PN-ACR-123

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE HONDURAS

MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL HONDUREÑO

TOMO I

CINEMATICA PROCESAL

Proyecto de Apoyo al Sector Justicia
DPK Consulting bajo contrato USAID - HONDURAS

Honduras, C.A., 2002

Se prohibe la reproducción total o parcial de este Manual de Derecho Procesal Penal sin la autorización respectiva de los autores.

El contenido de esta obra no refleja necesariamente la opinión de: la Corte Suprema de Justicia, la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, DPK Consulting, ni de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Las opiniones y enfoques aquí vertidos son responsabilidad de sus autores.

B

PRESENTACION

El presente documento es una propuesta jurídica - analítica -, de un grupo de profesionales del sector justicia, con el fin de facilitar la interpretación del nuevo Proceso Penal en Honduras.

Cada aspecto del Proceso Penal ha sido programado y delineado en forma cuidadosa con el fin de apoyar la aplicación de la normativa legal puesta en vigencia a partir del 20 de febrero del año 2002 dentro del marco de la modernización judicial, tomando en consideración las características del funcionario al cual va dirigido, constituyéndose en un importante apoyo para los estudiosos de la materia. Son estos los objetivos que fundamentan esta producción en su afán de dotar al profesional jurídico de técnicas, habilidades y conocimientos orientados a la óptima aplicación de las diferentes etapas del procedimiento penal y la crítica - reflexiva - que ello genere.

La producción recoge el aporte de Profesionales nacionales e internacionales de las Ciencias Jurídicas, con el apoyo técnico y financiero del Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ USAID-HONDURAS, cuyo estímulo y acompañamiento agradecemos.

Se persigue también contribuir al fortalecimiento del Poder Judicial, ya que toda acción de enseñanza - aprendizaje - en materia procesal penal, debe encarar con responsabilidad este hecho. Es importante contar con variadas fuentes de información - formación - bibliográfica que aunado al proceso de formación permanente del recurso humano se constituyen en los ejes sobre los que se sustentará un eficiente sistema de justicia.

Ofrece las técnicas y conocimientos orientados a un adecuado análisis de las figuras que el Código Procesal Penal propugna, con el deseo de despertar en los lectores la motivación e interés por profundizar los conocimientos, brindando los estímulos conceptuales para promover y facilitar el trabajo de los operadores, en el marco del aprender haciendo.

Nuestro esfuerzo es puesto a su consideración.

Los Autores:

Jaime Banegas
Douglas Bonilla
Jacobo Cálix
María Fernanda Castro
Inés Yadira Cubero
Rigoberto Flores
Gina González
Carlos Salas
Joel Serrano
Gustavo Vivas, Coordinador

INDICE

CAPITULO O

EL ESTADO DE DERECHOS HUMANOS EN HONDURAS

[DOGMÁTICA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS]

Objetivos 1
Bibliografía 1
Introducción 2
1. Los hechos como punto de partida metodológico del Derecho como ciencia 2
2. La disolución de verdad, democracia y seguridad jurídica como valores políticos 3
3. Reglas formales y criterios axiológicos 4
4. El Objeto de estudio 5
5. Las ciencias normativas 7
6. El Método de la ciencia jurídica 8
7. Angulos de ataque de la dogmática jurídica 9
7.1 La función de la dogmática jurídica 10
7.2. Las teorías 11
7.3. La dogmática jurídico penal 12
7.4 . Dogmática e ideología 13
8. La interpretación de los Derechos Humanos 13
Conclusión 15

CAPITULO I

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL HONDUREÑO

Objetivos 20
Bibliografía 20
Introducción 21
* Política criminal 23
* El sistema penal como medio de control social 26
* Pena y Estado 28
* El programa constitucional de enjuiciamiento penal 29
* El juicio y la justicia 30
* Utopías y tendencias 31
1. El ordenamiento jurídico-penal y el DPP 31

d

1.1. Organización judicial 32
1.2. Principios relativos al procedimiento 33
2. Defensa en juicio 34
2.1. Derecho de intervención en juicio 35
2.2. Garantía de audiencia ante el tribunal 36
2.2.1. Intimación necesaria y conocimiento de la imputación 36
2.2.2. Audiencia 36
2.2.3. Prueba de las cuestiones planteadas 37
2.2.3.1. Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia 38
2.2.3.2. Producción de prueba de descargo 38
2.2.3.3. Valoración fáctica y jurídica 39
2.2.4. Asistencia técnica 39
2.2.5. Igualdad de posiciones 40
3. Debido proceso legal 41
4. Juicio previo 41
4.1. Enfoque político 41
4.2. Enfoque dialéctico 42
4.3. Enfoque procesal 43
4.4. Enfocado como acto jurídico-procesal 45
5. Estado de inocencia 45
5.1. Trato de (no culpable) inocente 46
5.2. In dubio pro reo 47
6. Juez natural 48
7. Non bis in idem 49
7.1. Identidad personal 51
7.2. Identidad objetiva 52
7.3. Límites para la aplicación del principio 52
7.4. Doble riesgo, doble conforme y bis in idem 53
8. Otras garantías constitucionales 54
8.1. Libertad ambulatoria frente a la persecución estatal 54
8.2. Inviolabilidad del domicilio 55
8.3. Abolición de las torturas 55
9. Limitación temporal del proceso penal 56
10. Integración de garantías penales y procesales 56
* Sistema de Garantías 57

CAPITULO II
FINES Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL HONDUREÑO

Objetivos 59
Bibliografía 60
Introducción 61
1. Definiciones 62
2. Fines del proceso penal 64

e

2.1. Fines genéricos 65
2.2. Fines específicos 66
2.3. Las etapas procesales y sus fines 67
3. Interés tutelado por el proceso penal 68
4. Principios políticos del proceso penal en la República de Honduras 73
5. La función penal del Estado 74
5.1. Retribución, prevención y composición en el sistema penal 75
5.2. Los fines de la pena estatal 76
5.3. Consecuencias procesales de la teoría de la pena 78
5.3.1. La reparación civil 79
5.3.2. La composición penal 79
5.4. En la acción penal privada 81
6. Oficialidad 81
6.1. La función decisoria 83
6.2. La función persecutoria 84
6.3. Repercusiones de la oficialidad 87
6.3.1. Legalidad 87
6.3.2. Oportunidad 89
7. La verdad "real" como garantía 90

CAPITULO III
ACCIONES, ACTOS Y ALTERNATIVAS PROCESALES PREVIAS AL JUICIO

Objetivos 96
Bibliografía 96
Introducción 97
1. Acciones 97
1.1. Acción Penal 97
1.1.1. Concepto de acción penal 97
1.1.2. Acción Civil 98
1.2. Independencia de las acciones penales y civiles 99
1.2.1. Organo Estatal 100
1.2.2. El concurso de la víctima 100
1.2.3. Características de la Acción Penal Pública 100
1.2.3.1. Oficiosidad 100
1.2.3.2. Legalidad 100
1.2.3.3. Indivisibilidad 100
1.3. Obstáculos a la promoción y al ejercicio de la acción penal 101
2. Actos 101
2.1. Actos Procesales 101
2.1.1. Actos de los sujetos procesales 101
2.1.1.1. Clasificación de los actos jurisdiccionales 101

F

2.1.1.2. Actos de las Partes 102
2.1.1.3. Actos de Terceros 102
2.2. Plazos de los Actos 102
2.2.1. Clasificación de los Plazos 102
3. Alternativas procesales previas al juicio 104
3.1 . Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal 104
3.1.1. La conciliación 104
3.1.2. El criterio de oportunidad 107
3.1.3. La suspensión condicional de la persecución penal 110

CAPITULO IV

LOS SUJETOS PROCESALES

Objetivos 116
Bibliografía 117
Introducción 118
1. El Tribunal u Organo Jurisdiccional 121
1.1. Naturaleza y Caracteres 122
1.2. Clasificación 123
1.3. Personificación y Perfil Requerido al Juez Penal 127
1.4. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales 128
1.5. Conexión de Causas 129
1.6. Consecuencias Procesales de las reglas de la Competencia 129
2. El Organo de la Acusación 130
2.1. El Ministerio Público 131
2.1.1. Ubicación Institucional 132
2.1.2. Actividad procesal del MP 132
2.1.3. Composición del MP 133
2.1.4. Condición de la función de los funcionarios 136
2.1.5. La competencia fiscal 136
2.1.5.1. Alcances jurídicos del "ámbito de actuación" fiscal 136
2.1.5.2. Límites a la "competencia" del fiscal 137
2.2. El Acusador y el Querellante 137
2.2.1. Caracteres comunes 137
2.2.2. Querellante Exclusivo 138
2.2.3. Acusador Privado 139
3. La víctima 141
3.1. Participación de la víctima en el proceso penal 141
3.1.1. Referencia histórica general 141
3.1.2. Referencia histórica particular 142
3.1.3. El inevitable ascenso de la víctima 143
3.2. El derecho de defensa de la víctima 145
3.2.1. Concepto jurídico-penal de la víctima 145

3.2.2. Principios básicos de justicia para las víctimas 145
3.2.2.1. Acceso a la justicia y trato justo 145
3.2.2.2. Resarcimiento e indemnización 146
3.2.2.3. Asistencia 147
3.2.2.4. Programas y formas de organización de las víctimas 147
3.3. La víctima en el nuevo proceso penal hondureño 149
3.3.1. Consideraciones generales 149
3.3.2. La víctima y sus derechos 150
3.3.3. Otras formas de participación de la víctima 152
3.4. El Ministerio Público y la víctima 155
3.4.1. El Ministerio Público y la víctima en el sistema acusatorio 155
3.4.2. El fiscal y la desjudicialización del conflicto 155
3.4.3. La víctima como contralora de la actuación y decisión fiscales 156
4. El Imputado 159
4.1. Noción 159
4.2. Reconocimiento de derechos 161
4.3. Capacidad e identidad 162
4.4. Derechos garantizados 164
4.4.1. Atribuciones defensiva 164
4.4.2. El imputado frente al peligro de las medidas cautelares 165
4.4.3. Atribuciones de parte 166
4.4.4. Obligaciones 166
4.5. La rebeldía 167
4.6. La Condición de Imputado: presupuestos 168
4.7. Derechos del Imputado 171
5. El Defensor del Imputado 173
5.1. El servicio público de defensa técnica 174
5.2. Función Defensiva 175
5.3. Facultades Defensivas 177
5.3.1. Programa de gestión defensiva 178
5.3.2. Emergente del plan de acción defensiva 178
6. Los auxiliares de los intervinientes 179

CAPITULO V
LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL HONDUREÑO

Objetivos 183
Bibliografía 183
Introducción 184
1. La prueba: parte general 184
1.1. Prueba y ciencia 184
1.2. La evolución de la prueba y el juicio previo 185
1.3. Importancia de la prueba en el proceso penal 187

1.4. Relación entre prueba y verdad 187
1.4.1. Verdad correspondencia 188
1.4.2. La verdad como aproximación 188
1.4.3. Verdad como garantía 189
1.4.4. La verdad consensual 189
2. Los estados convictivos de los sujetos procesales respecto de la verdad 189
2.1. La certeza 189
2.2. La probabilidad 190
2.3. La duda 190
3. Nomenclatura y estratificación probatoria 190
3.1. Elementos de prueba 190
3.1.1. Objetividad 191
3.1.2. Legalidad 191
3.1.2.1. Obtención ilegal 191
3.1.2.2. Incorporación irrregular 192
3.1.3. Relevancia 192
3.1.4. Pertinencia 192
3.2. Órgano de prueba 192
3.3. Medio de prueba 192
3.4. Objeto de prueba 192
3.4.1. Consideración en abstracto 192
3.4.2. Consideración en concreto 192
4. Libertad probatoria 193
4.1. Aproximación 193
4.2. Fundamento 193
4.2.1. En relación al objeto de la prueba 193
4.2.2. En relación a los medios de prueba 193
5. Sistemas de valoración de la prueba 194
5.1. Prueba legal 194
5.2. Intima convicción 196
5.3. Sana crítica racional 197
5.4. Relaciones: sistemas de valoración y sistemas políticos 198
* Pruebas en particular: Parte Especial 200
6. La prueba testimonial 201
6.1. Concepto y caracteres 201
6.2. Capacidad del testigo 202
6.2.1. Funciones incompatibles con el rol de testigo 202
6.2.1.1. Funcionarios judiciales 202
6.2.1.2. El Defensor 203
6.2.1.3. El imputado 203
6.2.2. Prohibición de declarar 203
6.2.3. Facultad de abstención por parentesco 204
6.3. Obligación de testificar 204
6.3.1. Deber de comparecer 204
6.3.2. Excepciones al deber de comparecer personalmente 205

6.3.3. Deber de declarar 205
6.3.4. Otras obligaciones 205
6.4. Procedimiento de la declaración 205
6.4.1. Ofrecimiento 205
6.4.2. Recepción 206
6.4.3. Publicidad y secreto de los testimonios 206
6.4.4. Oralidad 207
6.5. Trámite de la declaración 207
6.5.1. La advertencia sobre falsedad y el juramento 207
6.5.2. Documentación del acto 208
6.5.3. Sujetos de recepción 208
6.6. Valoración del testimonio 208
7. La prueba pericial 209
7.1. Aproximación 209
7.2. Los peritos 210
7.2.1. Cantidad de peritos y carácter de sus actuaciones 210
7.2.2. Incompatibilidades 210
7.2.3. Actuación de los peritos 210
7.2.4. Excepciones 211
7.2.5. Dictamen 212
7.2.6. Motivación 212
7.3. Recepción de la prueba pericial 212
7.4. Valoración de la prueba pericial 212
7.4.1. Eficacia probatoria 212
7.4.1.1. La cuestión de la obligatoriedad del dictamen 212
7.4.1.2. Pericia fiscal e informe técnico policial 213

TOMO I

CINEMATICA PROCESAL

K

CAPITULO O

EL ESTADO DE DERECHOS HUMANOS EN HONDURAS

[DOGMÁTICA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS]

Gustavo Vivas Ussher*

INDICE

Objetivos 1
Bibliografía 1
Introducción 2
1. Los hechos como punto de partida metodológico del Derecho como ciencia 2
2. La disolución de verdad, democracia y seguridad jurídica como valores políticos 3
3. Reglas formales y criterios axiológicos 4
4. El Objeto de estudio 5
5. Las ciencias normativas 7
6. El Método de la ciencia jurídica 8
7. Angulos de ataque de la dogmática jurídica 9
7.1 La función de la dogmática jurídica 10
7.2. Las teorías 11
7.3. La dogmática jurídico penal 12
7.4. Dogmática e ideología 13
8. La interpretación de los Derechos Humanos 13
Conclusión 15

OBJETIVOS

- Explorar las bases que orientan la dogmática jurídico-penal en un Estado de Derechos Humanos.
- Establecer el punto de encuentro entre dogmática jurídica y derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, G., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1999; Habermas, J., *La Lógica de las Ciencias Sociales*,Tecnos, 3ra ed., Madrid, 1996; Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Bs. As., 1998; ROXIN, C.; Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2ª edición en español, Fondo de Cultura Económica Argentina, 1992; Zaffaroni, Raúl, *Derecho Penal* , Parte General, Bs.As., 2000; Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2° edición, Astrea, Bs.As, 1998.

* Profesor Adjunto por concurso de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Profesor Titular Invitado de Práctica Procesal Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); Asesor de Trabajos Finales de la Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal, Sistema de PostGrado, UNAH. Consultor del Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ DPK Consulting/ USAID-Honduras

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se exploran las bases que orientan la dogmática jurídico-penal en un Estado de Derechos Humanos, lo cual constituye el desafío del Derecho Latinoamericano en el Siglo XXI. Estas bases vinculan la prolífica judicialización de la sociedad moderna en general, acentuada en tiempos de globalización, que ha planteado en la posmodernidad[1] el cambio de paradigmas del DERECHO.

Este cambio vincula elementos de carácter científico, como el método de la ciencia del derecho, la dogmática, y elementos socio-jurídico-políticos como los derechos humanos, enfocados exclusivamente en su significación frente al sistema penal, tanto en el sistema de valores y su aplicación práctica por la vía de interpretación de los tribunales, a partir de:

a) La construcción del concepto de Estado-Nación.

b) La identificación Keynesiana de los conceptos de Estado y Derecho.

c) El enfoque tripartito del derecho en su dimensión sociológica, valorativa y normativa (N. Bobbio), asumiendo que todo conocimiento es interpretación[2] y no existe un saber no mediado[3].

Esto permite determinar la ubicación del derecho en la constelación de las ciencias, y observar hasta que punto la aplicación de los tratados de DDHH en los tribunales locales de los Estado-Nación constituye una práctica con componentes científicos y políticos, ya sean ingenuos, comprometidos y/o concientes en el intérprete que aplica la ley, para resolver los conflictos sociales.

La estructura epistemológica del denominado "Círculo de Viena" ofrece el punto de partida metodológico, para el análisis, primero reconstructivo y después propositivo, que inciden en el proceso de enseñanza y aprendizaje del DERECHO procesal penal.

1. Los hechos como punto de partida metodológico del Derecho como ciencia

El hecho político-social de un Parlamento determinado espacio-temporalmente, es el hecho cognoscible sensorialmente, asumido como manifestación de la voluntad legislativa y por tanto objeto de conocimiento del jurista, que observa como *verdad* revelada (dada[4]) por el legislador, asumida "dogmáticamente" por el científico del derecho como objeto de estudio.

Con pretensiones de simplificación, es usual definir el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas vigentes en un tiempo y lugar determinado[5]; y tan pronto como se reflexiona sobre los alcances de los términos en el sentido global de significación, se remite a la gnoseología, como teoría del conocimiento, en cuanto a las categorías cognoscitivas espacio-temporales y a la Teoría General del Derecho para precisar los alcances de las expresiones "normas" y (su carácter de) "vigentes"[6]. Cuya estructuración y funcionamiento se encuentran situadas en un ordenamiento concreto –tal el caso hondureño-.

[1] Kaufmann, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, segunda edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998; con especial referencia a las "Teorías procedimentales de la verdad o de la justicia", pp. 39 y ss.
[2] Zafaroni, cit. P. 296.
[3] Habermas, J., La Lógica de las Ciencias Sociales, Tecnos, 3ra ed., Madrid, 1996, p. 48
[4] Cf. Ferrajoli, L. Derecho y Razón.
[5] Cf. Alchurrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bs. As., 1974, ps. 103 y ss. Y 121, citado por Maier, Julio en su DPPa, primera edición, Bs, As, 1989, p.27.
[6] Vivas Ussher, Gustavo, *La Confesión Transaccional y el Juicio Abreviado*, Lerner, Córdoba, 1992, p. 214 y ss.

La explicitación de significados no podrá ser exaltada sin el auxilio de "una serie de *reglas formales* instruidas en la Ciencia Jurídica, que en ocasiones, positiviza en la ley" que habrá de dotar de inteligibilidad al "nóumeno jurídico". Tal "animación" de la nuda ley positiva es nada más y nada menos que ***interpretar su*** (pretendida) ***racionalidad***.

El ***criterio axiológico*** es indispensables para interpretar el fenómeno jurídico. Los "criterios valorativos no deben ser inventados por el intérprete, sino emerger de la propia ley: Se trata de los principios ideológicos que presiden el ordenamiento Jurídico" que en Latinoamericana, articula jerárquicamente el "Derecho Legislado (formalmente)", o de "Constitución Escrita y Rígida", que es en donde deben reflejarse las máximas portadoras de la escala de valores (ideológico-políticos) en ellas objetivados.

2. La disolución de verdad, democracia y seguridad jurídica como valores políticos

La introducción de valores, en especial de tipo político, traslada la discusión epistemológica de detectar la ideología de legitimación más eficiente para:

a. el Estado de Derecho (como formula sintética –en la que cada término del par ordenado se implica recíprocamente[7] -) o bien,
b. para el "Estado" "de derecho" (yuxtaposición[8] de los dos términos).

El Estado de Derecho encuentra la base metodológica de estudio en la disolución de los pivotes axiológicos de verdad, democracia y seguridad, como valores políticos, en donde lo jurídico constituye la forma de ser (modalidad) de la seguridad.

Los valores "Democracia" y "Seguridad Jurídica", por una parte; y por la otra la bicondicionalidad de "estado" y "derecho"[9], constituyen las únicas exigencias epistemológicas de la dogmática jurídica, en tanto que el método de la ciencia jurídica[10], tiene como objeto el estudio de normas, entendidas como el acto del legislador destinado a orientar la conducta de las personas.

[...] *La limitación ya mencionada del concepto de Estado de derecho a un estado que corresponda*

---

[7] En lógicadeóntica, bicondicional (≡).

[8] En logicadeóntica, toda otra conectiva no bicondicional (-≡) , lo que incluye al principio de identidad (p ≡ p) Obviamente esta posición no supera el umbral epistemológico de resolver ideológicamente E ≡ D o bien, E ≡ dD; donde Estado se representa con una E; Derecho con D, de derecho con dD.

[9] Sobre "*Estado y Derecho Internacional*", ver Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., Capítulo VII, p.323 y ss., Kelsen, H., Teoría General del Derecho y del Estado,

[10] "*Desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente el derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor de moral o justicia, nada se dice con ello. Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo. Esta disolución crítico-metódica del dualismo entre Estado y derecho constituye de consuno la anulación sin consideraciones de una de las ideologías de legitimación más eficaces* [pero no tan eficiente epistemológicamente], *de ahí la apasionada oposición que enfrenta, por parte de la teoría tradicional del derecho y del Estado, la tesis fundada por la teoría pura del derecho de la identidad del Estado y el derecho*"; Kelsen, H, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 320 y 321.

[11] En el sentido kelseniano de la pureza de la teoría [como umbral de la ciencia jurídica y el jurista con sus proyecciones] "*Puesto que la ciencia como conocimiento tiene la tendencia inmanente a desencubrir su objeto. La "ideología", en cambio, encubre la realidad, con el propósito de conservarla, defenderla, la transfigura, o, con el propósito de atacarla, destruirla o reemplazarlo por otra, la desfigura. Ideología tal tiene sus raíces en un querer, no en un conocer, brota de ciertos intereses, o mejor, brota de intereses distintos al interés por la verdad* [científicamente concebida], *con lo cual ,naturalmente, nada se afirma sobre el valor o la dignidad de esos otros intereses. La autoridad que crea el derecho, y que, por tanto, busca mantenerlo, puede que se pregunte si es útil un conocimiento ideológicamente libre, de su producto; y también las fuerzas que quieren destruir el orden existente, para reemplazarlo por otro, que consideran mejor, quizás no sepan que hacer con semejante ciencia del derecho. La ciencia del derecho, con todo, no puede preocuparse, ni por aquél ni por éstos .La teoría pura del derecho pretende ser semejante ciencia del derecho.* Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit. p. 122. Sobre "científicamente concebida", v. Popper, K., Occidente y sus enemigos,

[12] Sobre la relación sociológica entre Estado, derecho y poder; v. Nota siguiente; sobre proyección subjetiva del intérprete de la ley (*bouche de loi, mouth of law*); v. Ferrajoli, L., Derecho y Razón, cit. p. 43

[sólo[11]] *a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica, implica admitir que el orden coactivo así tipificado pueda ser visto como un 'verdadero' orden jurídico*[12].

El compromiso con los valores del iluminismo agrega al esquema una serie de reglas formales y criterios axiológicos, que sin desbordar el concepto tradicional (liberal) de estado de derecho, le dan un mayor contenido material, ya clásico en la consecuencia jurídico procesal penal, que concibe, como ROXIN, al Derecho procesal penal como constitucional reglamentado, mimetizado con los valores constitucionales; al definir por esta vía, las obligaciones de no hacer (no penar sin ley, no penar sin juicio previo, sin culpa, etc.) del derecho penal mínimo[13] o garantista.

En relación al Derecho procesal penal, y al Derecho penal material, la tarea dogmática de vincular las teorías de justificación de la pena y la teoría del delito con la política criminal, encuentra en CLAUS ROXIN[14] su mejor expositor, sentando las bases epistemológicas para la construcción de un modelo de justicia que se corresponda con una *democracia material* (y no ya solamente formal).

3. Reglas formales y criterios axiológicos

Reglas formales:

a) la plenitud del orden jurídico,
b) la interdefinibilidad,
c) la regla de clausura, regla de extensión,
d) coherencia del orden jurídico: ley superior, ley posterior, superación de la colisión de normas, eliminación interpretativa de redundancias.

Dentro de los **criterios axiológicos**: *nulla pena sine lege previae, nullun crimen sine processu legali,* principio de inocencia, principio de inviolabilidad de la defensa, interpretación restrictiva de la ley procesal penal que restrinja la libertad o limite las facultades conferidas a los sujetos procesales, prohibición de la interpretación analógica o extensiva.

Estas categorías tienen su raíz ideológica en el movimiento liberal emergente en la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, ideario político que concretizó numerosos "valores objetivizados" en la Constitución Política y Jurídica, que auto-conforma a las naciones como Estado (de Derecho), destellando en lo político-jurídico la libertad del individuo y su concreción práctica a través de diversas instituciones.

[13] Sobre la relación entre derecho penal mínimo y estado máximo, ver Ferrajoli (*ob. cit.*, p. 114, nota 23) quien aclara que "derecho penal mínimo" y "derecho penal máximo" no son ni lógica ni políticamente coincidentes con los más habituales términos de "estado mínimo" y "estado máximo", de los que sin embargo son paráfrasis, donde estas fórmulas designan respectivamente los sistemas políticos en los que es máxima o mínima la intervención del Estado en la satisfacción de expectativas o de derechos a prestaciones positivas (trabajo, salud, instrucción, vivienda y similares), correspondiendo una al modelo del Estado liberal clásico, y la otra al moderno Estado social. También aclara el ex-juez italiano que "un Estado social máximo puede convivir con un derecho penal mínimo, y un Estado social mínimo puede igualmente convivir —como por desgracia la historia demuestra ampliamente— con un derecho penal máximo". Lamentablemente, las analogías con las Repúblicas Latino-Americanas son obvias, y agravadas si se piensa que el conjunto de los deberes públicos de los órganos estatales presentan, en la política social, un incumplimiento notorio que reposiciona a la utilización de la política criminal como barrera represiva de la insatisfacción social. Hoy aparece lejano el desafío de lograr, en la práctica social cotidiana, conjugar un Estado máximo o social con un sistema penal garantista (o derecho penal mínimo), aun cuando no nos cabe duda de que la opción constitucional ha sido clara en esta dirección.

[14] ROXIN, C.; *LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL, EL DERECHO PENAL Y EL PROCESO PENAL*, trad. Cómez rivero, C. y García Cartizano, ed. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2000, p. 58 y ss. en el sentido de que "*Mi punto de partida es, como Silva Sánchez dice correctamente, el esfuerzo por 'elaborar la teoría del delito desde la perspectiva de la política criminal'* [...]".

El Derecho Penal y Procesal Penal, integran el Sistema Penal del Estado de Derecho, legitimado en la medida que se respetan los DD HH y las GG CC que condicionan al Sistema Penal como subrogación de la guerra y única forma de utilización monopólica de la violencia para el control social (M. Weber), que caracteriza al "Estado"[15].

