

El documento en el proceso penal, tiene su propia dinámica en relación con la prueba ya sea como objeto de la prueba o como medio de prueba.

El documento es medio de prueba porque siempre es algo material, que se introduce al proceso para su observación, verificación, para ser examinado tal como es.¹⁹

Para que los hechos, en su sentido más amplio, y los documentos, se conviertan en objeto de prueba, es necesario que participen de la vida del proceso, que sean allegados o introducidos por medios adecuados.

2.2. LOS PRINCIPIOS DE LA EXPERIENCIA.

Debemos entender como principios de la experiencia: las máximas, reglas, principios.

En el proceso penal se trata de juzgar un hecho del hombre, por lo que pueden invocarse todos los conocimientos humanos para establecer la verdad. Las leyes naturales, los usos, las costumbres del comercio y de la industria, las reglas técnicas, los principios de la ciencia (matemáticas, químicas, físicas, y otras); pueden utilizarse con el objeto de conocer, comprobar y apreciar los hechos sometidos en el caso concreto a la decisión del juez.

Estos principios de la experiencia, que son, entre otros, las leyes científicas y tecnológicas, las costumbres, etc., deben ser introducidas en el proceso en forma general e hipotética, para ser referida y aplicada al caso concreto, son independiente de éste.

Los principios de la experiencia dejan de ser objeto de prueba independiente, cuando los mismos son utilizados por los testigos y los peritos en sus observaciones de la cosa objeto del proceso.

¹⁹ Florian, Eugenio, Idem pp. 99 y 55.

Hay una gradación en cuanto a los principios de la experiencia como objeto de la prueba: ciertos principios son conocidos por todos y entonces su prueba es superflua; respecto de otros, como sería un procedimiento clínico, su prueba se hace necesaria, y el medio más idóneo para conocer de esos principios, sería el dictamen de peritos y la deposición del testigo técnico.

Existe una diferencia entre la prueba de hechos y la prueba de principios de la experiencia, ya que los resultados de la prueba de los hechos se dejan al libre examen del juez y los resultados de la prueba de los principios de la experiencia, al referirse a principios y leyes que rigen los hechos en abstracto, cuando se han comprobado, tienen su propia virtud íntima, absoluta, como serían las leyes físicas, químicas, genéticas, que deberían ser vinculantes para el juez.²⁰

2.3. Las normas jurídicas

La función esencial del juez es aplicar a los hechos la norma jurídica correspondiente. Para el doctrinario Eugenio Florian las normas jurídicas no pueden considerarse como hechos, las normas jurídicas forman parte del contenido procesal, y representan una parte esencial de él, que ellas deben adaptarse a los hechos, para culminar en la sentencia, que en el silogismo que ella representa, constituye la premisa mayor, propositio mayor.²¹

En consecuencia, las partes pueden discutir sobre la norma jurídica, en cuanto a la norma jurídica más adecuada para la calificación del hecho, sobre su contenido más exacto y sobre su interpretación. En este sentido, las partes pueden presentar, a la consideración del juez documentos jurisprudenciales y doctrinarios, que representen tesis y exposición sistemáticas.

Luego de esta especie de introducción a este tema, entramos propiamente en el concepto de admisión de la prueba, o sea la fase de la producción de la prueba.

La **prueba en su exterioridad**. La admisión de la prueba conlleva determinar cómo y por medio de quien se realiza la aproximación y el contacto entre el objeto de la prueba, por una parte y el juez, y eventualmente, los demás sujetos procesales por otra, que para la admisibilidad de la prueba no basta su conducencia o que legalmente sirva para establecer el hecho, porque esta es apenas uno de los requisitos de aquella, y puede resultar inadmisibile por faltarle la pertinencia o existir prohibición legal de inves-

²⁰ Florian, Eugenio, Idem pp. 112 y 55.

²¹ Florian, Eugenio, Idem pp. 99 y 55.

tigar el hecho sobre el que recae o por parecer inútil o no cumplir los requisitos intrínsecos.²²

La pertinencia, llamada también relevancia, se produce cuando el hecho por probar está en relación con el litigio o la materia del proceso o del incidente según el caso.²³

En consecuencia, prueba pertinente o relevante es aquella de naturaleza de llevar al juez el convencimiento sobre hechos que se relacionan con el litigio, o la materia del proceso o el incidente e influye en su decisión.

La doctrina está de acuerdo en esta materia. Lessona dice: que: “el juez debe admitir los medios legales de prueba, cuando tengan objeto idóneo” y “rechazar las que “... no tengan objeto idóneo, a pesar de que su admisión sea consentida por las partes,” porque en el último caso “por la cualidad especial del hecho que ha de probarse no llena su objeto”.

Ricci: “aun cuando el medio de prueba este determinado y admitido por la ley, no basta para que el juez tenga, sin más, que admitirlo; es necesario que se convenza de la pertinencia y eficacia de la prueba misma (idoneidad).

Planiol y Ripert dicen en el mismo sentido: “el derecho de probar solo existe a condición de que la prueba sea útil, es decir, de la pertinencia de los hechos que vayan a probarse”. Y, además agregan que “aquellos hechos cuya prueba es admisible han de ser pertinentes, esto es, de tal naturaleza, que influyan más o menos de modo decisivo en la solución del litigio en que se aleguen”.

Es decir, que la característica de pertinente y concluyente que han de tener los hechos deben influir en la solución del litigio. Tener relación con los hechos objeto de la prueba y sean de naturaleza a determinar la convicción del juez.

Fijado el criterio de pertinencia, podemos colegir las siguientes conclusiones:

- a) Que se trate de un hecho concreto de prueba en un proceso determinado, o sea, que no sea un hecho abstracto de prueba, porque todo hecho puede serlo.

Es decir, que el derecho de probar esté limitado a aquellos hechos que tengan alguna relación con la cuestión debatida o examinada.

²² Echandia, Hernando Devis, op. Cit p.34

²³ Echandia, Hernando Devis, op. Cit p.342

- b) Solo los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión o excepción deben ser probados, y, forman el tema de prueba.
- c) Corresponde al juez apreciar la pertinencia, siendo esto una cuestión de hecho no de derecho, por lo que en casación no puede atacarse la decisión que declare admisible una prueba por ser pertinente, mientras que la cuestión de saber si el medio de prueba propuesto es legal o conducente es punto de derecho. Por ejemplo, cuando se admita como medio de prueba documental las declaraciones dadas en la Policía Nacional, siendo éstas los únicos medios de prueba, dada la presunción de que tales declaraciones se han obtenido por medios coercitivos o por sorpresa o engaño, se consideraran no admisibles como únicos medios de prueba.

La admisión de la prueba es la actividad probatoria exclusiva del juez o magistrado que conoce de la causa, o en ocasiones especiales del juez comisionado (cuando se trata de pruebas aducidas o solicitadas en el curso del proceso, como ejemplo, comisionar al Juez de Niños, Niñas y Adolescentes para entrevistar a los menores) en esta fase las partes sólo tienen una actividad de simples colaboradores para exponer sus argumentos a favor o en contra de la admisibilidad del medio propuesto.

La admisión comprende la aceptación del medio que se presenta, (por ejemplo, escrituras públicas o privadas, peritaje practicado en otra jurisdicción), como el que debe practicarse en el curso del proceso, como recepción de testimonio, presentación de documentos, dictámenes de peritos.

La importancia de esta fase de la admisión de la prueba es que sin este acto procesal la prueba presentada o practicada carece de valor legal, y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa o del incidente a que se refiera y se violarían los principios de lealtad (derecho de defensa), la contradicción, publicidad y formalidad de las pruebas.

Para la admisión concreta de cada prueba es indispensable que se cumplan los principios de conducencia, o sea que esté legalmente admitida, la utilidad del medio, pertinencia del hecho que se va a probar, ausencia de prohibición legal de investigar el hecho e igualmente los requisitos extrínsecos de oportunidad procesal, legitimación de quien la pide o presenta y competencia del funcionario que debe admitirla u ordenarla.

Según la concepción de Hernando Devis Echandía, en su Teoría General de la Prueba Judicial, en la admisión se "opera una calificación previa de la legalidad del medio presentado o aducido y su relación con los hechos del litigio o de la causa, sin que por ello se esté valorando su fuerza o mérito de convicción, que es una tarea propia del acto decisorio. El juez no la examina desde el punto de vista de su valor de convicción sino de

los requisitos legales para que pueda practicarse o aceptarse tal como se presenta.”²⁴

Siguiendo el pensamiento de Echandia, estableceremos una clasificación de los requisitos en intrínsecos y extrínsecos para la admisión de la prueba: entre los primeros están: a) La conducencia del medio de la prueba, o sea que legalmente sirva para establecer el hecho que va a probarse con él; b) La utilidad del medio; c) La ausencia de prohibición legal de investigar el hecho; y los requisitos extrínsecos: a) La oportunidad procesal o ausencia de preclusión; b) Las formalidades procesales; c) La legitimación y postulación de la prueba para quien la pide o la presenta y la legitimación del juez que la decreta oficiosamente; d) La competencia del juez o de su comisionado y e) La capacidad general del juez o funcionario comisionado y de los órganos de la prueba (testigos, peritos, intérpretes, partes interesadas).²⁵

El primer requisito intrínseco, o la conducencia del medio, está relacionado con la eficiencia de la prueba para demostrar el hecho objeto de la misma; Lo que implica que el medio esté autorizado y no prohibido expresa o implícitamente por la ley o que el juez lo considere lícito, cuando goce de libertad para admitir los que considere de valor probatorio; existe prohibición tácita, cuando el procedimiento para obtenerlo esté reñido con la ley, ejemplo, cuando se obtiene por medio de la tortura, del hipnotismo, entre otros.

En un sentido genérico entendemos por admisión el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso.

La admisión del medio de prueba es, pues, el procedimiento de incorporación de la prueba al proceso y no es vinculante en cuanto a su contenido y para determinar su convicción.

Los principios que se han desarrollado sobre la admisibilidad y pertinencia de la prueba han sido recogidos en el artículo 175 del Proyecto de nuevo Código Procesal Penal que textualmente dice:

“La admisibilidad de la prueba está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado y a su utilidad para descubrir la verdad. El juez o tribunal puede restringir los medios de prueba ofrecidos que resulten manifiestamente sobreabundantes o no pertinentes. El juez o tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio”.²⁶

²⁴ Echandia, Hernando Devis, Op. Cit.

²⁵ Echandia, Hernando Devis, Op. Cit.

²⁶ Proyecto del nuevo Código Procesal Penal.

3. prueba directa o indirecta.

Los autores adoptan diferentes criterios para la clasificación de las pruebas judiciales. Una buena clasificación debe contemplar la prueba judicial desde diversos aspectos y entre los criterios de clasificación más aceptable están según su objeto, su forma, estructura o naturaleza, su función, su finalidad, su resultado, su origen, sus sujetos, su oportunidad, o sea en el momento en que se producen, su utilidad y relación con otras pruebas, verbigracia.

Vamos a referirnos a la clasificación de las pruebas, según su objeto, en **pruebas directas e indirectas.**

Se entiende por pruebas directas o inmediatas, cuando existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del juez y el hecho objeto de la prueba. El juez llega así al conocimiento del hecho por probar, de manera directa o inmediata, mediante su percepción del mismo. Existe en la actividad del juez un cierto grado de razonamiento inductivo que le permite conocer que es lo está percibiendo, ejemplo, cierto animal, una casa, el estado del tiempo, visibilidad, etcétera..

O sea, que el juez identifica lo percibido por él con lo que se trata de probar, pero sin duda alguna la función predominante es de simple percepción mediante los sentidos del juez; ejemplo de esta clase de prueba : la inspección judicial, cuando el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo, objeto de la prueba; las demás pruebas el juez recibe la percepción del hecho a probar mediante la percepción que ha tenido otra persona (parte confesante, en el documento; terceros, en el testimonio o el peritaje), o percibe un hecho diferente que le sirva de medio para inducir el hecho objeto de la prueba (indicios).

La prueba directa solo puede practicarse sobre hechos presentes o actuales, bien sea porque son de naturaleza permanente, o siendo transitorio ocurren en la presencia o subsisten en el momento de la inspección, como en el caso de la prueba mediante el descenso a la escena de la infracción.

Podemos definir la **prueba indirecta o mediata**, cuando el hecho objeto de lo percibido por el juez es diferente del hecho que prueba, de tal manera, que el juzgador solo percibe el segundo y de éste induce indirecta o mediatamente la existencia del primero.

En este sentido son pruebas indirectas: la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos, los documentos e indicios, pues el juez solo percibe la narración de la parte o el testigo, la relación del perito, el escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción, infiere la existencia o inexistencia del hecho por probar, es decir, el contrato o el suceso de que ha-

blan el que hace la confesión, el testigo y peritos o que relata el documento o que indican los indicios.

Es decir, la relación entre la percepción del juez y el objeto por probar es mediata; entre aquel y éste se interpone el hecho que prueba.

Este punto de vista es adoptado por Carnelutti, quien primero se refirió a la identidad o diversidad entre el hecho por probar y el hecho percibido por el juez y más tarde a la identidad o diversidad entre la prueba y el hecho por probar, llamando "directa a aquella prueba que consiste en el mismo hecho a probar e indirecta aquella otra que consiste en un hecho diverso al hecho probado".²⁷

Florian: La clasificación de las pruebas en directa e indirecta, se base en un criterio substancial, partiendo de la relación en que se haya el medio de prueba respecto al juez, y específicamente, en cada una de las diversas formas en que el juez entra en conocimiento del medio de prueba, en cuanto el objeto de la prueba entre en contacto y llegue al conocimiento del juez por obra de éste, o por obra de otros.²⁸

Sobre la prueba directa o indirecta, que como sabemos se hace esta clasificación tomando como criterios que la prueba sea percibida directamente por el juez a través de sus sentidos o de forma mediata ha sido adaptada por el Proyecto del Nuevo Código Procesal Penal, al establecer en el libro IV "Medios de Pruebas", Título II, que se refiere a la "Comprobación Inmediata y Medios Auxiliares".

Artículo 191. Entrega de cosas y documentos. Secuestros. Los objetos y documentos relacionados con el hecho punible y los sujetos a confiscación o decomiso, relevantes para la investigación, son individualizados, tomados en depósito y conservados del mejor modo posible, salvo que la ley disponga su destrucción.

La persona que tenga en su poder objetos o documentos de los señalados precedentemente, está obligada a presentarlos y entregarlos, cuando le sea requerido.

Si los objetos requeridos no son entregados se dispone su secuestro.

También se prevé el secuestro de correspondencia (Art.196); así como la interceptación de las telecomunicaciones (Art.197) ,estableciéndose a estos fines el procedimiento que sigue:

Art. 196. Secuestro de correspondencia. Siempre que sea útil para el establecimiento de la verdad, el juez puede ordenar, por resolución funda-

²⁷ Echandia, Hernando Devis, Op. Cit, p.532.

²⁸ Florian, Eugenio, Idem p. 125.

da, el secuestro de la correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra clase, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto.

En estos casos se aplican las limitaciones del secuestro de documentos.

Art. 197. 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.²⁹

Estas investigaciones tendentes a la recolección de la prueba para ser sometidas al juez a los fines de admisión, están rodeados de las más estrictas regulaciones a los fines de asegurar la licitud y legalidad de la prueba y el respeto a la dignidad humana y al derecho de defensa, conforme a las disposiciones constitucionales prescritas en el Art. 8 que consagra el régimen de las libertades fundamentales y derechos humanos, como finalidad esencial del Estado Dominicano.

3.1. Los distintos medios de prueba y su práctica en el juicio oral.

Antes de referirnos a los distintos medios de prueba, nos vamos a referir a los principios que regulan su práctica en el juicio oral:

El primer principio es el de la necesidad de la prueba, criterio del cual hemos expuestos más arriba y sobre la prohibición de aplicar el conocimiento privado o personal del juez sobre los hechos. Y se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuales se fundamenta la sentencia estén establecidos con prueba aportadas al proceso por cualesquiera de las partes interesadas o por el juez, cuando fuere procedente, sin que el juez pueda suplirlas por su conocimiento personal o privado que tenga

²⁹ Proyecto del nuevo Código Procesal Penal.

sobre los hechos y circunstancias de la causa, principio éste que salvaguarda otros principios fundamentales del proceso acusatorio de publicidad y contradicción, indispensables para la validez de todo medio probatorio.

Podemos considerar como segundo principio: la eficacia jurídica y legal de la prueba. Es decir, que si la prueba es necesaria para el proceso penal, debe tener eficacia jurídica, para llevarle al juez la certeza sobre los hechos que sirven de base para la aplicación de la norma a los hechos objeto de la prueba, ya sea sobre la culpabilidad penal investigada y sobre las demás pretensiones de las partes. O sea, el juez libre o vinculado a la norma debe considerar a la prueba como el medio aceptado por el legislador para llegar a la conclusión sobre la existencia o inexistencia de los hechos investigados.

3.2. El principio de la unidad de la prueba.

Como los medios de pruebas aportados al proceso pueden ser múltiples, cuando concurren, por ejemplo, el testimonio, el peritaje, la confesión, los indicios, etc., todos ellos forman una unidad, un conjunto probatorio y como tal debe ser examinado y apreciado por el juez, confrontando los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, y concluyendo el juez conforme al convencimiento que de ellos globalmente se forme.

3.3. Principio de la comunidad de la prueba.

Lo que significa que la prueba no pertenece a quien la aporte, sino por el contrario, los medios de prueba aportados se hacen común a todas las partes y desde el momento que ellas produzcan la convicción o certeza del juez, la función del juez se reduce a aplicar la norma reguladora de la situación de hecho controvertida, con independencia de quien ha aportado la prueba.

Aunque cada parte presente defienda sus medios de prueba conforme a sus intereses, existe una unidad de fin y de función de esa prueba: obtener la convicción o certeza del juez, y suministrarle "los medios a fallar conforme a la justicia" (Mittermair)

3.4. Principio de interés público en la función de la prueba.

Como el fin de la prueba es llevar la certeza a la mente del juez, para que pueda fallar conforme justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso penal, la actividad pro-

batoria tiene igual naturaleza de orden público que la acción y la jurisdicción. A pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción.

3.5. principio de la contradicción de la prueba.

Se aplica al proceso judicial en su generalidad, lo que significa que la parte contra quien se opone un medio de prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de defensa, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba.

3.6. principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.

Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaños, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez.

3.7. principio de igualdad de oportunidades para la prueba.

Este principio es correlativo al de la contradicción y el juez tiene la obligación de propiciarla, no sólo a través del principio de la contradicción sino que significa la igualdad de oportunidad para presentar y pedir la práctica de pruebas, tengan o no como finalidad contradecir las pruebas aportadas por la parte adversaria. Este principio es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal, a consecuencia del cual se exige las mismas oportunidades para la defensa y la ausencia de privilegios; este principio general, se aplica conforme al otro principio general de la carga de la prueba; tomando el juez en consideración el efecto jurídico perseguido por cada una de las partes, sus pretensiones y excepciones.

3.8. principio de la legitimidad de la prueba.

La prueba debe provenir de un sujeto legitimado para aducirla, el juez, las partes principales, secundarias e interviniente.

3.9. principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.

Es ante el juez que deben someterse todos los medios de prueba, quien los admite, los pone en común y frente a quien las partes exponen todas sus alegaciones

Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado o personal del juez sobre los hechos. Y se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuales se fundamenta la sentencia estén establecidos con prueba aportadas al proceso por cualesquiera de las partes interesadas o por el juez, cuando fuere procedente, sin que el juez pueda suplirlas por su conocimiento personal o privado que tenga sobre los hechos y circunstancias de la causa, principio éste que salvaguarda otros principios fundamentales del proceso acusatorio de publicidad y contradicción, indispensables para la validez de todo medio probatorio en pro o en contra de los mismos, mediante este principio el debate probatorio adquiere el carácter de acto procesal de interés público.

Siguiendo la doctrina de Eugenio Florian: "...si bien el juez es libre en la formación del propio convencimiento final, no les es en cuanto a la fuente de que se sirve para el caso."

Podemos considerar como segundo principio: la eficacia jurídica y legal de la prueba. Es decir, que si la prueba es necesaria para el proceso penal, debe tener eficacia jurídica, para llevarle al juez la certeza sobre los hechos que sirven de base para la aplicación de la norma a los hechos objeto de la prueba, ya sea sobre la culpabilidad penal investigada y sobre las demás pretensiones de las partes. O sea, el juez libre o vinculado a la norma debe considerar a la prueba como el medio aceptado por el legislador para llegar a la conclusión sobre la existencia o inexistencia de los hechos investigados.

3.10. principio de la publicidad de la prueba.

En virtud de este principio el juez debe permitirle a las partes conocer los medios de pruebas admitidos, intervenir en su práctica, objetarlas, discutir las, analizarlas para poner presente ante el juez sus argumentos sobre su valor; y también significan que el examen y las conclusiones del juez sobre las pruebas deben ser conocidas de las partes y de cualquier persona con interés en la causa, conforme a la función social de la prueba; y este principio conlleva la necesidad de la motivación de la sentencia.³⁰

³⁰ Echandía, Hernando Devis, op. Cit p.290.

En nuestro sistema procesal los medios de prueba no están limitados por la ley, es lo que se denomina “numerus apertus”, Según afirma Muñoz

Sabaté, en su obra citada, el problema de la disponibilidad de las fuentes no radica tanto en el numerus, sino en el modus, es un problema típicamente procedimental.

Antes de referirnos a los distintos medios de prueba y su práctica, vamos a trabajar con los siguientes conceptos, que guardan relación directa con los mismos y lo hacen más comprensible.

Concepto de fijación: Comprende la traslación y representación de los hechos en el proceso, valiéndose de determinados instrumentos y actividades que en derecho probatorio solemos conocer como medios de prueba. Que en un sentido más amplio abarca otros instrumentos y actividades inespecíficamente normados, como la prueba de informes, la exhibitoria, la exploratoria, entre otros.³¹

Thema u objeto de la prueba: hechos sobre los cuales habrá de decidirse, mediante los instrumentos y actividades, para fijar los hechos controvertidos que son los medios de prueba.

3.11. fuente de prueba

O sea, los hechos percibidos por el juez, los cuales éste obtiene, mediante una operación mental, el conocimiento de esos mismos hechos o de otros que interesan al proceso y esta fuente de prueba consiste, por lo general, en hechos diferentes de los que se trata de probar, sea que lo representen o que solamente lo indiquen, por ejemplo, como en la prueba indiciaria.

3.12. motivos o argumentos de prueba

Son las razones que el juez deduce de las fuentes de prueba, para reconocer o negar determinado valor de convicción a las pruebas, consideradas aisladamente o en su conjunto; constituyen la explicación de por qué el juez considera que un hecho es prueba del otro o de sí mismo y el fundamento de la fuerza de convicción de las diversas pruebas.

Según la concepción de Luis Muñoz Sabaté, exteriorizada en su obra Técnica Probatoria: la expresión medios de prueba la sustituye por instrumentos probáticos, pues la considera más científica y menos sujeta a con-

³¹ Muñoz Sabaté, Luis, Teoría Probatoria, editorial Temis. S.A., Colombia, 1997, pp. 273 y 95.

fusiones, Tales instrumentos los identifica con realidades materiales capaces de producir una representación de determinado hecho histórico y los clasifica en testimonio, documentos y piezas; y otros medios de prueba, como la pericial, de reconocimiento, y de presunciones, son para él actividades intelectivas de carácter perceptivo o estimativo.

Desde el punto de vista doctrinario podemos citar diferentes concepciones sobre los medios de prueba, que nos permite ampliar la visión de medio de prueba:

Para RUPP es: El medio intermedio entre el hecho, objeto de la prueba, y la certeza del juez.

CARNELUTTI : El contacto entre el juez y la realidad, a la cual se juzga.

HUSLER: Considera como únicos medios de prueba los que son producidos por las partes y sostiene que son medios de conocimiento los medios que el juez busca, elige o presenta por sí mismo.

FAUSTIN HELIE: " ... no deben confundirse los hechos que prueban y los medios de prueba. Los hechos que prueban son todos los hechos que pueden constituir prueba, esto es, los indicios, las presunciones, las declaraciones, los conceptos o dictámenes, las circunstancias indicativas, en fin, todos los documentos y las revelaciones útiles para establecer la verdad del hecho incriminado. Los medios de prueba son los órganos a través de los cuales estos hechos llegan al juez, los instrumentos de su verificación, las medidas que aquel puede ordenar para llegar a su comprobación judicial.

EUGENIO FLORIAN: "Ordinariamente se considera medio de prueba todo lo que sirve para establecer la verdad de un hecho que tiene importancia para la sentencia, es decir, todo lo que se presenta a la razonable convicción del juez; en suma, el medio de prueba es un medio de conocimiento." "En definitiva, medio de prueba es la operación en virtud de la cual se verifica el contacto, directo o indirecto, entre el juez (juntamente con los demás sujetos procesales) y el objeto de la prueba."³²

Los medios de prueba podemos considerarlos desde dos puntos de vista: Primero: entendido como: la actividad del juez o de las partes, mediante la cual el juez obtiene el conocimiento de los hechos del proceso y, por lo tanto, de las fuentes donde se extraen los motivos o argumentos para lograr la convicción del juez sobre los hechos objeto del proceso, ya sea mediante la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen

³² Florian, Eugenio, Op. Cit. P. 169 y 55.

del perito, la inspección o percepción del juez, la narración contenida en el documento, la percepción e inducción en la prueba de indicios.

Segunda acepción: como los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de indicio..

Los medios de pruebas pueden clasificarse partiendo de diferentes criterios:

Según que los medios de prueba estén establecidos taxativamente por la ley (sistema de prueba legal) o que se deje a la libre admisión y apreciación del juez (sistema de la prueba libre): en el caso del sistema de la prueba legal se regula el mérito de convicción de los medios de prueba y las clases de medios que pueden emplearse. El sistema de la prueba libre está consagrado en las legislaciones modernas como en la Argentina y Alemania, que es un complemento ideal al sistema de la libre apreciación de la prueba.

Los tratadistas han clasificado los medios de prueba atendiendo a diversos criterios y nos permitimos citar algunos de ellos:

3.13. pruebas reales.