El estado nacional ha sido el primero en reclamar con éxito este monopolio, pero el caso de la unificación alemana ha permitido observar a la nación como "*la unidad prepólica de una comunidad histórica de destino*" [16], concepción que frente a otro hecho de la magnitud de los procesos de integración regional, le hace perder poder explicativo a la nación de ciudadanos y permite afirmar que la "*forma clásica de estado nacional se encuentra en disolución*" [17].

4. El Objeto de estudio

"El nacionalismo mediado por la conciencia histórica y por el romanticismo, en términos científicos y literarios, fundó la identidad colectiva, *funcional* para el papel de ciudadano surgido durante la Revolución Francesa"[18], en el que la "nación" se convierte en soberanía estatal, lo cual se observa claramente en las Repúblicas latinoamericanas, con especial referencia histórica y jurídica en Centro América, específicamente en Honduras, en donde el *nacionalismo así adquirido* [19], para lograr el "compromiso" con el orden instaurado como forma de dominación de hombres por hombres, de estados por estados, (que no de naciones por naciones en su forma original o Clásica[20]) exige el compromiso psico-ético, obligatorio en lo jurídico, como pagar impuestos económicos y hasta de ofrendar la vida en la guerra (servicio militar como carga pública) contra otro estado nación como auto determinación y forma colectiva de libertad.

---

[15] Weber, Max, *Economía y sociedad*, 1ª reimpresión de la 2ª edición en español de la 4ª edición en alemán, traducción de Medina Echavarría, Roura Parrella, Ímaz, García Máynez y Ferrater Mora, Bs. As., Fondo de Cultura Económica Argentina, 1992, ps. 1056 ss. Explica el autor que 'Desde el punto de vista de la consideración sociológica, una asociación 'política', y en particular un 'Estado', no se pueden definir por el contenido de lo que hacen. En efecto, no existe apenas tarea alguna que una asociación política no haya tomado alguna vez en sus manos, ni tampoco puede decirse de ninguna, por otra parte, que la política haya sido siempre exclusivamente de aquellas asociaciones que se designan como políticas, y hoy como Estados, o que fueron históricamente las precursoras del Estado moderno. Antes bien, sociológicamente, el Estado moderno sólo puede definirse, en última instancia, a partir de un medio específico que, lo mismo que a toda asociación política, le es propio, a saber: el de la coacción física. 'Todo Estado se basa en la fuerza', dijo en su día Trotsky en Brest-Litowsk. Y esto es efectivamente así. Si sólo subsistieran construcciones sociales que ignoraran la coacción como medio, el concepto de Estado hubiera desaparecido; entonces se hubiera producido lo que se designaría, con este sentido particular del vocablo, como 'anarquía'. Por supuesto, la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado —nada de esto—, pero sí su medio específico. En el pasado, las asociaciones más diversas —empezando por la familia— emplearon la coacción física como medio perfectamente normal. Hoy, en cambio, habremos de decir: el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio —el concepto de 'territorio' es esencial a la definición— reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima. Porque lo específico de la actualidad es que a las demás asociaciones o personas individuales sólo se les concede el derecho de la coacción física en la medida en que el Estado lo permite. Éste se considera, pues, como fuente única del 'derecho' de coacción [...] El Estado, lo mismo que las demás asociaciones políticas que lo han precedido, es una relación de *dominio* de hombres sobre hombres, basada en el medio de la coacción legítima (es decir, considerada legítima). Así, pues, para que subsista es menester que los hombres dominados se sometan a la autoridad de los que dominan en cada caso. Cuándo y por qué lo hagan sólo puede comprenderse cuando se conocen los motivos internos de justificación y los medios externos en los que la dominación se apoya. Motivos de justificación interior, o sea motivos *de legitimidad* de una dominación —para empezar con ellos—, hay tres, en principio. Primero, la autoridad del 'pasado', de la *costumbre* [...] Luego, la autoridad del *don de gracia* [...] (carisma) [...] Y, finalmente, la dominación en virtud de 'legalidad', o sea en virtud de la creencia en la validez de un *estatuto* legal y de la 'competencia' objetiva fundada en reglas racionalmente creadas, es decir, disposición de obediencia en el cumplimiento de deberes conforme al estatuto; ésta es la dominación tal como la ejercen el moderno 'servidor del Estado' y todos aquellos elementos investidos de poder que en este aspecto se le asemejan [...] Desde el punto de vista de nuestra consideración importa, pues, destacar lo puramente conceptual en el sentido de que el Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores, pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos que anteriormente disponían de aquellos por derecho propio, y colocándose, asimismo, en lugar de ellos, en la cima suprema'.

[16] Habermas, J., *Facticidad y Validez*, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, Madrid, 1998, p 620.

[17] Habermas, J., *Facticidad y Validez, cit. P. cit. y 621.*

[18] Habermas, J., *Facticidad y Validez, cit. P. cit.*

[19] "La existencia de una nación es ...un plesbicito todos los días", en palabras Ernst Renan, cit. Habermas, J., *Facticidad y Validez, cit. P. 622*, y termina por diluirse en el mejor de los caso en un concepto ***estético***.

[20] De los romanos en el sentido de Natio, como diosa del nacimiento y del origen. 'Nación', al igual que *gens* y *populus*, por oposición a *civitas*, a pueblos (con frecuencia pueblos 'salvajes', 'bárbaros' o 'gentiles') que todavía no están organizados como asociaciones políticas. *Nationes* son, conforme al empleo que de este término se hace en la Antigüedad clásica, comunidades de origen que vienen integradas geográficamente por comunidad de asentamiento o por relaciones de vecindad, y culturalmente por tener una lengua común y costumbres y tradiciones, pero que todavía no están integradas políticamente mediante una forma estatal de organización". Cit. Habermas, J., *Facticidad y Validez, cit. P. cit.*

El concepto de libertad interior (de gentes) de una comunidad, no coincide con esta estructura de libertad por la autoafirmación (de estados soberanos), que se desarrolla bajo la lógica del par ordenado amigo/enemigo, sino en el concepto de tolerancia a las diferencias en la conducción de vida. De la categoría de análisis de la "guerra" se pasa al de justicia como sistema de administración del derecho, conservando los alcances de seguridad y el consecuente poder de policía política.

"El estado nacional y la democracia surgieron de la Revolución Francesa. Culturalmente se hayan bajo la sombra del nacionalismo" [21]. Para Rousseau y Kant la soberanía popular significa la transformación de la dominación política o poder político en *autolegislación* democrática[22].

Bajo el enfoque metodológico de pensar al Sistema Penal como subrogación de la guerra, en tanto que forma de administrar la violencia legítima para el control social que facilite el desarrollo de la libertad interior como espacios de no estado (principio de reserva, CR, 70), base del capitalismo, o mejor dicho precondición del liberalismo capitalista, material y valorativamente[23], un escenario de integración global presume la edificación de un estado solo legítimo en la medida en que utiliza la violencia (guerra incluida) legitimado con base en los ***derechos humanos fundamentales*** como precondición material de la globalización económica y axiológica de la libertad.

En su enfoque dogmático, el Derecho Penal y Procesal Penal con alcance interdisciplinar y no sólo jurídico, conforman, el "**objeto de estudio**" los límites interpretativos en la ciencia jurídica del Estado de Derechos Humanos en las Repúblicas Latinoamericanas. El objeto de estudio –también- comprende el derecho intencional (o supra-estatal, considerando los órganos de aplicación), especialmente el derecho internacional de los derechos humanos fundamentales del sistema penal, integrado, a su vez, por la *interpretación* [24] de los órganos de aplicación por él creados.

El objeto de estudio goza (y los intérpretes padecen), de un carácter **complejo**, de tipo ideal o creado por el *legislador*, tal como sucede en las ***Ciencias formales***, en las que, por ejemplo, el matemático crea gran parte del "material" de trabajo (números, funciones, relaciones, etc.) sobre y con el que opera mediante el instrumental (conceptual) útil y pertinente, sea este instrumental generado en la propia disciplina (matemáticas) o en otras Ciencias (p. ej. la Lógica), todo lo cual difiere, en mucho, de las ***Ciencias empíricas***.

---

[21] Habermas, J., *Facticidad y Validez, cit. P. cit.*

[22] Cf. Habermas, J., *Facticidad y Validez, cit. P. 621, 623 y 624.*

[23] Cf. Vivas Ussher, G. *Manual de DPP*, T° 1, Alverini, Córdoba, Argentina, 1999, p. 188, donde se lee en relación a la configuración jurídica del "*sistema estatal liberal, que sólo se legitima si en el centro más alto de su geografía axiológica (y no sólo en el mapa) está la libertad*" y se anota que "*Claro está que el constituyente pudo elegir el honor, la virtud, la felicidad u otro valor cumbre objetivizándolo en la norma fundante, pero no fue así. La norma hipotética fundamental reflejada en la Constitución escrita presenta a la libertad como valor supremo y con él estructura una constelación de declaraciones, derechos y garantías que aseguren los beneficios de la libertad, de modo que se posibilite la autodeterminación, ampliando la zona de decisión de cada persona, de lo cual se deriva, por ejemplo, la inviolabilidad de la propiedad (CN, 17)* [CR Honduras, 102 y 103] *privada, en el entendido de que a mayor propiedad privada —capital—, mayor será la esfera de decisión de la persona libre en el mercado (capitalismo) de bienes y servicios, pero no necesariamente feliz, ni necesariamente musulmán, ni necesariamente aristócrata, ni necesariamente burgués, ni necesariamente ario, etc. Al igual que con la propiedad, el valor libertad requiere que la persona pueda disponer de su cuerpo (hábeas corpus) no sometido a detenciones o arrestos, que pueda desplazarse (libertad ambulatoria: CN, 14), etc., a lo que se debe sumar una serie de derechos más, enumerados o no, que el Estado le garantiza a la persona respecto de terceros y de los que el Estado garante no lo privará por sí (pena estatal), sin juicio previo y debido proceso legal, siendo inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (CN, 18), por lo que sólo en cumplimiento de la Constitución jurídica y política del país el Estado se legitima como Estado liberal, de lo contrario será un Estado de otro tipo, de facto. Claro está que privilegiar el valor libertad no implica negar otros que se desplegarán sin tanto favorecimiento institucional; sean o no estos valores de aquellos con los que regularmente se vinculan formas de gobierno, por caso, el honor como principio de la monarquía, la virtud como principio de la república, etc.*

[24] Cf. Curtis, C. y Bovino, A., Por una dogmática conscientemente política, en Desde Otra Mirada.

Es frecuente que los investigadores adopten un marco epistemológico que ponga al objeto de estudio "fuera" de él (objeto de estudio seleccionado del material dado por o en la naturaleza) y lo manipule mediante el instrumental de experimentación que mejor convenga al método científico, generalmente de carácter experimental, tal como sucede con la física, química, acústica, etc.

En esta caracterización clasificatoria, se atribuye tradicionalmente a las Ciencias formales el método deductivo y a las Ciencias empíricas el método inductivo. Pero la utilidad explicativa de esta clasificación pierde potencia cuando se trata de insertar, en uno u otro grupo, determinadas áreas del conocimiento que operan (cuando menos en parte) de modo deóntico (mundo del deber ser) sobre la conducta humana, tal como sucede en la ciencia jurídica o la moral, que son normativas.

5. Las ciencias normativas

Ninguno de los caracteres descriptivos referidos permite asignar la pertenencia inequívoca de la ciencia jurídica entre las Ciencias formal-deductiva o empírico experimentales. Esto implica la necesidad explicativa de optar entre reformular los criterios clasificatorios (de modo tal que contengan a la ciencia jurídica) o bien generar una tercera categoría de ***Ciencias normativas***.

Una de las notas diferenciales de las Ciencias normativas respecto a las Ciencias formales lo constituye el hecho de que, para la dogmática jurídica, la ley (como objeto de estudio) es dada por el legislador (y no creada por el intérprete, salvo el máximo tribual *ad quem* [25]), y con respecto a las Ciencias empíricas la diferencia la constituye el hecho de que la relación entre antecedente y consecuente en las Ciencias empíricas se rige por el *principio de causalidad* (causa/efecto), en tanto que en las Ciencias normativas la relación antecedente / consecuente se da mediante el *principio de imputación* (H. Kelsen [26]), en el que a un "caso" se le enlaza una "solución" (Alchourrón y Bulygin).

En este sentido se ha dicho, y con razón, que no se puede aplicar el método de derivación lógica entre afirmaciones del mundo del ser (Ciencias empíricas) para extraer conclusiones del mundo del deber ser, como que de las afirmaciones del mundo del deber ser se puedan derivar lógicamente conclusiones del mundo del ser (Ley de Hume, Kelsen, Ferrajoli).

Se asume la opción de una tercera categoría (Ciencias normativas) comprensiva de la Ciencia Jurídica, tanto por:

A. la consistencia y consecuente aceptación de la comunidad científica en torno al poder descriptivo y explicativo de las categorías de Ciencias:
   a) formal deductivas y
   b) las empírico experimentales, aceptando el déficit (inaplicabilidad para el derecho y la moral) como una estructura ausente que puede completarse por una tercera categoría,

[25] Cf. Hart, El concepto de Derecho. Kelsen, H., Teoría Pura del Derecho. Sobre su estructuración dogmática en Honduras ver. AAVV, Manual de Derecho Procesal Penal Hondureño, Capítulo 10, Las vías Impugnativas, inédito, en donde se "permite observar a la Suprema Corte, en tanto que máximo tribunal *ad quem*, como legislador positivo por vía de casación y como legislador negativo por vía de inconstitucionalidad. Esto no vulnera el principio de división de poderes, sino que es una actividad co-legislativa, condición de sus controles recíprocos." En donde se anota "Bidart Campos, E., *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Bs.As., 1999, p. 18, quien siguiendo a Kelsen, H., explica que "[...] la principal diferencia entre un Tribunal Constitucional y un Tribunal ordinario civil, penal o administrativo consiste en que estos últimos sólo producen *normas individuales*, mientras que el primero, al declarar la inconstitucionalidad de una ley, anula una *norma general*, lo que significaría producir un *actus contrarius* que lo convierte en un *legislador negativo*", cursivas del original".

[26] Sobre el principio de imputación en los primitivos, ver Kelsen, cit.

c) en la medida en que describa las notas comunes (método científico) y diferencias específicas, como las esbozadas en los párrafos anteriores;

B. la utilidad metodológica que surge de compartir conocimientos que, comunes a las ciencias, se han desarrollado originariamente en aquellas Ciencias categorizadas como a) o b) y que pueden aportar un aumento de la potencia explicativa de ciencia jurídica en el escenario específico que describe.

Se ha dicho desde hace más de un cuarto de siglo que *"Es verdad que la ciencia jurídica no puede clasificarse como una ciencia empírica, mucho menos como ciencia formal. Sin duda tiene rasgos peculiares que justificarían su inclusión dentro de* ***las Ciencias normativas*** *con categoría autónoma, distinta tanto de la ciencia formal, como de la empírica, lo cual no excluye la posibilidad de aprovechar para la ciencia del derecho parte del conocimiento logrado y alguno de los métodos usados en otras disciplinas más desarrolladas"*[27].

6. El Método de la ciencia jurídica

La ciencia jurídica requiere de un camino, de una dirección, de un sistema de interpretación, de un método que le es propio: la *dogmática jurídica*. Este asume como principio ordenado (explicativo) el principio de imputación constituido por una serie de postulados contrafácticos (ficciones).

La peculiaridad del objeto de estudio incide sobre el método de forma tal que ha sido reconocido por el derecho (el objeto) como consecuencia del principio de legalidad en su forma más amplia, según el cual la ley se aplica según la ley[28], subordinando el poder bajo la ley (*under law*).

Como consecuencia metodológica (incluso epistemológica)[29] de una precondición política ya apuntada por Kant y Rousseau como *autolegislación* democrática (crea la ley quien está –imputativamente- llamado por ella a obedecerla).

Históricamente la desobediencia civil se refleja, por ejemplo, en el hecho de negarse a pagar impuestos que no hubiesen sido legalizados por el Parlamento (cláusula de legitimidad contenida en la Carta Magna inglesa de 1215, que junto al *jurado*[30] representan el reaccionalismo regio heredado en América que fuera invocado como causal *Declaración de Independencia* por ilegitimidad estatal).

En palabras de Zaffaroni, "El derecho penal es un saber jurídico; método significa, camino; el

[27] Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 3ª reimpresión de la 1ª edición de 1975, Astrea, Bs. As., 1998, p. 21. El destacado es del original.

[28] Cf. Kelsen, H., cit.

[29] Feyerabend, P., Tratado contra el método, Tecnos, Madrid, 1986.

[30] Sobre enfoque histórico y socio jurídico de jurado como justicia de pares ver, Vivas Ussher, G., *Manual de DPP*, cit. , en especial T° 1, p. 220, en relación a que "como función nueva, pública y circunstancial, se debe aceptar el cargo bajo juramento. Del mismo modo en que lo hacían los *iudicis iurati* en la Roma republicana, de donde precisamente se origina el nombre de aquellos "ciudadanos" jueces jurados (sobre el sistema *acusatorio popular romano*, cfr. Maier, Julio, DPP., ps. 275 ss.). Del mismo modo que más de un milenio después en Inglaterra, durante el reinado (1154-1189) de Enrique II de Inglaterra (1133-1189), se superan los "viejos medios mágicos e irracionales de prueba —juramento decisorio, duelo— por la declaración jurada (cojuradores) que rinden doce vecinos acerca del hecho de la posesión. El "jurado" —*jury*— nació cuando las partes se acostumbraron a someterse espontáneamente (muy pronto, obligados de hecho) para toda clase de cuestiones al fallo de los doce jurados, en vez de pedir la vieja *assisa novae dicipline* y los viejos procedimientos irracionales" (Weber, Max, *Economía y sociedad*, *ob. cit.*, p. 520). Repárese en que estos jueces juradores ingleses cumplían las funciones que hoy llamamos de testigos, y fundamentalmente, en el giro copernicano que significó pasar de la propia declaración bajo juramento de que se posee tal o cual extensión de tierra, a que presten declaración jurada doce vecinos, el giro se refleja tanto en la abismal diferencia de racionalidad y objetividad que se gana para la resolución de conflictos, con un hecho (acto procesal) que —observado ochocientos años después desde un escritorio —*burea*— parece por demás sencillo. El cambio de paradigma, de lo epistemológico a lo político, y viceversa, cambia las reglas jurídicas de dominación *real* (de la corona) en relación y "lords". Uno de estos señores que condicionaron a Enrique II también reinó (1199-1216) en Inglaterra, Juan Sin Tierra, pero tuvo que reinar bajo las mismas reglas de justicia de pares que él contribuyó a generar; más aún, debió consentirlas con los alcances de la Carta Magna de 1215".

camino para alcanzar un saber jurídico debe ser jurídico."[31]

Este método puede ser abordado desde diversos ángulos.

7. Ángulos de ataque de la dogmática jurídica

Su caracterización en lo estrictamente jurídico implica la reconstrucción lógico conceptual de sistemas normativos, bajo los postulados de la dogmática jurídica que asume como verdad revelada su objeto de estudio (las normas), que sistemáticamente integradas describen un ordenamiento:

- completo (y por tanto carente de lagunas),
- coherente (y por tanto carente de contradicciones), y
- carente de redundancias.

Este argumento contrafáctico, por cierto, es el ámbito académico en el que se desarrolla la tarea de interpretación, descripción, reconstrucción y explicación del Derecho Penal Formal y Material.

En el actual estado de desarrollo de las ciencias se requiere que "sus proposiciones sean contrastables empíricamente, o al menos que deriven, o se infieran, de otras proposiciones verificables mediante experiencia (a menos que se trate de enunciados analíticos).

"Se suele calificar de dogmática una creencia en la verdad de una proposición que no esté abierta a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico. Una creencia dogmática se basa exclusivamente en la convicción subjetiva, o fe, del que la sustenta, al margen de consideraciones racionales"[32].

Coetáneo al movimiento iluminista de los siglos XVII y XVIII, en materia política y filosófica, se desarrolló una concepción jurídica consistente en sostener la existencia de una derecho universal y eterno, no fundado en la voluntad de Dios, sino en la naturaleza de la razón humana. En busca de sistemas axiomáticos, análogos a la geometría, y cuya base estuviera integrada por principios, evidentes por si mismos para la razón humana, desde los que se pudiese deducir normas para todos los casos jurídicamente relevantes, creando un sistema preciso, completo y coherente.

La dispersión normativa de la época ofrecía un territorio jurídico desde el que era poco menos que imposible avanzar ***inductivamente*** desde los derechos particulares hacia reglas generales que los contuviesen y explicaran. En esta dirección histórica surgió el movimiento de la codificación que se difundió en Europa desde mediados del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, siendo su punto culminante el Código Civil francés de 1804, todos estos cuerpos legales respondieron a la ideología liberal burguesa de los juristas racionalistas.

[31] Zaffaroni, R., Derecho Penal , Parte General, Bs.As., 2000, p. 74
[32] Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2ª edición, 9ª reimpresión, Astrea, Bs.As. 1998, p 322.

Las escuelas de la "exégesis" y de la "jurisprudencia de conceptos", que surgieron en Francia y Alemania, respectivamente, pueden caracterizarse del siguiente modo:

- adhesión al derecho legislado como casi exclusiva fuente del derecho;
- suposición de que el derecho legislado es preciso, completo y coherente;
- adopción del método llamado de 'construcción', que consiste en la combinación de ciertos conceptos jurídicos fundamentales, mediante los cuales se pueden hallar reglas contenidas implícitamente en el derecho legislado, y
- limitación de la tarea del juez a una actividad puramente cognoscitiva, sin que deba hacer evaluaciones de las consecuencias prácticas de sus decisiones, debiendo inferir éstas mecánicamente de las reglas obtenidas, por el método de construcción del derecho legislado"[33].

Surgieron numerosas críticas y corrientes interpretativas que desembocaron "en relación con la adhesión a la legislación como fuente primigenia de derecho, en el caso de la exégesis, constituyó una aceptación racional, fundamentada en la coincidencia de los nuevos códigos por los ideales formales y axiológicos de los sistemas propugnados por los filósofos jurídicos. En cambio en la ciencia jurídica actual es una adhesión dogmática apoyada, no en la aceptación valorativa del contenido de las normas vigentes o en sus cualidades de carácter lógico, si no en el hecho de que tales normas fueron sancionadas por ciertos órganos dotados de eficacia general "[34].

La producción del derecho mediante órganos legislativos con poder acumulado democráticamente presumen algún nivel de racionalidad en la ley así producida, desde que, quienes se ven sometidos a la ley son quienes (por si, o mediante representantes) dictan la ley (J. Habermas).

La reconstrucción normativa lograda mediante la dogmática jurídica presume como método, la aceptación de algunas ficciones, siendo paradigmática, la suposición contrafáctica de un legislador racional, operativo, unipersonal, coherente, preciso y permanente.

7.1 La función de la dogmática jurídica

Nino se pregunta, ¿cual es la función que cumple este modelo ficticio de legislador racional, implícitamente presupuesto en muchas elaboraciones dogmáticas? A lo que contesta "... los juristas dogmáticos pueden atribuirle las soluciones propuestas por ellos para adecuar el derecho a ciertos estándares axiológicos vigentes, cerrar sus lagunas, eliminar sus contradicciones, precisar los términos vagos, prescindir de las normas superfluas, etcétera, sin que aparezca como modificación del orden jurídico positivo, sino como, de una descripción del derecho vigente, tal como genuinamente debió pensarla el legislador. Esta técnica, por supuesto, no es empleada en forma cínica o especulativa por los juristas, si no, en la mayoría de los casos, con honestidad científica, obedeciendo a hábitos teóricos heredados por tradición, y cuyos resultados aparecen como satisfactorios al permitir compatibilizar el deseo de seguridad jurídica con el de adecuación del orden jurídico a pautas de racionalidad y de justicia"[35].

[33] Nino, Carlos Santiago, *Introducción* ..., cit. p. 325.
[34] Nino, Carlos Santiago, *Introducción* ..., cit. p. 326.
[35] Nino, Carlos Santiago, *Introducción* ..., cit. p. 330.

La suposición de la racionalidad del legislador permite contar con algunos principios ordenadores del universo jurídico reflejado en las normas objeto de análisis, como por ejemplo: No es una conclusión interpretativa admisible el que dos normas jurídicas sean inconsistentes (contradictorio)[36], para resolver la inconsistencia, se crean a su vez, una serie de reglas técnicas, tales como *ley superior prevalece sobre ley inferior* , que a su vez puede estar positivizado y formar parte del propio objeto de estudio, tal el caso de la CR de Honduras, 18 y 315; *ley posterior deroga ley anterior, ley especial deroga ley general*, de este modo, pareciera que tales reglas hubiesen estado disueltas de antemano y no como resultado de la interpretación dogmática.

De la presunción de operatividad se deduce que "entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da contenido a las palabras de la ley, que la que se ve forzada a negárselo" (Sebastián Soler). Esto implica subprescripciones, por ejemplo que se prohíbe una interpretación que asigne como referencia de una norma un hecho empíricamente imposible, o que concluya que dos normas son redundantes, o que atribuya a una norma un significado axiológicamente tan inaceptable que sea improbable su aplicación, etcétera. Este enfoque axiológico es de capital importancia en relación a los DDHH.

De la idea de orden jurídico *completo* se sigue la ***prohibición*** de una interpretación, cuyo resultado es que "el orden jurídico no ofrece ninguna solución para un caso dado", lo cual implica que está prohibido no resolver, o lo que es lo mismo, es obligatorio resolver conforme a derecho el caso dado, y que si no aparece como obvia la única solución correcta con que el orden jurídico vincula a un supuesto fáctico con una consecuencia jurídica, es por que aún el intérprete no la ha "*des-cubierto*", aunque fuere acudiendo a una norma de clausura, como la prevista en la CR Honduras 70, esto es: *principio de reserva*.

De la presunción de *precisión* del orden jurídico se sigue la prohibición de concluir una interpretación afirmando que el lenguaje de la ley es vago o que padece de ambigüedades semánticas.

"Con la aserción de que el derecho positivo se adecua generalmente a los ideales axiológicos vigentes, se emite la recomendación de que debe elegirse aquella solución interpretativa que tenga conclusiones preferibles desde el punto de vista valorativo", esto es desde una perspectiva *dikelógica*.

7.2. Las teorías

Una técnica relacionada con las anteriores, pero más sofisticada, consiste en la llamada "**teorías**", que constituye una modalidad en que se destaca y manifiesta la actividad dogmática.

Algunos ejemplos de abuso de la teoría dogmática en el derecho, ocurren en el derecho civil; en el acto de comercio, en el derecho mercantil; en la gobiernos *de facto*, en el derecho constitucional, la teoría del delito, en el derecho penal, etcétera.

[36] La no contradicción del derecho es un requisito de validez del mismo, cf. Zaffaroni, cit., p 291.

Durante más de medio siglo, el derecho penal sustantivo esculpió la teoría general del delito como una de las formas más acabadas de desarrollo científico en el derecho, partiendo del impulso inicial de Beling y de Von Liszt, llegando en la actualidad una concepción según la cual la ciencia jurídica pasa de ser creadora para convertirse en reelaboradora[37].

El objeto de estudio del jurista está compuesto por **normas** como *unidad molecular*, como acto de voluntad del legislador destinado a orientar la conducta de las personas (Kelsen), las que en conjunto, un orden, *logos* por contraposición a *caos*. Se llega a la idea límite de plenitud hermética del orden jurídico integrado, como se dijo anteriormente, por normas generales, las menos generales, las particulares y las plenamente individualizadas. Entre estas normas se dan siempre relaciones de delegación.

7.3. La dogmática jurídico penal

El paradigmático ejemplo de la "Teoría del Delito", representa una aplicación de la dogmática jurídica al campo de lo penal, en donde la definición del delito mismo es ya uno de los productos de conformidad a los estratos de análisis pensado como acción típica, antijurídica, culpable (y punible).

En lo penal ha de agregarse, a los caracteres generales de coherencia (y por tanto ausencia de contradicciones), completo (y por tanto carente de lagunas) y preciso (y por tanto carente de ambigüedades, algunas reglas de origen ideológico con una larga tradición histórica que se remonta al iluminismo.

A criterio de Zaffaroni[38] los tres criterios propios de la dogmática jurídico penal (que deben adicionarse a los tres generales referidos en el párrafo precedente) son:

- proscripción de la integración analógica;
- comprensión restrictiva como criterio orientador primario; e
- intrascendencia personal de la pena.

Esta diferencia específica de la dogmática jurídica penal no se presenta en el sistema civil (común o extra penal) al ser un sistema continuo de soluciones para todo caso posible, en tanto que el derecho sancionador se trata de un sistema discontinuo de ilicitudes, por lo que la analogía en el derecho civil está prevista como una forma de integrar el ordenamiento jurídico cuando este no parece tener una regla que directamente enlace la solución del caso, siendo que tal integración está prohibida en el derecho penal por aplicación del principio de legalidad (CR, 95 Honduras) y complementado con el principio de reserva como cláusula de cierre o norma de clausura del sistema hermético (CR Honduras), según el cual todo lo que no esta prohibido está permitido y a la inversa.

El derecho no impide aplicar el *argumentum a simile*, lo cual es propio de toda ciencia y del entendimiento humano. Este aspecto ha sido debatido epistemológicamente al punto de crear sub divisiones científicas para hablar de ciencia "nomotética" (J. Piaget). También K. Popper en su acertada concepción de la "Teoría general de falsación" según la cual solo se permite un tipo de experiencia de verificación empírica para chequear una hipótesis "legaliforme": la experiencia sensible reglamentada mediante dispositivos.

[37] Nino, Carlos Santiago, *Introducción* ..., cit. p. 331 a 337.
[38] Cit. P. 302.

En rigor de verdad, lo que Popper enseña es que solo estamos seguros de lo que no es una hipótesis legaliforme verificada, ya al tener forma de enunciados universales ilimitados y una capacidad finita de observación experimental[39]. Hasta aquí lo relativo a lo que de ciencia social tiene el derecho en su aspecto empírico. Desde el punto de vista analítico, sabido es que "los enunciados teóricos no pueden compararse directamente con una experiencia, por objetiva que ella sea, sino por medio de otros enunciados"[40]. Este espacio de la ciencia del derecho está ocupado por la dogmática.

El verdadero creador del método dogmático fue von Jhering (1818-1892), continuada por Adolf Merkel y Franz von Lizt, aún cuando el primero derivara hacia el sociologismo de base histórica[41].

La construcción dogmática no persigue más que hacer segura, para el individuo, la aplicación del derecho en un estado de derecho[42], y esto es a más de un método científico y postulado político constitucionalmente instaurado.

7.4 . Dogmática e ideología

La dogmática jurídica como método científico de estudio del derecho dado se mantiene independiente de la ideología contenida en las normas que toma como objeto de estudio, pudiendo aplicar tal método a diversos ordenamientos jurídicos con diversas ideologías.

No obstante lo anterior la dogmática no se concilia con las ideologías contenidas en normas que conducen a la inseguridad jurídica, afectando el carácter científico de previsibilidad. Esa racionalidad que subyace en el método dogmático también es propio de la forma republicana de gobierno como límite a la arbitrariedad estatal.

Este punto de encuentro entre el desarrollo científico y las conquistas políticas es característico de los derechos humanos.

El punto de encuentro fijado en este trabajo entre dogmática jurídica y derechos humanos, declara dos aristas: su dimensión axiológica primero, y luego su impacto en la interpretación del derecho penal material y adjetivo.

8. La interpretación de los Derechos Humanos

"El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o

[39] Habermas, J., cit. P 35.
[40] Habermas, J., cit. P35.
[41] Zaffaroni, R., Tratado de Derecho Penal, T° I, EDIAR, Bs.As., 1987, p. 287.
[42] Zaffaroni, cit. P.290.

interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos[43].

En este mismo orden de ideas, en la CADH, 29, se prevén como Normas de Interpretación las siguientes:

> a) ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
>
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
>
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
>
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Tanto la Constitución de la República (art. 96), como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9), establece los principios de **legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna** para el acusado; la Convención lo hace en los siguientes términos:

"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

Dentro de *favor rei*, se incluyen las reglas de interpretación probatoria para el tribunal según la cual sólo con certeza positiva se puede arribar a un fallo condenatorio, de manera tal que en caso de dudas sobre cuestiones de hecho ha de estarse a lo más favorable al imputado (*in dubio pro reo*, CPP, 339), esto es mantener la no culpabilidad de la que goza toda persona: estado de inocencia (CR, 89 y CPP, 2).

En estas misma dirección el CPP, 18, al establecer que "*los pasajes oscuros o contradictorios de la ley penal se interpretarán del modo que más favorezca a la persona imputada*" se crea una norma de clausura interpretativa *in bonam parte*, lo que no autoriza a la integración del ordenamiento jurídico por analogía (como en el derecho civil), pero si permite la argumentación *ad simil,* distinguiendo interpretaciones extensivas y restrictivas de la literalidad de la ley, lo que no vulnera la prohibición de interpretación analógica derivada del principio de legalidad, ideológicamente derivado, a su vez del derecho de defensa en juicio (activo de la víctima y pasivo del imputado).

[43] Pinto, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos* V. gr., art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

Estas concepción de la analogía, muestra a las claras la dirección axiológica que en materia de interpretación encolumna a los derechos humanos en materia penal, los que han de ser sintetizados en otra tríada de principios:

- el principio *pro homine*
- retroactividad de la ley más benigna
- *in dubio pro reo*

Conclusión

Lo expuesto hasta aquí permite sintetizar lo que se considera como uno de los principales retos o desafíos del desarrollo del derecho durante el siglo XXI, con especial referencia al derecho latinoamericano en materia penal, consistente en la imperiosa necesidad de acentuar la dogmática jurídico penal de los derechos humanos cono conditio sine qua non para el sincrónico desarrollo del derecho como ciencia y del estado de derechos humanos con base en la democracia material y la seguridad jurídica referidas en el punto 2, y ello como conquista política en función de la observancia y desarrollo teórico y práctico de los siguientes principios del sistema jurídico penal:

a) Completo (y por tanto carente de lagunas).
b) Coherente (y por tanto carente de contradicciones).
c) Carente de redundancias.
d) Proscripción de la integración analógica.
e) Comprensión restrictiva.
f) Intrascendencia personal de la pena.
g) El principio *pro homine*.
h) Retroactividad de la ley más benigna.
i) *In dubio pro reo*.
j) Derecho de defensa en juicio activo y pasivo.

Desde un punto de vista de los contenidos axiológicos, estos elementos del "método" han implicado una adecuación al objeto jurídico que en el horizonte de proyección normativo de Latinoamérica el derecho de defensa conlleva el núcleo central de la base axiomática (*nullum crimen sine defensione*), que ya hemos explicado en otra parte[44] y que aquí sintetizamos[45] gráficamente mediante la tabla siguiente:

Nullum crimen sine defensione

Axioma	Principio	Garantía	Categoría
1. *Nulla poena sine crimine*	Retributividad	Penal	Delito
2. *Nullum crimen sine lege*	Legalidad	Penal	Ley
3. *Nulla lex poenalis sine necessitate*	Necesidad	Penal	Necesidad
4. *Nulla necessitas sine iniuria*	Lesividad	Penal	Ofensa
5. *Nulla iniuria sine actione*	Materialidad	Penal	Acción
6. *Nulla actio sine culpa*	Culpabilidad	Penal	Culpabilidad
7. *Nulla culpa sine iudicio*	Jurisdiccionalidad	Procesal	Juicio
8. *Nullum iudicium sine accusationen*	Acusatorio	Procesal	Acusación
9. *Nulla acusatio sine probatione*	Carga probatoria	Procesal	Prueba
10. *Nulla probatione sine defensione*	Refutabilidad	Procesal	Defensa

[44] Vivas Ussher, G., *Manual de Derecho Procesal Penal*, T° II, Alverini, Córdoba, 1999, ps. 8 y ss.
[45] Resolviendo la contraposición entre la perspectiva principalista y el funcionalismo sistémico. cf Silva Sánchez, J. M., *Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*; en Roxin, C. *La Evolución ...*, cit. P. 100 y ss

Lo que hace ético a un estado de derecho, aún cuando pena a seres humanos, es que se autolimita hasta el punto de afirmar que: **no hay crimen sin defensa del criminal**. La categoría conceptual de "defensa" sintetiza toda las enunciadas en la cuarta columna de la tabla.

Cada axioma tiene significación jurídica individual y en conjunto.

En el primer sentido, no se acepta como legítimo el consecuente sin el precedente —que es condición necesaria (pero no suficiente) de aquél—; de este modo, no hay ***pena*** legítima sin crimen, ni ***crimen*** sin ley, ni ***ley penal*** sin necesidad insatisfecha por toda otra forma de control social (*ultima ratio*), ni ***necesidad*** sin lesión —o afectación a un bien jurídico tutelado (también) penalmente—, ni ***lesión*** sin acción —o conducta humana en su materialidad externa—, ni ***acción*** sin alguna de las formas de culpabilidad (dolo o culpa), ni ***culpa*** sin juicio en el que ella sea declarada como integrativa del hecho que el tribunal estima acreditado, ni hay ***juicio*** sin acusación, ni ***acusación*** sin prueba, como así tampoco ***prueba*** que no haya soportado la contraexaminación (refutabilidad) de la ***defensa***.

La significación de conjunto radica en eslabonar los axiomas, utilizando cada uno de ellos el consecuente del anterior como precedente, hasta llegar al consecuente del último axioma. Este eslabonamiento permite establecer, mediante el sistema de implicaciones y derivaciones de la lógica formal, no sólo que no hay juicio sin acusación (significación aislada del axioma 8), sino que no hay —tampoco— juicio sin prueba, ya que la acusación implica la prueba de ella (significación sistemática del axioma 7 en función del 9) o también se puede afirmar —pero en dirección ascendente— que no hay acción sin juicio (significación sistemática del axioma 6 en función del 8), o en ambas direcciones, partiendo de A8, confirma el ***teorema*** de que ***no hay acción sin defensa*** (significación sistemática del axioma 6 en función del 10).

Ferrajoli[46] plantea los 75 teoremas o combinatorias posibles de un axioma en función de otro o sus implicados; aquí nos basta plantear el engarce entre el precedente del primer axioma (**pena** –del Estado de Derecho–) y el consecuente del décimo (**defensa** –en el Estado de Derecho–), y afirmar que ***no hay pena sin defensa*** (A1 en función de A10). Para el garantismo, como se dijo, lo que hace ético a un Estado de Derecho, aun cuando penaliza a seres humanos, es que se autolimita hasta el punto de afirmar que **no hay pena ni crimen sin defensa del criminal**.

La categoría conceptual "defensa" adquiere así una significación más extensa y más intensa, desde que sintetiza todas las categorías enunciadas en la cuarta columna de la tabla. Esto no era percibido así por el derecho procesal penal antigarantista (inquisitivo), aun en sus modalidades reformadas (sistema mixto), en las que, por ejemplo, el principio de jurisdiccionalidad parecía estar satisfecho con la afirmación de *ne procedat iudex ex officio, sine actore*, cuando para el sistema garantista (acusatorio) la afirmación es ***nemo iudex sine defensione***.

En esta dirección se orienta la línea de análisis del procesalismo garantista en el Estado de Derecho actual y local, si cuando desarrolla la garantía de "juez natural" o "tribunal propio" se está refiriendo a una *garantía* de las personas antes que a una forma de empleo estatal.

[46] *ob. cit.*, ps. 92 ss., y 110 a 113.

Trazado así el mapa de la defensa pasiva, también se indican los lineamientos de actuación del querellante que ejerce la defensa activa, y se esculpen los límites trazados en la hoja de ruta del acusador estatal (Ministerio Público), a quien —obviamente— no beneficia ninguna garantía *individual*, personal o DD HH, ya que el MP es un órgano de actuación judicial pero no una persona física.

Esta es la orientación reconstructiva del Derecho en el Sistema Penal basado en la persona humana, la democracia material y la seguridad jurídica del Estado de Derechos Humanos.

CAPITULO I

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL HONDUREÑO

Gustavo Vivas Ussher*

INDICE

Objetivos 20
Bibliografía 20
Introducción 21
* Política criminal 23
* El sistema penal como medio de control social 26
* Pena y Estado 28
* El programa constitucional de enjuiciamiento penal 29
* El juicio y la justicia 30
* Utopías y tendencias 31
1. El ordenamiento jurídico-penal y el DPP 31
1.1. Organización judicial 32
1.2. Principios relativos al procedimiento 33
2. Defensa en juicio 34
2.1. Derecho de intervención en juicio 35
2.2. Garantía de audiencia ante el tribunal 36
2.2.1. Intimación necesaria y conocimiento de la imputación 36
2.2.2. Audiencia 36
2.2.3. Prueba de las cuestiones planteadas 37
2.2.3.1. Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia 38
2.2.3.2. Producción de prueba de descargo 38
2.2.3.3. Valoración fáctica y jurídica 39
2.2.4. Asistencia técnica 39
2.2.5. Igualdad de posiciones 40
3. Debido proceso legal 41
4. Juicio previo 41
4.1. Enfoque político 41
4.2. Enfoque dialéctico 42
4.3. Enfoque procesal 43
4.4. Enfocado como acto jurídico-procesal 45
5. Estado de inocencia 45
5.1. Trato de (no culpable) inocente 46
5.2. In dubio pro reo 47
6. Juez natural 48
7. Non bis in idem 49
7.1. Identidad personal 51

* Profesor Adjunto por concurso de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Profesor Titular Invitado de Práctica Procesal Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); Asesor de Trabajos Finales de la Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal, Sistema de PostGrado, UNAH. Consultor del Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ DPK Consulting/ USAID-Honduras.

PREVIOUS PAGE BLANK

7.2. Identidad objetiva 52
7.3. Límites para la aplicación del principio 52
7.4. Doble riesgo, doble conforme y bis in idem 53
8. Otras garantías constitucionales 54
8.1. Libertad ambulatoria frente a la persecución estatal 54
8.2. Inviolabilidad del domicilio 55
8.3. Abolición de las torturas 55
9. Limitación temporal del proceso penal 56
10. Integración de garantías penales y procesales 56
* Sistema de Garantías 57

OBJETIVOS

Al concluir el capítulo se pretende que el lector pueda:

- Enunciar las bases constitucionales del procedimiento penal.
- Enlistar las garantías constitucionales y sus manifestaciones en el proceso penal.
- Explicitar los alcances de las garantías de inviolabilidad de la defensa en juicio, debido proceso, juicio previo, juez natural, estado de inocencia y prohibición de la persecución penal múltiple.
- Organizar en un cuadro sinóptico las garantías constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, G., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Alveroni, Córdoba, Argentina; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*. Parte general, 3ª ed., Barcelona, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1990; Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1995; Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal*, Bs. As., Depalma, 1982; Cafferata Nores, José I., *"La investigación de la verdad: límites probatorios"*, en Hacia una nueva justicia penal, Presidencia de la Nación, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Bs. As., 1989; Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 1987.

El poder es la impunidad. Alfredo Yabrán

Introducción

Asignar prioridad de tratamiento a un tema respecto de otro es ya una pauta política. Las políticas de un área determinada pueden tener repercusión en otras, por caso, el aumento del sueldo de los docentes no agota sus efectos en lo educativo, sino que también es parte de la política social, laboral y económica.

Las pautas políticas, explícita o implícitamente, existen en la actividad extra estatal, ya sea empresarial, profesional, comercial, etc., muchas veces se vincula (por ejemplo, el subsidio estatal a la educación privada, la reglamentación de la medicina privada prepaga, etc.). Se trata de obtener el mejor rendimiento posible, asignando —según oportunidad y conveniencia— de los recursos que se dispone para alcanzar determinados *objetivos*, objetivos que pueden ser —y de hecho lo son— priorizados, pudiendo así establecer la *escala de los objetivos que la sociedad* valora en un momento histórico determinado.

En el contexto de numerosas políticas, la criminal tiende a administrar racionalmente la dosis de violencia en la sociedad, tratando de reducirla a su mínima expresión, para lo cual cuenta con numerosos resortes de actuación, la mayoría estatales y algunos privados (seguridad privada).

En el Estado de Derecho, *la división de poderes requiere, diferenciar cuando el Estado actúa fijando pautas de política criminal y cuando establece el derecho penal aplicable a un caso concreto (jurisdicción)*, de manera tal que la política criminal del Estado no la fijan los órganos jurisdiccionales (tribunales), sino la Constitución jurídica y política del Estado, diseñando: la estructura, funciones de la organización institucional, y estableciendo declaraciones, derechos y garantías de las personas; el *Ministerio Público*, ejerce la acción penal pública y la persecución oficial; el *Poder Legislativo*, establece la conducta que se considera delito, la pena que corresponde, sanciona las leyes de amnistía, etc. (Código Penal y leyes especiales) *y las leyes de procedimiento: Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Poder Judicial, del Ministerio Público, de Policía, etc.*; el *Poder Ejecutivo*, mediante decretos reglamentarios de las leyes, o mediante los órganos con funciones de policía, de fuerzas de seguridad (Policía Investigativa – DGIC -, Preventiva, etc.), tributaria, organismos de inteligencia (unidades de inteligencia del Estado, o de las fuerzas de seguridad), de ejecución penal (como la Dirección General de Servicios Especiales Preventivos), etc.

Si se trata de vincular todas estas actividades puede establecerse el "mapa valorativo" de la política criminal, que con no pocas contradicciones y falta de sincronía permite señalar, cuando menos, un sistema de prioridades y la *tendencia de la política criminal,* a la cual se integra el derecho procesal penal. Si bien no resulta sencillo establecer el denominador común, puede detectarse la génesis compartida, que es el nivel de conflicto penal que existe en la sociedad.

A la pregunta ¿por qué toda sociedad se caracteriza por un cierto nivel de conflicto?, Alberto Binder[1] responde que "en toda sociedad, al menos en el curso de la historia, o bien hay escasez de bienes —entendido el término en su sentido más amplio— con relación a los individuos, o bien hay desacuerdo respecto del modo de distribución de esos bienes, o bien hay desacuerdo

[1] Cfr. Binder, Alberto, *Política criminal de la formulación a la praxis*, Bs. As., Ad-Hoc, 1997, p. 29.

respecto de cómo organizar la sociedad misma. Por ello resulta prácticamente inevitable un cierto grado de conflicto social".

"Esto no quiere decir que no puedan existir utopías que planteen —como han planteado hasta ahora todas ellas— una sociedad sin conflictos. Pero en el curso real e histórico, la existencia misma de una sociedad implica conflicto social. Al mismo tiempo, toda sociedad supone un modo de ejercicio del poder que la organiza y sustenta. En otras palabras: el poder es una realidad intrínseca al fenómeno asociativo". La cuestión es describir y comprender de qué modo el poder trata los conflictos sociales para resolverlos.

La mecánica del poder, en la comunidad organizada se refleja mediante diversas formas de *control social*, una de esas formas es el Derecho. Desde el punto de vista del derecho sustantivo parten del derecho común (derecho civil) y "atienden al goce de los bienes originados por los hechos, en las relaciones interpersonales suscitadas por negocios jurídicos (contratos), por la reparación de daños originados en actividades o inactividades (sean o no 'conductas' —entendidas como acciones voluntariamente libres—), por hechos marginados de la intervención humana, o de los bienes que dependen del estado en que el hombre es colocado por la acción de otros hombres o por libre ejercicio de su voluntad (relaciones de familia), o del ejercicio con relación a las cosas (derechos reales). En este círculo se consideran relaciones interpersonales entre entes jurídicamente *iguales*, trátese de personas individuales o de esferas de interés de otro carácter. Cuando las relaciones se suscitan entre *desiguales*, en las que el hombre u otras esferas de interés se conectan con el mismo poder que impone las reglas jurídicas, se penetra en el mundo del acto político y del acto administrativo, el primero directamente moldeado por el derecho constitucional, el segundo por el derecho administrativo".

"Los derechos constitucionales, administrativos y civiles operan aunque no se presenten situaciones de conflicto, entendidas como negativas para actuar conforme a las reglas, desconociéndolas. El derecho penal sólo opera cuando ocurre una situación de conflicto. En aquellos *puede* presentarse una situación de conflicto; en éste *debe* presentarse, ya que el conflicto es el presupuesto de la operatividad, por cuanto las reglas presuponen el incumplimiento de la norma que compone el *corpus* de otros derechos (carácter sancionador)"[2].

En la vida cotidiana, la actuación de las diversas ramas del derecho se produce regularmente en forma voluntaria —en las relaciones intersubjetivas—, y excepcionalmente se recurre al derecho procesal como forma de actuación coactiva del derecho sustantivo de que se trate[3], lo cual presupone aceptar primero la idea del *derecho de peticionar* ante una autoridad supra ordenada respecto de los integrantes del conflicto social, y no, aceptar muy pronto la idea de *competencia* para resolver el conflicto social observado como litigio judicial, existiendo así la nota común de actuación del derecho procesal, manifestada de modo muy diferente, según el objeto de la normatividad sustancial a la que tiende a atender la actividad jurisdiccional. "Por eso existen distintos procesos —o distintos tipos de proceso—, cada uno de ellos merecedores de su propia teoría: el político-constitucional (cuya autonomía doctrinaria hoy se afirma), el administrativo, el civil, el penal"[4].

Lo expresado anteriormente presenta al *derecho penal* como un sistema que opera en segunda dimensión, sancionando conductas consideradas antijurídicas por el derecho sustantivo no penal, a lo que se agrega que el derecho penal material comparte las características de todo

[2] Cfr. Creus, Carlos, *ob. cit.*, p. 3.
[3] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal*, Bs. As., Depalma, 1982.
[4] Cfr. Creus, Carlos, *ob. cit.*, p. 3.

derecho sustantivo, en el sentido de que la actuación se cumple en la dimensión de su procedimiento, no se trata de órbitas concéntricas *que no se intersecan*, cuyo núcleo está ocupado por la Constitución, la primera órbita por el derecho sustantivo no penal, la segunda órbita en dos planos por los que transita el derecho procesal no penal y el derecho penal sustantivo, y la tercera órbita el derecho procesal penal; por el contrario, se trata de órbitas y planos *que se intersecan* entre sí en numerosos puntos. Todos los puntos se vinculan al derecho político constitucional, y a su vez, en determinadas situaciones, se "sobreprotege" un derecho no penal, proscribiendo las conductas que puedan afectarlo, declarándolas típicamente delictivas y sujetas a penalidad mediante un procedimiento.

En rigor, ha sido superada la idea de presentar los diversos derechos sustantivos y sus procedimientos como compartimentos estancos. Particularmente, en el caso del derecho penal y su procedimiento, la doctrina ha levantado muchas de esas esclusas divisorias (tradicionalmente afirmadas como delimitativas del objeto de estudio y del objeto de regulación, aunque se tratara del mismo fenómeno de la realidad social que pretendía dirigir y orientar la conducta humana), acudiendo —en lo penal— a la fórmula sintética de "sistema penal", con los alcances que *infra* se desarrollarán, y con más acentuación en "la ruptura de las fronteras artificiales entre las diferentes ramas del saber penal [...] que en la idea de integración"[5]. La tendencia aparece más como un sistema de vasos comunicantes que como una confusión de las notas caracterizantes del derecho procesal penal con las del derecho penal material.

El *bien jurídico* tutelado por el sistema penal tiene el sentido de posibilitar el desarrollo de cada persona, individual o colectivamente, y no de la institución por sí misma, posición que puede decir que "[...] los bienes jurídicos son relaciones de disponibilidad, o sea, posibilidades de uso que el Estado garantiza a los habitantes de la nación para que puedan autorrealizarse en coexistencia, de manera que nunca se pueda ir más allá de la voluntad dispositiva de los mismos, de lo contrario se trataría de un derecho ultrapersonalista, cuya función sería la realización de un mito (clase, raza, nación en sentido totalitario, o cualquier otro mito inventado por las ideologías totalitarias de cualquier tiempo), pero no la realización de los hombres"[6].

La realización del valor "justicia" es otro ejemplo que, ha permitido desbordes autoritarios en la administración del Derecho. Sobre el concepto y alcance de ¿qué es la justicia? volveremos *infra*, en este mismo capítulo, y también en el capítulo 2, al tratar los intereses tutelados por el proceso penal.

El sistema penal responde a la política criminal, y la política criminal responde a la política de la sociedad organizada, generalmente, por la Constitución política y jurídica. Para tener una visión panorámica de este fenómeno es conveniente caracterizar la política criminal y desarrollar las bases constitucionales del sistema penal.

* Política criminal

Alberto Binder[7] explica que "la política criminal es un sector de las políticas desarrolladas en una sociedad, predominantemente desde el Estado. Ella se refiere al uso que hará el Estado, ese Estado, del poder penal, es decir, de la fuerza o coerción estatal en su expresión más radical. La política criminal es, en síntesis, el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas, que

[5] Ctr. Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, p. 12.
[6] Zaffaroni, Eugenio R., Fundamentos del fallo de primera instancia "De la Cruz Yáñez Alvarez, Manuel s/tenencia de estupefacientes", 14/07/78, citado por Ariel H. Villar, en *El delito de impedimento u obstrucción de contacto de hijos menores con padres no convivientes*, Bs. As., Némesis, 1997, p. 20.
[7] Binder, Alberto, *Política criminal de la formulación a la praxis*, *ob. cit.*, ps. 42 ss.

orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos".

"Paradójicamente, la ciencia penal ha mantenido una relación de lejanía, en el mejor de los casos de proximidad tangencial, con el poder penal", particularmente en el caso de la dogmática penal.

La política criminal no es una ciencia, sino una política o conjunto de políticas, no obstante, como ocurre con cualquier sector de la realidad, es posible la aproximación científica a la ciencia, la cual puede realizarse desde distintas disciplinas conectadas con la política criminal: desde el derecho penal, la criminología, el derecho procesal penal, la sociología criminal, la victimología, la ciencia política, lo cual constituye el trasfondo común del ideal de la ciencia penal integral. En Latinoamérica, el enfoque de la criminología crítica apunta directamente al análisis científico del funcionamiento de la política criminal. Debe diferenciarse claramente la política criminal como realidad social del poder, de cualquier conocimiento (científico o común) sobre ella.

La utilidad de la política criminal se refleja en el control social, presentando mayor o menor coherencia constitucional en el manejo del poder penal, desarrollando (función de expansión) o limitándolo (función de contención) según el caso en que intervendrá ante el fenómeno criminal, el modo o procedimiento utilizado, y la *prioridad de tratamiento* que dará a unos casos y desatenderá otros (selectividad).