Son los medios probatorios constituidos por cosas u objetos, tales como las huellas materiales del crimen, los documentos o escritos públicos y privados, el cadáver de la víctima, etc.

3.14. pruebas personales.

Los que tienen en la persona humana la fuente o elemento esencial de la prueba, como ocurre con el testimonio, la confesión, la declaración de la parte, y el dictamen del perito.

3.15. pruebas históricas.

Los que sirven para comprobar el hecho con inmediata posterioridad a su acaecimiento. La inspección judicial de la escena del crimen, el interrogatorio de los testigos presenciales, ya que son medios aptos para la reconstrucción histórica del hecho investigado.

3.16. pruebas absolutorias y condenatorias.

Según tengan por finalidad demostrar la inocencia o culpabilidad del acusado. Ejemplo de las primeras: la legítima defensa, el estado de necesidad.

3.17. pruebas simples y compuestas.

Las primeras son aquellas que por sí solas se entienden suficiente para demostrar el hecho, verbigracia los testigos. y los segundos, exigen o pueden exigir el concurso de otros medios, por ejemplo la inspección del juez, auxiliado con peritos, testigos, careos, etc.

3.18. pruebas perfectas.

Son aquellas que reúnen todos los requisitos legales para que puedan catalogarse como pruebas. Y las imperfectas, son las que adolecen de vicios e irregularidades que impiden su valoración, también se les denomina inválidas.

Otra clasificación se hace partiendo de que la ley puede prohibir determinados medios, en general o para ciertos hechos en particular; aún dentro del sistema de libertad de medios de prueba, existe prohibición implícita, cuando haya razones de moral, o se violen derechos subjetivos, que la ley ampara, entonces puede hablarse de medios lícitos o permitidos e ilícitos o prohibidos. Por ejemplo, son ilícitos el narcoanálisis, el hipnotismo para obtener la confesión judicial.

Consideramos con Florian que la clasificación verdadera y fundamental de los medios de prueba es aquella que se fundamenta, según que el conocimiento del juez sea directo o inmediato, o sea por sí mismo, o indirecto o mediato, a través de personas que han percibido o conocido los hechos u objeto de la prueba.

Esta clasificación capta el medio de prueba en su génesis y en su posición decisiva, en su manifestación en el proceso, pues se refiere al modo como se efectúa el contacto entre el juez y el objeto de prueba.³³

En esta clasificación predomina el principio de intermediación y se aplica el método de la observación directa o indirecta de parte del juez de los hechos controvertidos.

Nos referiremos a continuación, de una forma somera, a los medios de pruebas que podemos calificar de clásicos:

3.19. El testimonio.

“Es un medio de prueba mediante el cual el juez y los demás sujetos procesales pueden aprehender el objeto de la prueba mediante informes de otras personas que no están vinculados al proceso por ningún interés originado en las relaciones jurídicas que en él se ventilan.”³⁴

³³ Florian, Eugenio, Idem.

³⁴ Florian, Eugenio, op. Cit. P. 200.

El testigo es una persona que relata lo que ella misma hizo, y, más frecuentemente, que relata acontecimientos, que suministra datos de hecho o refiere representaciones de cosas percibidas con sus propios sentidos. Y que cualquier persona normal, situada en sus mismas circunstancias habría percibido o podido percibir.

El testigo transmite al juez el resultado de sus percepciones y le suministra el dato de la realidad como si él la hubiera percibido.

La prueba testimonial ha sido utilizada como medio de prueba por excelencia y su uso ha alcanzado especial preponderancia cuando el sistema de prueba se ha fundamentado en la íntima convicción.

El principio es que toda persona que posea cierto grado de discernimiento puede actuar como testigo; la capacidad se presume. Podemos indicar como excepciones a esta regla, las siguientes: a) Las personas que han sido condenadas por la comisión de ciertas infracciones, como las personas condenadas a pena aflictiva e infamante, hasta su rehabilitación; b) Los incapaces mentales; c) Las personas ligadas al inculcado por lazos de parentesco o afinidad (Artículos 156, 189 y 254 del Código de Procedimiento Criminal); d) Los denunciados recompensados pecuniariamente.

Los testigos tienen la obligación de comparecer y satisfacer a la citación, salvo los casos de dispensa de ciertos parientes del acusado y de funcionarios, según el artículo 371 del Código de Procedimiento Criminal.

Como medio de prueba que tiende a la búsqueda de la verdad, el testimonio ha sido rodeado de mecanismos para asegurar la sinceridad del testimonio, entre cuyas formalidades substanciales está la prestación del juramento.

En el proyecto del nuevo Código Procesal Penal, se han incorporado las siguientes innovaciones con respecto al medio de prueba testimonial:

Además de la obligación del testigo de obtemperar a la obligación de comparecer a la citación y de declarar la verdad, el testigo no queda liberado de decir la verdad, cuando invoque erróneamente su deber de abstención, caso en el cual el tribunal o el ministerio puede ordenar que haga su declaración/. (Art.199).

La facultad de abstención se limita al cónyuge, y se agrega el conviviente del imputado; y los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, así como quienes deben guardar el secreto (Arts. 201 y 202).

En cuanto a la comparecencia de testigos residentes en un lugar lejano, se le debe proveer de medios económicos para su traslado (Art.203).

Se han creado las figuras: a) del testigo reticente, aquel que se niega a declarar, quien puede ser compelido, bajo pena de una multa equivalente a treinta días de salario base de un juez de primera instancia (Art.204); b) testigos especiales: partiendo de los criterios circunstancias de vulnerabilidad, en cuyo caso debe recibirse el testimonio en privado, y con la asistencia de familiares o personas especializadas (Art.207); c) testigos residentes en el extranjero, se ha innovado con las reglas de cooperación internacional, en este caso se le puede requerir la autorización del Estado en que se encuentre el testigo, para que sea interrogado por el representante consular o por el juez que conoce de la causa o por un representante del ministerio público, quienes proceden a trasladarse a fin de ejecutar esta diligencia procesal (205).

Otro dato que debe resaltarse como concordante con el principio constitucional (derecho humano) de la libertad de creencia estableciéndose en el "Art. 206. Forma de la declaración. Antes de iniciar su declaración el testigo es informado sobre sus obligaciones, de la responsabilidad derivada de su incumplimiento y según su creencia presta juramento o promesa de decir la verdad."³⁵

En la proyecto del nuevo Código Procesal Penal se ha salvado del vigente, inspirado en el Código de Instrucción Criminal francés se han mantenido aquellos principios que nacen de un criterio racional, pro consiguiente objetivo, y se ha armonizado con aquellos principios constitucionales, en cuanto al respeto a los derechos humanos, que han sido reforzados por los convenios internacionales de los cuales hemos adoptado, y, por consiguiente, integrantes del ordenamiento jurídico dominicano, que en este sentido tiene un alcance universal.

3.20. El peritaje.

Es el medio de prueba, particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica.³⁶

Como sabemos el peritaje es el medio de prueba idóneo cuando en el proceso penal se presentan cuestiones para cuya solución es preciso poseer determinados conocimientos científicos, técnicos o artísticos, para comprobar hechos de cierta naturaleza, por ejemplo en los casos de violación, establecer la virginidad de la víctima, las consecuencias psicológicas; configurar la característica de algunos hechos para dejar tipificada la infracción como en casos de procedimiento médico inadecuado.

³⁵ Proyecto de Código Procesal Penal.

³⁶ Florian,Eugenio, op, cit. P. 351.

El Código de Procedimiento Criminal vigente, sólo trata del peritaje con motivo del flagrante delito, Art. 43, que dispone: "en caso necesario puede el fiscal hacerse acompañar de una o dos personas a quienes, en razón de su profesión o arte, se les presume capaces de apreciar la naturaleza y las circunstancias del crimen o del delito."

Asimismo, en el Art. 44, se prevé someramente: " Cuando se trate de una muerte violenta, o cuya causa sea desconocida y sospechosa, el fiscal se hará acompañar de uno o dos médicos, quienes informarán respecto a las causas de la muerte y al estado del cadáver. Los individuos llamados por el fiscal, en los casos del presente y del anterior artículo. Prestarán ante el mismo juramento de proceder al examen y dar su relación, según su honor y conciencia."

Y el Art.148 se refiere al peritaje en los términos siguientes: "El alcalde podrá, antes del día de la audiencia, a requerimiento del ministerio público, o de la parte civil, justipreciar o hacer que se justiprecien los perjuicios; redactar u ordenar que se lleven a efecto todos los actos que exijan celeridad."

O sea que el peritaje está insuficientemente normalizado en materia penal.

Como sabemos, el peritaje puede ser ordenado y el perito designado por el Juez de Instrucción, por la jurisdicción de juicio y por el Fiscal en caso de flagrante delito.

En cuanto a la designación de los peritos, es jurisprudencia constante que: "... en materia penal la designación de los peritos corresponde exclusivamente a los jueces que tienen la misión de instruir y de juzgar la causa, sin que el inculpado tenga el derecho de controlar de ningún modo la elección hecha por los jueces."³⁷

Como analizaremos en el Proyecto del nuevo Código Procesal Penal, se hace una detallada reglamentación que viene a suplir los vacíos y lagunas de este medio de prueba fundamental para la consecución de la verdad judicial.

Se conceptúa el peritaje como el medio para descubrir o valorar un elemento de prueba cuando sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, cuya prueba debe ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes (Art.209).

Las innovaciones se destacan en cuanto a "la calidad habilitante", en cuanto a las incapacidades, (Artículos 210, 211).

³⁷ Suprema Corte de Justicia, 14 de agosto de 1957, B. J. 565 p. 1650.

Un aspecto que debemos destacar es en cuanto al nombramiento de los peritos, que expresamente determina que deben ser designados por el juez o tribunal, o por el ministerio público en la etapa preparatoria, siempre que no se trate de un anticipo jurisdiccional de prueba. Se determina el número de peritos según la complejidad de las cuestiones planteadas y se oyen la sugerencia de las partes (Art.212); y se atribuye facultad a las partes de proponer peritos en reemplazo del ya designado o para que dictamine conjuntamente con el designado por el tribunal; pudiendo las partes proponer temas para el peritaje y objetar los admitidos o propuestos por otra parte (Art.214); y en apoyo al derecho constitucional de defensa, a las partes se les permite asistir a las diligencias, asesoradas por sus consultores técnicos, solicitar aclaraciones, con la obligación de retirarse cuando los peritos inicien sus deliberaciones (Art.217).

Se reglamenta lo relativo al dictamen pericial y, en caso necesario, nuevos dictámenes, se ha creado la modalidad en el peritaje del "Auxilio Judicial" (Art.220), en que el juez o ministerio público, según la naturaleza del acto, puede ordenar la presentación o el secuestro de cosas y documentos, así como la comparecencia de personas, si fuere necesario, para llevar a cabo las operaciones de peritaje.

Otra innovación es la "Pericia cultural" (Art. 222), con relación a las pautas culturales de un grupo social, a los fines de valorar adecuadamente su responsabilidad penal.

El peritaje específico de la autopsia, en el informe a rendir, debe incluirse no sólo la causa de la muerte, sino además los estados patológicos pre-existentes, la forma módico legal del hecho y del momento en que se produjo.

Otra novedad es que el informe pericial se puede incorporar al juicio por su lectura, sin perjuicio de que las partes soliciten la presencia del perito en la audiencia y que las partes y sus consultores técnicos pueden participar en el desarrollo del peritaje. (Art. 223)

Además de la prueba documental, se han diversificados y revalorizados los documentos expresamente elaborados para la comprobación de las infracciones ya sean actas o procesos verbales, sometiéndolos a un mayor control de parte del juez, lo que representa un reconocimiento y defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; como ejemplo tenemos, actas levantadas con motivo del registro de personas (Art.181); registros colectivos (Art. 1.82); registro de moradas y lugares cerrados ; allanamientos (Arts. 181 y siguientes).

Otros medios de prueba expresamente establecidos en el proyecto de referencia, son los denominados reconocimientos de documentos, objetos, personas (Arts. Del 224 al 227), y el careo, que ha adquirido personalidad jurídica propia (Art. 228).

4. intervención del juez o tribunal en la práctica de la prueba.

Compartimos la idea de Luis Muñoz Sabaté: “Siempre debe ser factible traer el instrumento (medio de prueba) a la litis o que el juez se desplace al lugar donde aquel se encuentra. Pero una vez lograda esa traslación, nadie puede asegurar al juez que el instrumento, como toda cosa que se da en la vida, no adolezca de ciertos defectos que repercuten a la postre en la historificación del hecho. El instrumento puede haber sido amañado maliciosamente, para suministrar una representación equívoca de la realidad, y ser por tanto, un instrumento falso. O puede haber sencillamente recogido o conservado mal determinada huella, y ser un instrumento erróneo”.³⁸

“De ahí que una misión previa del juzgador consista en cerciorarse del buen estado del instrumental (medio de prueba) que habrá de utilizar para la prueba, practicando en consecuencia, lo que nosotros llamamos una crítica de los medios e instrumentos y que no deja de ser una prueba tendente a comprobar el instrumento de la comprobación”.³⁹

Ya vemos pues, como la depuración del instrumental probático es el presupuesto más necesario para asegurarse unos buenos resultados en la búsqueda de la verdad.⁴⁰

Continuaremos este aspecto de la intervención del juez o tribunal en la práctica de la prueba con una visión global de la función del juez en la praxis probatoria, la cual debe evitar un criterio puramente subjetivo y personal y regirse por criterios objetivos y sociales, para que la interpretación y valorización, que el juez dé de los medios de prueba, puedan ser compartidos por las personas capaces que los conozcan.

El juez debe evitar la ignorancia, la pereza intelectual, debe dejarse asesorar por la jurisprudencia y la doctrina y en ocasiones por expertos, evitar, asimismo, dejarse llevar por simpatías y antipatías, el principio esencial de la imparcialidad del juez, el limitarse a la primera impresión que dejan los medios de prueba o el descuidar un examen de conjunto y el omitir una adecuada clasificación de los mismos.

Siguiendo la concepción de Hernando Devis Echandía: en el examen de la prueba es donde radica principalmente el concepto de justicia o injusticia que deja la sentencia en el lector imparcial. (Echandía, Hernando Devis, idem)

³⁸ Muñoz Sabaté, Luis, idem. P. 58.

³⁹ Muñoz Sabaté, Luis, idem. P. 58.

⁴⁰ Muñoz Sabaté, Luis, idem. P. 58.

Es oportuno citar a Cossio: "La sentencia nos convence cuando: ... La verdad toma el modo de fuerza de convicción como una intrínseca calidad de la sentencia misma" (Cossio, Teoría de la Verdad Jurídica, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1954, Págs. 224 y SS.)

La verdad jurídica es una verdad estimativa. Si se duda de la imparcialidad del juez ese concepto se traduce en arbitrariedad judicial y éste es el error inexcusable o "error jurídico en su máximo potencia."

El proceso es un conjunto de actos que emanan de personas físicas y estos actos deben concatenarse entre sí y fundirse de conformidad con los principios de concentración, por lo que los diversos sujetos procesales se aproximan entre sí. El de inmediación, en virtud del cual deben someterse ante el juez todos los medios de prueba, quien los admite, los pone en común y frente a quien las partes exponen todas sus alegaciones a favor o en contra de los mismos, mediante este principio el debate probatorio adquiere el carácter de acto procesal de interés público, como ya se ha dicho previamente.

Este principio general de inmediatez del proceso acusatorio se acrecienta con la práctica de la prueba, especialmente en el juicio oral, que imponen la recepción de la prueba en audiencia pública ya sean presentadas por las partes o de oficio por el juez, cuando esto sea autorizado por la ley. La inmediación permite al juez una mejor apreciación de los medios de prueba como en la testimonial, peritaje, inspecciones judiciales.

Desde un punto de vista concreto la intervención del juez o del tribunal en la práctica de la prueba está condicionada por una serie de reglas de procedimiento probatorio como lo son:

El principio de la carga de la prueba está enunciado en el artículo 1315 del Código Civil, que es la prueba de las obligaciones: "El que reclama la ejecución de una obligación debe probarla", que en nuestro ordenamiento jurídico tiene una aplicación general. A consecuencia de este principio, la carga de la prueba está a cargo del demandante, lo que se expresa en la máxima latina: "Actori incumbit probatio" lo que crea la obligación en el demandante de probar los hechos que alega; en la acción pública le incumbe al Ministerio Público, como acusador el fardo de la prueba; a la parte civil aportar la prueba de sus pretensiones civiles.

De manera correcta, el referido artículo 1315 en su segundo párrafo expresa: "... el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación, lo que se compensa en la máxima: "Reus in excepiendo fit actor".

Este desplazamiento de la prueba no se aplica en materia penal al inculgado ya que este se beneficia del principio de la presunción de inocencia

“Y él artículo 8, numeral 2, letra J, de la Constitución, le prohíbe declarar contra si mismo.

4.1. La carga de la prueba.-

Es la que determina que hechos, entre los que forman el *thema probandum* (o sea, lo que en cada proceso debe probarse), le interesa probar a cada parte, y es por lo tanto una noción subjetiva, más restringida aún y que sirve de sucedáneo de la prueba, en cuanto le indica al juez, a quien principalmente está dirigida, como debe fallar cuando en el proceso no encuentra la prueba de un hecho determinante de la solución jurídica que necesita adoptar.⁴¹

Que es una regla para el juez o regla de juicio, porque indica como debe fallar cuando no encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de las pruebas de tales hechos; y, por otro aspecto,

4.2. presunciones legales.

Jurídicamente presumir es deducir conclusiones de una regla establecida o de hechos conocidos. En el Art.1349 del Código Civil establece como presunción: “... Las consecuencias que la ley o el magistrado deducen de un hecho conocido a uno desconocido.”⁴² (Código Civil de la República Dominicana)

Existen diversos tipos de conclusiones según el criterio que se adopte:

Según su origen se dividen en presunciones legales y de hecho. Las legales constituyen verdaderas dispensas de pruebas en provecho de quien han sido establecidas: la presunción según la cual se consideran hijos del marido los hijos de la esposa nacidos dentro del matrimonio; las de hecho, también se denominan indicios, y son verdaderos modos de pruebas y resultan de los hechos mismos.

Otra división se fundamenta según quien puede invocarla: las que benefician a la inculpación y las que benefician al inculpado; como ejemplo de las primeras podemos citar el Art.61 del Código Penal, que presume como cómplice a todos aquellos que conociendo la conducta criminal de malhechores que realizan salteamientos o violencia contra la seguridad del Estado le dan habitualmente alojamiento, escondite, etc. Y como ejem-

⁴¹ Echandía, Hernando Devis, op. Cit p.186.

⁴² Código Civil de la Republica Dominicana.

plo de las segundas, podemos citar el Art. 380 del Código Penal, que beneficia al inculpado cuando existe lazo de parentesco o afinidad lo que le quita el carácter criminal a la sustracción.

En consecuencia, se puede admitir, sin discusión, que son absolutas, y por tanto, inatacables las presunciones establecidas en un texto legal que califican la naturaleza de un hecho o afirman su existencia, como sucede con la presunción de complicidad del Art. 62 del Código Penal.

“Las presunciones *juris et de jure* se oponen de manera decisiva a la prueba de ciertos hechos y por lo mismo limitan el objeto de la prueba, contemplan hechos cuya existencia deduce la ley simple y llanamente de la existencia de otros hechos, cuando estos se hallan comprobados; es decir de la comprobación de un hecho el legislador deduce la obligación del juez de considerar, sin más acá ni más allá que existe o no existe otro hecho. (Florian, pag.156)” Como ejemplo de este tipo de presunción podemos citar la de inimputabilidad de los menores de dieciocho años.

La clasificación de las presunciones que nos interesa es aquella que se basa en la fuerza probatoria de las presunciones, en absolutas o *juris et de jure* que no admiten prueba en contrario y las relativos o *juris tantum* que si la admiten.

Modifican las normas comunes acerca de la prueba y aportan limitaciones a la libertad de la prueba. Las presunciones legales tienen como elemento común que incorporan una apreciación preestablecida de ciertos hechos, o sea, que el significado de ciertos hechos está determinado por disposición legal, ya sea en forma absoluta o relativa.

Partiendo de esta idea se clasifican en presunciones absolutas (*juris et de jure*) y se refieren al objeto de la prueba; mientras que las relativas (*juris tantum*), no descartan la prueba y únicamente se refieren a la apreciación, que es relativa y condicional.

4.3. hechos no controvertidos.-

El límite de la comprobación del juez está en los hechos no controvertidos.

Otros de los límites del juez son las presunciones legales: verdad jurídica impuesta por la ley al juez.

Fijación de los hechos controvertidos, esta es la función del juez por mediación de la valoración y apreciación de los medios de prueba cumplidos conforme a los principios ya examinados y que permiten la realización del proceso debido.

4.4. hechos notorios.-

"Aquel que por su general y pública divulgación no necesita ser probado."⁴³

Sobre los hechos notorios, ha expresado Calamandrei": Se trata de hechos tan generalmente conocidos e indiscutidos que el exigir para ellos la práctica de las pruebas no aumentaría en lo más mínimo el grado de convicción que el juez y las partes deben tener de su verdad".

4.5. criterios de valoración de la prueba: íntima convicción y la regla de la sana crítica. -

El fin del proceso es la realización del derecho, su declaración y aseguramiento, el mantenimiento de la paz justa, pero jamás el conocimiento de la verdad con certeza.⁴⁴

Vamos a comenzar por conceptuar sobre la valoración de la prueba: " Por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez; pero de ordinario es que se requieran varios, de la misma o de distinta clase, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso, o sobre los simplemente afirmados en el voluntario."⁴⁵

Cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba nos referimos a su estudio crítico en conjunto, tanto de los varios medios aportados por una de las partes para fundamentar sus argumentos a favor de sus pretensiones, como las allegadas por la otra para desvirtuarla u oponer otros hechos o sobre las oficiosamente aportadas por el juez.

La apreciación o valoración de la prueba es una actividad procesal exclusiva del juez y las partes: Ministerio Público, acusado, parte civil, persona civilmente responsable, intervinientes, tienen únicamente una función de colaboración, presentando sus puntos de vistas en alegaciones o por escrito.

Como dijimos que la apreciación o valoración es una operación mental es compleja y variable en cada caso, que pasa por las fases de percepción, representación o reconstrucción y razonamiento.

⁴³ Muñoz Sabaté, Luis, op.cit. p. 24.

⁴⁴ Muñoz Sabaté, Luis, op.cit. p. 24

⁴⁵ Echandia, Hernando Devis, op. Cit, p. 286

En la percepción el juez entra en contacto con los hechos, ya sea directa o inmediatamente, es una actividad sensorial: ver, oír, oler, palpar o de modo indirecto, mediato, a través del relato que de los hechos hacen la parte que confiesa, los testigos, los peritos, el documento, el hecho conocido o indicios.

La representación o reconstrucción es la fase siguiente a la percepción individual de cada medio de prueba, y esta operación mental se consolida mediante el método de la representación o reconstrucción histórica, partiendo del conjunto de los medios de prueba admitidos, teniendo el juez el cuidado de que no quedan lagunas u omisiones que distorsionen la realidad investigada o desnaturalicen la misma.

La metodología, generalmente, empleada por el juez es la histórica, de ahí que se equipare al juez con el historiador, lo que se justifica por el carácter retrodictivo de ambas ciencias que tienen por objeto la reproducción de un hecho o suceso transcurrido en tiempo pasado. (Luis Muñoz Sabater. Ver pág. 355).

La identidad entre la historia y el derecho no es absoluta, según manifiesta Calamandrei. El juicio del magistrado, como del historiador, se apoya en el conocimiento de datos concretos y el campo dentro del cual puede moverse el juez está delimitado por la ley. Por ejemplo el historiador escoge el objeto de sus investigaciones, el juez debe resolver según el hecho alegado (*secundum allegata*).

El derecho probatorio requiere casi siempre reproducir un pequeño trozo de historia, situado en unas coordenadas, tiempo-espacio, que hay que perfilar y determinar con mucha exactitud, de modo que los instrumentos de que se vale el juez deben ser de mayor precisión que los empleados por el historiador (*Idem*).

Para la reconstrucción de los hechos el juez realiza una operación intelectual, de raciocinio o razonamiento, tanto en la observación directa de los hechos como los percibidos indirectamente, infiere las consecuencias jurídicas que lo llevan a la certeza sobre lo probado. Estas tres etapas en la práctica jurídica se desarrollan sucesivamente, según un orden lógico.

Cuando se hacen inferencias de los hechos, cosas o personas observadas o se califican los casos particulares según las reglas de la experiencia empleamos el método inductivo o deductivo, respectivamente.

De ahí que los autores estén de acuerdo que en la valoración de la prueba sobresale la lógica (Framarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Carnelutti, *La Prueba Civil*. Florian, *De la Prueba Penal*. Gorkhe, *De la apreciación de la Prueba*.)

Sin lógica no puede existir valoración de la prueba y es indispensable para el correcto razonamiento. Para hacer inferencias sobre hechos, cosas o personas observados, se hace mediante el método inductivo; y a la inversa, cuando se califican los hechos concretos partiendo de principios generales de derecho o de la experiencia, se utiliza el método deductivo, que son principios generales de la lógica.

Como expresa Echandía, no se trata de una lógica especial, diferente a la común o general, porque las leyes de la lógica son unas mismas, cualquiera que sea la materia en que se aplique. La actividad lógica aplicable a la prueba tiene que basarse en la experiencia, y que se aplica a casos concretos, por lo cual nunca se tratará de elucubraciones teóricas o razonamientos a priori.

La guía principal del juez en toda valoración probatoria la constituye, las máximas de experiencias, que Stein también denomina " o sea juicios fundados en la observación de lo que comúnmente ocurre y que pueden ser generalmente conocidos y formulados por cualquier persona de un nivel mental medio y en un determinado círculo social; leyes física, morales, sociales, psicológicas, científicas.

4.6. criterios de la evaluación de la prueba.-

Desde el punto de vista de la libertad dada al juez para la valoración de la prueba, y, dependiendo de la mayor o menor atadura del juez a la ley, para la reconstrucción del relato conforme a la norma a aplicar nos vamos a referir al sistema de la prueba legal y al de la íntima convicción del juez.