"Como toda política, la política criminal se orienta según finalidades, objetivos y metas. La política criminal nunca tiene objetivos totalmente independientes; en realidad, ella es una política de *segundo nivel*, ya que sirve de soporte para fortalecer otro tipo de políticas (económica, social, ambiental, familiar, etc.). No obstante, también existen ciertos objetivos autónomos de la política criminal: ellos se relacionan con los límites al poder penal y se fundan en la necesidad de establecer una política criminal respetuosa del ser humano".

En su obra, Binder plantea, citando a Delmas-Marty, la política criminal como "el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal", tarea que combina tres ideas rectoras (libertad, igualdad y autoridad), que determinan otros grandes modelos de política criminal, que priorizan alguno de los elementos.

En el "modelo autoritario" los principios de libertad e igualdad se subordinan al principio de autoridad; "por lo tanto, el alcance de la política criminal prácticamente no tiene límites. Una política criminal que no establece sus propios límites es autoritaria". Los ejemplos abundan, no se requiere que la ausencia de límites sea absoluta para sostener la credibilidad del modelo", ya que los límites, reglados o no, no subordinan el poder a la norma, de tal manera que cuando el poder lo decida, los límites serán sobrepasados. La historia muestra que siempre se establecen límites aunque sean meramente formales.

En el "modelo liberal de política criminal" se postulan límites absolutos para su ejercicio, priorizando la idea de libertad sobre la de autoridad e igualdad. "Esta autolimitación se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir, en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado". Además de la autolimitación que efectúa la ley estatal, "se fijan ciertos límites sustanciales, también infranqueables [...], tales como 'el derecho a la diferencia', es decir, el derecho de las personas a ser distintas, a no aceptar los valores de la sociedad en que viven. Otro límite lo constituye 'el derecho a la vida privada', o sea que la política criminal no puede, por ningún motivo, invadir la esfera de la intimidad de las personas,

ni pretender moldear su conciencia. El *status* de la dignidad humana, plasmado en los 'derechos fundamentales', actúa como un límite sustancial".

El "modelo igualitario" no discrimina la política criminal por características de selección extralegales, tales como cuestiones ideológicas, económicas, religiosas, raciales, de proximidad a los aparatos de poder, etc. La realidad muestra que el acceso a la justicia es un hecho del que pocos gozan, siendo una promesa incumplida para muchos sectores sociales. "Esta corriente constituye en Latinoamérica un movimiento muy fuerte [...] que se ha caracterizado por denunciar las falencias del modelo de política criminal liberal que esconde, según su criterio, un verdadero modelo autoritario".

Estos modelos no se dan puros, sino que se combinan con preponderancia de uno sobre otro, de acuerdo a factores políticos, económicos o culturales, de una sociedad dada, en un momento histórico dado.

Puesto en la tarea de pensar en un modelo de política criminal deseado, con buen criterio Binder propone pensarlo "desde el poder", como punto de partida epistemológico y no meramente accidental, y dice: "más allá de que se tenga o no en la realidad, el poder, como lugar de reflexión, cambia el modo de cómo se piensa el objeto".

En este orden de ideas, es útil pensar en política criminal desde el argumento contrafáctico de la "posición originaria", a la manera en John Rawls[8] cuando propone el sistema de elaboración de normas, en la que el legislador originario (en este caso para fijar una política criminal) se encuentre detrás de un "velo de ignorancia", de tal manera que su posición lo libere de toda limitación de orden moral, política, económica, etc., que le permita elaborar cualquier modelo normativo, incluso que contenga cualquier forma de privilegio o discriminación, tal actividad se realizará detrás del velo de ignorancia que el legislador imaginario ocupará en la sociedad, regida por las reglas que contribuyó a elaborar, pudiendo él mismo, o el grupo al que pertenece, resultar privilegiado o discriminado por el modelo de política criminal implementado.

Materializando el modelo de política criminal deseado, dice Binder: "se trata de construir lo que Zaffaroni ha llamado un modelo jus-humanista. Un modelo que sea 'humanista' porque debe sostener una determinada concepción del ser humano y orientarse a preservarla. 'Jus-humanista' porque no debe renegar del derecho en ningún momento sino, al contrario, considerarlo el instrumento privilegiado para la realización de esa política criminal 'autolimitada' ", a lo cual agrega: debe ser una política criminal *transparente* en la administración de la violencia que existe, tanto en el fenómeno criminal como en la respuesta estatal que se le da, y esta administración de la violencia debe explicitarse en una "política comprensible para la sociedad" que la genera y padece.

La "política jus-humanista debe ser esencialmente *no expansiva* [...] para dejar lugar a otro tipo de políticas". Debe ser respetuosa del "derecho a la diferencia", operando, no solamente por la aceptación interior de los valores, sino cuando está en juego el daño social. Debe ser participativa, a efecto que sea el resultado del juego de las fuerzas sociales, del modo más democrático posible.

Sin trascender el ámbito académico, la expresión "política criminal" y su funcionamiento no se nombran recurrentemente, ni integran el discurso de justificación de los operarios y operadores jurídicos, aun cuando el fenómeno de la criminalidad es de los principales reclamos sociales

[8] Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, p. 36.

que actualmente se hacen; la ausencia en el discurso político no responde al hecho de que no se maneje consciente y directamente la política criminal, sino al fenómeno de la "despolitización" formal —dice Binder—: bajo la pretensión de una asepsia científica, cuando en rigor de verdad, por acción u omisión, se están tomando decisiones políticas, es decir estratégicas, respecto de la priorización o no de determinados objetivos.

Sólo muy recientemente este tema ha constituido un debate público a la conciencia privada, dirección que ha asumido la labor académica como catalizador de los medios masivos de comunicación que en términos generales, procure la mayor participación ciudadana, para en definitiva, lograr la consolidación democrática, que en buenahora sobrepase lo meramente electoral.

"El ciudadano común suele ignorar que toda política criminal es el resultado de una conjunción de fuerzas originadas con otras que provienen directamente del Estado, y que él, por acción u omisión, participa inexorablemente en la producción de una política criminal determinada, que con toda seguridad afecta un sinnúmero de sus propias relaciones personales"[9].

* El sistema penal como medio de control social

La expresión "sistema penal" suele utilizarse para aludir a las diversas manifestaciones jurídico-estatales vinculadas a la imposición de penas y medidas de seguridad, integradas por el derecho constitucional, el derecho penal, el derecho procesal penal y las leyes penitenciarias[10], de tal forma que pueden ser consideradas como subsistemas del sistema de administración de justicia. En este sentido, también puede hablarse del "derecho penal y su procedimiento" sin perder de vista que, muchas veces, la forma vale el contenido, ya que existen formas de actuación que implican contenido material, como sucede, por ejemplo, con las garantías constitucionales. Esta vinculación obliga a plantear algunas observaciones, de alta incidencia en el desarrollo de la materia.

El sistema penal constituye uno de los *medios de control social*[11] existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter *informal* que los distingue del medio de *control jurídico* altamente formalizado, tal el caso de este sistema (derecho penal, derecho procesal penal, derecho constitucional, leyes penitenciarias, etc.).

[9] Cfr. Binder, Alberto, *Política criminal de la formulación a la praxis, ob. cit.*, p. 41.

[10] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1995.

[11] Siguiendo el desarrollo que efectúa Mir Puig (*Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1990), se puede afirmar que, como todo medio de control social, el sistema penal tiende a orientar las conductas de las personas hacia determinados fines o formas de relación intersubjetivas, y en consecuencia, tiende, en un sistema liberatorio, a permitir la mayoría de las conductas y evitar algunos determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de no concesión de beneficios o a la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas no deseadas se realicen. El derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves —*las penas y las medidas de seguridad*— como forma de evitar los comportamientos considerados especialmente peligrosos —*los delitos*—. Se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido *monopolizado por el Estado* y, por otra, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal, que desde la Revolución Francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas *normas legales* a aprobar por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, que constituyen el derecho penal material, deben determinar, con la mayor precisión posible, qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito, qué penas pueden sufrir quienes las realicen, cómo se verifica que tal conducta haya sucedido del modo previsto por ley y no de otro, mediante qué métodos se aplica la sanción, etc. Es lo que conocemos con la expresión *principio de legalidad*, con manifestaciones sustantivas y procesales, y en ello consiste el carácter eminentemente formalizado que distingue el derecho penal de otros medios de control social.

El sistema penal, como hecho sociocultural, se encuentra orientado en gran medida, por una serie de instituciones y agencias que reconocen su génesis en el ordenamiento normativo[12], que —a la vez—se basa en la Constitución de la República. Las bases constitucionales del sistema penal constituyen el principal sustento de este capítulo, para a partir de allí su aproximación al derecho procesal penal.

Esta primera exploración del derecho procesal penal y su ubicación en el contexto jurídico y social[13], permite aclarar que el "**derecho procesal penal**" es una disciplina cuyo objeto de estudio es preponderantemente normativo (de carácter deóntico, o mundo del deber ser), en tanto que el "**procedimiento penal**" tiene como objeto de estudio, la actividad o tarea que se realiza en la praxis judicial (de carácter óntico, mundo del ser). Sobre esta diferencia se profundiza en el capítulo 2.

Debajo de estas categorías se encuentra el "**trámite procesal**", que refleja el flujo de pasos, operaciones o transacciones procesales que determinan el desarrollo (comienzo, avance y fin) de la causa penal genéricamente considerada. El DPP es más que el "diagrama de flujo" que visualiza las diversas estaciones procesales del Código Procesal Penal, o su aplicación a la causa penal individualmente considerada (causa concreta) tratada en este recorrido a fin de dotar de contenido a las categorías aquí referidas.

El DPP, realizador de la función de derecho del penal sustantivo[14], no es distinto al derecho procesal constitucional reformulado[15] y desarrollado, por lo tanto la principal caracteristica es la valla que limita el poder punitivo, en rigor, de autolimitación[16] del Estado constitucionalmente organizado. Esta es la primera faz refulgente del sistema penal, el reverso sería considerar al DPP como el itinerario legalmente determinado para imponer la pena estatal, y de como se reprime legalmente a una o más personas en el actual y local grado de desarrollo del Estado de Derecho.

[12] Pero el derecho penal y su procedimiento no es el único medio de control social que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas. Existen otras formas de control social de carácter jurídico. La administración pública puede, así, imponer a través de sus funcionarios múltiples *sanciones administrativas* —por ejemplo, multas de tránsito— y, sin embargo, ello no se halla previsto por el derecho penal sino por el derecho administrativo. El derecho penal sólo determina las *penas o medidas de seguridad* que pueden imponerse en un proceso *judicial penal*. El legislador es quien decide qué sanciones puede confiar al derecho administrativo y cuáles, en cambio, han de reservarse al derecho penal como penas que exigen la intervención de un juez o tribunal independiente. Debe guiarle en esta decisión el criterio de la gravedad de la sanción, y dejar para el derecho penal las sanciones que en mayor medida afectan a los ciudadanos. El derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso —*ultima ratio*—, para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes.
El derecho penal suele enfocarse desde dos aspectos distintos: uno objetivo y otro subjetivo. En el sentido objetivo se alude al conjunto de normas penales. El derecho penal subjetivo —también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*— es el derecho que corresponde al Estado de crear y aplicar el derecho penal objetivo. El derecho penal subjetivo materializa, pues, al derecho penal objetivo. Por otra parte, si no se añade ninguna precisión, la expresión "derecho penal" se usa generalmente en el sentido de derecho penal objetivo. No obstante, un sector de la doctrina ha objetado no sólo el alcance —garantismo—, sino también la existencia en sí (abolicionismo) del referido derecho subjetivo del Estado a penar personas (*ius puniendi*).

[13] Sostiene Mir Puig que "si, como es frecuente, se estudió el tema sin situarlo en el contexto del derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. La función que analizamos muestra una estrecha relación entre el proceso penal y teorías de justificación de la pena. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en distintos momentos al derecho penal y su procedimiento. No se trata, pues, de preguntar sólo de la función de 'la pena' y 'el procedimiento para imponerla' en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el derecho penal propio de un determinado modelo de Estado". En el capítulo 2 se explica la relación entre proceso penal y teorías de justificación de la pena estatal.

[14] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Bs. As., Ediar, 1960, Nº 9 ss., ps. 13 ss., citado por Maier, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 1995, p. 85.

[15] Maier, Julio, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 1995, p. 91.

[16] Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho, ob. cit.*, ps. 138 ss., en especial 152 y155.

* Pena y Estado

Sostiene Santiago Mir Puig[17] que "la pena es un instrumento que puede utilizarse con fines diversos. Actualmente se considera monopolio del Estado, por lo que su función depende de los cometidos que se le atribuyen al mismo.

En *el Estado con base teocrática*, la pena se justifica como exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En *el Estado absoluto*, erigido en sí mismo, la pena es el instrumento tendenciosamente ilimitado del sometimiento de los súbditos: fue la época del 'terror penal', como consecuencia de atribuir a la pena la función de prevención general sin límites. *El Estado liberal clásico*, preocupado por someter el poder al derecho - da lugar al '**Estado de Derecho**'-, el cual busca antes la limitación jurídica de la potestad punitiva, basada, en buena parte, en principios abstractos e ideales de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía la concepción ideal del hombre como hombre-razón. La pena entonces se funda coherentemente en otro principio ideal: la exigencia de justicia, base de la retribución, lo cual constituye un límite al poder punitivo del Estado, que solamente podía castigar según lo merecido, pero tenía como defecto la rigidez y la obligación de extender la pena a donde no se necesita.

"La progresiva aparición del **Estado social** como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico, porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta de liberalismo. En el mismo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad, instrumento de prevención especial inadecuado al estricto legalismo liberal clásico".

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego en la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que no abandonara sus deberes para con la sociedad, es decir, que no dejara de ser *social*, reforzando sus límites *jurídicos* en un sentido **democrático**. Surgió así la fórmula sintética de "**Estado social y democrático de Derecho**".

El derecho penal de determinado Estado asume varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que se combinan en él. "El principio **Estado de Derecho** impone el postulado de sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que da lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*".

En cuanto derecho penal del **Estado social**, se legitima como la misión de *prevención* en la medida —o sólo en la medida— de lo *necesario* para aquella protección, lo cual constituye un límite de la prevención [...] La idea del *Estado social* sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a los derechos de las personas organizadas en sociedad.

El sistema penal de "un **Estado democrático de Derecho** deberá someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho, y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el derecho penal". Además, impone poner el sistema penal al servicio del ciudadano, "lo que puede verse como fuente de

[17] Mir Puig, Santiago, *ob. cit.*, ps. 4 ss.

ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad* y *participación del ciudadano*, sin pretender el Estado **subrogarse** en tales principios, que sólo aprovechan a las personas a las que el Estado sirve".

"Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario), de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas **predelictuales**), u otras formas de derecho penal autoritario".

En este contexto del Estado social y democrático de Derecho es que se busca la certeza o seguridad jurídica mediante un sistema penal mínimo, ya que "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en el hecho de que ningún culpable resulte impune a costa de la incertidumbre de que algún inocente pueda ser castigado. La certeza que persigue el derecho penal mínimo es que ningún inocente sea castigado [aun] a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune"[18].

Los distintos aspectos señalados de la fórmula sintética de "Estado social y democrático de Derecho", utilizada por Mir Puig, se hallan estrechamente relacionados, de suerte que algunos de los límites podrían fundarse en más de uno de estos aspectos; el tema, que aquí se presenta, merece profundizarse en otro contexto.

* El programa constitucional de enjuiciamiento penal

La forma republicana de gobierno emerge en occidente (Grecia, Roma, Francia y EE. UU.) con diversos matices, los que la mayor o menor participación de la sociedad civil en la acumulación de poder hace más o menos representativos de sus respectivos pueblos (democráticos) en un momento histórico dado, lo cual incide en forma directa sobre el modo en que el Estado administra justicia ante el pedido de uno o más ciudadanos o sus representantes.

La democratización de la administración de justicia se exterioriza según el grado de participación ciudadana que se observe en el sistema (procesal) empleado, o sea, en la cantidad y calidad de roles procesales distribuidos a los particulares para resolver el conflicto social que se trate. Por ejemplo, si cada sujeto procesal tiene mayor o menor facultad para incidir en la solución del caso, a más de los directamente involucrados en el conflicto social de carácter penal (víctima y victimario), que serán procesalmente actor penal privado (como querellante exclusivo o adhesivo) e imputado. Constituye ejemplo de democratización de la administración de justicia los tribunales integrados con ciudadanos y no sólo con jueces oficiales (escabinados y jurados populares); en determinadas situaciones, terceros civilmente demandantes o demandados; el reconocimiento del carácter de sujeto procesal de organizaciones intermedias de la sociedad con interés en la solución del caso (ONG's, compañías aseguradoras, gremios, etc.) y por otra parte la existencia de participación ciudadana, directa o remota en la determinación de los órganos estatales (elección de fiscales y jueces, determinación por consejos de magistratura o por otros poderes del Estado, etc.).

[18] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., traducción al español de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1997, p. 105. Subyace aquí, entre los dos tipos de certeza y de costos a pagar, una toma de posición política (valorativa) en favor de la máxima certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por el delito (*salus publica suprema les est*), frente a la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias (*favor rei*).

Excepcionalmente, el Estado puede también, mediante la Procuraduría General de la República (CR, 228 y ss; CPP, 25), ser el titular de uno de los derechos discutidos y constituirse en litigante, por ejemplo, en materia penal tributaria (Código Tributario). En todos los casos, y para evitar la deslegitimación social del Estado (por autoritario), operando como juez y parte a la vez, su función debe desdoblarse en diversos órganos (representados por órganos o personas diferentes). Se trata de una ficción en pro de la imparcialidad e independencia del tribunal.

Se diferencian los diversos niveles de actuación: cuando opera como persecutor (fiscal, policía, agencia de inteligencia, etc.); cuando actúa como decisor (jurisdicción) del caso conforme a derecho (tribunal); cuando actúa como damnificado (oficina impositiva, banco estatal u otra entidad autárquica), y cuando presta el servicio público de defensa (Defensa Pública).

El punto de encuentro de estos personajes del proceso, que giran en torno a la posibilidad de aplicación de la pena estatal a una persona, en la república se logra mediante la utilización del "juicio" como forma de decidir el criterio aplicable al caso. El Estado es convocado primordialmente como garante del juicio, para resolver en defensa de los derechos de los ciudadanos en litigio.

* El juicio y la justicia

En la democracia republicana la ciudadanía se sirve del juicio como un medio de administrar coactivamente el derecho y como la indispensable autolimitación del Estado en su función represiva, para garantía de las personas, sean acusadores o acusados, víctimas o victimarios, actores o damnificados civiles; peticionando por sí mismo, por su representante legal, privado (abogados litigantes) o por medios oficiales (Ministerio Público o Defensa Pública), ante el tribunal competente.

Axiológicamente la justicia es el referente del juicio, pero no se refiere a la justicia en sentido atemporal (CR, 70), ni a la justicia de pares (juicio por jurados) sino a un sistema de jueces técnicos (oficiales). De esta manera, la justicia temporal responde a un sistema formal de enjuiciamiento y no a contenido material atemporal, mucho menos al criterio subjetivo de "justicia" de alguna persona en forma individual.

La objetividad es el argumento constitucional subyacente para privilegiar al sistema formal de enjuiciamiento, por tanto, verificable externamente en su adecuación —o no— a las reglas constitucionales. Por el contrario, el criterio de establecer un contenido atemporal del concepto "justicia" choca no sólo con la ausencia de determinación constitucional a su alcance, sino que conduce a la errática tarea de tratar de precisar el alcance del concepto de justicia en cada caso concreto, y así legitimarse *intersubjetivamente* en la ciudadanía, o cuando menos tener la aceptación mayoritaria.

Más cómodo, a la vez infinitamente más riesgoso, es acudir, como único sistema, a la servil idea paternalista de dejar en manos de una persona, por bien intencionada que sea, la suma del poder público, de manera tal que la vida, el honor o la hacienda de los ciudadanos justiciables, quede a su merced o a la de sus delegados.

* Utopías y tendencias

Todo lo aquí expresado, y entendida la utopía al modo binderiano, como explicitación del sistema de valores, se pueden proyectar algunas tendencias y utopías vinculas al derecho procesal penal. En este sentido, da la impresión, de estar íntimamente relacionadas al giro histórico, caracterizado por la antinomia "sistema de poder *vs.* sistema de Derecho".

El sistema de poder difícilmente resistirá la tentación de reciclar formas de autoritarismo acomodadas a los nuevos requerimientos: la administrativización del sistema penal, la política criminal como primer resorte de actuación estatal y privada, anomia social, presencia punitiva estatal dirigida a los sectores sociales excluidos del sistema productivo lícito, restricción a las garantías constitucionales, etc.

Frente a lo anterior, el sistema de Derecho pretende subordinar el poder al Derecho, orientado hacia la búsqueda del Estado mínimo en su vocación punitiva, de alta participación ciudadana, dotado de eficiencia y eficacia, que —tal como lo expresa Cafferata Nores— no deba ser pagado en moneda de libertad de las personas, conteniendo a la sociedad mediante políticas activas no penales.

Estas constituyen la dirección y el desafío académico del estudio y reformulación del sistema penal a principio de este siglo y milenio, probablemente en el sentido en que Ferrajoli plantea la teoría y la política del garantismo penal para quienes "al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela jurídica, también cambian las técnicas normativas predispuestas en garantía de los mismos: si a los *derechos de libertad* (o 'derechos de') corresponden *garantías negativas* consistentes en límites o prohibiciones de hacer, a los *derechos sociales* (o 'derechos a') corresponden garantías positivas consistentes en *obligaciones* de prestaciones individuales o sociales. En todo caso, la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad, en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil, tanto de una teoría como de una política garantista del Derecho. Se comprende que, el 'garantismo' no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales, —de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos— representan valores, bienes e intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos 'artificios' —como los llamó Hobbes— que son el Derecho y el Estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia"[19].

1. El ordenamiento jurídico-penal y el DPP

Los fundamentos constitucionales del derecho procesal penal pueden dividirse[20] en dos grandes bloques conceptuales: el primero referido a la organización judicial (régimen institucional), y el otro a los principios relativos al procedimiento, ambos inmersos en el Estado de Derecho.

[19] Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ob. cit.

[20] La partición responde a fines meramente expositivos, ya que la interrelación entre unos y otros es tan estrecha que la supresión de alguno necesariamente repercute sobre los restantes.

1.1. Organización judicial

En el régimen institucional hondureño, las declaraciones, derechos y garantías proclamados por la **Constitución no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio** (CR, 15, 64), sólo en casos de extrema gravedad podrán restringirse (CR; 205, inc. 23). Lo propio sucede con las instrucciones y reglamentos del poder ejecutivo (CR, 186) aunque se lo autoriza con el acuerdo del Consejo de Ministros a restringir "derechos", no garantías (CR, 245 inc. 7).

En este sentido la CR (64), establece que "*No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan".*

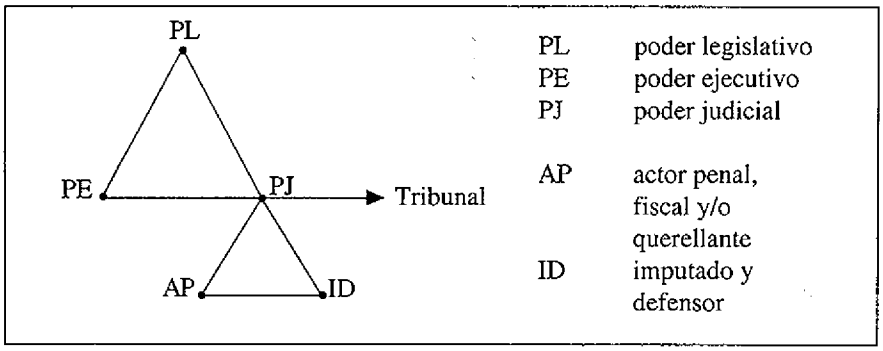
Corresponde concluir que el legislador ha de dictar normas reglamentarias del ejercicio de los derechos fundamentales y de la efectividad de las garantías básicas para la administración del Derecho (actuación de las leyes), pero dentro de los límites previstos para evitar su alteración. Tal alteración está prohibida al legislador, y también a los tribunales cuando actúen conforme a la ley.

La Constitución de la República es ley suprema para toda la república en su contenido básico. Las leyes del Congreso de la Nación deben ser dictadas en consecuencia, es decir, con respeto de los principios sin alterar los derechos y garantías.

Del desarrollo de estos preceptos surge el hecho de que el código procesal y la legislación orgánica de la nación, deben ajustarse a los principios sentados por la Constitución de la República.

Está prohibido al Congreso Nacional conceder al poder ejecutivo **facultades extraordinarias**, la suma del poder público, sumisiones y supremacías que conduzcan a la supresión o retaceo de la actuación de la justicia, ya que ello implicaría la delegación de funciones, lo que está prohibido (CR, 206). Al presidente de la República le está absolutamente **prohibido ejercer funciones judiciales,** (CR, 4); no puede arrogarse al conocimiento de causas pendientes ni restablecer las fenecidas (CR, 186). En su conjunto, es una norma que integra el principio del "**juez natural**" (CR, 90), y que impide la delegación de la competencia judicial a quienes no sean jueces de la Constitución ya que se trata de la facultad privativa del Poder Judicial (CR, 314).

La organización judicial recrea internamente el esquema de contrapesos que se observa en la estructuración estatal del poder. Esta analogía puede graficarse del siguiente modo:



1.2. Principios relativos al procedimiento

En el modelo liberal (Estado de Derecho que pone en el centro de su axiología la libertad individual) y en sus posteriores derivaciones, pueden observarse algunas constantes, y tal vez las más sobresalientes sean la propiedad privada, la inviolabilidad de la defensa en juicio y el principio de reserva (CR, 103, 82 y 70). De esta manera, los principios relativos al procedimiento son garantías individuales de las personas (sometidas o no a proceso penal), y no formas de hacer valer "el derecho de reprimir del Estado" (*ius punendi*). No es de estos principios de donde se deriva la legitimación estatal para penar personas, sino de los vallados que debe respetar si pretende penar.

La inviolabilidad de la defensa en juicio (CR, 82; CADH, 8; CPP, 14, 15) es la principal autolimitación del Estado, constituida política y jurídicamente mediante norma fundacional, lo que leído desde las personas físicas que preexisten y constituyen el Estado, representa la garantía o reserva que opera como un vallado para el poder del Estado, que no puede cercenar los derechos que la Constitución otorga a los habitantes de la república democrática y federal.

Semánticamente, "los constitucionalistas distinguen entre *declaraciones*, *derechos* y *garantías*, cuyo contenido conforma la primera parte de la Constitución de la República. De manera general, las **declaraciones** encierran la presentación política del tipo de organización estatal que elegimos, hacia adentro (ciudadanos-habitantes del país) y hacia afuera (otros Estados extranjeros o residentes fuera de su ámbito de vigencia) (por ejemplo, los arts. 1, 4 , 59, etc. de la CR); los **derechos** —que también se declaran— importan el reconocimiento de los atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional (por ejemplo, el art. 65 de la CR), y las **garantías** representan la seguridad que se otorga para impedir que el goce efectivo de los derechos sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, en forma de limitación del poder o de remedio específico para repelerlo (por ejemplo, el art. 94 de la CR). Han observado también diferentes propiedades jurídicas según la distinción, pues los derechos fundamentales (humanos) se poseen frente a todos, quienes deben abstenerse de lesionarlos, mientras que las garantías adquieren significación sólo frente al Estado, según dijimos, como limitación de su poder o como remedio efectivo para el uso arbitrario del poder"[21].