4.7. el sistema de la prueba legal.-

Los criterios de la prueba legal están destinados a limitar el poder del juez, a sustituir al juez por el legislador, y por consiguiente, a señalarle al juez el camino en forma minuciosa; la credibilidad del medio de prueba era pesada y medida por la ley, no por el juez; no obstante ser el juez el amo y señor del proceso; la ley intervenía para establecer el control previo para su admisión y apreciación.

Cuando las normas procesales le dan al juez indicación precisa acerca de cómo tiene que estructurar la información obtenida de los medios de prueba admitidos y discutidos por las partes, o sea, que obligan al juez a estructurar la información dentro del marco legal fijado por las normas procesales. Por ejemplo sobre el valor de los documentos: según su clasificación en auténticos, bajo firma privada y simples datos, haciendo los primeros fe máxima, hasta inscripción en falsedad.

4.8. Intima convicción.-

En oposición al sistema de la prueba legal, existe el de la libre apreciación de la prueba, donde se le confiere al juez la potestad para determinar sobre la admisión de las pruebas y sobre la valoración de las mismas, dentro de los límites de la legalidad, para definir por sí mismo el valor de ellas, el grado de certeza o certidumbre para forjar su convicción; este método, también se denomina el de la certeza moral, o de la íntima convicción.

Con arreglo al método de la libre convicción el juez debe examinar y apreciar todos los medios de pruebas de conformidad con su raciocinio y su conciencia; los medios de prueba tienen por lo general un contenido material, del cual deduce sus consecuencias el juez, para la obtención de la verdad judicial.

4.9. sana crítica.-

Para Eugenio Florian en el proceso de la valoración de la prueba, según el sistema de la de la libertad de apreciación, son utilizables los métodos de la investigación histórica, que tiene por meta la comprobación de la verdad: el encuadramiento del hecho en el derecho, lo que implica una operación lógica, la absorción del primero en el segundo.

Además la investigación judicial es eminentemente psicológica, por tratarse de juzgar a un hecho humano, por lo que el juez debe apoyarse en los criterios psicológicos, que pueden aportar nuevos y preciosos factores para la apreciación de los elementos de prueba; remontándose de este modo, la investigación judicial a las cimas del razonamiento y se expande por en el dominio de la sique humana. Siendo el objeto del convencimiento del juez luego de la libre operación probática, determinar la existencia o inexistencia de la imputación.⁴⁶

Siguiendo el orden de ideas de Eugenio Florian": Las pruebas se aprecian de acuerdo con el raciocinio y la conciencia."

El libre convencimiento o íntima convicción debe combinarse con los fines del proceso, y, en este se trata de obtener que la apreciación de las pruebas se haga con arreglo a la verdad, el método del libre convencimiento debe siempre fundarse en pruebas lícitas.

Según Couture, el principio que exige valorar la prueba de acuerdo con "las reglas de la sana crítica", se aplica a todos los medios y no exclusivamente al testimonio. Por ejemplo, las presunciones del hombre y los indi-

⁴⁶ Florian, Eugenio, op. Cit. P. 408.

cios se basan en esas reglas de la sana crítica: “preceptos de higiene mental, que tienden a depurar la reflexión del juez sobre los frecuentes equívocos en que puede incurrir. Para que el juez pueda apreciar la “mayor o menor relación o conexión entre los hechos que la constituyen (presunciones no legales) y el que se trata de averiguar”, con el carácter necesario que un solo indicio presente, o el valor de una sola presunción del hombre, o correlación, gravedad y precisión de varios indicios no necesarios, debe recurrir no solo a la lógica, sino a la psicología para el examen de sus propias reacciones e impresiones ante tales hechos.

Esas reglas de la sana crítica constituyen, pues, “un estándar jurídico”, un criterio permanente y general para la valoración de la prueba judicial, pero no son inflexibles ni estáticas, porque son tomadas del normal comportamiento social e individual, está sujeto a la ley de la evolución cultural, técnicas, científicas, moral y económica. Su naturaleza y flexibilidad son similares a las de “las reglas o máximas de la experiencia”, que sirven para la formación del criterio del juez y de las partes en la tarea de conocer los hechos a través de la prueba aportada y para llenar su deficiencia, por lo cual creemos que aquellas son una especie de éstas, que se refieren a la valoración de la prueba y son razones especiales para su mejor entendimiento.

Por eso dijimos entonces que las reglas o máximas de experiencia le sirven al juez para rechazar las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretenden obtener de los indicios, y hasta el dictamen de peritos, cuando están en contradicción con ellas.

Para concluir con la valoración de la prueba expondremos que el grado y límite de la fuerza o valor probatorio de los medios de pruebas admitidos sometidos a los principios precedentemente señalados, específicamente los de la legalidad, oralidad, publicidad e inmediatez, no tienen siempre un mismo grado de eficacia probatoria.

La intensidad de la fuerza o eficacia probatoria resultante de las operaciones mentales requeridas para su apreciación será proporcional al efecto que ella producirá en la conciencia del juez.

Es ilustrativo citar al doctrinario Framarino dei Malatesta cuando resume las distintas fases por la que transcurre el juez en su actividad de lograr su convicción: “En estado de ignorancia, es decir, de ausencia de todo conocimiento; en estado de duda, en sentido estricto, que es conocimiento alternativo, que encierra en sí, por igual el sí y el no; en estado de probabilidad, o sea de predominio del conocimiento afirmativo; y en estado de certeza, que es el conocimiento afirmativo triunfante.”

En el proyecto del nuevo Código Procesal Penal en su Art.177, al respecto de la valoración de la prueba establece lo siguiente: “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 la 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.”

5. especial referencia a los casos más problemáticos: declaración de la víctima, testigos policiales, menores, declaración de coimputados, peritajes oficiales.

Dentro del conjunto de las pruebas en el proceso penal la prueba más utilizada es el testimonio por ser la que mejor se adapta al método histórico que es el idóneo para la reconstrucción de los hechos, para la solución del caso concreto según el presupuesto de la norma general, ya que generalmente la manifestación de la delincuencia no se presta a la prueba preconstituida y a otros medios de pruebas dominados por criterios puramente formales como serían los documentos escritos, juramento, etc.

Como vimos precedentemente, en la prueba testimonial el órgano de prueba es el testigo; el testigo y el testimonio aparecen como dos expresiones de un mismo concepto y partiendo de los elementos mínimos que caracterizan e individualizan a uno y otro, Eugenio Florian, los enumera como sigue: a) el testigo es una persona física; b) a quien se le ha citado al proceso; c) a decir lo que sepa del objeto de aquel, o sea, sobre los hechos que se le someten al juez; y d) con el fin de establecer la prueba.

Conforme esta última característica, el fin del testimonio es establecer una prueba, o sea suministrar elementos de prueba; narran hechos según lo que saben y que los mismos merezcan credibilidad, o sea, que sean sinceros, que lleven certidumbre al juez, de ahí la obligación moral y legal del testigo de decir la verdad, para lo que se ha establecido, como formalidad substancial, prescrita a pena de nulidad, la obligación de prestar juramento, en materia criminal de “hablar sin odio y sin temor y decir toda la verdad, y nada más que la verdad” (Art. 246 del Código de Procedimiento Criminal); y, ante la jurisdicción de instrucción (Art. 75 ídem) en materia contravencional y correccional (155 ídem), el juramento consiste de: “decir toda la verdad y nada más que la verdad”

Desde el punto de vista de que en todo testimonio hay en esencia una declaración, una narración de hechos; esta información podría ser aportada al tribunal por la víctima, testigos policiales, menores, coimputados o bien por mediante un peritaje oficial.

¿Podemos calificar de testimonio válido las declaraciones dadas ante el tribunal por esos órganos?

En cuanto a la declaración de la víctima, analizaremos someramente el concepto de testigo, desde la vertiente de que se defina al testigo como un tercero, como una persona distinta a los sujetos procesales, distinta de las partes o ajenos a ella o distante del juez; o del acusado, no interviniente.

Un requisito propio del testigo es el no tener interés en el hecho y le incumbe la obligación de decir la verdad, razón por la cual no se considera testigo a la parte lesionada, ya que no le incumbe este deber de decir la verdad.

Por la posición procesal de la víctima, parte lesionada, en sentido general, se entendería como una incompatibilidad, dado que tiene un interés de resarcimiento del daño o reparación económica.

La tendencia bajo el influjo del derecho público, dentro del proceso penal, es acercar al lesionado o víctima a la condición de testigo.

En el derecho francés se estima que la persona lesionada, una vez constituida en parte civil ya no puede ser testigo (cas. Crim.franc., 5 de enero de 1895, en Dalloz, Rec.1898, Tv., p.598, ídem 5 de agosto de 1911; ibidem, 1912, t.I, p.398)

Desde el punto de vista de la apreciación de la prueba lo que diría el lesionado no tiene trascendencia, ya que el juez sabrá valorar los relatos de aquel, según las circunstancias.⁴⁷

En el derecho procesal dominicano, el querellante mientras no se ha constituido en parte civil puede deponer como testigo, y en este aspecto seguimos la tradición francesa.

En este caso procede la pregunta: Puede uno de los coimputados rendir testimonio sobre hechos que repercuten en el otro coimputado? O sea si es jurídicamente admisible el testimonio de un coacusado?

Esta pregunta tiene relevancia no solo desde el punto de vista teórico, sino práctica, por las consecuencias jurídicas inherente al testigo. A este respecto hay dos posiciones procesales: a) Aquella que se trate de individuos acusados de una misma imputación, o sea partícipe de los mismos hechos debatidos en el proceso; de coacusados en un mismo delito o delitos conexos; b) aquellos que se trata de coacusados llevados conjuntamente a juicio, pero no por la identidad de los delitos que se les atribuyan, ni por razón de la conexidad de diversos delitos, ya declarados.

⁴⁷ Florian, Eugenio, Op. Cit. p. 408.

En el caso de coacusados por un mismo hecho, la regla es que no se admita el testimonio de los coacusados por un mismo delito o delitos conexos, por el profundo interés que dada la comunidad y la conexión de la acusación tiene el coinculpado, por lo que el testimonio sería sospechoso.

Esta prohibición se fundamenta en el principio general del derecho procesal penal que: *nemo tenetur se detegere* (nadie está obligado a delatarse a sí mismo), y dado ser copartícipe en el mismo hecho o conexo, existe la posibilidad material de que al declarar sobre el mismo se esté obligando a declarar contra sí mismo o en todo caso, de que su declaración sea interesada y que nada aporte en el descubrimiento de la verdad.

Como se presenta un caso de comunidad del hecho, se puede asimilar a la prohibición constitucional de que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo (Art. 8, inciso 2, letra i) Constitución política de la República Dominicana).

En el caso del coinculpado en sentido amplio, o sea donde no existe el vínculo de la comunidad del delito, sino solo al hecho extrínseco y accidental del juicio, el testimonio debe aceptarse.

La credibilidad de la declaración del coinculpado queda bajo la soberana apreciación del juez al valorar la prueba.

Como la regla es que toda persona goza de capacidad para rendir testimonio, en el caso de absolución del acusado, sea por no haber cometido el hecho o porque el hecho no existe, conforme sentencia con autoridad de cosa juzgada, la declaración puede hacerse en la forma testimonial.

Conforme a la doctrina española, la declaración del coprocesado ha sido igualmente admitida como fuente de prueba siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias; lo que implica la ausencia de prejuicios dogmáticos.⁴⁸

Para fundamental esta doctrina vamos a citar la sentencia del T. S., Sala 2da. , 12 de mayo 1985, La Ley, núm.1492):

" ...Puede cuando menos estimarse como constitutiva de la mínima actividad probatoria de cargo... siempre que no concurran las dos circunstancias de que: a) Exista en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indirectamente, que el coimplicado haya prestado la declaración guiado por móviles de odio personal, obediencia a una tercera persona, soborno policial, mediante o a través de una sediciosa promesa

⁴⁸ Muñoz Sabaté, Luis, op. Cit. p. 282.

de trato procesal más favorable, etc.; b) Que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de auto-exculpación.”

La declaración de los menores en República Dominicana esta regida por el art. 236 del Código de Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 14-94, según el cual las declaraciones informativas que menores de dieciocho años deban prestar con relación a causas penales, tendrán lugar exclusivamente ante los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes. Para estos fines, el o la juez competente librará rogatoria insertando sus interrogatorios, si los juzgase pertinente.⁴⁹

La problemática de la declaración de los menores según lo prescrito en el la Ley 14-94, radica en que se afecta el derecho a la defensa de las partes contrapuestas, específicamente cuando el menor es la víctima; o aún cuando actúa como testigo, en ambos casos, se viola los principios de inmediación, ya que los jueces apoderados del fondo, tienen que limitarse a someter a la contradicción las declaraciones que constan por escrito de los menores, sin poder apreciar las reacciones de dichos menores y la posibilidad de hacer un interrogatorio conforme al desarrollo del mismo y se priva a la defensa de dirigir su propio interrogatorio, de acuerdo a los intereses de la defensa, y con respecto a los menores se pierde la oralidad.

Como sabemos esta forma de interrogatorio de los menores se ha criticado sobre base de que viola el derecho de defensa del inculpado y de que sufren menoscabos los principios de inmediación, de oralidad, de concentración y de contradicción que rigen la administración de la prueba; y, Ley 14-94, Código de Protección de niños, niñas y adolescentes de República Dominicana.

En este sentido el Proyecto del nuevo Código Procesal Penal, expresamente regulariza el interrogatorio de los menores, que consideramos que al mismo tiempo que protege al menor, que es uno de los valores jurídicamente protegido en la sociedad, con carácter de orden público, salva los principios que hemos mencionados, para la plenitud del debido proceso, según podemos colegir al transcribir el Art.339, de dicho proyecto:

“Art. 339. Interrogatorio de menores. Siempre que el interrogatorio pueda perjudicar la serenidad del menor, a petición de parte o de oficio, el tribunal puede disponer una o más de las siguientes medidas:

1. Interrogarlo en base a las preguntas presentadas por las partes;
2. La celebración a puertas cerradas de la audiencia;

⁴⁹ Ley 14-94, Código de Protección de niños, niñas y adolescentes de República Dominicana.

3. Que el menor declare fuera de la sala de audiencia, disponiendo los medios técnicos que permitan a las partes y al público presenciar el interrogatorio desde la sala.

Esta decisión puede ser revocada durante el transcurso del interrogatorio”.

El presidente puede auxiliarse de un pariente del menor, de un experto en psicología o de otra ciencia de la conducta.

Suspensión del juicio oral por imposibilidad de practicar prueba admitida.

De Vecchio: “...no hay controversia posible por muy complicada e imprevista que sea que no admita y exija una solución jurídica seria.”

Es un principio general del derecho procesal penal el non liquet, o sea, que el juez no puede dejar de fallar pretextando silencio u oscuridad de la ley.

“El factor decisivo del proceso penal radica en la prueba. LOGRAR QUE LO OCURRIDO, LO PERDIDO EN EL TIEMPO PASADO VUELVA A PRESENTARSE CON TODOS SUS SIGNIFICATIVOS DETALLES ES ILUSORIO.”⁵⁰

Es un principio general de que la prueba debe constituir la base de la sentencia, y es evidente, que la prueba eficaz para ello, es la prueba allegada con las formalidades legales, por lo que cuando se trata de la sentencia definitiva no puede ser sino la prueba que se ha tomado o que en cualquier forma ha aparecido o surgido en el debate.⁵¹

La obligatoriedad del juez de fallar, luego que se han cerrado los debates, esta sancionada en el ordenamiento jurídico dominicano por el principio general contenido en el Art. 4 del Código Civil, que expresa: El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.⁵²

Asimismo, esa obligación del juez no queda en una simple declaración de principio, sino que esta tipificada y sancionada en el Código Penal, cuando el legislador lo ha establecido en el artículo 185 del Código Penal : El juez o tribunal que, maliciosamente o so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, se negare a juzgar y proveer los pedimentos que se le presenten y que persevere en su negativa, después del requeri-

⁵⁰ Muñoz Sabaté, Luis, op. Cit. p. 14.

⁵¹ Florian, Eugenio, op. Cit. tomo I, P. 400.

⁵² Código Civil de la República Dominicana.

miento que le hagan las partes, o de la intimación de sus superiores, será castigado con multa de veinticinco a cien pesos, e inhabilitación de uno a cinco años, para cargos y oficios públicos. En la misma pena incurrirá cualquiera otra autoridad civil, municipal o administrativa que rehúse proveer los negocios que se sometan a su consideración.

En consecuencia, tenemos que concluir, que una vez un tribunal penal legalmente apoderado, en caso de imposibilidad de practicar una prueba admitida, si no existe otra u otras pruebas sucedáneas, el juez debe fallar, aún en caso de inexistencia de prueba o insuficiencia de prueba declarando el descargo del acusado, pero en ningún momento procede la suspensión del juicio ora, lo que procede es la aplicación de la máxima "in dubio pro reo", salvo que la ley decida expresamente lo contrario.

La figura jurídica que prevé el Proyecto de Código Procesal Penal es la de sobreseimiento antes del juicio sobre el fondo, según se establece en los artículos 303 al 309.

6. conclusión

Ha quedado establecido por la precedente exposición que el cumplimiento de los principios que rigen la prueba es la garantía de los derechos de todo procesado, y por consiguiente, lo que garantiza la existencia de un Estado de Derecho,

Que la conversión en ley del Proyecto del nuevo Código Procesal Penal, pone en armonía interna el ordenamiento jurídico dominicano en cuanto a lo referente a la regulación del proceso penal, para que se consolide como el proceso acusatorio, que es el denominado el proceso penal debido, que es el consagrado en el Artículo 8, inciso 2 de la Constitución Política Dominicana y los Convenios Internacionales adoptados conforme al Art. 3 de dicha Constitución para garantizar la vigencia plena de los derechos humanos en República Dominicana.

Que en el proyecto del nuevo Código Procesal Penal, se ha consagrado el sistema de libertad de las pruebas, así como la libre convicción del juez, reforzada esta íntima convicción, con los principios de la sana crítica, que es la garantía de que la verdad jurídica sea coincidente o lo más cercana a la verdad material o real.

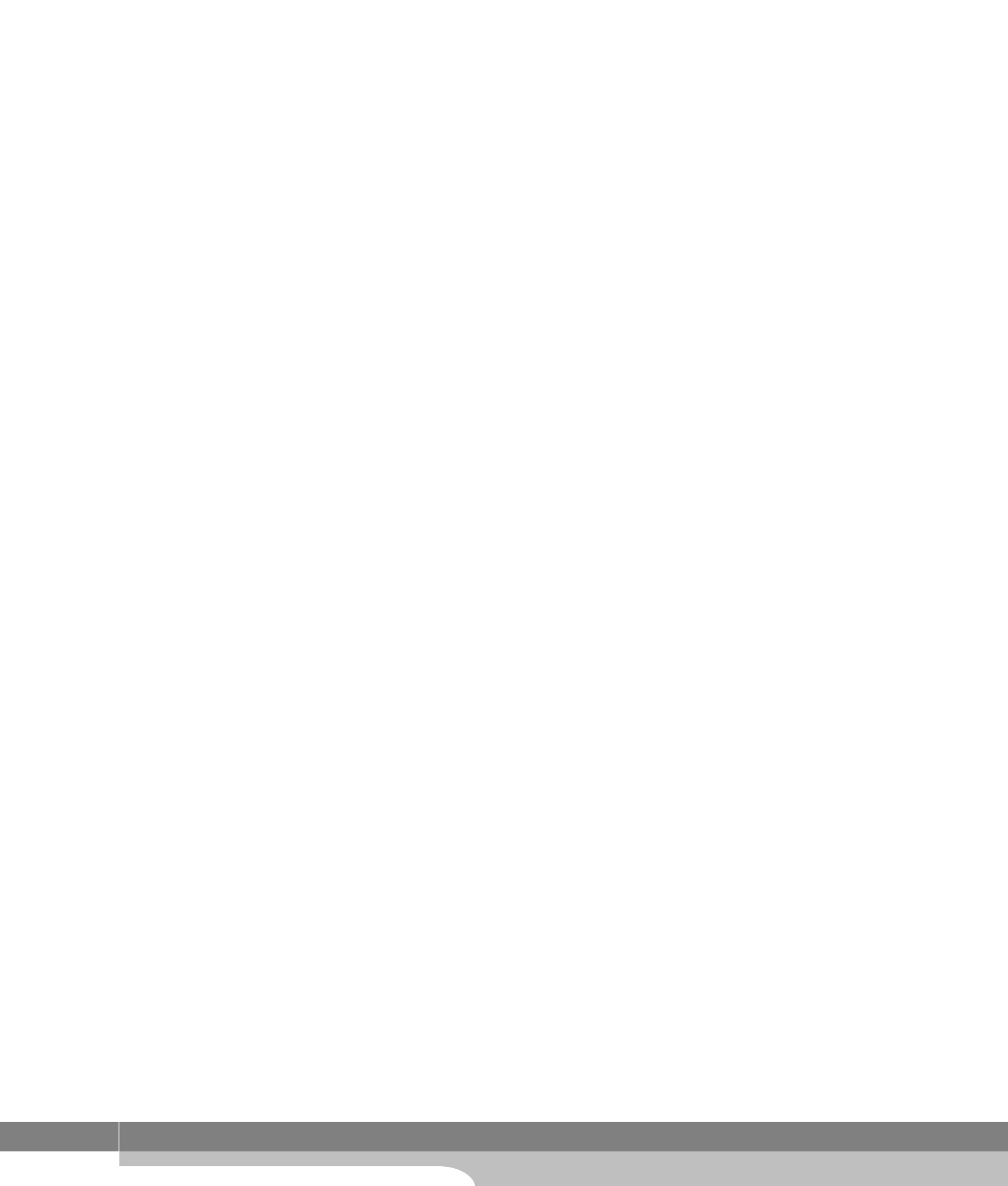
Que se tiende a reforzar el principio de la inviolabilidad del domicilio, el respeto a las creencias; se tiende a garantizar la veracidad del testimonio y del peritaje en la reconstrucción histórica de los hechos, y al mismo tiempo que se propicia la libertad de la prueba y de la valoración de la misma, teniendo como límites lógicos y naturales la inviolabilidad los derechos humanos y libertades fundamentales.

Bibliografía

- Echandia, Hernando Devis: Teoría General de la Prueba Judicial, Víctor P. de Zabalia, editorial Buenos Aires, 1979.
- Florian, Eugenio: De las Pruebas Penales, Editorial Temis, S. A., Santa Fe, Bogotá, Colombia, 1998
- Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1998
- Vishinki, Andrei: Lógica del Indicio en Materia Criminal, Temis, 2da. Edición, 1995.
- Carnelutti: Instituciones del Derecho Procesal Penal, Civil, Biblioteca Clásico del Derecho, editorial Mexicana, 1997, pag. 333
- Muñoz Sabate, Luis: Técnica Probatoria, editorial Temis, S. A. Santa Fe, Bogotá, Colombia, 1997
- Dellepaine, Antonio, Nueva teoría de la Prueba, editorial Temis, edición 1997.
- Castillo Morales, Luis R., PELLERANO GOMEZ, Juan Hipólito, HERRERA PELLERANO, Hipólito, Derecho Procesal Penal. Tomo II, Vol., Colección Derecho 8, Segunda Edición editorial Capel, edición 1992.
- Jorge Blanco, Salvador, Introducción al Derecho, editorial Capel, edición 1997.
- Sandoval Delgado, Emiliano, Medios de Prueba en el Proceso Penal, editorial Cárdenas, segunda edición 2001.
- Gorphe, Francois, La Apreciación Judicial de las Pruebas, editora La Ley, edición 1967.
- Dohring, Erich, La Prueba: Su práctica y apreciación, Editora Ediciones Jurídica Europa-América, edición 1986.
- Irigorri Diez, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, editora Temis, edición 1983.
- Suprema Corte, 14 de agosto de 1957, B.J. 565, p.1650
- Ducci Claro, Carlos, Interpretación Jurídica, Editora Jurídica de Chile, edición 1997.
- Código De Procedimiento Criminal Dominicano
- Código De Procedimiento Civil Dominicano
- Código Para La Protección De Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 14-94).
- Código Civil Dominicano.

La sentencia penal

1. La exigencia de legitimación racional de la sentencia como acto de poder. 2. morfología de la sentencia penal. 2.1. El modelo preconstitucional. 2.2. El modelo constitucional. 3. El contenido de la sentencia. 3.1. La insuficiencia del modelo silogístico. 3.2. Juicio de hecho y juicio de derecho. 3.3. Decisión y justificación. 4. El desarrollo de la actividad decisoria. 4.1. El juicio de hecho. 4.1.1. Naturaleza de lo fáctico en el proceso. 4.1.2. Tratamiento procesal de la cuestión de hecho: generalidades. 4.1.3. Observaciones sobre la valoración de la prueba. 4.1.4. La inferencia inductiva del juez. 4.1.5. Las máximas de experiencia. 4.1.6. Observaciones sobre la redacción de los hechos probados. 4.2. El modo de proceder en la cuestión de derecho. 4.2.1. Generalidades. 4.2.2. Observaciones sobre la interpretación judicial. 5. La motivación como justificación. 5.1. Generalidades. 5.2. Requisitos de la motivación. 5.3. Particularidades de la motivación de los hechos. 5.4. La motivación en derecho. 5.5. Algunas clases particulares de motivación. 5.5.1. Motivación implícita. 5.5.2. Motivación por remisión. 5.5.3. Motivación aparente. 6. A manera de conclusión” propuesta de estructura y contenido de la sentencia.



I.- LA exigencia de legitimación racional de la sentencia como acto de poder privado

La sentencia penal, si bien es antes que nada 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 y presupuesto procesal y político de la sentencia, tiene 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 *potestas* de la decisión que contiene debe contar con la *auctoritas* que sólo 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 sólo 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 acu-

sado, 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 debida a 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 y su prefiguración legal (encabezamiento, hechos probados, calificación jurídica de éstos y fallo) responde sólo a exigencias de este carácter. De manera particular, a 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».

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» (art.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.