Con ello se pretende que en materia de garantías (CR, 61, 63) :

Ningún habitante de la nación puede ser **penado** sin **juicio previo** (CR, 94) fundado en **ley anterior** al hecho del proceso (CR, 95; CADH, 9), ni juzgado por comisiones especiales, o **sacado de los jueces** designados por la ley antes del hecho de la causa (CR, 90; CADH, 8.1). **Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo** (CR, 88; CADH, 8.2); ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (CR, 84 y 71; CADH, 7). **Es inviolable la defensa en juicio** de la persona y de los derechos (CR, 82; CADH, 8). **El domicilio es inviolable** (CR, 99; CADH, 11.2), 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 (CR, 100). Quedan abolidos para siempre la pena de muerte (CR, 66; CADH, 8) y toda especie de tormento y los azotes (CR, 68; CADH, 5). 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 (CR, 87).

[21] Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 474.

Interesa, sobre todo, conocer cuál es el punto de partida político del derecho procesal penal hondureño, de la necesidad de una ley de enjuiciamiento penal y de la administración de justicia penal, para responder al sistema de la Constitución. También ello sirve para advertir hasta qué punto son *válidas* las reglas que disciplinan el enjuiciamiento penal, porque han respetado —o no— el marco político que le fija la ley fundamental, por lo desarrollado por Julio Maier en relación a que el derecho procesal penal es, desde su punto de vista, un **derecho constitucional reformulado** o, que la ley procesal es ley reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidos por la ley suprema y, por ende, no pueden ser alterados (CR, 64).

Por último, cabe destacar que la enumeración que sigue no constituye un catálogo de principios inmutables y fijos para siempre en el tiempo, ni lo cree así la propia CR (art. 63), para la que *"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre".*

2. Defensa en juicio

Sin exageración, se puede sostener que la inviolabilidad de la defensa en juicio es la garantía procesal más genérica e intensa de la Constitución[22] (CR, 82). Constituye el epicentro axiológico del garantismo constitucional para la administración de justicia del Estado social y democrático de Derecho. Está directamente vinculada y apuntalada por los principios de *juicio previo* y *juez natural*, y estrechamente coordinada con otras manifestaciones que más adelante examinaremos, constelación de garantías que configuran el *debido proceso legal*, siendo esta última una garantía conglobante de las demás.

La inviolabilidad de la defensa se traduce en otras garantías procesales como la incoercibilidad del imputado en el proceso, la igualdad de los litigantes, la prohibición de detenciones arbitrarias, la abolición de tormento y azotes, la garantía de que las cárceles sirvan para seguridad y no para castigo de los alojados en ellas, etc. Todo esto está iluminado por la necesidad de asegurar el goce de la libertad individual de los habitantes de la nación, para proveer eficazmente al afianzamiento de la administración del Derecho[23].

Como todas las declaraciones, garantías y derechos consagrados por la Constitución, la defensa en juicio puede y debe ser reglamentada por las leyes de procedimiento. Esta prohibición de alterar está impuesta al legislador al dictar los códigos procesales; al ejecutivo al reglamentar las leyes; al Ministerio Público en su persecución penal, y a los tribunales al aplicarlas interpretándolas o integrándolas[24].

El artículo 82 de la CR declara enfáticamente que es inviolable la defensa en juicio. Se refiere a la defensa de la persona y de los derechos, comprendiendo no sólo el procedimiento penal, sino también el extrapenal (civil, laboral, administrativo), aunque existen mayores exigencias para el procedimiento penal que para los demás, en razón de la mayor importancia política del proceso penal[25], que actúa como un derecho sancionador de un *segundo nivel*. Se ampara a la persona y los derechos de todo particular que intervenga voluntariamente o convocado en un proceso, cualquiera que sea el momento de desarrollo de éste, ya sea como peticionante (actor o

[22] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A.. *Derecho procesal, ob. cit.*, p. 76.
[23] *Ibid*, p. 77.
[24] *Idem.*

acusador), ya como peticionado (demandado o acusado).

El procedimiento penal no se limita a la protección del imputado, sino que también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él[26]. Nos referimos a la víctima del delito, particularmente cuando se constituye como acusador privado o querellante, al actor civil, al mismo imputado como demandado civil, y al tercero civilmente demandado.

La inviolabilidad de la defensa en juicio se le garantiza a toda persona que hace valer sus pretensiones (peticionante: CR, 80) ante un tribunal de la república, sea que lo realice como actor penal o civil —actor penal privado (querellante: CPP, 16), querellante particular, actor civil— o como demandado civilmente o acusado penalmente. El actor penal público (Ministerio Público) actúa por expropiación de los derechos de la víctima del delito de acción penal pública (CP, 25), y está sometido a las reglas propias del organismo estatal (Ley Orgánica del Ministerio Público), por lo que sus facultades y deberes no se identifican con los que surgen constitucionalmente para el particular (parte privada) en juicio[27].

La cláusula constitucional se refiere a la defensa en el juicio, es decir que presupone el proceso regular y legal en el cual no puede condenarse a quien no ha sido oído y vencido en juicio (CR, 94). En ese proceso ante el juez natural está en juego la defensa de la persona y de los derechos, lo que comprende tanto la que proviene directamente del sometido a proceso (activa o pasivamente) como la de su asistente jurídico. Ello se concretiza —siguiendo a Maier— a través de **diversas manifestaciones** del derecho de defensa en juicio, que pueden exponerse del siguiente modo:

2.1. Derecho de intervención en juicio

Se trata de la posibilidad sin restricciones de comparecer ante el tribunal[28], por parte de cualquier habitante de la nación o persona jurídica, para hacer valer sus derechos como pretendiente activo o pasivo, directamente o por representación legítima: actor y demandado.

La garantía de defensa en juicio de los derechos constituye un vallado infranqueable para cercenar los derechos declarados por la Constitución, los que no pueden conculcarse ni por particular alguno ni por el Estado mismo, cualquiera que sea el organismo de persecución que se haya creado al efecto (policía, fiscales, etc.), sin mediar el juicio en el que se garantice la posibilidad de defender los derechos amenazados, por lo que la garantía de defensa en juicio de los derechos genera un auténtico *derecho de defensa en juicio* (CR, 82 y 94), esto es, la manifestación *pasiva* o excepcionante de la garantía. En este sentido, se preordena la garantía de defensa en juicio *pasiva* (derecho de defensa) por sobre la garantía en su aspecto *activo* (o requirente).

El derecho de defensa en juicio (poder de excepción) impone que haya de quién o de qué defenderse (poder de acción) ante un tercero imparcial (poder de jurisdicción).

En lo que se refiere al pretendiente pasivo (perseguido en juicio), será constitucionalmente inválida toda actuación de carácter definitivo practicada sin que se haya dado la posibilidad de intervenir planteando su antítesis defensiva, lo que en el proceso penal se traduce en la

[25] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 541.

[26] Cfr. José de Cafferata, Cristina, *El Ministerio Público Fiscal*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1997, ps. 13 ss., citando a José de Cafferata en *Teoría general de la defensa y connotaciones en el proceso penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1993.

[27] En el caso del MPF, se estatuyen obligaciones jurídicas pero no *derechos subjetivos en el sentido técnico* de peticionar en ejercicio del derecho de defensa activa, como sucede en el "derecho privado". Se trata —según Kelsen— de una "técnica específica del orden jurídico capitalista". Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho, ob. cit.*, ps. 148 y 149.

[28] Parte de la doctrina observa en ello una acabada manifestación del derecho de peticionar (CR, 14) ante las autoridades.

declaración del imputado (defensa material) y en la plena intervención durante el juicio (prohibición del juicio en ausencia —rebeldía—).

2.2. Garantía de audiencia ante el tribunal

Manifestación de la inviolabilidad de la defensa en juicio es el derecho a que se provean las condiciones para ser oído, como presupuesto de toda privación de un derecho constitucionalmente reconocido (condena): nadie puede ser condenado sin ser oído[29].

El derecho a ser oído tiene como contrapartida la prohibición de imponer una declaración en contra de sí mismo: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (CR, 88; CADH, 8.2 inciso g); por otra parte, presupone rodear la actividad de una serie de exigencias que la posibiliten plenamente.

2.2.1. Intimación necesaria y conocimiento de la imputación

En primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista procesalmente algo de qué defenderse, esto es, algo que se le atribuya haber hecho o haber omitido de hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico[30].

Informar al imputado sobre los hechos en investigación, las evidencias colectadas y la voluntad requirente del actor penal, representa el núcleo de la *intimación*. Este acto de información estatal (generalmente cumplido por el fiscal) es el presupuesto para que una persona ejercite su derecho de defensa frente al acto requirente, que en materia procesal penal se conoce como *imputación*.

Esta explicitación imputativa debe ser conocida y comprendida por el imputado, por lo que su descripción deberá ser clara y precisa, y contener las circunstancias de tiempo, modo y lugar de acaecimiento del hipotético hecho delictivo.

Tradicionalmente se afirma que "*mal puede defenderse quien no sabe de qué se lo acusa*".

El núcleo de esa *imputación* es, según pudo observarse, una hipótesis fáctica —acción u omisión, según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico— atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La *imputación* correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal, esto es, excepcionándose total o parcialmente del reproche dirigido en su contra[31]. Todo ello impone una necesaria correlación entre el hecho intimado, el hecho acusado y el hecho sentenciado que el tribunal de juicio considera acreditado en el debate (principio de congruencia).

2.2.2. Audiencia

Explica Maier[32] que el derecho a ser oído alcanza su expresión real en la *audiencia* del imputado ante el tribunal. Se pretende que el imputado, al concederle el tribunal la palabra, se encuentre

[29] En realidad, el derecho de audiencia rige tanto para el perseguido (penal o civilmente) como para el actor. Con respecto a éste significa que no se le puede restringir la formulación y mantenimiento de la pretensión, es decir, la petición y su fundamento en los hechos y el derecho.

[30] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 553, citando a Vélez Mariconde Alfredo, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1969, ps. 215 ss.

[31] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.* Para este autor, enfocado desde el tribunal, no significa una afirmación sobre el hecho que comprometería su imparcialidad, sino que significa garantizar al imputado la explicitación procesal de lo que su persecutor afirma como plataforma fáctica a investigar y a juzgar; éste es el sentido del sistema acusatorio expresado en los aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*.

[32] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 562 ss.

en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso admitiéndola, pueda incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal. La audiencia del imputado no sólo se debe procurar en relación a la sentencia final, sino también, según dijimos, en orden a las decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento (medidas de coerción procesal).

Para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del *derecho a ser oído*, como parte integrante del derecho de defensa, la Constitución de la República ha prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Esta es la verdadera ubicación sistemática de la regla que prevé que *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*, y suprime para siempre *toda especie de tormento* (CR, 88), constituyendo al imputado, como órgano eventual de información o transmisión de conocimiento, en un *sujeto incoercible* del procedimiento. La norma establece que:

- *No se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar.*
- *Nadie puede ser obligado en asunto penal, disciplinario o de policía, a declarar contra si mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
- *Sólo hará prueba la declaración rendida ante juez competente.*
- *Toda declaración obtenida con infracción de cualesquiera de estas disposiciones, es nula y los responsables incurrirán en las penas que establezca la ley.*

De este modo se garantiza la libertad de declarar del imputado durante todo el proceso, libertad reglamentada por el art. 288 del CPP, en los siguientes términos:

El imputado que no se abstenga de declarar, prestará su declaración libre de juramento y no será sometido a ninguna coacción, amenaza o promesa. Tampoco podrá usarse medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni formulársele cargos o reconvenciones tendentes a obtener su confesión.

Queda prohibida, en consecuencia, toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado; que tienda a confundirlo o que menoscabe su capacidad de recordar los hechos, de comprender el alcance de sus actos o de autodeterminarse con arreglo a esa comprensión. Quedan prohibidos, en especial, las torturas y los malos tratamientos de obra o de palabra, las amenazas, el empleo de medidas susceptibles de producir agotamiento físico o mental, así como, la utilización de engaños y la administración de psicofármacos, la hipnosis y el empleo de polígrafos o aparatos similares destinados a detectar posibles mentiras del declarante.

2.2.3. Prueba de las cuestiones planteadas

Tras ser escuchado sobre la negación o afirmación de los hechos en que se basa la pretensión que cada una de las partes quiere hacer prevalecer en el proceso, como consecuencia de ese derecho de alegar, todas las partes deben tener también la **posibilidad de acreditar los extremos fácticos** que el tribunal habrá de asumir en el juicio para la aplicación del derecho mediante jueces técnicos, esto es, la *fijación de los hechos* que el tribunal estima acreditados por las partes en el debate (CPP, 338).

De aquí que se deba dar oportunidad para probar en el juicio el fundamento o la falta de fundamento de las pretensiones del actor o del demandado, es decir, el apoyo fáctico de la acción y de la excepción[33].

Todo ello se manifiesta en el principio de *contradicción* o *contradictorio*, que en definitiva significa la garantía formal para la obtención de un fallo legítimamente pronunciado: posibilidad de contestar las afirmaciones de la contraparte; control en la producción de las pruebas[34].

Para que quien es perseguido penalmente tenga las mismas posibilidades[35] de influir sobre la reconstrucción histórica de la imputación que su acusador le formula, deben reconocérsele —a él y a su defensor— al menos las siguientes facultades:

2.2.3.1. Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia

Esta es la principal razón de ser del debate oral y público, regulado por las leyes procesales penales modernas que reformaron el modelo inquisitivo, instituido como culminación del procedimiento y base de la sentencia. Ese debate se cumple con la *presencia ininterrumpida* de todos los sujetos procesales *(inmediación)*, incluso del imputado y de su defensor, y en él se incorporan los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia, forma de proceder que asegura el control probatorio por parte de todas las personas interesadas en la decisión; a él concurren el acusador y el acusado —también su defensor— con las mismas facultades, factor principal de la equiparación de posibilidades respecto del fallo[36].

2.2.3.2. Producción de prueba de descargo

Esta facultad, considerada imprescindible como manifestación del derecho de defensa por la Corte Suprema, está consagrada en la ley procesal penal de diferente manera. Los códigos modernos establecen la facultad —correspondiente a cada uno de los intervinientes— de ofrecer prueba para ser recibida en el debate durante el plazo de citación a juicio (CPP, 316)[37].

La examinación y contraexaminación de la prueba producida durante el debate[38] representa la forma que tienen las partes para incidir en la representación del conflicto social, para presentarlo como caso penal ante el tribunal y, en consecuencia, constituye la posibilidad de influir en la solución (resolución) jurídica a la que se arribe mediante una decisión jurisdiccional.

[33] Se trata en realidad de un complemento al derecho de audiencia integrado con el de alegación.

[34] En el proceso dispositivo es común limitar este derecho a la prueba de las cuestiones controvertidas. La verdad es que no se trata de una limitación a la prueba, sino al debate en cuanto a la fijación de los hechos, puesto que las cuestiones acordadas entre las partes deben ser asumidas por el tribunal conforme se acordaron.

En los procesos donde no es posible disponer de su contenido sustancial, subsiste igualmente el derecho de las partes a probar, a la par del imperativo del tribunal de agotar una investigación integral. En causa penal, por ejemplo, el imputado tiene el derecho de hacer brillar su inocencia o de acreditar circunstancias que atenúen su responsabilidad.

[35] Más abajo se tratará genéricamente la "igualdad de posiciones" de los litigantes; aquí sólo en su vinculación a la prueba, como manifestación del derecho de ser oído, y este último —a su vez—, como manifestación del derecho de defensa.

[36] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 585.

[37] Durante la investigación fiscal, la regla también rige, aunque con limitaciones (CPP, 335).

Sin embargo, cuando se trata de la declaración del imputado, como mínima garantía de contradicción, antes de decidir sobre el presupuesto necesario del encarcelamiento preventivo, la ley obliga al juez o al fiscal de instrucción, o sea, a quien recibe la declaración del imputado, a evacuar las citas que hiciere sobre "todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado" (CPP, 267), como así también las diligencias que propusiere.

[38] Y también los adelantos probatorios, temas que se profundizan en el capítulo 5.

2.2.3.3. Valoración fáctica y jurídica

La equiparación de facultades, en relación a la posibilidad de influir en el resultado de la sentencia, no se refiere sólo al capítulo de la sentencia que intenta reconstruir el comportamiento atribuido, sino también al aspecto jurídico del fallo, es decir, a la valoración jurídica del comportamiento que el debate reconstruye. Es por ello que, al finalizar el debate, la discusión final entre los intervinientes incluye no sólo la valoración de la prueba, sino también el significado jurídico del comportamiento que eventualmente se considere verificado e, incluso, la individualización de la pena. Con ello, el defensor y el propio imputado tienen oportunidad de influir en todos los aspectos que abarca el fallo —reconstrucción del hecho, valoración jurídica y pena—, y dar respuesta a los argumentos y afirmaciones, que sobre la base de lo percibido durante el debate, concluye el acusador *(contradicción)*[39].

2.2.4. Asistencia técnica

Se debe dar a las partes la posibilidad de asesorarse durante el juicio por asistentes técnicos, mediante el patrocinio letrado[40] y de los peritos[41], consejeros o controladores. Con ello se tiende a favorecer la correcta expedición de las afirmaciones, producción de la prueba, el desarrollo de las cuestiones, y el eficaz control para asegurar el debido proceso; de no ser así, los letrados indicarán el desvío del curso legal, arbitrando los medios legales de subsanación del defecto eventualmente planteado. El defensor cumple una función técnica[42] y, a la vez, una función política en favor de las pretensiones de su cliente, al legitimar el procedimiento oficial que no objeta desde su condición de profesional del derecho, no dependiente del Estado, que goza de la confianza del imputado, a quien debe su lealtad profesional.

En lo relativo a la *defensa material* y defensa técnica, no se extraen las mismas consecuencias de la cláusula que impide obligar a otro a *declarar contra sí mismo* (CR, 88) para todo procedimiento, ya que sólo rige en toda su extensión para el procedimiento penal.

En torno a la *defensa técnica*, sólo es obligatoria en el procedimiento penal (CPP, 15 y 111). El Estado tiene a su cargo la designación de oficio del defensor cuando el imputado no puede o no quiere elegirlo (8.2 inciso e CADH). Sobre el tema el Dr. Cafferata Nores, en relación al derecho argentino, ha dicho[43]:

"[...] Entendemos que es necesario dejar plasmado en la Constitución provincial el derecho del imputado a contar con el consejo y la asistencia de un abogado durante todo el curso del procedimiento penal, incluida la etapa prevencional a cargo de la policía [...] el artículo constitucional ahora propuesto avanza más aún, al establecer en forma expresa que 'carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia del defensor'.

[39] Maier, Julio, Derecho procesal penal, ob. cit., p. 588.

[40] *Ius* peritos.

[41] Especialistas en determinada arte, ciencia o profesión extrajurídica, que el imputado y su defensor —por desconocimiento— no podrían controlar, producir o valorar eficazmente y, por tanto, podría quebrarse el pretendido contradictorio.

[42] En principio se considera idóneo para ejercer la función de defensor a los abogados egresados de las universidades (estatales o privadas) autorizadas a expedir ese título, o de una universidad o escuela superior de Derecho extranjera, cuyo título es reconocido o ha sido habilitado según las leyes de nuestro país. Sin embargo, ésta no puede ser la única condición —necesaria pero no suficiente—, pues el título de abogado no garantiza siempre la eficiencia de la defensa técnica, y el tribunal, en situaciones de excepción, puede excluir fundadamente a un abogado del ejercicio de la función de defensor: piénsese, por ejemplo, en un abogado detenido (condenado o en prisión preventiva), circunstancia que, de hecho, obstaculizaría la eficiencia de la defensa y el procedimiento mismo. Conforme a ello, el derecho a designar defensor y el de defenderse por sí mismo nunca son absolutos.

[43] Véase *Diario de Sesiones de la Convención General Constituyente de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, 1987.

La tradición jurídica de Córdoba le ha negado siempre todo valor a la declaración policial, salvo que fuera judicialmente ratificada; pero ahora se requerirá además la presencia del defensor en el acto de la declaración [...]".

El CPP hondureño señala, en su artículo 15 (párrafo tercero), que los actos producidos sin la participación del defensor del imputado son nulos absolutamente. Esto implica la participación del defensor durante sus declaraciones policiales y judiciales.

2.2.5. Igualdad de posiciones

Maier[44] explica que el Estado, por medio de órganos públicos preestablecidos, es quien, por regla, persigue penalmente según el sistema hondureño (CPP, 25). Igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, resulta imposible; Ministerio Público y policía ejercen el poder penal del Estado y, por ello —por su pesada tarea: deben prevenir y averiguar los hechos punibles—, disponen de medios que, salvo excepciones históricas meramente prácticas, debidas al ejemplo escasamente edificante de organizaciones delictivas privadas, son jurídicamente imposibles de equiparar. Ello se traduce, ya en la persecución penal concreta e individual, y en la desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal.

Se trata así de un ideal, quizás utópico pero plausible, el hecho de intentar acercarse en la mayor medida posible al *proceso de partes*, dotando al imputado —de manera parcial— de facultades equivalentes a las de los órganos de persecución del Estado, y del auxilio procesal necesario para que pueda oponerse a la persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador: en ello reside la pretensión de equiparar las posibilidades del imputado respecto de aquellas que poseen los órganos de persecución penal del Estado en el proceso penal.

El principio de igualdad[45], en cuanto derivado de la defensa en juicio, se traduce en el equilibrio con respecto a las oportunidades que deben tener las partes para hacer valer sus derechos y garantías. El principio será violado cuando a una de ellas sustancialmente se le otorguen durante el proceso posibilidades de actuación que le son negadas a la otra, especialmente en lo que respecta a la alegación, la prueba y las impugnaciones en general.

Desde el punto de vista material, el Ministerio Público (en general, el acusador) debe vencer un escollo jurídico muchas veces invencible: para obtener una condena, tiene que lograr, la convicción del tribunal acerca de todos los elementos de una imputación delictiva y punible *(in dubio pro reo). Sólo el perseguido penalmente con la duda vence.*

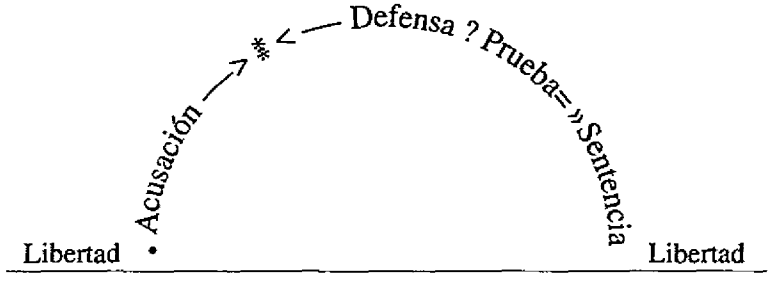
De esta base deriva la necesidad del contradictorio propio del sistema adversarial, aunque en el procedimiento penal no se verifica plenamente al conservar rasgos inquisitivos. Deriva también del principio de igualdad de posiciones, la bilateralidad de la audiencia, la reciprocidad en el control de los actos de las partes, la oportunidad para los recursos y los incidentes, la comunidad de los plazos, la coordinación en las notificaciones y otras cuestiones procesales de interés reflejadas en el trámite.

[44] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 577 ss.

[45] Pretensión no plenamente satisfecha por los diversos ordenamientos procesales penales vigentes, pero que tendencialmente hace las veces de norte, aun cuando una de las partes es un departamento o agencia (Ministerio Público) perteneciente al Estado mismo.

3. Debido proceso legal

Los principios del procedimiento penal que se vienen analizando, traducen valores que "aparecen como *superiores* en rango a la misma potestad del Estado"[46], aun cuando la práctica judicial, la actividad de magistrados, legisladores y funcionarios de las más altas esferas del poder estatal, se presenten como una "aparente paradoja", en la que, al decir de Carlos Santiago Nino[47], "la Constitución es tal vez la ficción más monumental de la cultura occidental la cual no es escasa en ficciones. La Constitución sería como el famoso vestido del rey que creía que protegía su desnudez porque los demás lo afirmaban: la Constitución no protege nuestra desnudez frente a los abusos del poder, no obstante la insistencia retórica en lo contrario, que formaría parte de nuestras letanías rituales".



Según el programa de enjuiciamiento constitucional, el procedimiento previo y posterior al juicio debe ser imparcial y acusatorio, y el juicio necesariamente oral, público, controversial, con debate y sentencia que contengan el juicio lógico, extremos conceptuales del "juicio previo" que se desarrolla en el apartado siguiente. De momento basta con consignar que los alcances del debido proceso comprenden a la etapa del juicio, y en rigor, todo el proceso penal gira y alcanza sentido y legitimación en su relación con el juicio.

Este cúmulo de garantías procesales derivadas de la Constitución (CR, 82 y 94) son integrativas del **debido proceso**. Esta garantía del debido proceso legal incluye un sinnúmero de manifestaciones establecidas principalmente en el CPP, que planifica un procedimiento penal con epicentro en la etapa del juicio, pero éste no es el único momento del proceso penal. Aquí sólo ensayamos una línea de tiempo para presentar esos momentos y etapas, cuyo desarrollo global se efectúa en el capítulo 2, y en forma particularizada en los capítulos 6, 7 y 10.

4. Juicio previo

4.1. Enfoque político

Cafferata Nores[48] sostiene que ante la comisión de un hecho delictivo el ordenamiento jurídico "no autoriza la realización directa del derecho penal, en el sentido de la imposición de una pena inmediata", ya que el articulado [84 y 94] de la CR establece que nadie puede ser penado sin

[46] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 476 (la cursiva es del original).
[47] Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992, ps. 14 ss., citado por Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 478.
[48] Cfr. Cafferata Nores, José I., "La privación de la libertad durante el proceso penal", en *Hacia una nueva justicia penal, ob. cit.*, Bs. As., 1989, p. 274.

juicio previo en el que sea vencido (*nulla poena sine iuditio*), "interponiendo así entre el hecho y la pena un plazo que es 'ocupado' por el proceso —'lo cual veda la posibilidad de castigar durante el juicio'—; 'lo que sí debe producirse de inmediato es la investigación estatal ante la posible comisión de un delito' ".

4.2. Enfoque dialéctico

La voz "juicio" no tiene aquí una significación objetiva o material idéntica a "proceso" ni a "procedimiento"; tiene una significación como método de conocimiento y de decisión —de allí su valor lógico e intelectual-volitivo—, y debe emanar de quien esté facultado legalmente para integrar el juicio lógico y emitirlo[49]. La forma en que se emite la conclusión punitiva es mediante una resolución jurisdiccional: la sentencia.

Se enfoca aquí una *operación lógico-volitiva*, que para imponer una pena estatal debe efectuarse un juicio condenatorio firme, que sea la conclusión a la que se arriba tras la compulsa (confrontación) de una **tesis** (acción) y una **antítesis** (excepción o tesis defensiva)[50] que contradiga la afirmación requirente, como único medio para dar paso a la **síntesis** (voluntad jurisdiccional contenida en la sentencia); será finalmente esta sentencia condenatoria la que impondrá una pena[51] estatal.