La regulación de la sentencia en el Código de Procedimiento Criminal dominicano, por obvias razones cronológicas, parece responder claramente a este modelo que hemos llamado preconstitucional. Su morfología se regula aún con menor detalle que en la ley española y las únicas exigencias explícitas son 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 sean juzgados culpables o responsables (artículo 195). Incluso es legal, conforme al artículo 15 de la Ley 1014, la práctica de «fallar en dispositivo», obviando de este modo la fundamentación tanto en hecho como en derecho de la decisión pronunciada.

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 (art. 120.3), el reconocimiento como derechos fundamentales de las garantías básicas del proceso (art. 24) y, con carácter más general, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 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.

Aunque la Constitución Política de la República Dominicana es mucho menos explícita en esta materia que la Constitución española, la justificación racional de la decisión judicial puede considerarse una exigencia derivada de la soberanía popular que consagra su artículo 2, del derecho al debido proceso y a un juicio imparcial que se proclama en su artículo 8.2 j) y, en el caso de las sentencias condenatorias, del derecho al recurso

que se reconoce en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana de Derechos Humanos (pues sólo una sentencia motivada permite al acusado conocer las razones de su condena para poder impugnarlas ante el tribunal superior y a éste poder analizar su grado de acierto). Así lo ha entendido también la Suprema Corte de Justicia en su importante sentencia de 20 de octubre de 1998 (B.J. 1055, p.217).

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/la 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 de 1985. Su artículo 248.3 prescribe que las sentencias incorporen lo que 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 sólo 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.

Sólo así es posible que la sentencia, según la expresión de Maier que antes hemos citado, «se baste a sí misma», es decir, 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.

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 referentes a la legalidad de la fuente de prueba y del procedimiento de obtención. 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.

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 que si las premisas son verdaderas la conclusión también lo es necesariamente, 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 el pensamiento jurídico contemporáneo, en cambio, 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 sólo lógicos, y entre éstos no sólo ni principalmente 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 sentencial, 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

Por otra parte, 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/la juez decide en el ámbito de lo motivable; sólo 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 éste 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/la juez ha de ser consciente de esa dimensión subjetiva para que su actuación, que protagoniza el proceso de (re)construcción del supuesto de hecho, esté presidida por una fuerte tensión hacia la objetividad, hecha de respeto a las reglas procesales del juego contradictorio y de conciencia crítica y, sobre todo, autocrítica, de las hipotecas 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 acaso no lo sea en la dominicana. Al ámbito de lo fáctico pertenecen no sólo 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 ésta sea desmontada por la actividad probatoria desarrollada por la defensa, acreditativa, bien de la coartada del acusado -la contrahipótesis 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 éste 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.

De esta forma, el juez o la juez debe formar 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 sólo puede ser, pues, 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 sólo debe ser el 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, también globalmente considerada. 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.

4.1.4.- La inferencia inductiva del juez

El modo de operar judicial en la determinación de los hechos discurre, como resulta de lo que llevamos dicho, 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 sólo 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 sólo 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 sólo 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 contrahipótesis o contrapruebas.

En todo caso, hay que tener presente que el conocimiento así obtenido no puede aspirar a otra calidad que la de conocimiento probable, que únicamente permite el acceso a un saber dotado de *certeza práctica*, y ello sólo cuando se ha operado con el suficiente rigor en el manejo de los datos y en el encadenamiento sucesivo de las inferencias. Sólo 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 sólo 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 sólo 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:

1. Tiene como antecedente remoto y externo al proceso un acaecimiento humano que rompe la normalidad y que interesa al Derecho penal como posiblemente delictivo.
2. 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.
3. Esa hipótesis debe ser contrastada mediante la actividad probatoria, durante la que se la confronta con otras hipótesis alternativas que tienen la misma pretensión explicativa del cómo de lo ocurrido.
4. La hipótesis acusatoria puede considerarse válida si ha sido suficientemente confirmada; lo que exige, en general, una pluralidad de confirmaciones, coincidentes y no contradictorias.
5. La hipótesis acusatoria, para que pueda prevalecer, habrá debido 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.
6. 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/la 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.
7. A mayor complejidad de la cadena de inferencias, menor será el grado de probabilidad de la inducción probatoria.
8. Las pruebas son más eficaces, por más informativas, cuanto mayor es su contenido empírico.

4.1.5.- LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

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 sólo 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 que 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 sólo 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 larguísimo, 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 inculpatória.

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 precondición 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 halla orientada a los hechos. Es decir, que en la interpretación judicial norma y 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.

A veces, los autores, para referirse a la actividad judicial que está en la base del juicio de derecho, prefieren hablar de «aplicación», por oposición a la interpretación propiamente dicha, que sería la encaminada a obtener un conocimiento científico general. Otros autores distinguen entre «interpretación judicial» e «interpretación doctrinal», o, como Ferrajoli, entre «interpretación doctrinal» e «interpretación operativa».

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 aun 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 o la juez trataría simplemente de dar cuenta, de hacer visible, el proceso lógico-psicológico, intelectual-volitivo, desarrollado en su mente. No sólo 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 decisional 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.

Éste 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.

A 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 sólo 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 y las 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 decisorio. Sobre todo de aquéllas que no están jurídicamente vinculadas y son, por ende, más personales y más libres y por ello deben ser filtradas con un cuidado especial.

Insistimos: la concepción racional de la libre convicción, cuando se profesa seriamente, pre-actúa sobre el curso del razonamiento como filtro para evitar una sobrevaloración de aquellas apreciaciones subjetivas cuyo rendimiento en el plano cognoscitivo debe ser cuidadosamente examina-

do. 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 sólo 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 recientes 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 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 sólo 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 de 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.

tico, 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 sólo 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:

- a) 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;
- b) 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;
- c) 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;
- d) 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;
- e) 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 sólo puede considerarse correcta cuando incorpora una exposición de las razones tenidas en cuenta para dar cada uno de los pasos que compone 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 este 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, aqué-

llos en los que el legislador -ya sea deliberadamente, ya por la imposibilidad de acceder a un mayor nivel de precisión semántica, ya 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. 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 sólo 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 ésta 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, que en España 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 inmediación. 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, no ya el desarrollo del proceso concreto, sino 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 sobrecargar 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

A 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
 - a) sobre los hechos
 - b) fundamentos de derecho
- Parte dispositiva.

En el *encabezamiento* se conservaría el contenido tradicional, es decir, la identificación del tribunal, del proceso y de las partes, y 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-preprocesal 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 ha

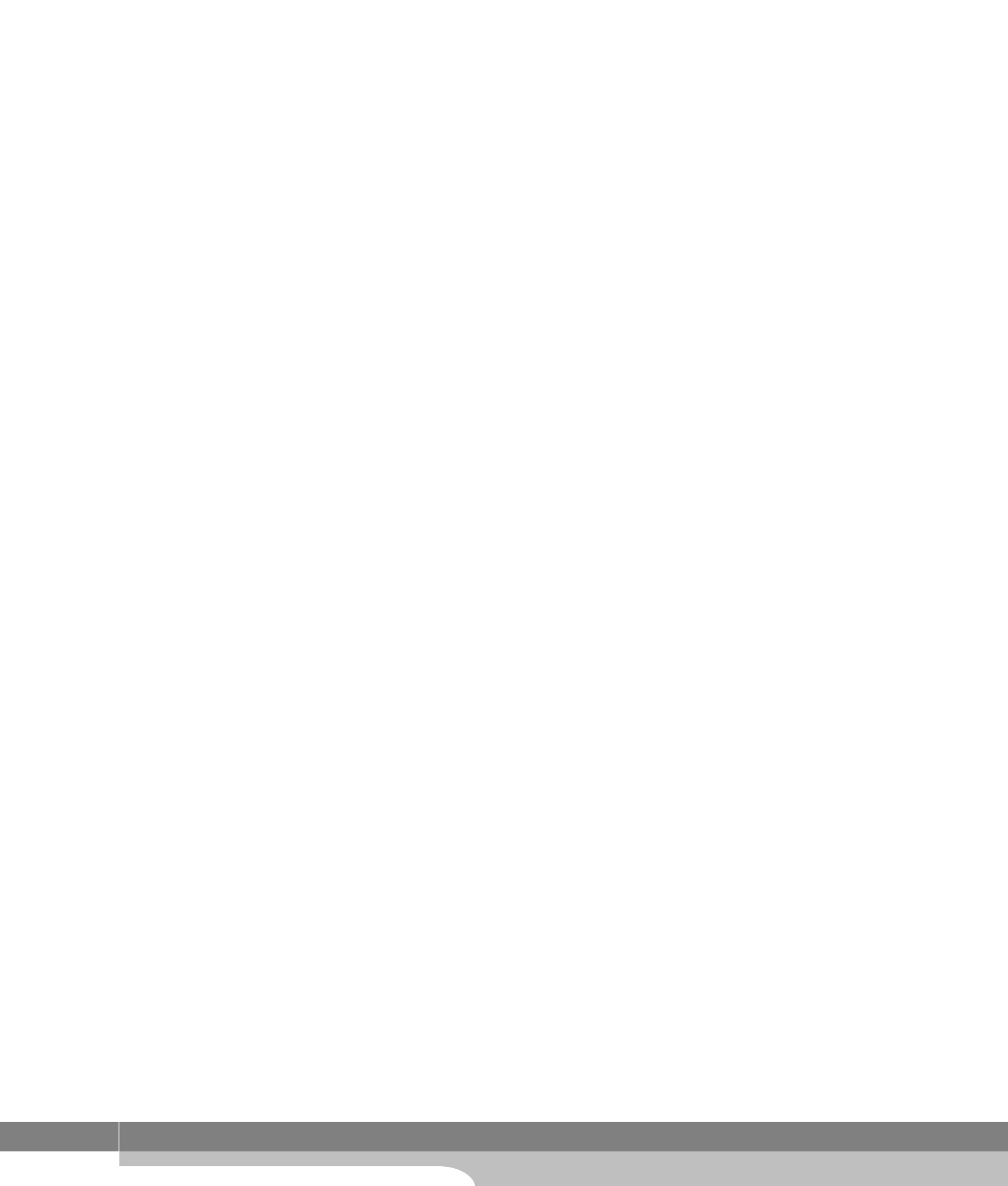
el contenido de la motivación fáctica se encuentra recogido con bastante claridad en el artículo 192 del vigente código procesal penal italiano: “el juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados”

producido la 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. Éste 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). Baste recordar la necesidad de que no quede sin motivar en derecho ninguna de las decisiones adoptadas en la parte dispositiva de la sentencia.



ESP módulo 12

por Luis Fernández Arévalo
Magistrado de España

Ejecución de la sentencia penal

1. Ejecución penal: concepto y naturaleza. 2. contenido de la ejecución penal. 2.1. Las consecuencias principales del delito: penas y medidas de seguridad. 2.2. Las consecuencias civiles del delito. 2.3. Las consecuencias accesorias de los delitos. 2.4. Conclusión. 3. título de la ejecución penal. 4. principios fundamental de la ejecución penal. 4.1. Principio de oficialidad. 4.2. Principio de legalidad. 5. órganos de la ejecución penal. 5.1. Tribunal sentenciador. 5.2. Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. 5.3. Ministerio Público. 5.4. El condenado. 5.5. Administración Penitenciaria. 6. La ejecución de las penas privativas de libertad. 6.1. Consideraciones generales. 6.2. Suspensión de la ejecución de la pena. 6.2.1. Órgano competente y momento procesal de su concesión. 6.2.2. Requisitos para la concesión del perdón condicional. 6.2.3. Plazo de concesión. 6.2.4. Condiciones legales de concesión y reglas judiciales de conducta. 6.2.5. Efectos de la concesión del perdón condicional. 6.2.6. Revocación del perdón condicional. 6.2.7. Remisión definitiva. 6.2.8. Figuras especiales de suspensión de la ejecución de la pena contempladas por la normativa española. 6.3. Aplazamiento. 6.4. Decisiones de cumplimiento. 6.4.1. Decisiones de cumplimiento. 6.4.2. Decisión sobre el lugar de cumplimiento. 6.4.3. Liquidación de condena. 6.5. Paralización del cumplimiento. 6.6. Modificaciones cuantitativas. 6.7. Modificaciones cualitativas de las penas privativas de libertad. 6.7.1. Libertad condicional: requisitos, procedimiento, efectos, término y figuras especiales. 6.7.2. Permisos de salida. 6.8. Declaración del término de cumplimiento y extinción de la responsabilidad criminal. 7. La actividad penitenciaria. 7.1. El estatuto del interno. 7.2. La retención y custodia. 7.3. La reeducación y la reinserción social. 7.3.1. Actividades de reeducación. 7.3.2. Actividades de reinserción social.



I.- 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; 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**. 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 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 continua 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; y 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; la se-

gunda, cumplimiento personal 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 artículo 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, pues, como un imperativo constitucional; y frente a la ejecución de la sentencia penal – ejecución penal en su denominación doctrinal española–, el cumplimiento 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

Así, el artículo 1 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 penados. 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”.

El examen de la normativa constitucional dominicana permite concluir que no existen imperativos constitucionales que configuren la ejecución penal –ejecución de los pronunciamientos contenidos en una sentencia penal– como una actividad jurisdiccional, y así se concluye igualmente del examen de su legalidad ordinaria. Así, en primer lugar, no existe en la Constitución de la República Dominicana de 1984 –en lo sucesivo CRD– una definición genérica de la potestad jurisdiccional análoga a la establecida por el art. 117.3 CE que incluya la manifestación de hacer ejecutar lo juzgado; en segundo lugar, el marco competencial de la Suprema Corte

de Justicia –art. 67.1 a .3 CRD–, y de las Cortes de Apelación –art. 71 CRD– restringe sus respectivas actividades jurisdiccionales al **conocimiento** de determinadas causas, término éste que al menos en la literatura española es equivalente el de enjuiciamiento, sin que se configure como actividad jurisdiccional la competencia de ejecución de los pronunciamientos contenidos en la sentencia; y finalmente, la regulación del marco competencial de los restantes órganos judiciales por la CRD se defiere por las normas constitucionales a un posterior desarrollo por parte la legalidad ordinaria. **No existe, pues, un imperativo constitucional dominicano que asigne a los órganos judiciales de la República la potestad de ejecución de sus pronunciamientos.**

En el plano de la legalidad dominicana ordinaria, no existe tampoco normas definitorias con carácter general de la jurisdicción, y la ejecución de la sentencia penal no se configura como una actividad netamente jurisdiccional; *de lege ferenda*, el Anteproyecto de Código Procesal Penal Dominicano del Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia –en lo sucesivo ACPPD.– establece en su art. 48 el concepto de jurisdicción en términos reductivos, limitado a la actividad de juzgar. Así, el art. 48 ACPPD establece que “los Tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los dominicanos y sobre los extranjeros para los efectos de **juzgar** las infracciones que se cometan en su territorio, salvo los casos exceptuados por leyes especiales, o por Tratados Internacionales ratificados por la República Dominicana”. Observemos que se incluye, pues, la actividad de **hacer ejecutar** lo juzgado. Y, como veremos al analizar los órganos encargados de la ejecución, particularmente en lo que atañe a la ejecución de las penas privativas de libertad, la ejecución de la sentencia penal va a ser objeto de una distribución competencial entre Ministerio Público y Tribunal sentenciador.

Frente a la noción de ejecución de sentencia penal, entendida como ejecución penal, se alzaba el concepto de cumplimiento de las penas; 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.

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.

2.1.- las consecuencias principales del delito: penas y medidas de seguridad.

Así, el primer contenido de la sentencia penal condenatoria suele ser, de considerar probados hechos constitutivos de infracción penal, la imposición de penas y medidas de seguridad, que resultan así las consecuencias principales del delito imponibles en sentencia.

Desaparecidas en el derecho penal moderno las penas corporales, actualmente las penas pueden ser privativas de libertad, privativas de derechos, y pecuniarias. Así, el art. 38 del Anteproyecto de Código Penal Dominicano del Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia –en lo sucesivo ACPD–: “en atención al bien jurídico afectado las penas aplicables de conformidad con este Código son: 1° Privativas o restrictivas de libertad; 2° Privativas o restrictivas de derechos; y 3° Pecuniarias.”.

Son penas privativas de libertad la prisión, el arresto de fin de semana, y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Respecto de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, así lo confirma el párrafo final del art. 44 ACPD, que señala que “en caso de insolvencia del condenado, o de su negativa al pago de la pena de multa que se le impuso, ésta se compensará con una pena de prisión a razón de un día por cada RD \$15.00 de multa dejados de pagar, sin que el período de prisión pueda exceder de dos años”.

Junto a estas penas, denominadas principales, los Códigos Penales suelen contemplar las denominadas penas accesorias o complementarias, así llamadas por seguir a las principales.

A su vez las medidas de seguridad suelen clasificarse en medidas privativas de libertad, y no privativas de libertad. Son medidas de seguridad privativas de libertad el internamiento en centros psiquiátricos, el internamiento en centro de deshabitación, y el internamiento en centro de educación especial. Son medidas de seguridad no privativas de libertad, la prohibición de estancia y de residencia, la privación del derecho de conducir vehículos de motor y ciclomotores, la privación de la licencia o permiso de armas, la inhabilitación profesional, el tratamiento ambulatorio, y la custodia familiar, entre otras. No obstante lo anterior, el ACPD atiende a otra clasificación en su art. 127, cuando señala que “las medidas de seguridad son: curativas, de internamiento y de vigilancia. Son medidas curativas: 1° 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”.

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 aun más limitada de la ejecución penal.

2.2.- LAS CONSECUENCIAS 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, reparación, e indemnización; en segundo lugar, en la imposición de las costas procesales; y en tercer lugar, en los especiales supuestos de condenas por determinados delitos contra la libertad sexual, las legislaciones penales suelen prever la afirmación de la paternidad, y fijación de alimentos.

Al pronunciamiento sobre las consecuencias civiles del delito se refiere *de lege ferenda* el art. 361 ACPPD, señalando en su apartado g) como pronunciamiento que debe contener en su caso la sentencia penal “la decisión que se pronuncie sobre la responsabilidad civil de los demandados, si los hubiere, fijando el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar, expresado siempre en un número de salarios mínimos, debiendo pagarse el monto que represente dicha unidad al momento de ejecutarse la sentencia”.

La ejecución de las consecuencias civiles de la infracción penal aparece así como la segunda parcela de la ejecución penal. A la ejecución de los pronunciamientos civiles contenidos en las sentencias penales se refiere, *de lege ferenda*, el ACPPD, en su art. 520, conforme al cual “en el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las decisiones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil”.

2.3.- LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DE LOS DELITOS.

Finalmente, en ocasiones, muchas legislaciones penales han previsto la existencia de pronunciamientos sobre unas denominadas consecuencias accesorias del delito, contempladas no como penas o medidas de seguri-

dad, ni como consecuencias civiles. Hablamos así de la **ejecución de las consecuencias accesorias de la infracción penal** como tercera parcela de la ejecución penal.

El Código Penal español aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre –en lo sucesivo CP'95–, las ha contemplado precisamente bajo dicha denominación en sus artículos 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; así como eventuales medidas de clausura de empresas, locales o establecimientos, disolución de empresas, asociaciones o fundaciones, suspensión de actividades, prohibición de realización en el futuro de actos, negocios u otras operaciones.

El ACPPD se refiere explícitamente al pronunciamiento sobre comiso, en su art. 361, párrafo final, señalando que “la sentencia condenatoria podrá disponer también el comiso de los instrumentos o efectos de la infracción cuando fuere procedente o, en caso contrario, ordenar su restitución a su legítimo propietario”. A la ejecución de estas consecuencias accesorias objeto de pronunciamiento en la sentencia penal se refiere *de lege ferenda* el ACPPD, atribuyendo la titularidad de la ejecución al Ministerio Fiscal, nuevamente autoridad de ejecución, como se colige del último párrafo del art. 517, conforme al cual “asimismo, el Ministerio Público ordenará y controlará el efectivo cumplimiento de los comisos impuestos en la sentencia, ejecutará las garantías cuando procediere, y dirigirá las comunicaciones que correspondiere a las autoridades que deban intervenir en la ejecución de lo resuelto, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del presente Código”; si bien el art. 519 ACPPD, establece un deber de dación de cuenta a la Corte de Apelación por parte del órgano sentenciador: “en el mes de noviembre de cada año, los jueces con competencia en materia penal presentarán a la respectiva Corte de Apelación un informe detallado sobre el destino dado a los bienes cuyo decomiso hubiere dictado tribunal”. En cuanto a las normas especiales de esta ejecución, el art. 517 ACPPD prevé que se trata de un pronunciamiento que no necesariamente ha de fijarse en la sentencia, sino que puede acordarse en cualquier momento posterior, estableciendo que “si no se hubiere declarado el comiso de los instrumentos y efectos del delito en la sentencia, se podrá ordenar en cualquier tiempo, mientras existieren especies en poder del tribunal, todo conforme a lo dispuesto en los artículos 296, 299 y 361 del presente Código”. Sobre el destino de los efectos decomisados, el art. 518 ACPPD señala que “los efectos decomisados se pondrán a disposición del fisco, quien podrá ordenar la destrucción de los que no tuvieren valor o no fueren utilizables y procederá conforme las leyes tributarias. Tratándose de efectos perecederos, se ordenará su venta en pública subasta. Si con posterioridad a la venta resulta procedente la devolución al propietario de los bienes se entregará a éste el producto de la venta”.

2.4.- 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).

3.- título de la ejecución penal

Existe un consenso generalizado acerca de que es título de la ejecución penal la sentencia penal condenatoria y firme. Pero, a renglón seguido, la doctrina española se ha suscitado dos problemas: el de si constituyen título de la ejecución las sentencias absolutorias, y si caso de serlo solo las sentencias condenatorias han de haber obtenido firmeza.

Suele debatir la doctrina española el problema de si cabe hablar de ejecución penal en el caso de las sentencias absolutorias.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española –en lo sucesivo LECr.– tras rubricar su Libro VII como “De la ejecución de las sentencias”, en su primer artículo, el 983, ha 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.

Veamos cómo esta posibilidad se reconoce *de lege ferenda* en el art. 73 ACPPD, que al tratar la **absolución y sobreseimiento definitivo**, señala

que “cuando el inculpado fuere absuelto o sobreseído definitivamente, el querellante será condenado en costas, a menos que hubiere tenido motivo justificado para querellarse”.

La segunda cuestión que se suscitan los procesalistas españoles 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 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 LECr., parr. 5º- 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, de 7 de enero.

El examen de la normativa dominicana contenida en los arts. 297 a 304 CPPD permite concluir que tan solo cabe hablar de ejecución penal en el caso de sentencias penales firmes condenatorias, si bien el ACPPD permitirá hablar de ejecución penal impropia en caso de sentencias absolutorias en los supuestos de imposición de costas al querellante.

4.- principios fundamentales de la ejecución penal

Son principios fundamentales de la ejecución penal el de oficialidad y el de legalidad.

4.1.- 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 LECr, cuyos párrafos 1 y 2 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 LECr, cuyos apartados 2 y 3 establecen 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 **Pubblico Ministero**, 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 **il giudice 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, con atribución al Ministerio Público de la condición de autoridad ejecutante, con intervenciones decisorias puntuales del tribunal sentenciador en materia de suspensión de la ejecución de la pena (“perdón condicional”), y en materia de libertad condicional, si bien como veremos en esta última institución la normativa dominicana se aparta del principio de oficialidad pues supedita la concesión de este beneficio a la rogación del interesado, su representante o sus familiares.

4.2. principio de legalidad.

El principio de legalidad, en su vertiente penal se desdobra en cuatro ya clásicas garantías invocadas por 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 realizará 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 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 la normativa constitucional de la República Dominicana encontramos reconocido el derecho a la libertad –art. 8 CRD, norma 2–, pero **no explícitamente la garantía ejecutiva del principio de legalidad. Sin embargo puede entenderse reconocido implícitamente en la redacción de los artículos 45 y 46 CRD.** Conforme al art. 45 CRD, “las leyes, después de promulgadas, se publicarán en la forma que por la ley se determine, y serán obligatorias una vez que hayan transcurrido los plazos indicados por la ley para que se reputen conocidas en cada parte del territorio nacional”; y complementariamente el art. 46 consagra que “son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

En el terreno de la legalidad ordinaria, en materia de ejecución penal ello va a consagrarse por vía indirecta, *de lege ferenda*, al abordarse por el

ACPPD la actividad del Ministerio Fiscal. El art. 99 ACPPD establece que “el Ministerio Público deberá someter sus actuaciones a la Constitución, a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por República Dominicana y que se encuentren vigentes”, lo que incluye sus actividades como autoridad ejecutante.

A su vez, en el plano de la legalidad ordinaria de la actividad penitenciaria se debe sujetar al principio de legalidad, y así se consagra en la Ley de Régimen Penitenciario –(Nº 224, de 26 de junio de 1984, G.O. 9640) –en lo sucesivo LRPD– indirectamente, al establecer la proscripción de cualquier discriminación en el desarrollo de la actividad penitenciaria. El art. 4 LRPD establece que “las normas de la presente ley y los reglamentos correspondientes se aplicarán a los reclusos sin que puedan hacerse discriminaciones o establecerse diferencias de tratamiento fundamentadas en prejuicios de raza, color, religión, nacionalidad, clase social y opinión política del interno”, e igualmente de manera indirecta en el art. 8 LRPD –“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”.

5.- órganos e intervinientes en la ejecución penal.

5.1. Tribunal sentenciador

La normativa dominicana afirma la competencia del órgano judicial sentenciador en dos puntos cruciales de la ejecución penal: las decisiones sobre perdón condicional o suspensión de la ejecución de la pena –arts. 1 y 2 de la Ley sobre Perdón Condicional de la Pena, (Nº. 223, del 26 de junio de 1984, G.O. 9640), en lo sucesivo LPC–, y la libertad condicional –art. 3 de la ley sobre liberación condicional de condenados a penas privativas de libertad (Nº. 5636, de 28 de septiembre de 1961, G.O. 8607), en lo sucesivo LLC. Como ya hemos indicado -y seguidamente examinaremos- la ejecución de la pena se confía a las órdenes del Ministerio Público, que aparece en la normativa de la República Dominicana como Autoridad de ejecución.