La acción (tesis) es imprescindible para que el juzgador (tercero imparcial) sea convocado a dirimir las cuestiones alegadas por el actor; las posibilidades de contradicción (antítesis) han de ser ampliamente garantizadas, y hasta por momentos provocadas[52]. El sentido técnico procesal de la etapa denominada "juicio" es verificar o no, en todo o en parte, la acusación.

La concretización de tales operaciones se plasma en la sentencia, y *la sentencia penal* pronunciada por el tribunal competente para ello es hoy *el único fundamento que admite la aplicación de una pena*. Desde que la sociedad moderna prohibió la justicia por propia mano (venganza privada) y erigió al Estado (poder político central) en depositario y monopolizador del poder penal, constituyendo a la pena común en instituto público, ella sólo puede ser impuesta por un órgano oficial determinado por la ley. El principio rige aun en los casos que toleran la persecución penal privada (CP, 73 ss.). Este principio marca una profunda separación entre el derecho privado y el derecho penal[53].

[49] Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 68 ss.

[50] La antítesis defensiva puede o no ser ejercitada, o mejor dicho, ejercitada con mayor o menor intensidad según sea la estrategia defensiva adoptada, pero lo que inexorablemente debe suceder es garantizar la posibilidad de excepcionarse. En el proceso civil (en el que puede tramitarse en rebeldía del demandado) puede —voluntariamente— no ejercerse, en tanto que en el procedimiento penal, el Estado impone algunos **actos** (declaración del imputado —como defensa material—, designación de abogado —defensa técnica—, intervención, asistencia y representación del imputado, etc.), y "**presunciones**" *(in dubio pro reo)* que de por sí ya conllevan modalidades defensivas.

[51] Esquema común a los diversos procedimientos, en los extrapenales dará lugar, sino a la pena, a la ejecución de bienes o a la constitución definitiva de un nuevo Estado o situación sustancial, según sea el caso.

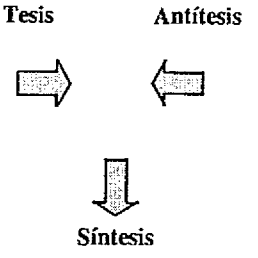
[52] Comparencia coactiva del imputado y designación obligatoria de abogado defensor.

[53] Aclara Maier (*Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 486) que en el derecho privado, la composición entre los titulares de intereses en conflicto sigue siendo una forma admitida —y natural— de solución de esos conflictos, sólo repugnante en casos excepcionales que interesan a normas de "orden público"; la *autonomía de la voluntad* rige ampliamente en ese ámbito, aun para la solución de los conflictos sociales o para la determinación de la sanción, de manera tal que, por ejemplo, cualquiera puede acordar haber causado un daño a otro por su culpa y obligarse a hacer efectiva una reparación determinada, perfectamente ejecutable, incluso coactivamente, aunque la composición haya sido privada, sin intervención estatal.

En cambio, el principio de la autonomía de la voluntad tiene muy escasa importancia en el derecho penal (persecución penal privada: CP, 73 ss.; instancia privada: CP, 72; extinción de la persecución penal por renuncia del ofendido en los delitos de acción privada: CP, 59, inc. 4; extinción de la pena por perdón del ofendido en los delitos de acción privada: CP, 69), y absolutamente ninguna en la imposición de una pena en el sentido antes señalado, sin intervención del órgano judicial competente y prescindiendo de la sentencia penal. Así, salvo la posibilidad del ofendido de evitar la persecución penal o de perdonar la pena en casos excepcionales que la ley prevé, *la pena es siempre pública, y su imposición sólo puede provenir de una sentencia penal condenatoria*, aun en aquellos casos en los que se reconoce al ofendido cierto poder de disposición sobre su aplicación o su ejecución (delitos de instancia y acción privada). El reo, en cambio, no posee ningún poder de disposición sobre la pena, de manera tal que la composición privada se torna imposible.

Las razones —conteniendo el itinerario lógico seguido por el sentenciante— estarán en los fundamentos del fallo; la declaración de culpabilidad o no, en su dispositivo[54].

El juicio lógico, integrado en tres elementos —la tesis del acusador o actor; la antítesis del imputado, y la síntesis contenida en la sentencia del juzgador—, debe referirse al hecho del proceso y fundarse en el derecho. El tribunal fijará las cuestiones de hecho conforme a las pruebas producidas en el debate, obtenido el material fáctico, aplicará la norma jurídica en que se considere que el hecho debe encuadrarse. Ello significa que la sentencia condenatoria no puede captar otro material fáctico distinto al contenido en la **acusación**, en cuanto cuestión juzgable integrada con los hechos contrapuestos por el imputado, ni referirse a persona que no sea el imputado (principio de congruencia)[55].



4.3. Enfoque procesal

Desde el ángulo del juicio previo (CR, 94) se capta el concepto referido en el punto anterior, que se reitera para referenciar al proceso en relación al juicio.

Al igual que en el artículo 103 (respecto de la propiedad), la Constitución de la República impone mediante el artículo 95, otra garantía al principio constitucional de **legalidad material**[56] (*nulla poena sine lege*), por la cual se somete a los tribunales a la obediencia de la ley procesal para aplicar la ley sustantiva, y no al criterio antojadizo de los individuos que ejercen actos de gobierno en nombre de la ley. En el ejercicio discrecional de la jurisdicción, la pretensión de negar la actuación de la ley que debe regir el caso, es arbitraria y prohibida por principio constitucional.

El procedimiento previo, exigido por la Constitución, no es cualquier proceso que puedan establecer, a su arbitrio, las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo, ni ellas en combinación con el fiscal, el imputado y su defensor[57], aun cuando se propongan observar —y de hecho lo hagan— las garantías de seguridad individual previstas en la ley suprema. Al contrario, 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 deben llevar a cabo.

El acceso a la solución jurisdiccional del conflicto social no es disponible ni por las partes ni por el tribunal. El legislador no puede imponer cualquier sistema de enjuiciamiento penal, sino uno

[54] La sentencia suele estructurarse como sigue: 1) **Y Vistos** [...], en donde se consignan los elementos identificatorios de la causa incluido el hecho del acta de acusación (CPP, 355 y 408, inc. 1); 2) **Y Considerando** [...], donde se explicitan los fundamentos del hecho que el tribunal estima acreditado (CPP, 408, inc. 3), y el derecho aplicable para resolver el caso, y 3) **Resuelvo**: [...], donde se determina la voluntad estatal para decir el derecho aplicable al caso, disponiendo —en su caso— la sanción.

[55] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal, ob. cit.*, ps. 68 y 69.

[56] Desarrollar el principio de legalidad sustancial.

[57] Salvo excepciones de ley, como el caso del juicio abreviado (CPP, 415), no es un caso de modificación ilegal del procedimiento, sino la opción de las partes por una de las alternativas legalmente prestablecidas.

que se corresponda al diseño constitucional de enjuiciamiento penal, lo cual implica que la ley del Estado lo establezca y cuyo deber corresponde a los órganos legislativos competentes de dictar la ley adecuada, organizando la administración de justicia penal (Ley Orgánica del Poder Judicial, y del Ministerio Público), y estableciendo el procedimiento penal que los órganos públicos de persecución y de decisión observen para cumplir su cometido (ley de enjuiciamiento penal, entre nosotros: Código Procesal Penal).

La sucesión **cronológica** de los diversos elementos que contiene la fórmula del juicio previo, y conservando la terminología de la CR, aparece como sigue:

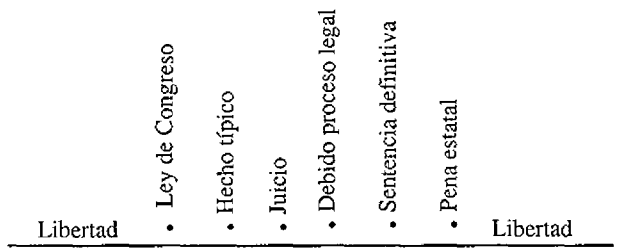
1°) la **ley** del Congreso, que prevé y sanciona el hecho descrito en abstracto;

2°) el **hecho** concreto, que es captado (típico) por la ley y que provoca el proceso;

3°) el **proceso**, tramitado con arreglo la ley adjetiva que contenga la imputación o atribución responsable de ese hecho concreto y la audiencia del perseguido; prueba, juicio y sentencia;

4°) la **sentencia** condenatoria conclusiva de ese proceso, que fije los hechos que el tribunal estima acreditados y actúe el derecho;

5°) la **ejecución de la pena** impuesta en esa sentencia condenatoria, una vez que haya quedado firme[58].



Extendido este desarrollo de la fórmula del juicio previo a la realización de todo el derecho sustantivo, la garantía individual que resguarda consiste en la imposibilidad de condenar válidamente a alguien sin que antes se haya cumplimentado un proceso conforme a las exigencias constitucionales. Debe tratarse de un proceso que contenga, como mínimo, una sentencia fundada en ley vigente (*nulla poena sine lege*) sobre el hecho o cuestión presentada como tesis, con respecto a la cual se haya dado *audiencia* al perseguido (antítesis), y que fije los hechos conforme a las pruebas legalmente reunidas.

Esta es la contención que, organizada *secuencialmente*, limita el desfogue del poder punitivo del Estado contra una persona, a la manera de un vallado de protección. Más allá de este vallado comienzan los predios del terror penal del Estado, de manera tal que éste puede reprimir (penar) a las personas en forma legítima, respetando esa secuencia limitativa.

[58] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal, ob. cit.*, ps. 68 y 69.

Esta secuencia, enfocada como *proceso*, se combina con el resto de las garantías como requisitos constitucionales previos a la *eventual condena*[59]; sólo así se está frente a lo que se conoce como "**debido proceso**" o "**debido proceso legal**" (*nulla poena sine processu*).

4.4. Enfocado como acto jurídico-procesal

Se debe insistir en que el equilibrio constitucional no pivotea exclusivamente sobre ninguna garantía considerada individualmente, ni tampoco en la sumatoria de todas ellas, sino en el *diseño* que surge de sus interrelaciones recíprocas.

En esa constelación orbita el juicio previo, que puede ser enfocado como acto jurídico procesal (resolución jurisdiccional, sentencia o juicio en sentido ideológico), de modo tal que algunas constituciones (CR, 94) y leyes (CPP, 1), directamente formulan este principio del "juicio previo", haciendo expresa referencia al producto final incriminatorio del juicio propiamente dicho, esto es, a la "sentencia condenatoria" que ha adquirido firmeza respetando el debido proceso legal. Mientras no se haya obtenido esa sentencia firme y conclusiva de un proceso regular y legal, nadie puede ser considerado "culpable", o sea, sujeto pasivo de la relación jurídico-sustancial comprometida en el proceso: penalmente culpable, deudor, padre, divorciado, etc.[60]

5. Estado de inocencia

El desarrollo inmediatamente anterior nos hace penetrar en el conocido como "principio"[61] o "estado" de inocencia (CR, 89), y que preferimos denominar estado de no culpabilidad.

Se trata de un verdadero "estado de inocencia", de todos los habitantes de la nación constitucionalmente garantizado. Se concreta cuando existe una imputación[62] contra alguien, esto es, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra (CPP, 101); pero este adquiere vida en el proceso, ya que el imputado se mantendrá, para el Estado de Derecho, inocente durante toda la tramitación del proceso penal, estado de inocencia jurídica que sólo desaparecerá con la sentencia firme que lo declare culpable. Así se debe entender la clásica expresión "presunción de inocencia", considerada como un derecho constitucional de los individuos. Ninguna duda cabe acerca de que la Constitución[63] de la República lo consagra en la fórmula del artículo 89.

[59] Decir que para someter a alguien a una pena es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad en un delito determinado y le aplique la pena, y que, como veremos, para obtener legítimamente esa sentencia es preciso tramitar un procedimiento previo, según la ley, en el que se verifique la imputación, es lo mismo que sostener que, durante el procedimiento, si se quiere, durante la persecución penal, ***el imputado es considerado y tratado como un inocente***, por principio. La importancia que esta máxima asume en la construcción dogmática de toda la estructura del derecho procesal penal, como derivada del derecho de defensa en el juicio, previo a una resolución definitiva, justifica su tratamiento separado como "estado de inocencia".

[60] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal, ob. cit.*, p. 70.

[61] Se suele aludir a la garantía, también, pensada como presunción, en cuyo caso se razona en el sentido de que se trata de una presunción *iuris tantum* y no *iure et de iure*; consecuentemente, al aceptar prueba en contrario, será esto lo que el órgano estatal encargado de la persecución tendrá que hacer: probar la culpabilidad.

[62] Imputación en sentido amplio, no en sentido técnico, situación procesal que se dará —o no— avanzado el proceso [...].

[63] El artículo 17 de la CR es confirmatorio de este principio del "juicio previo", en cuanto se lo extiende a la defensa del derecho de propiedad. Atento a la formulación de esta norma, ningún habitante de la nación puede ser privado de su propiedad "sino en virtud de sentencia fundada en ley". Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal, ob. cit.*, p. 71.

No se trata de una ficción jurídica, sino de una autolimitación estatal en su forma de vincularse con las personas no *declaradas*[64] culpables por sentencia firme, de la misma forma que se autolimita respecto del propietario del inmueble que se encuentra en proceso de expropiación, a quien no puede tratar como no propietario porque seguirá siéndolo hasta tanto no haya recaído sentencia firme fundada en ley, aun cuando todos los inmuebles vecinos ya hayan sido expropiados, demolidos, y hayan comenzado las obras del nuevo edificio denominado "Tribunales V". Por ello se afirma que el imputado es considerado y tratado como un inocente, por principio.

"Lo expresado de ninguna manera afirma que el imputado *sea* inocente hasta el momento en que se dicte una sentencia de condena firme, que *constituye* o crea la culpabilidad; se *es* inocente o culpable (en sentido amplio) en el momento del hecho, según qué se hizo o se dejó de hacer (comportamiento observado), pero el orden jurídico (normativo) sólo comienza a tratar a una persona como culpable desde el momento en que la sentencia de condena queda firme"[65].

La cuestión se ha trasladado, entonces, a determinar los alcances del trato de inocente, esto es, cómo se contacta el Estado (de Derecho) con el ciudadano no culpable jurídicamente; en qué consiste la garantía, y cuáles son las modalidades de *contacto* del Estado con la persona no culpable sometida a juicio.

En relación a los sujetos procesales esenciales (acusador, acusado y tribunal), las repercusiones procesales de esta garantía son tres: respecto del acusado, el propiamente dicho "trato de inocente" durante la tramitación del proceso; respecto del tribunal, el beneficio de la duda —*in dubio pro reo*— sobre las cuestiones de hecho sometidas a juzgamiento, y respecto del actor penal, la carga de la prueba de su acusación dirigida contra el imputado. La primera de las manifestaciones —trato de inocente— tiene directa vinculación con las medidas cautelares (por ejemplo, el mantenimiento de la libertad del imputado y la excepcional aplicación de la prisión preventiva), en tanto que el *in dubio pro reo* y la carga de la prueba manifiestan una toma de posición valorativa que se proyecta, cuando menos, a lo probatorio.

5.1. Trato de (no culpable) inocente

La ley fundamental impide que se trate como 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 jurisdiccionales establecidos para exteriorizar la jurisdiccionalidad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena (coerción material). Hasta tanto no exista una sentencia firme, dictada con posterioridad al debate, lo único que podrá justificar la limitación de la libertad de una persona (coerción procesal) será el eventual peligro para los fines del proceso

[64] La sentencia penal sólo es constitutiva respecto de la pena estatal, no de la culpabilidad del acusado, que sólo la declara, del mismo modo que declara como existente el hecho hipotetizado como delictivo. Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 478 y 487. Esto lleva a la necesidad de explicitar los alcances del principio *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* en cuanto a la segunda afirmación, ya que se está diferenciando la culpabilidad como categoría normativa, y el elemento anímico del sujeto actuante como categoría fáctica. Las categorías fácticas se corresponden con el objeto de prueba en sentido abstracto, a los efectos de su reconstrucción conceptual o no (verificación) en el juicio penal, pero como acontecimiento ya ha sucedido o no antes del juicio penal. Por el contrario, la categoría jurídica de la culpabilidad sólo posee existencia en el análisis estratificado de la teoría del delito, de manera tal que, para el Derecho y para el Estado, la culpabilidad que adscribe a una acción dolo o culpa recién es tal desde que la sentencia queda firme; en consecuencia, y hasta tanto ello no suceda, el derecho liberal considera al imputado no condenado como no culpable. En este sentido, el Estado de Derecho liberal trata como inocente al no culpable sometido a proceso.

[65] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 487 (cursivas del original); el tratadista abona la dirección interpretativa con la ley sustantiva, en el sentido de que "el art. 66 del CP, que define el momento en que comienza a correr la prescripción de la pena —desde la medianoche del día en que se notifica al reo la sentencia condenatoria firme—, proporciona fundamento normativo suficiente para establecer la nueva situación jurídica del condenado, conforme al principio estatuido".

(descubrimiento de la verdad y actuación de la ley sustantiva), y nunca la peligrosidad criminal presunta o declarada por sentencia en otra causa.

Según se observa, la afirmación emerge directamente de la necesidad del *juicio previo* antes explicada. En este sentido es que se afirma que "el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso"[66], o que "los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa"[67].

La importancia del tema es de tal envergadura que constituye el centro de imputación temática del DPP, por lo que el capítulo 8, se destina exclusivamente al tema referido.

5.2. In dubio pro reo

Para el derecho procesal penal, su contenido es claro: la sentencia condenatoria (CPP, 341), y por ende la aplicación de una pena, sólo pueda estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia *(verdad)* de un hecho punible atribuible al acusado (CPP, 338, cuarta, 1). Precisamente, la falta de certeza faculta la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la Constitución, que ampara al acusado, razón por la cual la falta conduce a la absolución (CPP, 406, tercer párrafo). Cualquier otra posición del tribunal respecto a la verdad, la *duda* o aun la *probabilidad*, impide la condena y desemboca en la absolución[68].

Se trata de un criterio político, transformado en precepto jurídico, para poder decidir cuándo se carece de seguridad, afirmando o negando un hecho jurídicamente importante, de modo que, aunque se "desconozca" el acierto o desacierto objetivo de la resolución, permita, al menos, valorar la juridicidad de la conducta judicial; tal criterio político es propio del derecho penal liberal o de un Estado de Derecho en donde la cláusula de cierre del sistema se articula en favor del ciudadano, a quien la duda sobre los hechos libera de la pena estatal[69].

De este modo, la falta de certeza positiva sobre la materialidad externa del hecho acusado (sea una acción prohibida o la omisión de una conducta debida), los diversos grados de participación criminal, el grado de consumación o tentativa, la voluntad del acusado al cometerlo (dolo o culpa), las pautas para la mensuración de la pena (CP, 41), son todas situaciones fácticas en las que la falta de certeza positiva sobre ellas en el tribunal, implica constitucionalmente una cláusula de cierre desincriminante, sea que su Estado convictivo sea el de la probabilidad o el de la duda.

---

[66] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 39 ss., citado por Maier, Julio, *ob. cit.*, ps. 490 ss.

[67] Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, citado por Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 490 ss.; autor este último que explica que la historia revela que esta declamación tan drástica es consecuencia de la reacción que se produjo contra la inquisición. Así, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* estableció en Francia que (art. 11, párrafo I) *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*; hoy incorporada a nuestra CR, por vía del art. 75, inc. 22.

[68] Los conceptos *certeza, probabilidad* y *duda*, se utilizan en este contexto aludiendo a una *relación de conocimiento* y al *conocimiento histórico*. En el esquema teórico de juzgamiento, todo se reduce a una *relación de conocimiento*, esto es, a la relación que existe entre el *sujeto cognoscente* y el objeto que pretende conocer, hechos trascendentes a él. En este contexto, se llama *verdad* a la correspondencia correcta entre la *representación ideológica correcta de una realidad ontológica* o, con palabras más sencillas, a la *concordancia del pensamiento con el objeto pensado*. Luigi Ferrajoli (*ob. cit.*, p. 45), sostiene que es consustancial a este esquema que la práctica no sea pura "cognición", sino que existe un componente de "decisión". Afirma el autor italiano que "con una fórmula sintética se puede decir que el juicio penal —como por lo demás toda actividad judicial— es un 'saber-poder', es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y una decisión (*autoritas*). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa. En el mundo ideal de la jurisdicción, tal y como fue concebido por Montesquieu, el poder es 'nulo'; en la práctica suele ocurrir que lo nulo es el saber". Este último planteo presume una revisión sobre la concepción epistemológica de la verdad, en busca de enfoques científicos que sean superadores de la verdad como "correspondencia". Ampliaremos el tema en los capítulos 5 y 8, correspondientes a prueba y juicio, respectivamente.

[69] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 505.

Por el contrario, el dispositivo no opera cuando se trata de causas que *excluyan* la pena o algún estrato anterior en la teoría del delito, de manera que "la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación" [70] como cláusula de cierre no desincriminante.

Insistimos en que los presupuestos fácticos que determinan la individualización de la pena (CP, 41) son materia de la investigación penal preparatoria (CPP, 303, inc. 4) y del juicio (CPP, 406, primer párrafo *in fine*) y deben ser reconstruidos conforme al principio *in dubio pro reo*; así, la falta de certeza opera para admitir el hecho o negarlo, según que el juzgador le acuerde valor para aminorar o agravar la pena dentro de la escala respectiva[71].

Vale la pena aclarar que por hecho o circunstancia fáctica se deben comprender, también, los elementos relativos a la voluntad del imputado o al conocimiento, que resulta imprescindible averiguar y reconstruir para aplicar la ley penal.

"Según todo lo explicado, el aforismo *in dubio pro reo* representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia (CR, 89), cuyo ámbito propio de actuación es la sentencia (o una decisión definitiva equiparable), pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena, exigencia que se refiere meramente a los hechos y que no soluciona problemas de interpretación jurídica, ni prohíbe ningún método de interpretación de la ley penal, mientras se lleve a cabo *intra legem*"[72].

6. Juez natural

En este contexto, la cláusula del artículo 90 de la CR sienta el principio que se conoce como "juez natural" o "juez propio". Expresa que ningún habitante de la nación puede ser juzgado por jueces distintos a los designados por la ley antes del hecho de la causa, prohibiendo en forma particular que alguien sea "juzgado por comisiones especiales"[73], directamente vinculado esto a los principios de organización judicial referidos *supra*, especialmente en lo concerniente a la imparcialidad, independencia e integración del tribunal.

De aquí que por "juez natural" deba entenderse el tribunal —como órgano dotado de facultades (competencia)— impuesto por la Constitución (CR, 303 y ss.) para intervenir en el juicio y juzgar a cualquier habitante de la nación. Es el tribunal constituido conforme a las normas, con resguardo de las garantías constitucionales, y que responde a las leyes que a consecuencia de la Constitución se dicten para el nombramiento de los jueces y para la integración, funcionamiento y competencia de los respectivos órganos juzgadores[74].

Lo que realmente **se prohíbe** son los jueces *ex post facto*, cualesquiera que sea la cuestión y la persona sometida a juzgamiento. Esta prohibición rige para todos los procesos y durante toda su tramitación. Es una garantía resultante de la exigencia de que para cada causa y para cada perseguido judicialmente sólo debe haber un tribunal, con competencia determinada de antemano, objetiva e imparcialmente.

[70] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 500.
[71] Cfr. Núñez, Ricardo C., "*In dubio pro reo*; duda sobre la ilicitud del hecho", *LL*, 48-1 ss.
[72] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 505.
[73] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *ob. cit.*, p. 72.
[74] Clariá Olmedo, Jorge A., *ob. y lug. cits.*

El habitante de la nación podrá ser juzgado por jueces distintos a los jueces naturales cuando se le someta a juicio ante un juez nombrado sin observancia de la Constitución y las leyes, o que se mantenga como juez de la causa no obstante el deber de apartarse. **Lo que se impone es el tribunal permanente**, aunque se sustituyan los jueces que lo personifican, y el tribunal competente, aunque su integración pueda ser modificada. Debe evitarse el juez accidental o de circunstancia, nombrado especialmente para el caso *(ad-hoc)*, sacando al justiciable de la jurisdicción permanente[75]. La jurisdicción permanente (órgano función) no se afecta por la integración de los tribunales con ciudadanos, bajo sueldo del Estado o no; sí se afecta la jurisdicción si ciudadanos comunes hacen las veces de jueces oficiales diciendo el derecho aplicable al caso; también se afecta si no se crea la posibilidad a los ciudadanos de optar por un juicio llevado a cabo por un tribunal oficial.

Todo ello pretende disipar dudas sobre la imparcialidad del magistrado o su vinculación con el poder político, económico o de otro tipo, que lo instaura en el cargo, de manera tal que un ciudadano, en su conducción de vida (función de cálculo, *ex ante*)[76], puesto a evaluar una conducta propia hipotéticamente desviada y punible en un Estado de Derecho liberal, debe tener garantizada la posibilidad de conocer:

- La normativa que transgrede (ley penal sustantiva).
- El modo de juzgamiento (ley procesal penal).
- Ante qué órganos habrá de soportar una persecución.
- Qué órgano habrá de juzgar la existencia culpable de los hechos (veredicto).
- Qué órgano dirá el derecho aplicable al caso concreto para eventualmente aplicar una pena estatal (sentencia).

7. Non bis in idem

Esta garantía responde a limitar el poder de persecución y de juzgamiento, autolimitándose al Estado y prohibiéndole al legislador y demás poderes estatales la persecución penal múltiple y, consecuentemente, que exista juzgamiento plural.

Ricardo C. Nuñez explica que "las legislaciones positivas no han seguido un criterio uniforme para la regulación de la garantía [...] Algunas han establecido expresamente el principio de la autoridad de la cosa juzgada [...]". Otro tipo de legislaciones consagran el principio genérico del

[75] *Idem.*

[76] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 14 ss. El autor se pregunta ¿qué fin debe cumplir la norma jurídica?, o sea ¿cuál es la función genérica que puede atribuírsele racionalmente dentro de la función social? La diferenciación entre la función de cálculo (*ex ante*) y la función crítica (*ex post*) de la norma jurídica, genéricamente identificada con el actuar de un particular para saber si obra u omite su obrar hacia hechos futuros y juzgar hechos pasados, determina como punto dirimente el establecer cuál es "el patrón que se utiliza para medir la acción que ya se llevó a cabo. La única manera de ejecutar esta tarea con sentido es la de usar como metro al sistema del justiciable; allí reside la razón de ser de la obligación del juez de fundar su fallo en normas preexistentes y no en su voluntad soberana, el vínculo de la decisión con la regla que rige el comportamiento de los ciudadanos". Esto es el usuario del sistema penal (sea víctima o imputado), por contraposición al sistema de operador que aplica el sistema (juez, fiscal, etc.). Maier cita (*Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 20, nota 37) a Alchourrón y Bulygin (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974, ps. 208 ss.) en relación a lo que llamaron "sistema del súbdito", por contraposición al sistema del juez, que es útil para explicar el deber del juez de fundar sus fallos en normas preexistentes, pero es necesario advertir sus limitaciones, ya que el sistema del juez también lo es del súbdito, no sólo en el sentido de que el súbdito lo utiliza para calcular su propia acción, sino en el más evidente, de que el juez usa al súbdito para calcular la suya, que es lo que explican los autores citados. Esta forma de comprender la función de las normas jurídicas ha ido aún más allá en ciertas ramas del Derecho, como por ejemplo en el derecho penal, pues para que la consecuencia jurídica se aplique, se requiere —en ordenamientos jurídicos modernos— que el infractor haya conocido o podido conocer potencialmente la antijuridicidad de la acción ejecutada, esto es, el deber jurídico de comportarse de determinada manera —ejecutar la acción mandada u omitir la prohibida—, elemento sobre el cual también debe recaer un juicio existencial en la decisión; así se superó la ficción jurídica que expresa el aforismo *error iuris nocet*.

non bis in idem. Ello ocurre principalmente en aquellos países donde este principio representa no sólo una garantía de índole procesal, emanada del precepto de la *res iudicata pro veritate habeiur*, sino de un principio político de seguridad individual, que muchas veces es una garantía inserta en la Constitución. Tal es el sentido que tiene la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que dispone que "nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de algún miembro". Las constituciones de los particulares Estados de la Unión ya habían establecido la seguridad. Algunas constituciones, como la de Louisiana, restringieron también la garantía a ciertas infracciones de graves efectos para la vida o la libertad. Otras, como la de California, tuvieron mayor amplitud desde este punto de vista, al establecer que "*nadie puede ser puesto dos veces en peligro por una misma infracción*".