En España, la LECr 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 personal 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 sí 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.

5.2.- Los juzgados de vigilancia penitenciaria.

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 de la 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.

Así, y en primer lugar, el art. 117.3 CE estableció 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”. Dicho precepto determina

–como hemos visto– un imperativo constitucional de jurisdiccionalidad de la actividad de ejecución penal en España. Y en segundo lugar determinará una **ampliación de la intervención de los órganos judiciales en la ejecución, a los que a partir de ahora se atribuirán funciones tradicionalmente asignadas a la Administración, que se reputan ahora competencias netamente jurisdiccionales, en su vertiente ejecutiva de hacer ejecutar lo juzgado**: así, la aprobación de las redenciones de penas por el trabajo –pues implican una reducción de la duración real de la pena fijada en sentencia–, y de la libertad condicional –pues aunque dicha medida no entraña en sí una reducción de la duración de la pena, sí entraña una modificación cualitativa esencial de la pena, que pasa a cumplirse en régimen de libertad, dejando sin efecto el mandato inicial de retención y custodia que determinó el internamiento e inicio de cumplimiento de la condena.

En segundo lugar, los modernos textos constitucionales suelen consagrar el que denominaremos **principio de conservación de derechos fundamentales**, que puede enunciarse así: el recluso no deja de ser una persona por el hecho de ingresar en prisión, sino que conserva sus derechos fundamentales, con restricciones puntuales muy justificadas. Así en su inciso primero, el art. 25.2 CE señala 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”. Se hacía, pues, necesario materializar la tutela jurisdiccional de tales derechos. Aunque este principio no está explícitamente consagrado en la CRD, sin embargo puede considerarse implícitamente incluido con la asunción de la garantía de los derechos humanos y su obligación de respeto en función del principio consagrado en el párrafo final del art. 3 CRD.

Finalmente, los modernos textos constitucionales suelen establecer el control jurisdiccional de la actividad administrativa. Así, el art. 106.1 CE establece 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”. Afirmado el **principio de control de legalidad de la actividad ordinaria de la Administración a cargo de los Tribunales**, la Administración Penitenciaria –que no es sino una parcela de la Administración–, no podía ser ajena a dicho control jurisdiccional de su actividad administrativa ordinaria, como reconocerá el art. 3.4 CP’95 ya examinado.

De este modo, el marco competencial de los JVP 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 Administra-

ción 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.

De esta manera, el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria en España se va a canalizar sobre cuatro grandes cauces: primero, resolución de recursos –en materia de clasificación penitenciaria y contra acuerdos sancionadores–; segundo, resolución de peticiones y quejas contra cualquier decisión administrativa en materia de régimen y tratamiento penitenciario, siempre que se aprecie vulneración de derechos fundamentales, vulneración de derechos y beneficios penitenciarios, o abuso o desviación en la aplicación de preceptos legales y reglamentarios; tercero, mediante el conocimiento de daciones de cuenta de sus propios actos por parte de la Administración, obligada a ponerlos en conocimiento de los JVP siempre que se afectan derechos o beneficios penitenciarios, o se adoptan decisiones administrativas que se apartan del modelo ordinario de la actividad penitenciaria, y muy especialmente cuando son limitativas de derechos; en estos casos los JVP declaran o no ajustados a derecho dichas decisiones, con alzamiento de las mismas en caso de ilegalidad y derivación en su caso a su depuración en el orden penal o disciplinario; y cuarto, en actuaciones de oficio, siempre que se aprecien vulneraciones de derechos fundamentales, o actos ilegales en el desenvolvimiento de la actividad penitenciaria ordinaria.

En España, así pues, pueden diferenciarse así tres conceptos: la ejecución penal *stricto sensu*, la actividad penitenciaria, y el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. Para dar contenido a estos tres términos, bástenos recordar que al tiempo de producirse el internamiento de un condenado a pena privativa de libertad en un Centro Penitenciario, confluyen dos actividades. Una primera actividad es la protagonizada por los Jueces y Tribunales, y consiste en hacer cumplir las penas privativas de libertad en la forma prevista por las leyes, ordenando el ingreso del penado, y su retención y custodia, resolviendo los incidentes de modificación, y declarando extinguida la pena. La segunda actividad es protagonizada por aquellos servicios administrativos -que en nuestra normativa vigente reciben la denominación de *instituciones penitenciarias*- a los que la ley encomienda materializar la retención y custodia de los penados, así como su reeducación y reinserción social. A estas dos actividades viene a agregarse una tercera, nuevamente protagonizada por órganos jurisdiccionales, que se escinde en dos aspectos: el primero, cuidar que la actividad de las instituciones penitenciarias sea respetuosa con los derechos fundamentales de los internos, no afectados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, ni por la ley; el segundo, vigilar que dicha actividad se desarrolle en los estrictos términos fijados por la ley que la regula, sometiéndose a los fines que le son asignados por la misma. Pues

bien, la primera actividad se denomina ***ejecución de penas y de medidas de seguridad privativas de libertad***, y es neta y estrictamente jurisdiccional -art. 117.3 CE. La segunda actividad, protagonizada por instituciones penitenciarias, recibe la denominación de ***actividad penitenciaria***, y es netamente administrativa. La tercera actividad la denominaremos ***control jurisdiccional de la actividad penitenciaria***, y se materializa en lo que tradicionalmente la doctrina ha venido denominando funciones de vigilancia de los JVP; esta tercera actividad no es jurisdiccional en sentido estricto -art. 117.3 CE-, pero sí en un sentido amplio -art. 117.4, en relación con arts. 25.2, 53.2 y 106.1 CE.

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.

En la República Dominicana no aparece desarrollado normativamente un control jurisdiccional de la legalidad de la actividad penitenciaria. Es cierto que se contemplan visitas judiciales –arts. 419 y 422 CPPD–, pero ni existe concreción normativa de las facultades de corrección de las Autoridades judiciales visitantes, ni se prevé un sistema de recursos o quejas de los reclusos ante la jurisdicción, ni tampoco un sistema de daciones de cuenta como en el caso de España.

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 *Pubblico Ministero* 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.

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 está 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, la titularidad principal sobre la actividad de ejecución penal normal, como se colige *de lege data* en los arts. 297 y siguientes del vigente Código de Procedimiento Criminal. Y *de lege ferenda*, inequívocamente, en el art. 94 PCPPDo., conforme al cual “el Ministerio Público es el órgano encargado del ejercicio de la acción pública para la aplicación de las penas en representación de la sociedad. Para estos efectos tendrá las siguientes funciones: e) Adoptar todas las medidas pertinentes para la ejecución de las decisiones judiciales”.

Y en segundo lugar, titulariza la condición de autoridad de control de la legalidad de la actividad penitenciaria, con la particularidad –inédita en el panorama institucional europeo– de que la Dirección General de Pri-

siones constituye una instancia administrativa dependiente de la Procuraduría General de la República Dominicana, lo que sitúa en un plano especialmente reforzado la actuación del Ministerio Público dominicano.

5.4.- el condenado.

En España, conforme al art. 25.2 CE, ya examinado, “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”, con lo que se consagra como principio constitucional el **principio de conservación de derechos fundamentales del condenado a pena de prisión**. Ello va a tener como consecuencia la pervivencia del bloque de garantías constitucionales del art. 24 CE en lo que atañe a la ejecución penal *stricto sensu*, precepto que reconoce dos apartados de derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva, y los derechos al juez predeterminado por la ley y derecho a la defensa. Ello va a justificar en su caso la preceptiva intervención del letrado en determinados incidentes de la ejecución, y la posibilidad de recurso contra todas y cada una de las decisiones judiciales adoptadas. En el plano del control de legalidad de la actividad penitenciaria, los reclusos podrán formular ante el Juez de Vigilancia recursos, quejas y reclamaciones contra todas las decisiones de la Administración que afecten a sus derechos fundamentales, y a los derechos o beneficios penitenciarios reconocidos por la legislación vigente, sin perjuicio de la posibilidad de formular quejas y denuncias ante otras instancias –Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal.

Pero a la par, los imperativos constitucionales precedentes obligan a los órganos judiciales a **dictar resoluciones judiciales motivadas donde se exterioricen las razones legales de sus decisiones** a todos los incidentes, recursos y quejas. El incumplimiento del deber de motivación abre incluso la posibilidad constitucional de la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional español, por constituir la tutela judicial efectiva un derecho fundamental –art. 24.1 CE.

El examen de la normativa dominicana nos permite concluir que **no existen unos imperativos constitucionales dominicanos garantistas especiales que refuercen la condición del condenado a pena privativa de libertad o sentenciado sujeto a medida de seguridad en los términos de la CE**: ni el principio de conservación de derechos fundamentales, ni el principio del derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos.

En el plano de la legalidad ordinaria de la ejecución penal tan solo se reconoce actualmente un incidente de alegaciones contra la decisión de inicio de cumplimiento de la pena a presencia de la autoridad judicial – art. 302 CPCD. Sin embargo, el **derecho de defensa** se ve reconocido

expresamente durante la fase de ejecución penal en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal Dominicano –en lo sucesivo ACPCD. El art. 9 ACPPD establece que “todo inculpado tendrá derecho a defensa técnica desde el primer momento de la persecución penal y *hasta el fin de la ejecución de la sentencia*. Para estos efectos podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo se le asignará un defensor público”. Igualmente puede entenderse consagrado en el ACPCD el deber de motivación de las resoluciones en fase de ejecución penal, dados los términos omnicomprendidos de su art. 10 –que entendemos válido para todas las fases del proceso penal, también para la ejecución penal; y vinculante tanto para los Jueces y Tribunales como para el Ministerio Fiscal- precepto que se refiere a la **fundamentación de las decisiones**.. El art. 10 ACPPD establece que “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. Del mismo modo los representantes del Ministerio Público están obligados a expresar los motivos que justifiquen cualquier orden o mandamiento a su cargo restrictivos de derechos protegidos por la Constitución, Ley o Tratado Internacional”.

Sin embargo, en el terreno de la legalidad ordinaria reguladora del **control de legalidad de la actividad penitenciaria el sistema dominicano se encuentra prácticamente pendiente de desarrollo**. El control de legalidad se puede ejercer de tres formas: primero, a través del control político en sede parlamentaria; segundo, a través del control interno, por medio de la actuación inspectora de la propia institución –art. 9 LRP, párrafo .c); y tercero, a través del control externo, por medio de la actuación inspectora de la Autoridad judicial, Ministerio Fiscal, Defensor del Pueblo, o cualquier otra figura independiente de la Administración Penitenciaria.

Es cierto que se prevé que los jueces de instrucción visiten las prisiones y cárceles de su jurisdicción –art. 422 CPPD–, y que el recluso puede formular reclamaciones ante el Fiscal en el curso de sus visitas –arts. 99, 100 y 101 LRPD– pero no se ha previsto sin embargo la existencia de especiales recursos judiciales *stricto sensu* ante la inactividad del Ministerio Público, en los supuestos en que por éste se pudiera considerar ajustado a derecho el régimen del cumplimiento de la pena, y el penado reputara vulnerado derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios reconocidos por la ley. Podría invocarse el derecho de petición contemplado en la LRPD, cuando señala que “todo recluso tendrá derecho a formular y dirigir sus quejas a la dirección del establecimiento o a las autoridades administrativas y judiciales, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

En definitiva, la ausencia de competencias específicamente asignadas a los jueces dominicanos en materia de control jurisdiccional de legalidad de la actividad penitenciaria, permite concluir que las normas positivas

dominicanas examinadas constituyen una enunciación voluntarista, sin garantía efectiva de materialización en procedimientos específicos.

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.

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, 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.

6. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

6.1.- consideraciones generales.

Sabemos que la ejecución de la sentencia penal se conoce doctrinalmente como ejecución penal; e igualmente que en su seno podemos encontrar junto a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, la de los pronunciamientos civiles, y la de las consecuencias accesorias. La ejecución de las penas privativas de libertad no es, pues, sino una parcela de la ejecución penal, cuantitativa y cualitativamente muy importante, pero

parcela al fin. Y la ejecución de las penas de prisión no es sino a su vez otra parcela, cuantitativa y cualitativamente importante de la ejecución de las penas privativas de libertad. Por razones de extensión del trabajo, limitaremos a dicha ejecución de las penas de prisión nuestro estudio, si bien con determinadas advertencias.

En relación con las medidas de seguridad privativas de libertad, que las normas de ejecución de las penas de prisión serán extensibles a la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad, en tanto en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de aquellas, principio general recogido con carácter positivo en Alemania, en el StPO, párrafo 463.

Conviene advertir además que algunas legislaciones han contemplado la suspensión de la imposición de condena, como medida diferenciada de la suspensión de la ejecución de la pena. Así, *de lege ferenda*, la propia normativa dominicana, pues el ACPPDo. en su art. 429 la viene a contemplar en el juicio por delitos leves.

Se trata de supuestos en que existiendo pruebas suficientes para condenar al inculcado por la comisión del delito, concurren circunstancias favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena, caso este en que el Juez podrá mediante auto motivado suspender condicionalmente el pronunciamiento de la sentencia hasta por un plazo determinado –en el caso dominicano contemplado, por 6 meses–. Transcurrido dicho plazo sin que el inculcado cometiere un nuevo hecho punible, el auto tendrá los efectos de una sentencia de sobreseimiento definitivo.

Ha de advertirse igualmente que en determinadas legislaciones se permite que una vez firme la sentencia condenatoria de pena privativa de libertad, en fase de ejecución se pueda derivar en ocasiones a un pronunciamiento sustitutorio de las mismas: hablamos entonces de formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

A estas formas sustitutivas se refieren los artículos 88 y 89 del vigente CP'95 español, y el StPO alemán, párrafo 454b. Pero en estos casos las normas de ejecución se ajustan de suyo a hacer cumplir el pronunciamiento sustitutorio de la pena privativa de libertad –v.gr., trabajo en beneficio de libertad, multa, o expulsión si se trata de penado extranjero.

Igualmente algunas legislaciones admiten el pronunciamiento judicial de régimen de semilibertad por parte del órgano sentenciador.

Como el caso del Código Penal francés, en sus artículos 132-25 y 132-26, con salidas permitidas del establecimiento penitenciario en tanto en cuanto se desarrollan actividades laborales, educativas, o familiares debidamente justificadas al tribunal, con retención cuando dichas actividades no se desarrollan.

Otras legislaciones admiten el fraccionamiento del cumplimiento en periodos limitados temporalmente por razones médicas, familiares, profesionales o laborales. Así, el Código Penal francés, arts. 132-27 y 132-28.

6.2.- suspensión de la ejecución de la pena.

Bajo esta denominación englobamos aquellas instituciones de perdón o remisión condicional, en las que tratándose de penas privativas de libertad de corta duración, en virtud de una decisión del propio órgano judicial sentenciador se acuerda que no se procederá al cumplimiento de la pena, por reputarse innecesario dada la escasa peligrosidad criminal del reo, con la condición de que no delinca en un periodo determinado, y eventualmente con imposición de determinadas reglas de conducta.

El CP'95 español la regula en sus artículos 80 y siguientes, bajo la denominación de suspensión de la ejecución de la pena; el Código Penal alemán –en lo sucesivo, StGB- en sus párrafos 56 a 58, y el Código Penal francés, bajo la denominación de remisión condicional, artículos 132.29 a 132-57.

A la suspensión de la ejecución se refiere la normativa dominicana, *de lege data*, como ya se ha reseñado, en la LPCP.

6.2.1.- Órgano competente y momento procesal de su concesión.

Es órgano competente el órgano judicial sentenciador de primera o segunda instancia, si la sentencia fuere condenatoria, acordándolo en la propia sentencia de manera motivada, y fijando plazo y condiciones. Arts. 1 y 2 LPCP.

En España se exige la resolución corresponde al Juez o Tribunal que dictó la primera sentencia, encargado de la ejecución penal, y se adopta la decisión generalmente una vez adquirida firmeza la sentencia, en virtud de auto motivado, si bien en procedimientos por delitos menos graves se admite el pronunciamiento verbal complementario al fallo condenatorio dictado *in voce* por el Juez de lo Penal –art. 794.2 LECr.

6.2.2. Requisitos para la concesión del perdón condicional.

La normativa dominicana ha definido los requisitos legalmente necesarios e ineludibles para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena. Pero si conforme a la normativa legal que examinaremos la ausen-

cia de alguno de estos requisitos determina la imposibilidad de la concesión del beneficio penal, sin embargo su concurrencia no determina obligadamente la concesión de la suspensión, que se configura así como una institución de aplicación discrecional. Así resulta del art. 1 LPCP, conforme al cual “los tribunales **podrán** suspender la ejecución de la pena que impongan, cuando concurren los requisitos siguientes”. Si concurren los requisitos legales, los tribunales pueden, pero no deben obligadamente conceder el perdón condicional, si bien la resolución –sea de concesión, sea de denegación– deberá ser en todo caso motivada, conforme al principio de tutela judicial efectiva, según ya hemos examinado.

Los requisitos legales de concurrencia ineludible para la concesión del perdón condicional en la normativa penal dominicana son los siguientes:

Primero. **Escasa cuantía de la pena, restrictiva o privativa de libertad, que no exceda de un año.** Art. 1.a) LPCP, que prevé que se trate de pena privativa de libertad cuya cuantía no exceda de un año.

En España se prevé la posibilidad de concesión siempre que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad –art. 81.2 CP’95.

Segundo. **Primariedad delictiva:** “que el sujeto no haya sido condenado anteriormente por crimen o delito”. Art. 1.b) LPCP.

A este respecto en el derecho español se hacen dos puntualizaciones. La primera, en el art. 81.1 CP’95, que señala que “a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código”. La segunda viene fijada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, respondiendo al momento en que ha de entenderse referido el requisito de la primariedad delictiva, ya que puede discutirse si es en el momento de la perpetración de los hechos base de la condena penal, o al tiempo de adoptarse el pronunciamiento sobre la suspensión: el TS español ha respondido recientemente en STS 1196/2000, de 17 de julio, que el requisito de que el reo haya delinquido por primera vez se interpreta que al cometer los hechos no haya una sentencia firme.

Tercero. **Ausencia de peligrosidad criminal:** “Que los antecedentes personales del acusado y su conducta anterior, así como la naturaleza, las modalidades y los móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir”. Art. 1.c) LPCP.

Este requisito es un factor condicionante esencial en el Código Penal español, pero no decisivo. Así resulta del art. 80.1 CP’95, conforme al cual “los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo **fundamentalmente a la peligrosidad crimi-**

nal del sujeto”, peligrosidad criminal que se define legalmente –art. 95.1.2º CP 95 CP– como “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”. Así, la escasa peligrosidad criminal es en el derecho español un factor orientativo muy relevante, pero no el único ni el exclusivo a la hora de conceder el beneficio de la suspensión: así resulta de la STC 8/12001, de 15 de enero, cuyo FJ 3º textualmente señala: “ahora bien, el art. 80 CP 1995, que requiere que la decisión de suspensión de la pena atienda a la peligrosidad criminal del condenado –lo que resulta acorde con la finalidad de la institución, la cual tiene como objetivo que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y reinserción social–, no exige que sólo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad criminal conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el art. 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. ***Tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el art. 80.1 CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva”.***

La concurrencia de los presupuestos materiales del art. 1 LPCP no determina imperativamente la aplicación del beneficio del perdón condicional, por las mismas razones expuestas por la doctrina constitucional española aludida.

La normativa española contempla en cambio como tercer requisito la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*, pues en el art. 81.3 establece como presupuesto legal de concesión “que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”. Esta condición es determinante para la concesión del beneficio, lo que en parte se recoge en la normativa dominicana, que contempla este requisito previo de la normativa española como condición a cumplir durante el periodo de observación.

6.2.3. plazo de concesión

Conforme al art. 2 LPCP, el denominado periodo de observación tiene una duración a fijar por el órgano judicial sentenciador, que en ningún caso podrá ser superior a un año.

En España, “el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena” –art. 80.2 CP.

6.2.4. condiciones legales de concesión y reglas judiciales de conducta.

La normativa dominicana vigente establece unas condiciones legales a las que se supeditará en toda la concesión del perdón condicional. Conforme al art. 2 LPCP, “el tribunal establecerá en la misma sentencia las condiciones que debe concurrir el acusado:

- a) Residencia en un lugar preciso, que podrá ser propuesto por el propio condenado.
- b) Sujeción a la vigilancia del Ministerio Público del domicilio donde debe residir el encausado, debiendo informar a este funcionario cualquier desplazamiento fuera del lugar de residencia.
- c) Adopción, en el plazo que el mismo tribunal señale, de un trabajo, profesión y ocupación, siempre que no tenga otros medios conocidos y honestos de subsistencia.
- d) Pago de las costas y multas impuestas por sentencias, salvo que el tribunal, por causa justificada, lo libere de esta sanción, sin perjuicio de que se hagan efectiva de conformidad a las leyes y reglamentos vigentes”.

La normativa española vigente diferencia entre condiciones legales que en todo caso se impondrán *ope legis*, y reglas de conducta (es decir, obligaciones o prohibiciones) que el Juez o tribunal sentenciador puede opcionalmente establecer. Como condición legal *stricto sensu*, conforme al art. 83 CP'95, “la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal conforme al artículo 80.2 de este Código”. Como reglas de conducta –prohibiciones o mandatos judicialmente imponibles de manera opcional a cada reo, según proceda, lo que se interpreta que deben incidir en factores de peligrosidad de cada reo en concreto-, el propio art. 83 CP'95, agrega que “en el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

- 1º. Prohibición de acudir a determinados lugares.
- 2º. Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.
- 3º. Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
- 4º. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

- 5°. 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”.

A su vez el art. 83.2 CP'95 agrega que “los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas”.

6.2.5. Efectos de la concesión del perdón condicional.

La concesión de la suspensión de la ejecución de la pena determina que no se procede a la ejecución de la pena perdonada durante el periodo de observación.

En España, además, la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena determina efectos registrales complementarios, conforme al art. 82 CP'95: “si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales”. Ello ha tenido un importante efecto de profundización del principio de resocialización en la ejecución penal española, por cuanto la inscripción de la condena en el Registro Central, al efectuarse en una sección Especial a la que solo pueden acceder Jueces y Tribunales, determina que solo podrá tener efectos en orden a la apreciación de la reincidencia en sucesivos procesos penales, sin que la condena despliegue efectos desocializadores asociados a la publicidad general de dicho Registro administrativo.

6.2.6. Revocación del perdón condicional.

La normativa legal dominicana contempla las siguientes causas de revocación:

- 1º) Quebrantamiento de las condiciones señaladas en el art. 2 LPCP. Esta causa lleva como consecuencia legal la obligación del Ministerio Fiscal de instar la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena ante el tribunal del domicilio del condenado, que la decretará previa comprobación del motivo.

Resulta sorprendente que la revocación del beneficio sea acordado no por el juez o tribunal que lo concedió, sino por el tribunal del domicilio del condenado, que no tiene por qué ser el órgano judicial sentenciador que concedió el beneficio.

- 2º) Acusación durante el periodo de observación por la comisión de nuevo crimen o delito, que determina la revocación automática del perdón

condicional de la pena, sin perjuicio de la nueva sanción a que pueda ser acreedor el condenado –art. 4 LPCP. Resulta altamente criticable, por cuanto se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, lo que se hace además incongruente, si se toma en consideración que puede tomar como presupuesto de revocación hechos perpetrados eventualmente con anterioridad a la notificación de la concesión del perdón condicional, esto es, hechos anteriores al periodo de observación.

La normativa española –art. 84 CP'95– diferencia dos posibilidades. En primer lugar, la perpetración de un hecho delictivo durante el periodo de suspensión fijado determinará la revocación del beneficio, ordenándose la ejecución de la pena. Esta causa de revocación se interpreta en España sobre la base de la concurrencia de dos presupuestos: comisión del hecho delictivo durante el periodo de suspensión, y recaída de sentencia condenatoria. Y en segundo lugar, el incumplimiento de alguna de las reglas de conducta judicialmente fijadas, supuesto en que el art. 84 precitado abre un abanico de posibilidades al juez o tribunal: sustitución de la regla de conducta, ampliación del plazo hasta un máximo de cinco años, o revocación de la suspensión si el incumplimiento fuera reiterado.

Como es natural, la revocación o pérdida del perdón condicional determina que deberá ordenarse por la Autoridad de ejecución –Ministerio Público en la República Dominicana, Juez o Tribunal sentenciador en España– el inicio de cumplimiento de la pena.

6.2.7. Remisión definitiva.

Conforme al art. 5 LPCP, “si hubiere transcurrido íntegramente el periodo de observación sin que el perdón condicional haya sido revocado, se tendrá por cumplida la pena”.

6.2.8. figuras especiales de suspensión de la ejecución de la pena contempladas por la normativa española.

La legislación española ha contemplado dos supuestos especiales de suspensión de la ejecución de la pena, que reseñamos por su profunda justificación lógica.

A.- SUSPENSIÓN ESPECIAL DE ALCOHÓLICOS Y TOXICÓMANOS.- En primer lugar, la suspensión especial de personas con conductas adictivas por consumo de bebidas alcohólicas y/o sustancias estupefacientes. Tiene por fundamento la utilidad social de la deshabitación de su conducta adictiva, si la misma ha constituido un factor determinante o condicionante de la perpetración del delito, considerándose que su reedu-

cación queda más garantizada por el tratamiento terapéutico, y no por el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario. El art. 87 CP'95 establece la posibilidad de concesión, ampliando el marco de concesión a penas hasta 3 años, aunque no concurra el requisito de primariedad delictiva, siempre que se certifique su integración en programas de tratamiento de sus conductas adictivas, convirtiendo la continuidad en el programa de tratamiento en regla de conducta, salvo alta terapéutica. Se extiende el plazo de concesión (=de observación) de 3 a 5 años. Se excluye a los reos habituales, considerándose tales, conforme al art. 94 CP'95, los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

B.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN ESPECIAL DE ENFERMOS GRAVES CON PADECIMIENTOS INCURABLES.- La normativa española ha reconocido además la suspensión de la ejecución de la pena a los penados que sean enfermos graves con padecimientos incurables, sin sujeción a requisitos de extensión de pena ni primariedad delictiva, con la sola exclusión de los que cometieron el delito disfrutando del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena por este motivo. Su fundamento es la nula o muy baja peligrosidad criminal asociada a dicha situación de enfermedad, y la consideración de que el cumplimiento de la pena, en estas condiciones, atenta contra el principio del respeto a la dignidad de la persona, y no puede cumplir sus fines de resocialización. Considérese, por ejemplo, el caso de un penado enfermo de SIDA, cuando el avance de la enfermedad hace que el reo precise del auxilio de terceras personas para la realización de sus actividades cotidianas, tales como lavarse, vestirse, desplazarse, o alimentarse. Conforme al art. 80.4 CP'95, "los Jueces y Tribunales sentenciadores 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".

6.3.- Aplazamientos.

Denominamos aplazamiento a toda decisión de autoridad competente en cuya virtud se acuerda diferir o demorar el momento de inicio de cumplimiento de la pena, una vez resuelto no haber lugar a la aplicación de la remisión condicional.

Tradicionalmente muchos textos legales suelen referirse a esta figura como suspensión de la ejecución, pero dada la equivocidad de este término, que en España se utiliza para denominar específicamente el perdón o remisión condicional, procederemos a denominar aplazamientos a estas otras medidas.

Veamos cómo en el derecho vigente dominicano, el CPCD ha contemplado explícitamente un supuesto legal de aplazamiento. El artículo 298 CPCD establece que que "en aquellos casos en que, según la Constitución, el

condenado o su abogado interpusieren el recurso de gracia, se suspenderá la ejecución de la sentencia, hasta tanto que el Poder Ejecutivo resuelva sobre ese recurso”.

En España, existen varias causas legales de aplazamiento. **En primer lugar, la solicitud de indulto, bajo determinadas condiciones.** Dichas condiciones son: a) “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, suspender la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada” –art. 4.4 CP’95, párrafo primero; b) “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” –art. 4.4 párrafo segundo.

En segundo lugar, la enajenación mental sobrevenida, sin imposición de medida de seguridad de internamiento sustitutoria, pues se encuentran descartadas en nuestro sistema penal las medidas de seguridad predelictuales, y se entiende que en este caso no nos encontramos ante un loco que delinque, sino ante un delincuente que se vuelve loco. Así resulta del art. 60.1 CP’95, conforme al cual “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, se suspender la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa”, agregando el apartado 2 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”.

En tercer lugar, se ha previsto como causa legal de aplazamiento la decisión judicial por requerimiento del Tribunal Constitucional cuando se hubiere acordado por éste la suspensión de la sentencia objeto de demanda de amparo constitucional por vulneración de derechos fundamentales, en los términos previstos por el art. 56.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que la prevé cuando la ejecución del acto impugnado hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Tratándose de penas privativas de libertad la suspensión suele ser acordada cuando la duración de la pena no excede de cinco años.

Pero junto a estas causas legales, los jueces y tribunales sentenciadores españoles ha creado **un cuarto supuesto en la práctica: suelen acordar el aplazamiento siempre que se invocan causas justificadas personales, médicas, familiares, o laborales, que no demoren en exceso el inicio de cumplimiento.**

6.4.- Decisiones de cumplimiento.

6.4.1.- Decisión de inicio.

La decisión de inicio de cumplimiento se efectuará en cada caso por la Autoridad de ejecución, previa declaración de ejecutoriedad, siempre que no se haya acordado la suspensión de la ejecución, o el aplazamiento por causa justificada; y en su caso, revocado el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena por concurrencia de alguna de las causas legalmente establecidas, o vencido el término del aplazamiento.

A la decisión de inicio de cumplimiento se refiere en la normativa dominicana fijando como plazo general las 24 horas siguientes a la firmeza de la sentencia –arts. 297, 300 CPPD.–, teniendo el Ministerio Fiscal derecho para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública –art. 301 CPPD. Como ya hemos aludido, el art. 302 CPPD. regula un incidente de alegaciones del sentenciado ante la presencia de un juez, con presencia del secretario. Para el inicio de cumplimiento de la pena se requiere la expedición por secretario, y suscrita por sí, de un acta de ejecución, dentro de las 24 horas siguientes, al pie de la sentencia, haciendo mención de todo, al margen del acta. *De lege ferenda*, el párrafo primero del art. 516 ACPPD, prevé que “las sentencias condenatorias penales serán ejecutorias cuando adquieran la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada”; y el párrafo segundo agrega que “cuando el condenado debiere cumplir pena privativa de libertad, el Ministerio Público remitirá copia de la sentencia, con la certificación de la ejecutoriedad de la misma, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si estuviere en libertad, ordenará inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procederá conforme a la regla anterior”.

Conforme a su vigente principio de jurisdiccionalidad de la ejecución penal, la legislación española vigente establece que la decisión de inicio de cumplimiento de la pena privativa de libertad al Juez o Tribunal sentenciador. Así se concluye del párrafo segundo del art. 990 LECr, que dispone 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”.

El ingreso penitenciario así contemplado por la LECr. es forzoso, y se canaliza mediante un mandamiento de admisión, retención y custodia, en concepto de penado, con conducción o escolta de miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Pero con posterioridad, la LOGP ha contemplado una posibilidad de presentación voluntaria del penado, que pasa a ser un derecho de éste, cuando señala en su art. 15.1 que “el ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente, excepto en el supuesto de presentación volunta-

ria, que será inmediatamente comunicado a la autoridad judicial, quien resolver lo procedente....”. A su vez la presentación voluntaria se desarrolla en el art. 16 del Reglamento Penitenciario vigente, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero –en lo sucesivo RP– que prevé que el Director del Centro Penitenciario deberá ponerlo en conocimiento de la Autoridad judicial competente dentro de las 24 horas siguientes a la presentación, debiendo proceder a su excarcelación de no legalizarse la situación del presentado dentro de las 72 horas siguientes a su ingreso. Esta alternativa de presentación voluntaria es utilizada en el sistema penal español cada vez con más frecuencia, y tiene como ventaja para el Estado la reducción de recursos aplicados de policías en labores de escolta, y para el penado le ofrece ventajas evidentes, como la elección del Centro Penitenciario más próximo a su domicilio, evitando desplazarse a la sede del tribunal sentenciador –sin perjuicio de las competencias posteriores de la Administración para decidir su Centro de cumplimiento–, así como preconstituir un principio de prueba de que no se va a sustraer al mandato de retención y custodia, cara a la obtención futura de beneficios penitenciarios, muy particularmente permisos de salida.

6.4.2. Decisión sobre el lugar de cumplimiento.

En cuanto al lugar de cumplimiento, en la normativa dominicana, necesariamente serán los establecimientos penitenciarios en los términos previstos por el art. 1 LRPD: las penitenciarías (lugar de cumplimiento de penas privativas de libertad superiores a dos años), presidios (penas inferiores a dos años), cárceles (lugar de custodia de presos preventivos), e instituciones especiales (lugar de cumplimiento de reclusos con características especiales, tales como enfermos mentales, reclusos primarios, o dentro del periodo de prueba). art. 1 LRPD.

En España, y contra de la praxis de numerosos órganos judiciales, será en todo caso lugar de inicio de cumplimiento un establecimiento penitenciario, sin que competa a los órganos judiciales acordar el cumplimiento de las penas en centros de deshabituación, que sí aparecen contemplados en cuanto al cumplimiento de determinadas medidas de seguridad –art. 102 CP–, y para la observancia de regla de conducta en los casos de suspensión especial de alcohólicos y toxicómanos –art. 87 CP–, pero no para el cumplimiento de la pena de prisión, penas para las que se prevé conforme al art. 36 que “su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y en el presente Código”. Lo que se prevé en las leyes sobre el lugar de cumplimiento de la pena de prisión son los Centros Penitenciarios, –arts. 1 y 9 LOGP, y 990, párrafo 2º LECr–, correspondiendo la facultad de derivación ulterior a comunidades terapéuticas exclusivamente a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, una vez iniciado el cumplimiento de la pena, en el marco de las atribuciones que a los Centros Directivos de las Administraciones Penitenciarias sobre clasificación y destino, conforme a lo establecido

en el art. 79 LOGP, y 182 del Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero –en lo sucesivo RP–, en el marco de programas de tratamiento, y con dación de cuenta al JVP.

En España la clasificación legal –arts. 7 a 11 LOGP– de Centros de Preventivos, de Cumplimiento (dentro de estos de régimen ordinario y abierto, y excepcionalmente de régimen cerrado) y Especiales, se ha visto desbordada por la moderna realidad de los establecimientos polivalentes, así llamados en el art. 10 RP por posibilitar la retención y custodia de todo tipo de reclusos, con independencia de su condición procesal de detenidos, presos, penados o sentenciados sujetos a medidas de seguridad de internamiento, y entre los penados con independencia de su grado de clasificación, por supuesto que con la debida separación en distintos módulos de las diferentes categorías de internos.

6.4.3.- Liquidación de condena.

Una vez librado por el órgano judicial sentenciador mandamiento de ingreso forzoso, y de retención y custodia en concepto de penado, o bien alternativamente el mandamiento de retención y custodia en concepto de penado, cuando el reo se encontrara preso, o bien dentro de las 72 horas siguientes al ingreso voluntario del reo, en España el juez o tribunal sentenciador deberá definir el periodo de cumplimiento mediante la oportuna **liquidación judicial de condena**, acto procesal de determinación del periodo de cumplimiento de la pena, fijando el día de su inicio, y señalando el día de su término final. La liquidación judicial de condena, y la liquidación de máximo de cumplimiento de medidas de seguridad, son actos procesales de ejecución que curiosamente no aparecen contempladas con dicho *nomen juris* ni en la LECr ni en el CP, sino en el RP, arts. 16, 24.2 y 195; aunque sí se regulan en el CP'95 las reglas materiales a las que se sujetan. **En la liquidación se concretará en primer lugar la fecha de inicio de cumplimiento de la pena** -firmeza de la sentencia, si el reo estuviere en prisión, o desde su ingreso en el establecimiento de cumplimiento, si estuviere en libertad (art. 38 CP'95), o desde el día siguiente al de cumplimiento de la pena mayor –“sucesivamente, según orden de gravedad”–, si estuviere cumpliendo una o varias condenas anteriores (art. 75 CP'95). **En segundo lugar, la liquidación debe restar al tiempo de la pena impuesta el de la prisión preventiva sufrida en la causa, o en otras causas, bajo determinadas condiciones** -art. 58.1 CP: “el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión”. **En suma, cumplimiento (C) es igual a pena (P) menos periodo de prisión preventiva abonable (PP): esto es, C=P-PP. La liquidación de condena determina así, consecuentemente, el final del cumplimiento de la pena.**

Tratándose de medidas de seguridad debe efectuarse igualmente una liquidación de máximo de cumplimiento.

En la normativa penitenciaria dominicana el art. 420 CPPD prohíbe a los alcaldes recibir ni retener en la prisión a ningún penado en condición de tal sino en virtud de una sentencia de condenación, y previene la existencia de que el dispositivo de la sentencia deberá expresar la fecha de su pronunciamiento y la del vencimiento de la condenación, que se transcribirá en el registro de la prisión.

6.5.- paralización del cumplimiento.

Denominamos decisiones de paralización a aquellas resoluciones que interrumpen el cumplimiento de la pena cuyo cumplimiento se inició. En España se reconocen legalmente en los mismos tres supuestos de aplazamiento examinados.

6.6.- modificaciones cuantitativas

Denominamos modificaciones cuantitativas a aquellas decisiones que establecen una reducción o rebaja de la pena. En España, se canalizan en la redención de penas por el trabajo, que pueden definirse, siguiendo a BUENO ARÚS, como "causa de extinción e la responsabilidad criminal que consiste en una valoración jurídica del tiempo de cumplimiento de las penas privativas de libertad superior a la medida cronológica, siempre que el penado desarrolle en ese tiempo una actividad laboral u otra asimilada". Consideramos que este tipo de decisiones constituyen por definición actividad jurisdiccional, al establecerse una reducción de la duración real de la pena, modificándose cuantitativamente la condena fijada en sentencia.

Esta figura fue suprimida por el CP'95, pero sigue vigente aun en relación con las penas que se cumplen en la actualidad conforme al CP'73.

La LOGP rescató para los órganos judiciales esta parcela de la potestad jurisdiccional, y atribuyó su aprobación a los JVP, estableciendo en su art. 76.2 LOGP que "corresponde especialmente al Juez de Vigilancia: c) aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena".

6.7.- modificaciones cualitativas de las penas privativas de libertad.

Denominamos modificaciones cualitativas de las penas privativas de libertad a aquellas situaciones en las que el cómputo cronológico del cumplimiento de la pena privativa de libertad prosigue, encontrándose el penado en una situación real de libertad. Las decisiones de concesión de libertad anticipada entrañan una modificación sustancial de la pena, cuyo cumplimiento continúa nominalmente, pero en condiciones esencialmente diferentes, ya que el penado se encuentra realmente en libertad. En con-

secuencia, todas las decisiones que entrañen una excarcelación por libertad real del penado, sea temporal o definitiva, constituyen las denominadas modificaciones cualitativas de las penas privativas de libertad. En este sentido dichas decisiones modifican el pronunciamiento original sobre privación de libertad contenido en la sentencia penal, y conforme a su propia naturaleza, deben ser conceptuadas como actividad jurisdiccional; y en segundo lugar, implican una orden de libertad que deroga o deja sin efecto el mandato original de ingreso, y de retención y custodia. La consecuencia de lo señalado es evidente: los permisos de salida y la libertad condicional dejan de ser actividad administrativa, sujetas a la exclusiva autorización de la Administración Penitenciaria, y se transforman en decisiones que o bien deben ser acordadas por los órganos judiciales sentenciadores, o como mínimo sujetas al conocimiento previo y aprobación de la Autoridad ejecutante, si son órganos diferenciados.

Podemos citar como figuras que entrañan una auténtica modificación cualitativa de las penas a la libertad condicional y los permisos de salida.

6.7.1.- 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 de 23 de julio de 1914. 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 Jun-

ta Local del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, y los Directores de las Prisiones Centrales que radiquen 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.

Actualmente, la jurisdiccionalidad de la libertad condicional está plenamente reconocida en la mayoría de los sistemas penales modernos: así, en el sistema alemán, la 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 LLC, y su decisión se confía al Tribunal sentenciador, conforme al art. 3 de la ley precitada.

A.- REQUISITOS LEGALES.

Los requisitos legales para la aprobación de la libertad condicional en el derecho dominicano aparecen contemplados en el art. 1 LLC:

Primero. **Sólo se admite a condenados a penas privativas de libertad de carácter criminal o correccional** –párrafo primero del art. 1 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.

Segundo. **Primariedad delictiva.** Pues conforme al art. 11 LLC, “ningún penado reincidente podrá ser puesto en libertad condicional, y aquellos a quienes les haya sido revocada, no podrán obtenerla de nuevo”. Este requisito no se exige 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.

Tercero. **Cumplimiento real de un mínimo de tiempo de la pena privativa de libertad:** 3 meses de cumplimiento efectivo si la pena impuesta no excede de 6 meses, o la mitad de la condena si excede de 6 meses – apartado a) del art. 1 LLC.

Cuarto. **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. 1 LLC.

Quinto. **Buena conducta penitenciaria:** que haya demostrado hábitos de trabajo, y que se haya comportado bien en el establecimiento penitenciario. Apartado c) del art. 1 LLC. Sobre la demostración de hábitos laborales en la vida en prisión, merece la normativa penitenciaria dominicana algunas observaciones críticas que se desarrollan en este estudio.

Sexto. **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. 1 LLC– y previsión de que se conducirá bien en estado de libertad –apartado d) del art. 1 LLC.

La redacción expuesta de los apartados c) y d) merece críticas, 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.

En el derecho español, los requisitos se contemplan en el art. 90.1 CP'95, conforme al cual:

“Se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- 1º Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- 2º Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- 3º Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.”

B- PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN.

Primero.- **Petición del recluso, representante, o pariente.**- Conforme al art. 2 LLC, “la libertad condicional deberá ser solicitada al tribunal que pronunció la condenación, por instancia suscrita por el interesado, o por otra persona provista de un poder o mandato especial al efecto, excepto cuando se trate de parientes o aliados del penado”.

Supeditar la concesión del beneficio a esta petición resulta criticable, por cuanto se aparta del principio de oficialidad que debe presidir la ejecución penal, de tal manera que parece lógico que sea la propia Administración Penitenciaria, o bien el Ministerio Público, quien eleve la oportuna propuesta, cuando se aprecien méritos para la concesión de la libertad condicional, sin perjuicio del derecho de petición del recluso. Así sucede en el derecho español, conforme a los propios términos del

art. 76.2.d) LOGP, y preceptos concordantes, en los que es la Administración quien desarrolla una actividad de colaboración con la ejecución penal, mediante la elevación de la oportuna propuesta.

Segundo. **Tramitación del expediente administrativo.** La finalidad del expediente es documentar la situación penal y penitenciaria, y en definitiva advenir la concurrencia de los requisitos legales. Conforme al art. 2 LLC, "dicha instancia, a la cual se anexará una certificación expedida por el alcaide, director del establecimiento correspondiente o quien haga sus veces, en la cual conste que se han cumplido los requisitos indicados en el artículo anterior, contendrá los datos relativos al penado, a la infracción cometida, fecha de la sentencia condenatoria, indicación de la residencia escogida por el penado, así como el nombre y generales de la persona bajo cuyo patronato se pondrá, y una declaración firmada por éste en la que conste que se compromete a cumplir las obligaciones que el auto de liberación, la Ley o los reglamentos pongan a su cargo".

El sistema se asemeja al español, donde el expediente se objetiva con documentos compulsados, pero se agrega un juicio pronóstico de peligrosidad criminal emitido por especialistas de la propia institución penitenciaria.

Tercero. **Audiencia del Ministerio Público.** El párrafo final del art. 3 establece que el expediente será sometido al ministerio público para su dictamen en un plazo no mayor de 5 días. En este sentido, como proyección de la dependencia de la Institución Penitenciaria Dominicana respecto del Ministerio Público, éste contará con un expediente personal donde se registrará la evolución conductual del recluso durante el periodo de cumplimiento de la pena, lo que resulta del art. 5 LLC. Dicho art. 5 LLC establece que "para los efectos de esta ley, los alcaides, directores de los establecimientos penitenciarios o prisiones, o quienes hagan sus veces, llevarán un registro, en el cual anotarán por lo menos cada semana, lo relativo a la conducta de los penados bajo su guarda, con estas calificaciones: ejemplar, buena, eficiente, o mala, sin perjuicio de otras explicaciones de lugar. Estos registros tendrán hojas para original y dos duplicados, de modo que los últimos sean fácilmente separables. Los duplicados serán enviados: uno al Procurador Fiscal del Tribunal que haya pronunciado la condenación, y el otro a la Procuraduría General de la República, quienes lo protocolizarán para cada penado por separado."

Cuarto. **Eventual práctica de investigaciones complementarias por el Tribunal sentenciador.** El art. 4 LLC permite al tribunal sentenciador acordar la práctica de diligencias encaminadas a averiguar la concurrencia de los requisitos legales, y muy particularmente sobre la peligrosidad criminal real del penado, disponiendo que "el tribunal competente, antes de decidir sobre la petición de libertad condicional, podrá ordenar las investigaciones que estime convenientes y, muy especialmente, sobre si el penado es apto para comportarse bien en libertad".

Quinto. **Resolución aprobatoria del tribunal sentenciador.** La resolución aprobatoria tiene forma de auto (art. 10 LLC). Dicho auto deberá obligadamente fijar dos condiciones legales; y puede eventual y opcionalmente fijar determinadas reglas de conducta, que deberán ser observadas por el liberado condicional durante el tiempo que reste para el cumplimiento total de la pena. Así resulta del art. 3 LLC, conforme al que “el tribunal competente, si otorga la libertad condicional someterá al penado durante el tiempo que faltare para la extinción de la pena que le fue impuesta, al cumplimiento de las obligaciones siguientes”.

Son condiciones legales que obligadamente debe fijar el auto: residir en un lugar determinado por el auto –art. 3.a) LLC– y no cometer infracciones intencionales –art. 3.b) LLC.

Son reglas de conducta que puede fijar opcionalmente el auto aquellas prohibiciones o mandatos que el tribunal considere convenientes. Conforme al art. 3.c) LLC, “cumplir las reglas de conducta que señale el tribunal, tales 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, no cambiar sin permiso del tribunal la residencia que le sea señalada, someterse al patronato que le sea asignado, u otras condiciones que el tribunal estime convenientes”.

La mención final a otras condiciones que el tribunal estime convenientes demuestra que las reglas de conducta en el sistema dominicano están sujetas al sistema de *numerus apertus*, frente al sistema de *numerus clausus* del derecho español. Efectivamente, el art. 90.2 CP'95 señala que “el Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el art. 105 del presente Código”. Dicho art. 105 CP se refiere a las medidas de seguridad no privativas de libertad, que pasan a ser por su remisión reglas de conducta eventualmente imponibles por el JVP español. Tales reglas de conducta aparecen tasadas, y son las siguientes: sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario; la obligación de residir en un lugar determinado, prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe -en este caso, el sujeto quedar obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan; prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas; custodia familiar -el sometido a esta medida quedar 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 y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado; sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares; la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determinen, o de comunicar con ellos; la privación de la licencia o del permiso de armas; la privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

Sin embargo, la proyección de los principios generales de 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.

La normativa dominicana no contempla expresamente la modificabilidad de las reglas de conducta, pero su práctica sin duda lo posibilitará, mediante cláusulas condicionales, en función del principio de proporcionalidad, conforme al que la regla de conducta debe subsistir el tiempo imprescindible para control el factor de peligrosidad, de tal suerte que si antes de concluir la pena desaparece el factor de peligrosidad, la regla de conducta debe alzarse o suspenderse: así, en caso de fijarse la integración en programa de drogodependencias, puede establecerse la expresión “hasta la obtención de alta terapéutica en su caso”.

Conforme al art. 10 LLC, los autos de concesión o denegación de libertad condicional no son susceptibles de recurso alguno. En España, por el contrario, se admite la posibilidad de interposición de recursos de reforma y de apelación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –LOPJ.

C.- EFECTO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL DURANTE 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.

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 proceder a ejecutar la liber-

tad 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 dar cuenta inmediata al Juez de Vigilancia a fin de que éste adopte la resolución que proceda".

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.

En la normativa dominicana, el control de la observancia de estas obligaciones legales y reglas de conducta pasan al Ministerio Público. Este control se ejerce por diversos cauces: mediante las comunicaciones de la persona que se constituye en patronato, mediante las presentaciones periódicas del liberado condicional, y mediante las informaciones de la policía judicial al Fiscal sobre el resultado de su deber de vigilancia. A las comunicaciones de la persona que se constituye en patronato se refiere el art. 6 LLC, cuando señala que "la persona que se constituya en patronato del penado, deberá informar al Procurador Fiscal del Distrito Judicial donde reside el penado, las faltas cometidas por éste, así como cualesquiera circunstancias que estime útiles". A las presentaciones periódicas se refiere el art. 7 LLC, conforme al cual "el liberado condicionalmente está obligado a presentarse cada mes ante el Procurador Fiscal del Distrito Judicial donde reside para informarle de lo relativo a su vida, trabajo, ocupación, y acerca de lo que dicho funcionario tenga interés en saber". A las informaciones de la policía judicial al Ministerio Público -sobre el resultado de la vigilancia que debe ejercer sobre el liberado-, se refiere el art. 15 LLC, conforme al cual "los miembros de la Policía Judicial del Distrito Judicial donde resida 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, de la falta de cumplimiento por parte del liberado, de las obligaciones que le impone el auto de liberación, la Ley o los Reglamentos, así como de cualesquiera otras circunstancias que consideren útiles y necesarias". 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.

D.- CONCLUSIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.

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. 13 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.

La normativa española ha previsto dos causas legales de revocación: la comisión de delito –lo que exige sentencia condenatoria firme por delito, pues de lo contrario se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia– y el incumplimiento de las reglas de conducta. Así resulta del art. 93 CP’95, conforme al cual “el período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresar en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional”.

La normativa dominicana aborda esta cuestión en los arts. 8 y 9 LLC, diferenciando entre una revocación judicial, que requiere una resolución en forma de auto dictado por el tribunal competente, a petición del Ministerio Público, y una revocación de pleno derecho, que no la requiere. A la revocación por decisión judicial expresa se refiere el art. 8, cuando señala que “si el penado no cumple las condiciones mediante las cuales fue puesto en libertad, el tribunal competente ordenará, a petición del Procurador Fiscal, su reintegración al establecimiento penitenciario; y el tiempo pasado en libertad condicional no será imputado sobre la duración de la pena que debía cumplir”; si bien 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”. Los autos revocatorios o no revocatorios no son susceptibles de recurso en la normativa dominicana –art. 10 LLC–, a diferencia de la normativa española, donde se permite el recurso de reforma ante el propio JVP, y posteriormente la apelación ante la Audiencia Provincial, igual que en los supuestos de concesión o no concesión del beneficio.

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 extiende esta consideración al liberado que incumple su deber legal de comparecer mensualmente ante el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de su residencia. Conforme al precepto mencionado “el penado puesto en libertad condicional que evadiere a sabiendas la ejecución de la orden de reintegración al presidio 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”.

A juicio de esta ponencia, la tipificación como delictivas de estas conductas resulta innecesaria y excesiva, bastando librar las oportunas órdenes de detención; pero resulta a todas luces injustificable en los casos de incomparecencia ante el Ministerio Público, en tanto en cuanto este hecho puede determinar la revocación del beneficio, del que dimanarían las órdenes de reintegro, cuyo incumplimiento es en sí el que determinaría la condición penal de fugitivo a efectos de la aparición de una nueva conducta tipificada penalmente.

A la revocación de pleno derecho se refiere el art. 9 LLC, conforme al cual “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” Ello puede suscitar problemas interpretativos, como los supuestos de condena por hechos perpetrados no durante el periodo de libertad condicional, sino con anterioridad, en cuyo caso no debería en puridad revocarse la libertad condicional, toda vez que no se ha incurrido en vulneración de la condición legal establecida en el art. 3.b).