Se pretende garantizar a la persona que no será puesta en peligro de perder derechos reconocidos constitucionalmente más de una vez por la misma infracción. Esta garantía, contenida en la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU., guarda directa analogía[77] con las contenidas en numerosas constituciones.

"La idea fundamental [...] es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. Con arreglo a esta idea, no se conoce en el derecho anglosajón la posibilidad del recurso fiscal contra un veredicto que le es desfavorable, pues se entiende que es un intento repetido para condenar a un individuo"[78]. La CR, 95, segunda cláusula (y el CPP, 11) la prevé expresamente (*ne bis in idem*)[79].

Lo que se pretende es que *nadie pueda ser [...]* ***perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho***. En un *sentido meramente material*, la consecuencia más importante es no admitir la revisión de una sentencia firme en contra del imputado absuelto o condenado por un hecho punible menos grave o a una pena más leve que la correspondiente de conformidad a una nueva acusación; o una instancia recursiva dirigida en contra de una sentencia condenatoria no firme que es anulada y remplazada por otra más represiva[80].

En un *sentido formal*, de vasto alcance, impide la *múltiple persecución penal*, extendiendo el terreno de todo procedimiento penal; por esa razón, tiene también *sentido procesal*, y cubre el *riesgo* de una persecución penal nueva, cuando la anterior ha fenecido (cosa juzgada) o está

[77] Cfr. Hendler, Edmundo *(Derecho penal y procesal penal en los Estados Unidos*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996, ps. 119 ss.), quien analizando el sistema de concurrencia y acumulación de penas, presenta la relación con el "*ne bis in idem*", y las objeciones que se plantean a las acusaciones "con invocación de la Enmienda Quinta de la Constitución federal por el doble riesgo (*double jeopardy*) y único delito (*same offense*)", de manera tal que "sólo cuando quepa entender que se está frente a dos delitos materialmente concurrentes puede ejercerse la atribución de imponerse dos condenas de cumplimiento acumulado o sucesivo". Si bien parece más abarcativa la fórmula del doble riesgo, ya que toda persecución implica un riesgo, excluye la persecución y con ella toda posibilidad de juzgamiento y condena estatal. Explica Hendler que "En general en los países del sistema del *common law* se tiende a discriminar la cantidad de infracciones legales, no la cantidad de hechos ni de acciones, como ocurre entre nosotros", sistema en el que "se trata de dos delitos distintos si para incurrir en uno de ellos se requiere la prueba de hechos adicionales no contemplados en otro" ("Corte Suprema EE. UU., 1932, Blockburger *vs.* United States, 284 U. S. 299") pero "se trata de una regla de interpretación legal y susceptible de modificación por el legislador" ("Corte Suprema EE. UU., 1983, Missouri vs. Hunter, 459 U. S. 359"), por lo que el garantismo que implica la proscripción de ser sometido a doble riesgo, conlleva el peligro de ser sometido a una acumulación de penas de cumplimiento sucesivo.

[78] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 602, con citas del procurador general de la Corte argentina y fallos de la Corte estadounidense.

[79] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 595. En este manual se mantiene la nomenclatura *non bis in idem* por ser la más generalizada en nuestro país, y consecuentemente la que más rápidamente evoca la garantía; no obstante se debe aclarar que un sector de la doctrina argentina, liderado por el Dr. Julio Maier, incorpora la nomenclatura universalmente utilizada en abundante bibliografía que cita, mediante el empleo de la partícula negativa *ne* en remplazo de *non*.

[80] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 599.

en trámite *(litis pendentia)*.

En el orden local, el CPP, en concordancia reglamentaria de la Constitución, establece en su art. 11:

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

"La del doble proceso es una excepción proponible en cualquier estado del *proceso* (sumario, juicio o recursos), e incluso como incidente de ejecución de sentencia. Se trata, en efecto, de la garantía constitucional que debe privar sobre cualquier omisión legislativa o sobre cualquier acto judicial que la desconozca, lo que sucede desde el momento en que, según los conceptos antes enunciados, exista un doble proceso"[81].

La excepción de *falta de acción* (CPP, 46, inc. 2), es el camino procesal para hacer valer la garantía, ya que tal acción no se pudo promover, no fue iniciada legalmente, o no se pudo proseguir, dando el camino procesal por el cual las partes en general, especialmente el imputado, pueden oponer, como de previo y especial pronunciamiento, la excepción de falta de acción (por cosa juzgada o por litis pendencia), invocando la infracción a la regla del *non bis in idem*. Existe una relación instrumental entre la garantía y la excepción[82].

El principio ha sido redactado de diversas formas de tal manera que se confunde hecho con delito, o con el cambio de calificación legal, etc.; la fórmula correcta debe *impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho*[83]; de todos modos, existen casos en los que no resulta más sencillo saber si se trata de la vulneración al principio o no. Para afirmar que existe persecución penal múltiple se deben verificar los siguientes extremos:

7.1. Identidad personal

El principio sólo protege a la persona individual que ha sido o está siendo perseguida penalmente por quien está facultado para hacerlo. Se trata de una garantía individual, por lo tanto, sólo ampara a la persona que, perseguida penalmente, haya o no recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal que tiene como objeto la imputación del mismo hecho. El principio rige individualmente y no posee efecto extensivo.

La *identidad física de la persona perseguida penalmente* en varios procesos es, pues, una condición necesaria (pero no suficiente) para evitar la nueva persecución, cuando la anterior ya ha terminado[84], o se inicia una (nueva) durante la tramitación de otra[85]. Debe tratarse, del mismo imputado en una y otra persecución penal, comprendiendo como imputado, según los códigos modernos, la persona indicada de ser autor del hecho o partícipe de él, ante cualquiera de las autoridades establecidas por la ley para la persecución penal[86].

[81] Núñez, Ricardo, "La garantía del 'non bis in idem' en el Código de Procedimientos de Córdoba", *ob. cit.*

[82] De la Rúa, Fernando, "*Non bis in idem*", en *Proceso y justicia*, Bs. As., Lemer Editores Asociados, 1980, ps. 308 ss.

[83] Ya se dijo que ella no inhibe el recurso de revisión en favor del reo: las garantías sólo juegan en favor, no en contra, de quien sufre el poder penal del Estado, en acto o en potencia, y revisar la condena para lograr la absolución o una sanción más benigna no significa perseguirlo penalmente, sino, por el contrario, concederle otra oportunidad para fundar su inocencia o, al menos, aminorar la aplicación errónea (por exceso) del poder penal. Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 602.

[84] *Non bis in idem* por cosa juzgada.

[85] *Non bis in idem* por litis pendencia.

[86] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 603.

7.2. Identidad objetiva

Para que la regla funcione y produzca el efecto impeditivo característico, la *imputación* tiene que ser *idéntica*, o sea cuando tiene por *objeto* el mismo comportamiento atribuido a la misma persona *(identidad de objeto-eadem res)*. Se trata de la identidad fáctica, con prescindencia de la calificación legal *(nomen iuris)* atribuida[87].

El hecho de que en el primer procedimiento no se agote el conocimiento posible, pudiendo agotarse no se haga. La identidad se refiere al comportamiento y, eventualmente, al resultado como acontecimiento histórico. Basta, entonces, que ese acontecimiento sea el mismo históricamente en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o distintas de las conocidas en el primero.

Cuando hablamos de un acontecimiento real, no nos referimos, necesariamente, a un hecho verificado, sino tan sólo atribuido como existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, *hipotéticamente* afirmado como real. Dos objetos procesales son idénticos y no permiten persecuciones penales distintas, simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta, aun cuando sólo fuera afirmada hipotéticamente como cierta.

El "hecho" jurídicamente relevante está integrado por su materialidad externa (elemento objetivo) y por el elemento anímico o intencional (elemento subjetivo), por lo que el principio también opera cuando el derecho penal sanciona comportamientos ejecutados tanto con dolo como con culpa (por ejemplo, el homicidio doloso o culposo); en estos casos, cualquiera que fuere la imputación consume a la restante, en el sentido de que no se puede nuevamente perseguir penalmente a una persona, bajo la excusa de que el comportamiento, único históricamente, se imputa ahora bajo una forma subjetiva distinta.

Los actos posteriores al fallo firme no se incluyen en la clausura que provoca el principio *ne bis in idem*, ni siquiera de manera hipotética pudieron estar abarcados por él. Sólo esos actos pueden provocar nueva persecución penal y nueva decisión, faltando decidir, de qué manera puede obtenerse la sentencia o la pena única, en caso de dos condenas.

7.3. Límites para la aplicación del principio

Tradicionalmente este aspecto se desarrolla como "identidad de causa". —explica Maier—aquí no se trata de una "identidad", ni tan siquiera de una comparación, como en las exigencias anteriores, sino, antes bien, de delinear ciertos límites racionales al funcionamiento del principio, en el sentido de permitir la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho cuando la primera persecución, o una de ellas, *no haya podido arribar a una decisión de mérito, o no haya podido examinar la imputación* (el "mismo hecho"), *objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico-penales que merece, debido a obstáculos jurídicos.* Se entiende que no se trata del caso en el que el tribunal o el acusador, por error, no agotaron las posibilidades, según las reglas jurídicas, sino precisamente del caso inverso: una regla jurídica impide agotar el caso, bien inhibiendo la sentencia de mérito, bien impidiendo "unificar procesalmente la pretensión punitiva".

[87] Así, supuesto de que se trata del mismo hecho, lo que se persiguió como estafa (CP, 172) no se puede volver a perseguir bajo el pretexto de que se trata de un libramiento de cheque sin provisión de fondo o en cuenta cerrada (CP, 302), o viceversa.

No se trata de establecer una identidad por comparación, sino de reconocer *excepciones* a la aplicación de la regla cuando están presentes las identidades *(eadem persona-eadem res)* requeridas por ella, lo cual significa que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico para perseguir más de una vez a una misma persona y por un mismo hecho que transgrede normas legales cuyo juzgamiento no se agota en un único juez, en un único juicio[88], por existir vicios u obstáculos que jurídicamente impiden conocer plenamente todos los costados penalmente relevantes[89]. Sucede, por ejemplo, cuando un hecho constituye delito y puede también ser visto como la contravención susceptible de juzgamiento por la autoridad administrativa, o cuando concurren formalmente dos infracciones a la ley penal, perseguibles de distinto modo (acción pública y acción privada)[90], esto es, con procedimientos distintos.

Cualquier resolución distinta a la sentencia de mérito definitivo[91] (sea que aclare la imposibilidad de dictar una sentencia por existir algún obstáculo a la promoción o prosecución de la acción penal) permite otra persecución distinta, como sucede con el juicio político, juicio de destitución y el jurado de enjuiciamiento. Ciertamente, los enfoques son distintos, uno político y el otro penal como también son distintos los tribunales.

No están captadas por el *non bis in idem* las citaciones procesales previas de desestimación y archivo administrativo (CPP, 284 inc. 1), o cuando el proceso previo que se invoca no se desarrolló plenamente porque se presentó un obstáculo que impedía la persecución penal, tal como la falta de competencia, falta de instancia privada en los casos en que se exige (CPP, 26), acción privada (CPP, 27) o de prejudicialidad.

7.4. Doble riesgo, doble conforme y *bis in idem*

El Dr. Maier se pregunta si el recurso del acusador en contra de una sentencia del tribunal de juicio constituye un caso de *bis in idem*, lo cual significa redefinir el concepto que se tiene de recurso, desde la tradición continental europea, en lo referente a la "bilateralidad" de la casación.

El enfoque diferencial se denomina "doble conforme"[92], o sea el derecho que el imputado tiene de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior al que sentenció (CADH, 8, inc. 2 h; CR, 75, inc. 22), de modo que la pena se aplique sólo cuando exista doble conformidad jurisdiccional sobre lo sentenciado. Como derecho es disponible por el imputado, o mejor dicho, si no recurre, se agrega la conformidad a la sentencia dictada por el tribunal, existiendo siempre una doble conformidad. Este tema se desarrolla como tema recursivo en el capítulo 10.

El enfoque recursivo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, se emparenta con el sistema del *common law*, con el cual no tiene mayor diferencia, como tampoco parece existir diferencia mayor en el sistema del *non bis in idem* o del doble riesgo, tal como al inicio de este punto cita, Ricardo Nuñez.

El sistema garantista protege contra el doble riesgo (*double jeopardy*) de sufrir una consecuencia jurídico-penal, lo cual se proyecta en el modelo jurídico anglosajón, eslabonado con otras garantías, tal como en el juicio por jurado exclusivamente en la previsión del recurso en contra

[88] Cfr. Núñez, Ricardo, *"La garantía del 'non bis in idem' en el Código de Procedimientos de Córdoba"*, ob. cit.
[89] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 624.
[90] Falsa denuncia (CP, 247) y calumnia (CP, 109).
[91] Incluido el sobreseimiento (CPP, 348 ss).
[92] Cfr. Ferrarte, Marcelo, "La garantía de la impugnabilidad de la sentencia condenatoria", en *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Bs. As., Ad-Hoc, 1995.

de la sentencia condenatoria a favor del imputado, lo que en consecuencia arroja una sola oportunidad a manos del acusador, para pretender penalmente la condena, esa oportunidad se sintetiza en el juicio, en el sentido de que el imputado ejerza la facultad de ser juzgado ante un jurado popular o renuncie a la posibilidad garantizada eligiendo el juicio sin jurado u otra vía procesal[93].

"El derecho de 'apelar' el fallo condenatorio en procura de un nuevo juicio, fundado en la descalificación del veredicto por errores graves cometidos en el juicio o reflejados en el veredicto, corresponde solamente a quien es declarado culpable, con el riesgo de asumir la consecuencia jurídico-penal única que, pueda generar una nueva (doble) persecución penal. Sin duda, el recurso contra el fallo de culpabilidad resulta concebido en este sistema como una garantía procesal. El fiscal, en cambio, como el imputado, cuando existe declaración de culpabilidad firme, puede recurrir la consecuencia jurídico-penal determinada en un procedimiento posterior al veredicto, regularmente en una audiencia para la determinación de la pena (sistema de 'cesura' entre el debate sobre la culpabilidad y el debate sobre la pena) y su decisión (sentencia penal)"[94].

Maier[95] contesta afirmativamente la pregunta que da origen a este apartado, al considerar que el recurso que implica una nueva intentona fiscal es un caso de persecución penal múltiple, dirigida contra la declaración de no culpabilidad obtenida en el tribunal, con lo que eventualmente se logra un nuevo juicio para pretender de nuevo la condena contra el imputado.

El propio perseguido penalmente es el único que puede provocar la persecución penal múltiple y el riesgo múltiple queda eliminado si, la segunda sentencia de condena eventual no supera la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*)[96].

El principio prefiere la burla del transgresor cuando, por ejemplo, confiesa públicamente el crimen después de la absolución, al riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario —para él— del poder penal estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas[97] y la limitación de los poderes del Estado (MP) en su fase persecutoria.

8. Otras garantías constitucionales

Existen además de las desarrolladas, otras garantías constitucionales vinculadas al derecho de defensa.

La Constitución garantiza la defensa en juicio, intensificando el garantismo respecto del imputado en causas penales y lo extiende a:

8.1. Libertad ambulatoria frente a la persecución estatal

La garantía de la libertad de tránsito (CR, 81; CADH, 22) o ambulatoria está contenida en el art. 92 de la CR y art. 7 de la CADH, de modo tal que frente a la persecución estatal toda persona está expresamente protegida con un mínimo de recaudos procesales.

Así entran en juego las normas de la CR, 71, 84 y 92, estableciendo un escalonamiento coercitivo que va (de menor a mayor) desde la detención administrativa (CR, 71, primer párrafo), la detención

[93] Se observa cómo las garantías, particularmente la del jurado popular, proyectan un efecto que trasciende lo meramente procesal que a primera impresión el instituto sugiere.
[94] Maier, Julio, Derecho procesal penal, ob. cit., p. 634.
[95] *Ibid*, p. 635.
[96] *Ibid*, p. 636.
[97] *Ibid*, p. 639.

judicial (CR, 71 segundo párrafo), hasta la prisión preventiva como medida cautelar de máxima intensidad (CPP, 178 y ss.) las que presumen el "auto de prisión" (CPP, 297 inc. 1) que eventualmente puede dictarse con posterioridad a la audiencia inicial (CPP, 294), cuando no proceda el sobreseimiento, lo cual requiere de la reconstrucción conceptual que se desarrollará en el capítulo 8 sobre medidas cautelares.

Basta señalar que la CR, exige un estándar probatorio alto (plena prueba del hecho e indicios racionales sobre la participación) para poder dictar el auto de prisión. La CR, 92 lo hace del siguiente modo:

No podrá proveerse auto de prisión sin que proceda ***plena prueba*** *de haberse cometido un crimen o simple delito que merezca la pena de privación de la libertad, y sin que resulte* ***indicio racional*** *de quién sea su autor.*

En la misma forma se hará la declaración de reo.

8.2. Inviolabilidad del domicilio

La **inviolabilidad del domicilio**, de la correspondencia y de los papeles privados, constituye también una preciosa garantía que atañe directamente a la actividad que se cumple en el proceso penal y civil. Protege el derecho de reserva de lo privativo del individuo en su íntimo desenvolvimiento personal: ámbito habitacional e intimidad de expresión y comunicación; o sea la vida íntima del hogar en toda su extensión vital.

La garantía se compromete con el allanamiento de morada, el secuestro de la documentación privada y la interceptación de la correspondencia en la más amplia significación de la comunicación. El CR, 99, establece:

El domicilio es inviolable. Ningún ingreso o registro podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente. No obstante, puede ser allanado, en caso de urgencia, para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o a la propiedad.

Exceptuando los casos de urgencia, el allanamiento del domicilio no puede verificarse de las seis de la tarde a las seis de la mañana, sin incurrir en responsabilidad.

La Ley determinará los requisitos y formalidades para que tenga lugar el ingreso, registro o allanamiento, así como las responsabilidades en que pueda incurrir quién lo lleve a cabo.

8.3. Abolición de las torturas

El artículo 68 del CR (CADH, 5) declara **abolidos** para siempre toda clase de **tormento** y torturas. Esta cláusula tiene un alcance muy amplio y no sólo histórico. Protege la reserva moral del individuo como sujeto incoercible, en cuanto está absolutamente prohibido utilizar cualquier medio o tipo de procedimiento que tienda a extraer del fuero íntimo de las personas: informaciones, secretos, manifestaciones o declaraciones en contra de su voluntad.

Esta prohibición constitucional se viola cuando en los trámites procesales (incluidos los policiales) se emplean métodos tendientes a quebrantar o debilitar la resistencia psíquica (sea que a tal fin se utilicen métodos físicos—golpes, tormentos—, químicos —los llamados sueros de la verdad y los procedimientos arcoanalíticos— o psíquicos —persuasión mediante ardid o engaño,

amenazas—) del imputado o del testigo, o que descontrolen su voluntad permitiendo indagar en lo íntimo de su conciencia sin la reflexión o dirección del pensamiento, propia del ser humano.

La CR, 68, establece:

- *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, síquica y moral.*
- *Nadie debe ser sometido a torturas, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.*
- *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

En este orden de ideas el CPP, 200, priva de valor probatorio a las pruebas obtenidas ilegalmente y ordena al Ministerio Público perseguir penalmente a los responsables de tales conductas inconstitucionales (CPP, 94):

Cuando los Fiscales tengan en su poder pruebas y sepan que fueron obtenidas por métodos ilícitos, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y otros abusos de los derechos humanos, se abstendrán de utilizarlas; procederán contra quien hayan empleado esos métodos para obtenerlas si consideran que se ha incurrido en responsabilidad penal; y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables comparezcan ante la justicia.

9. Limitación temporal del proceso penal

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 8, inc. 1), la Constitución de la República (CR, 90, 16, 18, 315) y el artículo 8 del CPP establecen que todo proceso debe concluir en un plazo razonable.

El CPP lo reglamenta bajo diversas fórmulas para el proceso en general, sus etapas y fases, y algunas medidas en particular como las medidas cautelares, por ejemplo la prisión preventiva (CPP, 181), que será tratado en los capítulos respectivos.

10. Integración de garantías penales y procesales

El marco conceptual del sistema de garantías, examinadas en su conjunto, tanto procesal como penal, expuestas individualmente (con análisis preferente de las garantías procesales), relacionadas de manera conjunta y caracterizadas por la **interdependencia** y la **indivisibilidad** de las mismas. Esto hace que la potencia del conjunto sea mayor que la sumatoria individual de sus elementos.

Las garantías varias veces se presentan, en yuxtaposición a las limitaciones del *ius punendi,* aisladas y desvinculadas entre sí; aquí por el contrario, se pretende exponerlas como interdependientes, indivisibles e integrativas de un sistema.

Esto implica un corrimiento del eje explicativo tradicionalmente utilizado. Por ejemplo, es frecuente presentar las garantías como axiomas de garantías penales (p. ej.: *nulla crimen sine leye*) y garantías procesales (*nulla poena sine iudicio*), pero sin establecer el ***vínculo lógico-explicativo*** que atienda la *interdependencia* de las garantías pensadas como integrativas de un sistema dado por la Constitución para programar el enjuiciamiento criminal en el Estado de Derecho en el que no debe haber crimen ni pena estatal sin defensa (***nulla poena, nullum crimen sine defensione***).

La función específica del Sistema de Garantías (SG) de la CR "no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva" (Ferrajoli, L., Derecho y razón, ps. 92 ss.). Sin pretender hacer un compendio de todas las garantías, pueden presentarse los diez primeros axiomas vinculados a la sistemática.

Sistema de Garantías

Axioma	Principio	Garantía	Categoría
1. *No hay pena sin crimen*	Retributividad	Penal	Pena
2. *No hay crimen sin ley*	Legalidad	Penal	Delito
3. *No hay ley penal sin necesidad*	Necesidad	Penal	Ley
4. *No hay necesidad sin injuria*	Lesividad	Penal	Ultima ratio
5. *No hay injuria sin acción*	Materialidad	Penal	Ofensa
6. *No hay acción sin culpa*	Culpabilidad	Penal	Acción
7. *No hay culpa sin juicio*	Jurisdiccionalidad	Procesal	Culpabilidad
8. *No hay juicio sin acusación*	Acusatorio	Procesal	Juicio
9. *No hay acusación sin prueba*	Refutabilidad	Procesal	Acusación
10. *No hay prueba sin defensa*	Publicidad	Procesal	Prueba

Cada axioma tiene significación jurídica individual y en conjunto.

El primer axioma no se acepta como legítimo el consecuente sin el precedente —que es condición necesaria (pero no suficiente) de aquél—; de este modo, no hay *pena* legítima sin crimen, ni *crimen* sin ley, ni *ley penal* sin necesidad insatisfecha por toda otra forma de control social (*ultima ratio*), ni *necesidad* sin lesión —o afectación a un bien jurídico tutelado (también) penalmente—, ni *lesión* sin acción —o conducta humana en su materialidad externa—, ni *acción* sin alguna de las formas de culpabilidad (dolo o culpa), ni ***culpa*** sin juicio en el que ella sea declarada como integrativa del hecho que el tribunal estima acreditado, ni hay ***juicio*** sin acusación, ni ***acusación*** sin prueba, como tampoco ***prueba*** que no haya soportado la contraexaminación (refutabilidad) de la ***defensa***.

La significación de conjunto radica en eslabonar los axiomas, utilizando como precedente el consecuente del anterior, hasta llegar al consecuente del último axioma. Este eslabonamiento permite establecer, mediante el sistema de implicaciones y derivaciones de la lógica formal, no sólo, que no hay juicio sin acusación (significación aislada del axioma 8), sino que no hay —tampoco— juicio sin prueba, ya que la acusación implica la prueba (significación sistemática del axioma 7 en función del 9), también puede afirmarse —pero en dirección ascendente— que no hay acción sin juicio (significación sistemática del axioma 6 en función del 8), o en ambas direcciones, partiendo de A8, confirma el ***teorema*** de que ***no hay acción sin defensa*** (significación sistemática del axioma 6 en función del 10).

Ferrajoli (*ob. cit.*, ps. 92 ss., y 110 a 113) plantea los 75 teoremas o combinaciones posibles de un axioma en función de otro o sus implicados; basta plantear el engarce entre el precedente del primer axioma (**pena** —del Estado de Derecho—) y el consecuente del décimo (**defensa** —en el Estado de Derecho—), y afirmar que ***no hay pena sin defensa*** (A1 en función de A10).

Para el garantismo, lo que hace ético a un Estado de Derecho, aun cuando penaliza a seres humanos, es que se autolimita hasta el punto de afirmar que **no hay pena ni crimen sin defensa del criminal**.

La categoría conceptual "defensa" adquiere así una significación más extensa y más intensa, desde que sintetiza todas las categorías enunciadas en la cuarta columna de la tabla. Lo que no era percibido así por el derecho procesal penal antigarantista (inquisitivo), aun en sus modalidades reformadas (sistema mixto), en las que, por ejemplo, el principio de jurisdiccionalidad parecía estar satisfecho con la afirmación de *ne procedat iudex ex officio, sine actore*, cuando para el sistema garantista (acusatorio) la afirmación es ***nemo iudex sine defensione***.

En esta dirección se orienta la línea de análisis del procesalismo garantista en el Estado de Derecho actual y local, si cuando desarrolla la garantía de "juez natural" o "tribunal propio" se está refiriendo a una *garantía* de las personas antes que a una forma de empleo estatal.

Trazado así el mapa de la defensa pasiva, también se indican los lineamientos de actuación del querellante que ejerce la defensa activa, y se esculpen los límites trazados en la hoja de ruta del acusador estatal (Ministerio Público), a quien —obviamente— no beneficia ninguna garantía *individual*.