En estos casos, en el sistema español procede a una institución denominada refundición material de condenas, consistente en que el JVP acuerda la unidad de ejecución de las diversas penas, determinando como fecha de inicio la de la primera, y como fecha de extinción la de la última sobrevenida, con extensión del beneficio de la libertad condicional a la nueva pena, y libertad inmediata, de haberse cumplido el periodo mínimo de cumplimiento computado sobre la suma aritmética de las penas impuestas, con retención en su caso hasta la fecha de dicho mínimo legal de cumplimiento, de no haberse aun alcanzado.

Merece críticas la regulación indiscriminada de la pérdida del tiempo transcurrido en libertad condicional a efectos del cómputo de la pena, pues como mucho parece justificarse en los casos de comisión de hechos delictivos; y en puridad, en ningún caso, toda vez que el liberado sigue

cumpliendo la pena, y con ello se prolonga la duración de la pena más allá del tiempo fijado en la sentencia. Es por ello por lo que en España, donde el CP derogado contemplaba la pérdida del tiempo transcurrido en libertad condicional en los supuestos exclusivos de comisión de nuevo delito con apreciación de agravante de reiteración, se ha optado con el nuevo CP'95 por suprimir dicha pérdida temporal del cómputo de la pena.

E.- SUPUESTOS ESPECIALES DE LIBERTAD CONDICIONAL EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

La normativa española ha contemplado un supuesto de adelantamiento de libertad condicional, y dos supuestos especiales de concesión sin sujeción a plazo alguno de cumplimiento efectivo de la pena, en la que es preceptiva la concurrencia de todos los requisitos legales generales, de tal suerte que su aplicación procede una vez iniciado el cumplimiento de la pena, sin un periodo mínimo de estancia en prisión, a propuesta de los servicios de prisiones, previa aprobación por el JVP.

En cuanto al supuesto del adelantamiento a las 2/3 partes de cumplimiento, se configura como un beneficio penitenciario que contribuye a estimular la buena conducta y participación en actividades tratamentales por parte del penado, subsistiendo la necesidad de aprobación por el JVP. Señala el art. 91 CP que “excepcionalmente, cumplidas las circunstancias 1ª y 3ª del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales”.

En cuanto a los supuestos especiales, son los casos de septuagenarios y el caso de los enfermos graves con padecimientos incurables. Conforme al art. 92, apartado primero, “no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional”. El apartado 2 del art. 92 CP'95 precisa que “el mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables”.

6.7.2.- Los permisos de salida.

Los permisos de salida constituyen una situación en cuya virtud los reclusos salen del establecimiento penitenciario; si se computa en la pena el periodo de salida, la medida entraña en definitiva una modificación cua-

litativa de la pena privativa de libertad, ya que esta sigue nominalmente cumpliéndose, pero en una situación sustancialmente modificada, sin efectiva privación de libertad. En este sentido constituyen al igual que la libertad condicional una auténtica modificación cualitativa de la pena, y por ello su aprobación en puridad debería corresponder al tribunal competente. Pero subsidiariamente además constituyen una derogación temporal del mandato de retención y custodia, y en aquellos sistemas penales en los que el Ministerio Público es la Autoridad de ejecución, en la medida en que ordena el cumplimiento de la pena mediante la oportuna orden de admisión o ingreso, y de retención y custodia, el permiso deja sin efecto parcialmente el mandato en lo que atañe a la retención y custodia, lo que conduciría a que las decisiones de su aprobación, caso de no atribuirse a los tribunales competentes, deberían corresponder en su caso al Ministerio Público en cuanto Autoridad de ejecución, sin perjuicio de las facultades de propuesta de las Instituciones Penitenciarias, en la medida en que simultáneamente los permisos son contemplados en los sistemas penitenciarios como instrumentos evaluativos de la readaptación social. Los servicios penitenciarios desarrollarían en este campo una actividad que no sería de suyo actividad administrativa penitenciaria, sino actividad colaboradora de la ejecución.

En España, el sistema de judicialización de la ejecución penal no se ha desarrollado hasta las últimas consecuencias en este capítulo de autorización de salidas, pues la intervención de los JVP aparece contemplada exclusivamente en el régimen del cumplimiento de las penas en cuanto a la autorización de permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado –art. 76.2.i) LOGP. No existe razón lógica alguna en cuya virtud los permisos de duración inferior a dos días no sean competencia del JVP; como tampoco de que no lo sean ninguno de los permisos de salida que se conceden a los penados clasificados en el tercer grado de tratamiento, sean permisos de salida especiales, salidas diarias autorizadas contempladas en el art. 86 RP, o los permisos de fin de semana contemplados en el art. 87 RP, que se conceden y aprueban por la Administración Penitenciaria.

En cualquier caso sí se admite la competencia de los JVP para la autorización de permisos ordinarios de salida de los penados clasificados en el segundo grado de duración superior a dos días, y para resolver en todo caso las denegaciones de permiso acordadas por la Administración, por el cauce de su competencia para resolver las quejas de los reclusos. La legislación española diferencia entre permisos extraordinarios, que obedecen a motivos humanitarios, y permisos ordinarios. A los permisos extraordinarios se refiere el art. 47.1 LOGP, conforme al cual “en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales”, que serán aprobados por la Autoridad judicial de la que dependen tratándose de presos preventivos. A los permisos ordinarios se refiere el art.

47.2 LOGP, conforme al cual “igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta”. Estos permisos no son automáticos, sino que serán denegados en los supuestos en los que, por la personalidad anómala del interno, por su trayectoria delictiva o por la concurrencia de otras variables, se aprecien probabilidades de no reincorporación, de comisión de nuevos delitos, o de repercusión negativa para el penado desde la perspectiva de su propio proceso de tratamiento o de recuperación social (art. 156.1 RP).

En la normativa penitenciaria dominicana examinada –LRP, CPPD, ACPPD– no se ha determinado precepto alguno que determine la necesaria intervención de los tribunales ni del Ministerio Público en la aprobación de los permisos de salida, que parecen depender exclusivamente de decisiones administrativas, conforme a los requisitos establecidos en la LRPD, arts. 17.a), 18, 19, 21 y 22, correspondiendo su concesión al director del establecimiento, previa resolución motivada dictada al efecto por la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción del establecimiento penitenciario –art. 21–; y si bien se prevé la remisión de copia de la resolución al Procurador General de la República, y al Procurador General de la Corte de Apelación, o Procurador Fiscal correspondiente, ello parece mera información documental que no afecta al contenido constitutivo de la decisión administrativa. Por otra parte se establece una excepción de la preceptiva resolución en los casos de enfermedad grave o muerte de determinados familiares –que en consecuencia ni tan siquiera se participan al Ministerio Público.

Aunque parece existir posibilidad de impugnación administrativa por parte del recluso contra las decisiones denegatorias de la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción, ante una Comisión de Apelación constituida por el Procurador General de la República –o su representante– y el Director General de Prisiones –párrafo final del art. 20–, no aparece previsto un control judicial de dichas decisiones.

6.8.- declaración del término de cumplimiento y extinción de la responsabilidad criminal.

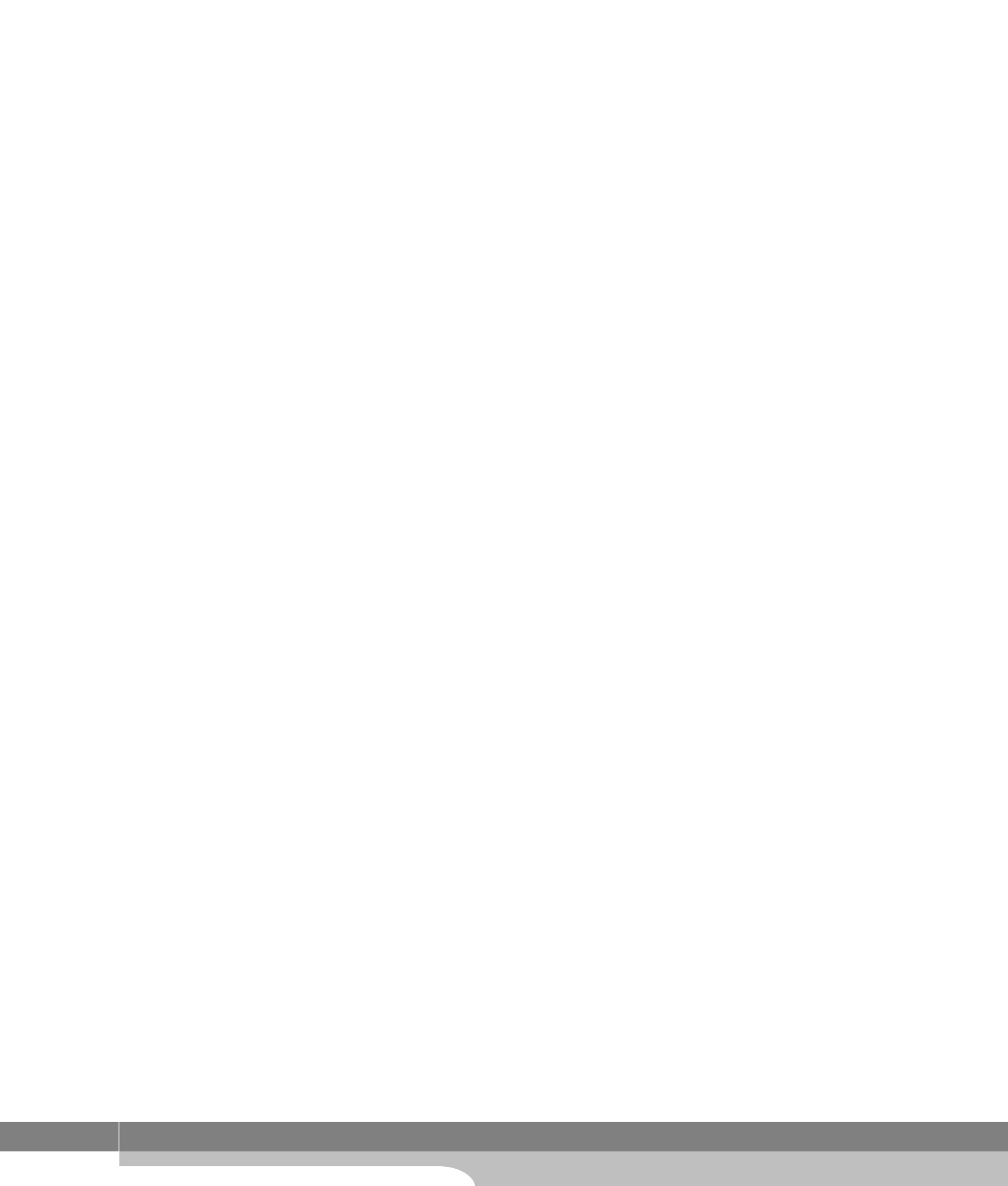
Conforme a la teoría general de la ejecución penal, puede concluirse que las decisiones de término de cumplimiento de la pena deben ser aprobadas por la Autoridad ejecutante.

Así, en, España, las decisiones de término o cumplimiento de la pena corresponden a los Jueces o Tribunales, como Autoridades de ejecución,

y sin ellas no puede procederse a la excarcelación de los penados. Así resulta del art. 17.3 LOGP, conforme al cual “para proceder a la excarcelación de los condenados se precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia”. En este sentido, el RP diferencia los supuestos de aprobación de la libertad de reclusos, respecto de la libertad definitiva de los liberados condicionales. Respecto de los reclusos penados, se dan dos simples normas: a) con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el Director del establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia –art. 24.2 RP; b) si quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el Director del establecimiento reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibirse orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta –art. 24.3 RP. Para las propuestas de libertad definitiva de los liberados condicionales se dispone que se formularán por el Director del centro a que estén adscritos, teniendo en cuenta lo dispuesto en los apartados anteriores –art. 24.4 RP.

La necesidad de expedición de mandato de término de la retención y custodia expedido por la Autoridad de ejecución se reitera incluso cuando dicho término deriva de la aplicación de medidas de indulto por parte del Gobierno de la Nación. Así se confirma en la normativa española, cuando el art. 25 RP señala que “cuando la liberación definitiva de los penados se produzca por aplicación de medidas de gracia, el Director del centro se abstendrá, en todo caso, de poner en libertad a los penados sin haber recibido orden o mandamiento por escrito del Tribunal sentenciador”.

La legislación dominicana contempla una regulación especial del término de la pena o de su cumplimiento, aparte de la alusión indirecta examinada al abordar el final de la libertad condicional. Concretamente, el art. 421 CPD establece que “tres días antes de cumplirse la condena de un preso, el carcelero o guardián lo avisará de oficio al juez de la causa o al fiscal del tribunal de primera instancia, para que provea lo que fuere del caso”.



NNA módulo 13

por Vernabel Moricetti Fabián
Magistrado de República Dominicana

niños, niñas y adolescentes en el ámbito del proceso penal

1. problemática del menor de edad infractor. 2. tratamiento de la justicia penal a los niños, niñas y adolescentes infractores. 2.1. De la situación irregular a la protección integral. 2.1.1. Tratamiento del menor de edad infractor en la Doctrina de la Situación Irregular. 2.2. El Derecho Penal Garantista de la Niñez y la Adolescencia. (Doctrina de la Protección Integral). 2.3.-Tratados Internacionales. 3. Administración de justicia penal de niños, niñas y adolescentes. 3.1. Responsabilidad Penal. 3.1.1. Edad Penal. 3.2. Jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes. 4. principios fundamentales en el proceso penal de niñez y adolescencia. 4.1. Principios particulares del proceso penal de niños, niñas y adolescentes. 4.1.1. Principio de protección integral del niño, niña o adolescente infractor. 4.1.2. Principio del interés superior del niño. 4.1.3. Principio de respeto a los derechos del menor de edad infractor. 4.1.4. Principio de formación integral y reinserción. 4.1.5. Principio de presunción de minoridad. 4.1.6. Principio de confidencialidad y el derecho a la privacidad. 4.2. El debido proceso en los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes. 4.3. Presunción de Inocencia. 4.3.1. Indubio pro reo. 4.3.2. Derecho a la Prueba (onus probandi). 4.3.3. Non bis in idem. 4.4. Inviolabilidad del Derecho de defensa. 4.4.1. Derecho al silencio y a la no-autoincriminación. 4.4.2. Derecho a asistencia letrada. 4.4.3. Derecho de intervención. 4.5. Principio de legalidad. 5. La acción de habeas corpus en la justicia penal de niños, niñas y adolescentes. 6. principio de impugnación



1.- problemática del menor de edad infractor.

Siempre se ha reconocido que la edad, ejerce una influencia que debe ser tomada en cuenta desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues la experiencia había planteado, conforme a las bases de que en nuestro Código Penal reposa la responsabilidad, que hasta que no se ha alcanzado cierta edad no se posee la madurez física y mental suficiente para obrar con voluntad, conciencia y libertad; así con relación a los menores de edad fueron creadas dentro del Código Penal, instituciones que eran el reflejo del concepto que, desde muy antiguo, primaba en el ánimo de la sociedad, que la infracción cometida por un niño o por un adolescente no podía ser apreciada del mismo modo que la realizada por un adulto, y de aquí que, en legislación, haya sido enfocado el problema, ya desde el punto de vista jurídico, ya desde el punto de vista social, siendo éste último el de mayor ahínco al momento de tratar al niño, niña o adolescente infractor (*menor de conducta irregular*), sobre la base de la teoría de la situación irregular que gobernaba 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).

Esto así sobre la base de una creencia, ampliamente difundida, de que el menor de edad de conducta irregular es un sujeto en esencia diferente del niño, niña o adolescente normal (o no infractor) y que tal diferencia radica en las deficiencias que en los diversos niveles de su constitución el niño presenta: psicológicos (problemas de personalidad), familiares (ausencia de padres, número de hijos, violencia intrafamiliar recurrente), sociales (estatus socioeconómico bajo) o educacionales (baja escolaridad). En la situación original el niño, niña o adolescente de conducta irregular es esencialmente igual a cualquier otro, no obstante, a partir de la valoración de su conducta, la definición que se le otorgue le convertirá en una persona diferente.

2.- Tratamiento de la justicia penal a los niños, niñas y adolescentes infractores.

2.1- De la situación irregular a la protección integral.

Según lo plantea Luigi Ferrajoli, en nuestra tradición jurídica derechos e infancia son términos tendencialmente antinómicos. Por una parte estando los niños 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.

La Doctrina de la Situación Irregular propugna, expresa Gilbert Armijo, 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 en la cual, en un primer momento, la influencia del psiquiatra y del psicólogo fue determinante para el Juez.

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) han 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.

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.

2.1.1.- Tratamiento del 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.

En ese sentido el menor de edad no era realmente sujeto de ningún derecho. Las legislaciones internas sobre menores de edad infractores, como en nuestro caso con la Ley 603 del 3 de noviembre de 1941 sobre Tribunales Tutelares de Menores, iban dirigidas a un segmento bien determinado de la población infanto-juvenil, que era la que se encontraba en lo que

se ha dado en llamar situación irregular (niños pobres, abandonados, de la calle, infractores, en situación de peligro). Legislaciones dirigidas al “menor”, pero únicamente en tanto éste podía ser objeto de intervención, en las que el niño no era más que objeto de compasión.

La idea de la responsabilidad individual es sustituida por aquella de la responsabilidad social, la noción del libre albedrío por la de la 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 a 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.

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 encargó a los jueces de judicializar problemas que más tenían que ver con 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 infracción.

Tal y como lo expresa Emilio García Méndez, en el contexto de esta doctrina no es posible usar el concepto de “delincuente” sino entre comillas. Agregando, además, que en un contexto 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. En este sentido un “acto antisocial” es aquello que el juez de “menores” define como acto antisocial. 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 Beloff:

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.

2da. 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.

3ra. 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 niñez y la adolescencia. (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 Ferrajoli– 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 de 1899 cuando, con la creación del primer Tribunal Juvenil en Chicago, Illinois, se empezó a comentar 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 niños de una posible estigmatización. Este tribunal estaba autorizado a adoptar medidas cautelares contra los llamados “pre-delincuentes” 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.

Es en este momento cuando se empieza a comentar la necesidad de sustraer al menor de la justicia penal. 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.

En la República Dominicana esta concepción tutelar encontró su fundamento, en la Ley 603 de 1941 sobre Tribunales Tutelares de Menores.

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), 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.

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 infanto-adolescente 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, como “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 etario.”

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 –con Carlos Tiffer Sotomayor– 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 niños y adolescentes en derechos y garantiza, cuando estos están en conflicto con la ley penal, una justicia que respete los mismos derechos procesales consagrados para los adultos, adecuándolos a los niños y adolescentes 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 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 le dé el contenido correcto a los grandes lineamientos de la legislación e incluso a sus aspectos prácticos.

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 4 los instrumentos que la integran; que en orden cronológico son: Primero las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijín, 1985); segundo la CDN, 1989; Tercero, 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.

“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 González)

3.- Administración de justicia penal de niños, niñas y adolescentes.

Durante más de cincuenta años, con la aprobación y entrada en vigencia de la Ley 603 sobre Tribunales Tutelares de Menores (1941), impregnada de la denominada Doctrina de la Situación Irregular, nuestra 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 el considerara con-

veniente para el adolescente, tratando de ejercer una tutela que pretendía ser equiparada con la de un buen padre de familia.

Luego de la ratificación de la CDN, por el Congreso Nacional en junio de 1991, en el año 1994 fue aprobado y promulgado como Ley 14-94 el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo adelante CPNNA), el cual entró en vigencia a partir del primero de enero de 1995 (Art. 363 CPNNA), que tiene como fundamento la aplicación de la Doctrina de la Protección Integral (encaminada hacia derecho garantista de niñez y adolescencia).

La tesis que en este punto se plantea, en el marco de la protección integral, es la relativa a la responsabilidad del niño, niña o 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.

2do. Los 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.

La Constitución Política de la Republica Dominicana (en lo adelante CPRD), el Código Penal, las Leyes Especiales, el CPNNA, así como la normativa internacional que nos vincula, conforman el entorno de referencia para determinar si un menor de edad es responsable de un hecho infraccional que se le atribuye (principio general VI, Art. 122 y 230 CPNNA), de tal suerte que al estudiar lo relativo a la responsabilidad penal de niños, niñas y adolescentes, debemos complementar las disposiciones de CPNNA con éstos 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, con García Méndez, en tres grandes etapas.

Una primera que 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 603 de 1941, imperando las directivas contenidas 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 No. 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. En que trazaba reglas especiales de procedimiento y competencia para la vista pública de la causa; 3ro. En que, en razón de la edad, disminuía las penas, o lo que es lo mismo, establecía una excusa atenuante fundada en la menor edad; y, 4to. En que 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), hasta 1954, con la Ley 3938, que se establece en 8 años.

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 delincuentes adultos, en la más aberrante promiscuidad.

Una segunda etapa que puede denominarse de carácter tutelar, como afirma García Méndez; ésta 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 603 del 3 de noviembre de 1941, cuyo artículo 2 crea los Tribunales Tutelares de Menores, como una jurisdicción disciplinaria.

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, es la etapa de la responsabilidad penal de los adolescentes, que se inaugura en América Latina con el Estatuto del Niño y el Adoles-

cente de Brasil en 1990, 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 vigor del CPNNA, promulgado como Ley No. 14-94, del 22 de abril de 1994.

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 específicas, con aquellas finalidades específicas que las leyes penales para adolescentes prevén para esas edades.

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.

3.1.1.- 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." Sobre este contexto el CPNNA, conservando la edad de los dieciocho años como punto de partida de la plena capacidad civil y penal, ha dividido a los menores de esta edad en dos categorías desde el punto de vista de la protección debida y, por analogía, debemos interpretar que abarca el aspecto de la responsabilidad penal atribuible a una y otra. Así tenemos que el Principio II del CPNNA establece como marco general que, "Son niños, niñas y adolescentes todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad. Se le calificará de niño o niña desde su nacimiento hasta los 12 años y adolescentes desde los 13 años hasta los 18 años cumplidos."

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 aún cuando no han sido ratificadas por el Estado Dominicano, sirven de marco de referencia, toda vez que crea derecho a favor de la niñez y la adolescencia; 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."

De la anterior apreciación, podemos colegir que en nuestro derecho penal de niñez y adolescencia, la edad mínima para atribuirle responsabilidad penal, aún cuando el CPNNA no lo haya establecido expresamente, implícitamente ha sido fijada en doce años, lo cual encontramos confirmado en las precisiones del literal "d" del Art. 268 del CPNNA cuando al enumerar las medidas que el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes puede aplicar, dispone que: "d) Ordenar el internamiento del niños, niñas o adolescentes que no haya cumplido doce años, en un establecimiento especial de reeducación.

Pero más aún, el fundamento de una edad mínima de responsabilidad penal se encuentra en lo 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." Caemos así aquí en el terreno de la inimputabilidad absoluta de esta población, que no amerita discusión en el presente análisis.

Es a partir de los doce años, pues, que los niños, niñas y adolescentes serán responsables penalmente de sus actos infraccionales, sujetos a la competencia de las jurisdicciones especializadas de administración de justicia de niñez y adolescencia.

3.2.- Jurisdicción especializada de niños, niñas y adolescentes.

Por aplicación del principio de jurisdiccionalidad se establece que si un niño, niña y adolescente es sujeto del derecho penal, éste le será aplicable por medio de una justicia especializada, esta 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 la misma, el imputado.

La normativa contenida en el nuevo sistema de justicia penal de niños, niñas y adolescentes (CPNNA, CDN, La CPRD, Código Penal, de Procedimiento Penal, Leyes especiales) reconoce la distinta condición de los menores con relación a los adultos, por lo que incorpora, aunque de manera atenuada, las garantías del proceso penal para personas mayores de edad, al tiempo de especializar el proceso penal (correccional) de niños, niñas y adolescentes con las regulaciones necesarias para el respeto y desarrollo integral del menor como ser humano.

Esta jurisdicción esta llamada a ser integrada por jueces y ministerios públicos especializados, capaces de comprender la problemática del 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 de la protección integral. Para lo cual estará auxiliado de un equipo de profesionales, cuya participación en el proceso penal de niñez y adolescencia 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 niños, niñas y adolescentes, 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 los mismos;
- consagrar una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos;
- reducir al mínimo las sanciones privativas de libertad;

“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).

- establecer una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a la misma;
- conservar para los niños, niñas y adolescentes los principios educativos, dando atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor de edad.

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 niñez y adolescencia.

Por medio del CPNNA debe ascenderse a los principios constitucionales y con ellos resolver todo aspecto procesal o, incluso, de fondo. En este sentido resulta acertada la regla de interpretación que establece CPNNA, cuando expresa en su Principio General VI que “Para la interpretación de esta ley deberán tomarse en cuenta sus objetivos sociales, las exigencias del bien común, **los derechos y deberes individuales y colectivos**, y la condición peculiar de la población que se quiere proteger, haciendo primar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.”

Además de seguir un criterio monista (integración de las normas del derecho internacional público al derecho interno) en cuanto expresa en el Principio primero que el CPNNA consigna “Los principios consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”.

En esta perspectiva, el derecho penal de niñez y adolescencia, ya sustantivo ya 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.

El CPNNA hace referencia a otras normas de derecho —en ocasiones incorporándolas (Art. 368)— lo cual supone la coexistencia del principio de autonomía con la subsidiariedad de esas otras normas, con lo cual el principio de la subsidiariedad, de acuerdo al cual normas ajenas al CPNNA lo integran para cubrir sus lagunas, en tanto y cuanto no se opongan a los principios generales de la justicia de niñez y adolescencia. Así tenemos sentencias de 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 el CPNNA (SCJ. B.J. 1078, Pág. 370; B.J. 1075, Pág. 515).

Sobre este particular el mismo CPNNA al definir la situación de los niños, niñas y adolescentes infractores (Art. 122, 123, 124 y 125), se expresa en el sentido de que lo son aquellos “que incurran en hechos sancionados

por la ley”, lo cual, obviamente, 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. Ratificando esta apreciación el Art. 266, en su literal a, de el mismo CPNNA, en cuanto dispone que es competencia de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes, el conocer de los hechos considerados como delitos o faltas por la legislación común, atribuidos a menores de dieciocho años.

Sobre la integración de normas del derecho internacional público al CPNNA, es importante destacar la posición de la SCJ, 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.” (SCJ. B.J. 1078, Pág. 44 y Pág. 52, de fecha 27 de septiembre del 2000).

Como hemos podido observar con las sentencias referidas la SCJ, ha establecido varios principios a saber:

Primero: que el CPNNA, 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 del Art. 10 de CPRD, en cuanto expresa que “la enumeración contenida en los Art. 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza.”

Tercero: que la CDN es una norma de nuestro derecho positivo, lo cual hace que pueda ser invocada para la solución de los litigios entre los particulares, o cuando enfrentan una acusación penal, esto así por aplicación del Art. 3 de la CPRD cuando expresa que “la República Dominicana 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, que una sociedad tenga constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. A lo cual debe también circunscribirse la administración de justicia penal de niñez y adolescencia.

4.1.- principios particulares del proceso penal de niños, niñas y adolescentes.

En todo proceso penal de niños, niñas y adolescentes existen principios que, por sus particulares características, son imprescindibles para que la administración de esta justicia penal por la vulnerabilidad de la población a que va dirigida, cumpla cabalmente con los fines de protección que son sus bases de sustento. Estos principios, que han venido a constituir una nueva gama de garantías fundamentales en el nuevo proceso penal que, inaugurado con la CDN, encontró su sustento legislativo garantista en la promulgación del CPNNA. Estos principios los podemos enumerar, sin pretender limitarlos a los aquí enunciados, en los siguientes: a) Principio de protección integral; b) Interés superior del niño; c) Respeto a los derechos del niño; d) Formación integral; e) Reinserción social f) Prioridad absoluta; g) Justicia especializada; h) presunción de minoridad.

Estos principios no vienen a sustituir los principios de garantías fundamentales del proceso penal de adultos, sino que, precisamente, vienen a garantizar la aplicación de tales garantías a la niñez y adolescencia infractora, 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 protección integral del niño, niña o adolescente infractor.

Como hemos señalado, al tratar el tema de la protección integral de forma general, a partir de la CDN nació un nuevo modelo de administración de justicia penal de niños, niñas y adolescentes cuya insignia es la garantía de los derechos de esta población. Pero una garantía con un objetivo bien definido e inequívoco. Este nuevo sistema de garantías tiene como finalidad específica la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Examinamos ahora la protección integral, ya individualizada como un principio propio del proceso penal, que debe ser respetado en todo procedimiento iniciado sobre la persona de un niño, niña o adolescente, a raíz de un acto infractor atribuido a éste.

Ya hemos expresado que el proceso penal de niños, niñas y adolescentes busca darles las garantías procesales, que han sido reservadas para el derecho procesal de adultos, pero esa aplicación es atenuada, para que se obvien aquellos aspectos garantistas que con su observación puedan dar al traste con la conversación de otros derechos fundamentales propios de la niñez y la adolescencia, y es precisamente éste uno de los campos, dentro del marco procesal, de la protección integral como principio fundamental del proceso 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.

el proceso penal de
niñez y adolescencia no
puede convertirse en
óbice para la
formación, sino en un
medio de ésta.

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. 8.2.b de la CPRD, en cuanto expresa que “Nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito”. Por lo tanto la colocación institucional de un niño o de un 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.**”

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 medidas con la resolución, sean ajustados a tales características y necesidades del comprobado infractor.

Constituye una premisa fundamental del proceso penal; lo cual se encuentra consagrado en el principio VI del CPNNA, que anteriormente hemos citado, 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.”

Este principio constituye la base para la interpretación y aplicación de la normativa para los niños, niñas y adolescentes, 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 justicia de niñez y adolescencia 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 el niño acusado de haber infringido la ley tiene derecho tanto a una protección especial como a un proceso con las debidas garantías procesales.

Dependiendo de cómo sean tratados los niños, niñas y adolescentes, durante el proceso judicial que se le siga, puede ser un factor crítico 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 socio-educativas (o cautelares). 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 (...)”

De lo anteriormente dicho, se vislumbra un conflicto en el proceso penal de niñez y adolescencia, 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.”

4.1.3- principio de respeto a los derechos del menor de edad infractor.

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**. Así, educación, salud, adecuada alimentación, dignidad humana, etc.. Existe consenso, plantea Armijo, 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 derechos del niño al rango de garantías fundamentales (Consagrados en el CPNNA en el principio III). 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 el CPNNA una posición de garantía de los derechos con relación a los niños, niñas o 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 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 niños, niñas y adolescentes 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 aprobación del principio de la presunción de inocencia, del mismo modo se establece en adición al principio de protección integral una presunción de minoridad

“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)

frente a la falta de medios que prueben la edad real del imputado cuando por sus características particulares, sea dudoso su establecimiento.

La presunción de minoridad la encontramos consignada en nuestro ordenamiento jurídico positivo en el Art. 44 del Decreto No. 55-95, de fecha 10 de marzo de 1995, del Poder Ejecutivo, que pone en ejecución el reglamento de aplicación del CPNNA. En tal virtud el indicado Art. 44 expresa: "El tribunal de niños, niñas y adolescentes debe recurrir a los medios a su alcance a fin de probar la minoría de edad, a falta de estos, se presumirá la minoría tomando en cuenta, para los fines operacionales del tribunal la edad que el equipo técnico determine previas evaluaciones de los médicos y psicólogos. En estos casos, la primera vez que el niño, niña o adolescente sea presentado (a) al tribunal por el o la defensora, se iniciará el procedimiento de lugar tomando en cuenta la edad que el equipo técnico haya determinado. Las pruebas utilizadas para la determinación de la edad deberán ser evaluadas por el tribunal en su conjunto."

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 (Art. 287 CPNNA), la víctima o su abogado si esta constituida en parte civil (Art. 242 CPNNA), los miembros de los equipos técnicos necesarios, así como los testigos que en sus oportunidades pudieren ir compareciendo según el caso, además de los auxiliares propios del tribunal.

Este principio está expresamente consagrado en el artículo 237 del CPNNA en cuanto señala que: "Se prohíbe publicar en cualquier forma informaciones relativas a hechos en que aparezcan niños, niñas y adolescentes como infractores "(...)" y ratificado por el artículo 46 del decreto No.55-95 que crea el reglamento de aplicación del CPNNA, en cuanto expresa

que “las sesiones o audiencias de cualquier tribunal para conocer los casos donde están involucrados niños, niñas y adolescentes deberán observar confidencialidad y realizarse a puertas cerradas.”

4.2.- El debido proceso en los tribunales de Niños, niñas y Adolescentes.

La década de los noventa, ha transformado sustancialmente el ámbito jurídico con los cambios legislativos que se produjeron, como, la instauración de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de la ley, en manos de la Suprema Corte de Justicia (CPRD de 1994, Art. 67), la desaparición de la ley tutelar de menores (306 de 1941), así como con una vigorosa corriente que enarbola y defiende la jerarquía de la constitución y su invocación como norma de derecho aplicable a todo el quehacer jurídico, en especial el que tiene que ver con la administración de los procesos judiciales.

El CPNNA trata, en el Título III del libro III, el acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes infractores, un acceso cuya característica esencial debe ser la garantía al principio del debido proceso, dado el objetivo básico de este código, que es la protección integral; matizado, claro esta, con los ajustes necesarios para la protección de otros derechos inherentes a la condición peculiar de la niñez y la adolescencia.

Como bien sabemos, la respuesta estatal frente al acto dañoso (infraccional) 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.

Cuando en su VI Principio General el CPNNA invoca, para su interpretación “Los derechos y deberes individuales y colectivos”, 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 “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. “Art. 8, párrafo 2, literal j).

El principio del debido proceso lo encontramos consagrado en el Art. 40.2 de la CDN, al establecer una serie de principios que deben ser respetados frente al alegato de que un niño ha infringido leyes penales.

Otros instrumentos internacionales, ratificados por el Estado que consagran este principio como ya conocemos, son:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 8 y 10;
- b) El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. 14;
- c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 18;
- d) 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, deben mencionarse son:

- a) Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), en su Art. 7.1; y b) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), Art. 52.

El debido proceso de ley, como un derecho que resulta por ser un atributo de la persona humana, es inherente a la niñez y la adolescencia en razón de 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.

4.3.- presunción de inocencia

Como ya conocemos, en materia represiva, el acusado se presume inocente hasta que la sentencia que lo condena no tiene la autoridad irrevocable de la cosa juzgada.

La presunción de inocencia es el reflejo procesal del principio sustantivo de culpabilidad. Aún cuando el principio de que el procesado se presume inocente no ha sido consagrado de manera expresa en la Constitución, esta fue suplida tanto 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".

Principio reiterado en el Art. 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; así como el artículo 26 de la declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto de San José, Art. 8.2.

De tal forma que consagrado de la manera que se ha hecho, en instrumentos internacionales, que han sido debidamente ratificados por el Esta-

do, ha pasado a ser parte de nuestro derecho positivo en virtud del Art. 3 de la CPRD, y consagrado como derecho fundamental en virtud del Art. 10 de la misma Carta Magna.

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 presunción *-juris tatum-* y así debe considerar inocente al menor de edad sometido a proceso hasta que la prueba legalmente recabada revierta esa situación.

4.3.1.- indubio pro reo.

Es uno de los realizadores de la presunción de inocencia, por lo que es preciso que se haga la prueba de la culpabilidad del acusado para que pueda ser condenado.

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 inculgado.

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 de niñez y adolescencia, 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. Es a esto que se refiere el Art. 298 CPNNA cuando manda que sean verificados en audiencias (leídas al concluir la audiencia) todas las actas y diligencias que se hayan practicado para probar los hechos.

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, para lo cual no pueden lesionarse los derechos fundamentales del menor de edad procesado, y no debe producirse o recabarse bajo condiciones que permitan un cuestionamiento posterior. Después de comprobada su licitud, se pasa a su valoración por la sana crítica del juez para derivar los elementos de prueba útiles a la reconstrucción del hecho histórico. De resultar ilícito el medio probatorio, no es correcta su incorporación al proceso y deben descartarse.

4.3.3.- non bis in idem.

El principio *non bis in idem* prohíbe la doble incriminación por el mismo hecho punible. Constituye un límite para el Estado en cuanto a la persecución penal.

Como bien sabemos es una garantía de rango Constitucional, establecida en el Art. 8.2.h de la CPRD. En el CPNNA está consagrada en Art. 285, el cual se expresa en el sentido de que “El o la menor de 16 años declarado no responsable o absuelto de una conducta antijurídica, mediante resolución emanada de un juez o una jueza de niños, niñas o adolescentes, no será sometido (a) a un nuevo juicio por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación diferente”.

A pesar de que el citado artículo establece la protección de este principio a favor de los menores de 16 años, por aplicación análoga del 8.2.h de la CPRD, en cuanto expresa que “Nadie podrá ser juzgado dos veces por una misma causa”, debemos colegir que esta afirmación es extensiva a los que sobrepasen esta edad y hayan alcanzado ya los 18 años.

Debemos subrayar la palabra “hecho” utilizada por el Art. 285 de CPNNA, para descartar de una vez la idea de una doble persecución por la misma especie con distinta calificación legal aún se acusen nuevas circunstancias.

El fundamento de este principio lo entendemos sobre la base de que el imputado ejerce su defensa ante el hecho cuya autoría la ha sido atribui-

da, 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

Principio de cosa juzgada. 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. Es decir que la sentencia que tiene el carácter de definitiva y firme es inalterable e impugnable, salvo las excepciones que se establecen en la ley, como sería la facultad de revisión de las medidas socio-educativas, que adopta el juez en su resolución, para realizar los ajustes necesarios a los fines de la resocialización del menor de edad, (Art. 313 CPNNA); haciendo aquí la salvedad de que esto no implica nuevo examen de los hechos, sino, solamente de la evolución que ha ido experimentando el infractor con la aplicación de la medida.

4.4.- inviolabilidad del derecho de defensa.

El derecho de defensa consiste en la facultad 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.

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 niño, del que se alegue que ha infringido la ley, a presentar testimonio o a declararse culpable; del mismo modo el CPNNA en su Art. 296 expresa que no deberán emplearse con él o la menor coacción ni amenaza, ni falsas promesas, y en ningún caso se le harán cargos ni recomendaciones. La CPRD lo consagra de manera tajante, en el Art. 8.2.i al ordenar que "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 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".

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; en este sentido se pronuncia el ya citado Art. 296 del C.P.N.N.A en cuanto dispone que "Las preguntas dirigidas al o la menor de edad serán siempre claras y directas, sin que por ninguna razón puedan hacerlas de un modo capcioso ..."

4.4.2.- Derecho a asistencia letrada.

Este principio está contenido en el Art. 37.d de la CDN .Que recoge una de las garantías básicas en el proceso, el cual es la presencia del defensor en todos los actos del proceso.

Conforme lo plantea Tiffer Sotomayor, éste 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."

Pero esto último no será posible en el proceso penal de niños, niñas y adolescentes sin la presencia de un defensor técnico que se encargue de salvaguardar el derecho de defensa del imputado. A esta asistencia se refiere el CPNNA en su Art. 240.b, cuyo estudio y análisis debe ser abor-

dado combinándolo con las normativas constitucionales y los tratados internacionales que versan sobre la protección del derecho de defensa y la asistencia técnica letrada.

El Art. 8.2.j. de la CPRD consagra de manera absoluta el derecho a la defensa proscribiendo la realización de cualquier juicio que se realice sin observancia de las normas que tienden a asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa. La CDN en su Art. 37.d, establece el rápido acceso a la asistencia jurídica de todo niño privado de su libertad, y en el Art. 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.” Del mismo modo el Estatuto del niño y del adolescente de Brasil en su Art. 184.1ero. hace imperativo que el adolescente al ser llevado a audiencia deberá comparecer acompañado de su abogado .” En Española la ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, encontremos la asistencia técnica o de letrado en su Art. 17.2.

Evidentemente un menor de edad acusado 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. Procurando con ello que la sustancialidad de la protección integral sea garantizada en el curso de la instancia, evitando eficazmente la indefensión de los niños, niñas y adolescentes; 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.

De tal suerte que siendo un derecho fundamental (Art. 3 y 10 CPRD) es imperativo que en todo proceso penal seguido en contra de un menor de edad, en los tribunales de niños, niñas y adolescentes, debe estar asistido de un abogado que se encargue de su defensa y vele por el desarrollo de un proceso ajustado a la legalidad y con estricto respeto de los derechos fundamentales del imputado.

4.4.3- derecho de intervención

Este derecho implica que el imputado menor de edad podrá intervenir en los distintos actos del proceso, lo cual conlleva que todo el ensamblaje de recavar, 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 por ministerio del abogado encargado de su defensa.

El derecho de intervención de los niños, niñas y adolescentes en el proceso esta consagrado en el Art. 40 de la CDN y en el Art. 8.2.j. de CPRD como elemento fundamental del derecho de defensa.

4.5.- principio de legalidad.

Como bien señala Armijo, la teoría de la protección “ tiene la característica de situar la justicia penal juvenil dentro de la orbita 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”.

Este principio “*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*”, que indica 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, fue consagrado en el Art. 284 del C.P.N.N.A al disponer que “Ningún (a) menor de edad podrá ser responsabilizado de un hecho que no esté expresamente tipificado por la ley penal vigente, al tiempo que lo cometió, ni sometido a medida que no se encuentre establecida en la ley.”

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.” Por su parte, la Declaración de los Derechos Humanos lo prevé en su Art. 11.2; la Convención Americana de los Derechos del Hombre en su Art. 9; el Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos en su Art. 9.1. Por otro lado, y aunque no ha sido ratificada por el Estado, las Directrices de Riad establece en su punto

VI.56 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.”

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, 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.

5.- LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS EN LA JUSTICIA PENAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” (Art.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

El CPNNA en su Art. 232 dispone que “La detención o privación de libertad de un niño, niña y adolescente solo podrá ser realizada cuando fuere sorprendido (a) en flagrante delito, o por orden escrita de una autoridad judicial.” 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.

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 todas las convenciones internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración de los Derechos Humanos; 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 porque 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.**

Estas disposiciones del derecho internacional público está reglamentada en nuestro derecho interno como garantía constitucional, consagrada por el Art. 8.2.g. de la Carta Magna, el cual dispone que “Toda persona que tenga bajo guarda a un detenido estará obligado a presentarlo tan pronto como se lo requiera la autoridad competente.” Agregando que “La ley de Habeas corpus determinará la manera de proceder sumariamente para el cumplimiento de las prescripciones contenidas en las letras a), b), c), d), e), f) y g) y establecerá las sanciones que procedan.

La Constitución dispone en su Art. 8.2.d. 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 .” Este plazo constitucional ha sido reducido por el Art. 234 del CPNNA a 24 horas, en el caso de detención de niños, niñas y adolescentes, lo cual hace posible invocar las disposiciones del Art. 8.2.g de CPRD en un plazo más abreviado en esta materia (aplicación del principio “Favor rei”)

La acción de Hábeas Corpus, en la justicia penal de niños, niñas y adolescentes es competencia de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes ; esto así porque, al no ser consignado expresamente por el CPNNA, la Suprema Corte de Justicia, (en virtud del Art. 29.2 de la ley 821 y el 14.h de la ley 25-91 orgánica de la suprema corte de justicia, que establece el poder reglamentario) lo dispuso en virtud de la resolución No. 2532, del 29 de diciembre de 1999. Disponiendo en la misma resolución que será aplicable el procedimiento establecido en la ley 5353 de 1914 y sus modificaciones.

La Suprema Corte de Justicia, en la indicada resolución sobre procedimiento de Hábeas Corpus –en los tribunales de niños, niñas y adolescentes– en los motivos estableció los siguientes principios: a) “que la situación del niño, niña y adolescente que ha incurrido en hechos considerados como delitos ,o faltas por el derecho común, está sometida a la ley 14-94, especialmente en sus Art. 266 a 270, a normas especiales y estrictas, por lo que su privación de libertad o reclusión puede crear situaciones violatorias de sus derechos fundamentales”; y, b) “que la ley 14-94 no ha trazado ningún procedimiento rápido y sencillo, en los casos en que se compruebe la ilegalidad o improcedencia de la detención de un niños, niñas y adolescentes a fin de que éste pueda obtener su libertad.

Quedando así reconocido el derecho de niños, niñas y adolescentes privado de su libertad, sin la debida observación de los procedimientos legales, ha beneficiarse de la acción constitucional de Habeas Corpus para que le sea restituida su libertad.

6.- principio de impugnación

Todas las resoluciones 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 resoluciones 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 ese modo el CPNNA (Ley 14-94) establece el derecho a impugnar estas decisiones, en el Art. 303, el cual expresa que “las decisiones de los Tribunales de niños, niñas y adolescentes serán apelables.”

Agregando el Art. 303, citado, que el recurso podrá ser interpuesto por los padres, el representante legal o los guardianes, del menor de edad.

A pesar de esto último (parecería que este artículo quiere establecer cuales son las únicas personas con calidad para recurrir la resolución penal),

debemos considerar que, como derecho irrenunciable inherente a todas las partes en el proceso, no se le debe negar, ni a la víctima si se ha constituido en parte civil (Art. 242 CPNNA), ni al Defensor de Niños, Niñas y Adolescentes, en su calidad de Ministerio Público (Art. 251 CPNNA), el derecho de impugnación sobre la decisión adoptada, toda vez que son partes en el proceso y poseen un interés legítimo en la suerte del litigio, el primero en cuanto a sus intereses privados y el segundo representando los intereses de la sociedad.

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.

Bibliografía

- Arzt, Gunther. Roxin, Claus. Tiedemann, Klaus. "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal." Trad. ARROYO ZAPATERO y GOMEZ COLOMER. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1989.
- Armijo, Gilbert, "Manual De Derecho Procesal Penal Juvenil (Jurisprudencia Constitucional y Procesal)." Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, C. R 1998
- Armijo, Gilbert, "La Tutela Constitucional del Interés Difuso", UNICEF, Costa Rica, 1998.
- Azcona Reyes, (Francisco J.), Bonelly V. (Manuel U.), Gallardo V. (Claudia), Guerrero R. (Julio), Martínez C., (Víctor C.), Núñez N., (Ramón E.) Vega R., (Ho-Chim M.) "Código de Procedimiento Dominicano Anotado" Editora Centenario, S. A., 2da. Edición, Sto. Dgo. 1999.
- Arosemena De Troitiño, Esmeralda. Mag., "La Especialidad de la Justicia Penal para la Adolescencia y su Efectividad en la Aplicación del Principio de Derecho Penal Mínimo", en Derecho Penal Juvenil, Escuela Judicial, Panamá, 2000.
- Acosta, Lic. Juan Pablo, Vidal Potentini, Lic. Trajano, "Código de Procedimiento Criminal de la República Dominicana", Ed. Dalís Moca, R. D. 1999.
- Baratta, Alessandro, "Principio del Derecho Penal Mínimo" en Doctrina Penal. Ed. Depalma, Buenos aires, año 10, 1987.
- BARATTA, Alessandro. Elementos de un Nuevo Derecho para la Infancia y la Adolescencia en "La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal", Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, 1995.
- Bautista De Castillo, Norma, "La Seguridad Jurídica como Protección de lo Ciudadanos" Editora Corripio, Sto. Dgo., 2001
- Beloff, Mary, García Méndez, Emilio, "Infancia y Democracia en América Latina, 2da. Edición, Tomo I y II, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Binder, Alberto, "Menor Infractor y Proceso... ¿Penal?", en Niñez y Adolescencia en Conflicto con la Ley penal. El Nuevo Proceso Juvenil, un Derecho para la Libertad y la Responsabilidad, El Salvador, Editorial Hombre de Maíz, 1995
- Castillo Morales, Luis R., Pellerano Gómez, Juan Ml., Herrera Pellerano, Hipólito, "Derecho Procesal Penal" Tomo I y II. Ediciones Capeldom, S. A. Sto. Dgo., 1970.
- Código Penal De la Republica Dominicana, Sto. Dgo., D.N. 2000.
- Código para La Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Republica Dominicana. Ley 14-94, del 22 de Abril 1994.
- Constitución de la República Dominicana de 1994.
- Decreto 59-95, Reglamento para la Aplicación del Código del Menor.
- De Otto, Ignacio. "Derecho Constitucional", Ed. Ariel Derecho, Barcelona España, 1987.
- Dotel Matos, Héctor, "Criminología de Niños, Niñas y Adolescentes, Impresora Soto Castillo, S. A. Sto. Dgo., D. N. 2001
- Dotel Matos, Héctor. "Delincuencia Juvenil o Justicia de Menores en Circunstancias Difíciles." Editora Tavárez, Sto. Dgo., 1995.
- Frosini, Victorio. "La Ley y el Espíritu de la Ley" Ed. Ariel Derecho, Barcelona España, 1995.
- García Méndez, Emilio, "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, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

- Gorphe, Francois, "La Crítica del Testimonio" 5ª. Edición, Reus, S.A. Madrid, 1971.
- Guzmán Avelino, "El Recurso de Inconstitucionalidad en República Dominicana" Impresora Soto Castillo, S.A. Sto. Dgo., Rep. Dom., 2000.
- Hernández Mejía, Dr. Edgar, "Ministerio Público y la Acción Pública; Ed. Búho, Sto. Dgo., 1999.
- Hernández Mejía, Dr. Edgar, "Criminología y Práctica Penal", Impresora Amigo del Hogar, Sto. Dgo., 2000.
- Herrera Billini, Hipólito, "Procedimiento Criminal", ed. El Sótano. Sto. Dgo., 1988.
- Issa El Khoury, Henry. "El Derecho Penal Sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense", en: De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. Ed. UNICEF, San José, C. R., 2000.
- Ley Orgánica española No.5/2000, del 12 de Enero del 2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- López Guerra, Luis, "La Importancia de la Constitución en la Formación del Juez, en la Revista Justicia y Razón" Escuela Nacional de la Judicatura. Editora Corripio, Sto. Dgo., Septiembre del 2000.
- Martínez López, Antonio José, "El Menor Ante la Norma Penal y Delitos Contra el Menor y la Familia", 1ra. Ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1986.
- Maxera, Rita, "La Legislación Penal de Menores a la luz de los Instrumentos Internacionales", en : Derecho a Tener Derecho, Infancia Latina, UNICEF, Editorial la Primera Prueba, C. A. tomo II.
- Minervino G., Dr. Manlio A. " Código Penal" Editorial Futuro, Santo Domingo, R .D., 1987.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel, "Los Jueces y la Constitución", en Gaceta Judicial, Julio de 1998.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel. "La Constitucionalización del Proceso" en Estudios Jurídicos Volumen VII, número 2 mayo-agosto 1997. Ediciones Capeldom, S. A. Sto. Dgo.,1997
- Pellerano Gómez, Juan Manuel, "Derechos Fundamentales Procesales", en Gaceta Judicial", Febrero del 2001.
- Pellerano Gómez, Juan Manuel, "La Constitución como Norma Jurídica", en Revista de Ciencias Jurídicas, PUCMM. Enero-Febrero 1992.
- Ramos, Lic. Leoncio, "Nota de Derecho Penal Dominicano", Editorial Tiempo, Sto. Dgo., R. D. 1986.
- Rouyou De Baubee, Gabriel, "La Procédure Pénale bilan des reformes depuis 1993", Editions Dallóz, París, 1995.
- Seda, Edson, "Infancia y Familia en el Contexto Internacional", en la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia: Un Nuevo Paradigma, Panamá, Diciembre de 1999.
- Subero Isa. Dr. Jorge A., "Índice Analítico Código para la Protección del Niño, Niña y Adolescentes. Ediciones Universo, S.A., Sto. Dgo., 1995.
- Tiffer Sotomayor, Carlos, "Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada", Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 1996.
- UNICEF, Costa Rica, "De la Arbitrariedad de la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica" serie de Políticas #5, Impresora Gossestra Internacional.
- Vásquez, Domingo, "El Debido Proceso" en Garantías Constitucionales. Escuela Nacional de la Judicatura, Sto. Dgo., 2000.