Desde esta perspectiva ingresamos —bajo un orden didáctico— al análisis reglamentario tanto del juicio (capítulo 7), como de su presupuesto: la acusación eventualmente alcanzada en la etapa preparatoria (capítulo 6), y —a su vez— del presupuesto de la acusación, esto es, la prueba (capítulo 5).

Aunque no explicitada individualmente en la matriz de análisis SG expuesta más arriba, se desarrolla la coerción procesal (capítulo 8) como necesidad de justificar las medidas cautelares en el proceso penal frente al estado de inocencia que se sigue del Axioma 7, y, finalmente, las vías impugnativas (capítulo 10) como control de gestión procesal, lo que ofrece la utilidad pedagógica de recorrer nuevamente el desarrollo precedente, incluido el control local y federal de constitucionalidad en el proceso penal.

CAPITULO II

FINES Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL HONDUREÑO

Gustavo Vivas Ussher*

INDICE

Objetivos 59
Bibliografía 60
Introducción 61
1. Definiciones 62
2. Fines del proceso penal 64
2.1. Fines genéricos 65
2.2. Fines específicos 66
2.3. Las etapas procesales y sus fines 67
3. Interés tutelado por el proceso penal 68
4. Principios políticos del proceso penal en la República de Honduras 73
5. La función penal del Estado 74
5.1. Retribución, prevención y composición en el sistema penal 75
5.2. Los fines de la pena estatal 76
5.3. Consecuencias procesales de la teoría de la pena 78
5.3.1. La reparación civil 79
5.3.2. La composición penal 79
5.4. En la acción penal privada 81
6. Oficialidad 81
6.1. La función decisoria 83
6.2. La función persecutoria 84
6.3. Repercusiones de la oficialidad 87
6.3.1. Legalidad 87
6.3.2. Oportunidad 89
7. La verdad "real" como garantía 90

OBJETIVOS

Al concluir el desarrollo del capítulo II, el lector estará en capacidad de conocer, comprender, aplicar, analizar, sintetizar y efectuar un juicio crítico sobre los contenidos siguientes:

- Definir el derecho procesal penal y el proceso penal.
- Formular los principios de oficialidad, verdad real e inviolabilidad de la defensa.
- Interpretar en el contexto constitucional la función penal del Estado.
- Fundamentar y explicitar los alcances de los principios de oficialidad, oficiosidad, legalidad, oportunidad, verdad real e inviolabilidad de la defensa en juicio.

*Profesor Adjunto por concurso de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Profesor Titular Invitado de Práctica Procesal Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); Asesor de Trabajos Finales de la Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal, Sistema de PostGrado, UNAH. Consultor del Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ DPK Consulting/ USAID-Honduras.

- Organizar en un cuadro sinóptico los principios políticos del proceso penal.
- Situar, en el ordenamiento jurídico hondureño, los principios políticos del proceso penal.
- Establecer un orden cronológico de las diversas etapas del proceso penal.
- Encontrar soluciones a problemas procesales específicos incompatibles con los principios políticos del proceso penal.
- Ejemplificar casos limitativos del principio de legalidad procesal.
- Demostrar las garantías constitucionales con los límites al principio de verdad real.
- Estructurar los principios del DPP y vincularlos con las diversas etapas del proceso penal.
- Diferenciar proceso penal y derecho procesal penal.
- Descomponer en sus diversos elementos (manifestaciones procesales) los principios políticos del DPP.
- Establecer relaciones entre las diversas manifestaciones de los principios políticos del DPP y el derecho positivo vigente.
- Fundamentar la contraposición entre principio de legalidad y de oportunidad.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, G., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1999; Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1969; Cafferata Nores, José I., *Eficacia de la persecución penal y garantías procesales en la Constitución de Córdoba*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1987; Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1995.

Introducción

En el capítulo anterior se presentan las bases constitucionales del proceso penal hondureño, el modelo garantista, poniendo en relieve la decisión política en torno a la cual el constituyente decide lo qué ha de reglamentarse para establecer el procedimiento penal en la República.

Existen otras decisiones en política procesal penal que no han alcanzado rango constitucional, no obstante constituyen auténticas pautas de política procesal penal, objeto de análisis en el presente capítulo.

A las tradicionales ideas de oficialidad, verdad real y derecho de defensa, se incorporan con auge renovado, el acentuar el sistema acusatorio, ampliar el espectro del principio de oportunidad, acortar temporalmente las etapas del proceso penal a un plazo razonable; en rigor de verdad, todas están implícita o explícitamente contenidas en la arquitectura constitucional.

Las consideraciones de política procesal redefinen la estructura tradicional del estudio del derecho procesal penal, impactando directamente en el proceso penal en sí, por lo que metodológicamente se torna imperioso efectuar la primera aproximación conceptual al proceso penal para describirlo y comprenderlo y desde allí focalizar los diversos principios políticos que gobiernan el proceso penal.

Los resultados insatisfactorios de la actuación del poder del Estado respecto de sus propios fines —la prevención del delito—, y el desarrollo creciente que los datos de las ciencias empíricas arrojan sobre el sistema penal del Estado, modificaron por completo el sentido con el que los juristas aprecian la política criminal, a la par de la desazón provocada por la frustración de los esfuerzos por "humanizar" el encierro de seres humanos. Indicadores empíricos fundan el aserto de que la privación de la libertad no sólo, no cumple con los fines preventivos previstos para la pena sino que, a menudo provoca efectos contrarios a los pretendidos[1].

Lo anterior lleva a la política criminal a limitar el comportamiento punible, disminuyendo las descripciones abstractas de los delitos, desincriminando el comportamiento mediante la proposición de alternativas a la punición y, a la vez, incriminando nuevos comportamientos, como los *delitos no convencionales*, tal cual sucede en el derecho penal económico, el derecho penal vinculado al medio ambiente, el crimen organizado y la corrupción de estructuras estatales.

Los delitos no convencionales se caracterizan por utilizar aparatos de poder, estatales o privados, para obtener abusivamente, es decir más allá de lo razonable, o desviar recursos, riqueza y bienestar, que son patrimonio de la comunidad en provecho propio. Ejemplo de ello son el fraude fiscal, monopolio, oligopolio y otros fraudes a la competencia, a la banca, al crédito público y al sistema financiero estatal, contaminación ambiental, fraudes al consumidor, al sistema de seguridad social, los delitos informáticos, etc.[2], delitos que la mayoría de las veces tienen una víctima que no se reconoce como tal (por ejemplo, el Estado mismo como víctima directa), o se trata de una víctima difusa (inversores, jubilados) o la comunidad en general.

[1] Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 369 ss.

[2] Cfr. Pastor, Daniel, "¿Es conveniente la aplicación del proceso penal 'convencional' a los delitos no convencionales?", en *Delitos no convencionales*, Bs. As., Editores del Puerto, 1994, ps. 272 ss. En esta obra, a más de proponer un sistema procesal compatible con la investigación de los delitos no convencionales, explica que estos delitos no se basan en hechos "'no comunes' o 'no tradicionales', sino que se trata, antes bien, por un lado, de nuevas formas de comisión de los hechos punibles de siempre o, por otro lado, de la utilización de nuevas tecnologías, de nuevos instrumentos para cometer delitos, que podríamos llamar clásicos".

Es necesario en este contexto, lograr el manejo de los conceptos fundamentales que la doctrina ha ido acuñando sobre bases prácticas, teóricas y de política constitucional, para dar un enfoque *retrospectivo* y *prospectivo* que permita el análisis de los ***fines y principios del proceso***, a fin de trascender la sola acumulación de información.

1. Definiciones

El **proceso penal** puede definirse como la "serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal, y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva"[3].

La definición remite a conceptualizar el derecho procesal penal, de manera que se presenta nítidamente diferenciado el proceso penal en sí, del marco regulatorio (normativo) que prescribe la forma en que debe realizarse el proceso penal.

El **derecho procesal penal** "es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando el comportamiento de quienes intervienen en él"[4].

Expuestos ambos conceptos, conviene reiterar que se trata de limitar, (encausar, administrar racionalmente), en su faz práctica, teórica y normativa, el poder represivo del Estado en el cumplimiento de su función represiva, advirtiendo que sólo mediante el juicio previo con inviolabilidad de la defensa (CR, 94 y 82), se puede imponer la pena estatal y privar a la persona del ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, en los tratados internacionales y las leyes, dictadas consecuentemente. Se insiste en que el proceso penal existe en función de una de sus partes: **el juicio**.

Las etapas restantes del proceso penal de instancia única (etapa preparatoria, intermedia, recursos y ejecución de sentencia) se conciben en función del juicio, para evitarlo mediante el archivo o el sobreseimiento, como base de la acusación o como requerimiento fiscal alternativo (EP), para controlar la acusación jurisdiccional (etapa intermedia), para controlar la sentencia o la forma de llegar a ella (etapa recursiva) y, eventualmente, para ejecutar la sentencia dictada con posterioridad al debate (etapa de ejecución).

El proceso penal se justifica cuando existe la posibilidad de que el Estado desfogue —aun coactivamente— contra una persona su represión legal, imponiendo la pena o medida de seguridad y corrección. No deben existir fines ni actos procesales justificados por sí mismos, sino que se justifican mediata o inmediatamente en función de los derechos y garantías de la persona quien corre el riesgo de aplicársele el derecho penal material.

El proceso puede ser visto como el camino (itinerario, recorrido) que avanza en dirección a los fines (genéricos unos y específicos otros) que el derecho procesal determina como meta, cuyos actos fundamentales están concatenados unos con otros, de modo que los primeros constituyen el presupuesto formal de los siguientes[5].

[3] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, *ob. cit.*, p. 114.
[4] Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 75.
[5] Por ejemplo, la declaración del imputado es un presupuesto del procesamiento; éste lo es con respecto a la elevación a juicio; la acusación es presupuesto del juicio; el debate lo es de la sentencia.

Esta serie de actos —unidos por fines comunes— no quedan al arbitrio del tribunal o de los sujetos actuantes en el proceso, sino que están disciplinados singular y colectivamente por el derecho procesal; éste prescribe las *formas* que deben observarse en la ejecución de cada uno, y el *orden de proceder*, o sea, una especie de plan o método de actuación[6].

El procedimiento no puede retrotraerse a una fase anterior, salvo vicios o defectos sustanciales —amenazados con sanciones procesales—. La preclusión automática lo impide[7].

La injerencia de *órganos públicos predispuestos*[8] por el derecho (constitucional, penal material y procesal) enfatiza la posición activa y desdoblada que el Estado asume en el sistema penal, generalmente distinta de la pasiva (o exclusivamente arbitral) que ocupa en el orden civil[9].

Las actividades de estos órganos —aunque persigan los mismos fines (descubrir la verdad y actuar el derecho penal) y estén regladas por el derecho procesal— son formalmente diversas, al punto de que no siempre forman parte del proceso. En términos más concretos, son *actos extraprocesales* que la policía cumple eventualmente, con el fin de provocar el ejercicio de las actividades requirentes[10], o la investigación previa a la imputación que realiza el Ministerio Público para formular o no el requerimiento de la persona. Comprende las tareas de investigación dirigidas por el fiscal, aun cuando sean practicadas por la Policía de Investigación. El problema planteado es en relación a que, si las actividades preprocesales, al ingresar al proceso pueden ser controladas por el sistema de nulidades del proceso penal[11].

El proceso penal es *tendencialmente jurisdiccional*. Se aspira a que el proceso no tenga existencia jurídica plena si no está presidido por un órgano que ejerza la jurisdicción, aunque no pueda actuar por iniciativa propia, sino que debe ser provocada o excitada por otros órganos[12]. Vélez Mariconde es categórico y equipara el proceso penal al civil, que es totalmente jurisdiccional. El punto se discute actualmente[13] y volveremos sobre él más adelante.

Además de ellos, también los particulares realizan actos procesales, que el derecho obliga (por ejemplo, testigos, peritos e intérpretes) o autoriza a intervenir (vgr., víctima del delito y responsables civiles)[14].

[6] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, *ob. cit.*, p. 116.
[7] *Idem*.
[8] Policía (Judicial), fiscal, tribunal.
[9] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 117.
[10] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 118.
[11] Cfr. Rodríguez, Mariano, "¿Actos preprocesales en el proceso?", en doctrina y jurisprudencia de *Comercio y Justicia*, LXVI, Córdoba, ps. 110 ss. También del mismo autor, "El regreso a las cavernas", *Semanario jurídico* del 01/07/93.
[12] Este concepto estricto del proceso —que no existe realmente si no interviene el órgano jurisdiccional— tiene singular importancia teórica y práctica. Por ejemplo, en cuanto al principio *non bis in idem*: éste no rige cuando *el proceso jurisdiccional no se inició* a la causa porque el juez de instrucción desestimó la denuncia, rechazó el requerimiento fiscal de instrucción o archivó el sumario de prevención, por estimar que el hecho referido en tales actos no encuadra en una figura penal. En tales hipótesis, aunque los actos de la policía o del Ministerio Público *intentaron provocar* la actividad jurisdiccional, no hay inconveniente en que lo intenten por segunda vez, poniendo de relieve o agregando nuevas circunstancias fácticas que en la primera oportunidad no se tuvieron en cuenta. Lo prohibido es que a una persona se la someta a proceso jurisdiccional más de una vez por el mismo hecho. Pero sometida una persona a proceso ("perseguida judicialmente"), condenada por el órgano jurisdiccional, claro está que no puede ser perseguida nuevamente bajo la misma imputación, ni por la policía ni por el Ministerio Público. No cabe pensar que la Constitución autoriza que éstos hagan lo que le prohibe al tribunal.
[13] Rodríguez, Mariano, "La jurisdiccionalidad del proceso penal", en doctrina y jurisprudencia de *Comercio y Justicia*, LI, Córdoba, 1-D.
[14] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 119.

2. Fines del proceso penal

La solución de conflictos sociales de máxima intensidad (penal) es la gran meta a la que aspira el procedimiento penal, esta solución debe ser acorde con los parámetros valorativos, en especial el de la *"justicia"*; así el CPP, 8, postula que "la finalidad del proceso será la realización pronta y efectiva de la justicia penal".

En el DPP actual, no hay otro camino para acceder a la justicia que el derecho, por lo que, tradicionalmente se distinguen y clasifican otros fines, tratando de darle mayor precisión al sistema jurídico de enjuiciamiento penal.

No todos los conflictos sociales de máxima intensidad (casos penales) son captados por el sistema oficial de administración del Derecho (hechos no denunciados ante la policía, Ministerio Público o tribunales). Estos casos constituyen la llamada "**cifra negra**".

El hecho de que existan casos no tratados por el sistema oficial de solución de conflictos obliga a preguntarse por las causas que inhiben la denuncia (CPP; 267) de los hechos penales. Estudios de campo reflejan algunos motivos:

- El temor de la víctima a sufrir nuevamente el hecho; miedo al autor del delito.
- La víctima considera que la conducta lesiva no es grave.
- La víctima desconfía de la justicia.
- Temor de la víctima de perjudicar al autor cuando es miembro de su familia.
- La pérdida de tiempo que implica la denuncia y los trámites judiciales.
- Cuando la víctima agrede al autor y se siente tan responsable del delito como éste.
- Cuando la víctima sabe que la denuncia la perjudica (violación, estafa, etc.).
- La víctima no tiene pruebas o desconoce al autor.
- Evitar ser victimizada nuevamente por la policía, peritos forenses, jueces, etc.
- Presión familiar y social sobre la víctima al identificársele como objeto de ciertos delitos que la marginan y humillan.

Neuman[15] agrega a este decálogo las diversas causas vinculadas con el acceso a la justicia, tales como el desconocimiento de que la ley le faculta para acceder al sistema de administración de justicia, el temor a la policía cuando ésta no está cerca del pueblo y asume un carácter meramente represivo, el temor a gastos económicos, etc.[16]

"En los Estados Unidos, la comisión presidencial encargada del cumplimiento de la ley y de la administración de justicia inició el primer estudio, en el plano nacional, sobre la victimización criminal, a fin de determinar la cantidad de delitos no denunciados. En Costa Rica se efectuó un estudio nacional de victimización en 1979, cuyos datos no fueron analizados"[17].

Sin perjuicio de volver (capítulo 3) sobre este sujeto procesal recientemente redescubierto por el DPP, y en dicho contexto, puede afirmarse que "la víctima que interesa a la victimología clásica, es el ser humano que sufre daños en los bienes jurídicamente protegidos por la normativa penal (vida, salud, propiedad, honor, honestidad, etc.), producido por otros e, incluso, por accidentes debido a factores humanos, mecánicos o naturales, como ocurre en los accidentes de trabajo".

[15] Neuman, Elías, "Victimología". El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales, 2ª ed., Bs. As., Universal, 1994, p. 27.
[16] Marchiori, Hilda, *La víctima del delito*, artículo inédito citado por Elías Neuman, "Victimología". *El rol..., ob. cit.*, p. 45.
[17] Ibid, p. 46.

Las nuevas formas de organización social plantean la ampliación del marco de análisis, concibiendo formas no convencionales de delictividad y su consecuente victimización, en casos tales como los delitos ecológicos, informáticos, de cuello blanco, económicos estructurales, etc., y diversas modalidades criminosas que, en forma individual o colectiva victimizan a gran cantidad de ciudadanos, conculcando derechos "inherentes a la dignidad, y cuyo menoscabo y desprecio por la autoridad posibilita convertir en víctimas a casi todos los habitantes, porque vulnera los derechos humanos *in generes*"[18]. El **fin legitimante** del proceso penal, es un fin social: resolver conflictos sociales en que los protagonistas (imputado y víctima) encuentren un espacio institucional para resolverlos. Esto fundamenta y legitima el proceso penal.

El "resolver" jurídicamente no siempre significa solucionar socialmente; de allí la importancia de establecer la coherencia entre los fines genéricos, específicos del proceso penal y específicos de cada etapa procesal, en relación a una sociedad abierta (Popper) dada y el diseño constitucional de enjuiciamiento penal.

2.1. Fines genéricos

Toda la regulación del derecho procesal penal tiende a obtener el acto que resuelva definitivamente el conflicto social ingresado al sistema de administración de justicia (cifra blanca), en el cual reside la imputación penal, dándole respuesta. La respuesta jurídica no necesariamente sanea la lesión social en términos sociales; lo que sí hace es enlazar la respuesta jurídica al conflicto social. La serie de actos que integra el procedimiento no es más que un avance —histórico-cognoscitivo y jurídico— hacia la decisión que soluciona —jurídicamente— el conflicto, la sentencia firme. Éste es el modo en el que se pretende cumplir con la función material de lograr la recomposición de la paz y seguridad jurídica[19].

Tradicionalmente se sostiene que el proceso penal tiene dos **fines genéricos** fundamentales: *descubrir la verdad* de los hechos en que se basa la pretensión jurídica que lo determina y encauza, y *actuar o realizar concretamente la ley penal*[20]. A ello se agrega, eventualmente, la actuación de la ley civil que disciplina la reparación del daño causado por el delito[21]. Estos dos fines son, el uno próximo o inmediato (el descubrimiento de la verdad), y el otro mediato (la actuación concreta de la ley penal).

Según la tradición, se afirma que si el proceso es el instrumento jurídico de hacer efectiva la ley penal sustantiva, lo cual revela que el fin *último* o *remoto* es el de proteger el orden jurídico-social y, por ende, los bienes jurídicos que la ley tutela. Esta finalidad muestra el carácter *secundario* del proceso penal y del derecho que lo regula, de modo que el proceso tiene por *finalidad mediata la actuación de la ley penal*, o sea, la función de hacer *concretas, útiles y prácticas* las previsiones abstractas de la ley de fondo[22]. En la ley de fondo es donde se revela la finalidad específica del proceso penal en procura de tornar concreta la utilidad práctica.

[18] Neuman, Elias,"Victimología". El rol..., ob. cit., ps. 28 y 29.

[19] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 89 ss.

[20] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, *ob. cit.*, p. 125.

[21] En un primer momento —del cual hoy sólo quedan resabios (delitos de acción privada)— el proceso penal se equipara al civil, aparece como una actividad eventual (no imprescindible) destinada a tutelar un interés particular, como una *contienda entre partes*, ya sea que como actor actúe el damnificado por el delito, ya sea que la acción corresponda a otro individuo. En ambos casos, existe una dualidad formal, una igualdad de partes; *el acusado es parte*, con poderes y deberes más o menos definidos. Éste es el *proceso acusatorio privado*. El proceso se convierte en instrumento del interés social; pero manteniéndose el principio de igualdad de las partes, el acusado es una de ellas. Es el advenimiento del *proceso acusatorio público*. Puede vislumbrarse hoy en la doctrina y legislación un "retorno" tendiente a acentuar la participación ciudadana en la administración del derecho, y consecuentemente dotar al proceso penal de un sesgo marcadamente proacusatorio.

[22] Tarea que de por sí no parece demasiado sencilla, y que en la actualidad merece los reparos (totales o parciales) de un importante sector de la comunidad jurídica.

2.2. Fines específicos

Vélez Mariconde afirma[23] que el proceso penal tiene por **finalidad específica**:

• Comprobar *si existe un hecho delictivo*, y establecer las *circunstancias* jurídicamente relevantes que lo rodeen: que lo califiquen, agraven o atenúen, lo justifiquen o influyan en su punibilidad.

• *Individualizar a los culpables* como partícipes de la infracción penal (autor, instigador o cómplice: CP, 31 a 34 "A" y cc).

• Establecer las *condiciones personales* (edad, educación, condiciones de vida, etc.) del supuesto culpable, que sirvan para determinar la imputabilidad y el mayor o menor grado de peligrosidad (CP, 68).

• Fijar según el caso, la *sanción* que debe aplicarse al culpable (pena o medida de seguridad).

• Verificar, eventualmente, siempre que se haya ejercido la acción civil resarcitoria, si esta tiene lugar, en caso afirmativo establecer la *indemnización* debida.

• Ordenar, eventualmente, las *ejecuciones penal* y *civil* que correspondan.

Los fines del proceso se alcanzan mediante la interrelación de los sujetos procesales (capítulo 4) intervinientes, y mediante actos procesales concretos (capítulo 3), los que en definitiva dan contenido al proceso penal. Se aspira a que los fines referidos se alcancen gradualmente mediante los actos procesales, que Vélez Mariconde presenta, desde dos puntos de vista distintos: *formal y sustancial.*

• *Formal* o extrínseca, tiene en cuenta la externalidad del acto: el *idioma* usado, el modo *oral* o *escrito* en que se expresa el pensamiento, el *lugar* y la *fecha* de realización, y la *firma* del documento respectivo. El Derecho impone estos elementos con fines de autenticidad, para asegurar formas realmente idóneas.

• *Sustancialmente* el acto procesal (en sentido estricto) es la manifestación de *voluntad* o de *conocimiento* de las personas públicas o privadas que intervienen en el proceso, con eficacia positiva sobre la constitución, desarrollo, modificación o extinción de la relación procesal[24].

El derecho procesal disciplina la *forma* de los actos procesales, las *fases* en que debe desarrollarse y los *términos* que es preciso observar, lo que significa que las normas procesales establecen los plazos en que deben ser ejercidos los poderes, o cumplidos los deberes que se acuerdan o imponen a los sujetos del proceso[25].

El ordenamiento jurídico impone la forma en que debe realizarse el cumplimiento indirecto (coactivo) del Derecho, imponiendo un esquema estándar (investigación fiscal, juicio común y recurso de casación); no obstante, prevé modos alternativos: por el acuerdo de las partes (juicio abreviado: CPP, 403), por el tipo acción de que se trate (juicio para delitos de acción privada, CPP, 405), por la competencia especial para menores, etc.

La ley procesal distingue, implícitamente, formas sustanciales y formas secundarias. La distinción se reconoce en el sistema de las *sanciones* con que se conmina la inobservancia de las formas sustanciales o de los términos perentorios, puesto que no merecen igual tratamiento las formas secundarias o los términos puramente ordenatorios[26].

[23] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 127.

[24] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 120.

[25] *Ibid*, p. 121.

[26] Cfr. Vélez Mariconde (*ob. cit.*, p. 121), para quien cuando la forma prevista por la ley es sustancial, el acto irregular no puede ingresar jurídicamente al proceso (*inadmisibilidad*), o si ha ingresado es ineficaz (*nulidad*); si el tribunal carece de potestad jurisdiccional para actuar, sus actos son también nulos; si el fiscal y las partes no ejercen los poderes que les corresponde dentro del plazo perentorio que se determina, la pérdida del poder se produce por obra de la *caducidad*; y tampoco pueden cumplir un acto incompatible con su conducta anterior, porque la *preclusión* lo impide.

2.3. Las etapas procesales y sus fines

El proceso penal se desarrolla en diversas fases o etapas, algunas esenciales y otras eventuales. Indicarlas significa anotar a grandes rasgos el procedimiento a seguir, o sea, el orden o método en que, de acuerdo con el derecho vigente, deben sucederse los actos que constituyen el proceso.

Existen procedimientos legalmente definidos fuera del proceso jurisdiccional (indirectamente controlados por un tribunal). Esto ocurre, por ejemplo, con el sumario de prevención policial y con la información o investigación fiscal preparatoria (EP), previa a la acusación y citación a juicio.

Si bien el sistema procesal hondureño puede ser considerado como mixto proacusatorio, no se alcanza el programa constitucional de enjuiciamiento acusatorio pleno, y prefiere avanzar del inquisitivo reformulado o mixto, cuyo nombre responde a la yuxtaposición de formas de diversa índole: unas inquisitivas (instrucción) y otras acusatorias (formales, para el juicio).

Esta mezcla propone la división del proceso en dos etapas fundamentales: una investigativa o preparatoria del juicio, y el juicio plenario. Entre ambas el CPP, prevé la etapa "intermedia" para controlar la acusación. Estas modalidades se amplían en los capitulos 6 y 7.

Por regla general —pero con no pocas excepciones—, en las etapas: Preparatoria (EP) y el Juicio, prevalece, la escritura y la oralidad[27] respectivamente. *La etapa preparatoria* del proceso penal *es* el momento investigativo, *eventual*[28] *y preparatoria del juicio, que cumple* el *órgano judicial en virtud de excitación oficial* (de la policia o del Ministerio Público), *en forma limitadamente pública y contradictoria, para investigar la verdad acerca de los extremos de la imputación penal, con el fin de servir de base al sobreseimiento y a la acusación*[29] *o* a otra alternativa de está.

La **etapa intermedia** está destinada a controlar la legalidad de la acusación formulada durante la "*audiencia preliminar*" (CPP, 300), previendo la oposición de la defensa (CPP, 300 último párrafo) y la resolución del juez de letras rechazando la acusación por falta de fundamentos (CPP, 302 último párrafo) o, por el contrario, acogiéndola jurisdiccionalmente en el "auto de apertura a juicio" (CPP; 202) y su remisión al tribunal de sentencia (CPP; 303). El juez de letras tiene como tarea cumplir la función de juez de garantías y contralor de legalidad. La resolución no es recurrible.

La ley no prevé la *etapa intermedia* en casos excepcionales como el de "procedimiento abreviado" (CPP, 403), casos de delitos de acción privada (CPP, 27), juicio por faltas (CPP, 424), etc.

El ***juicio*** *es la fase esencial*[30] o epicentro *del proceso penal, tiene* como *fin establecer si se acreditan total o parcialmente, o no, los extremos argumentados fáctica y jurídicamente en la acusación (jurisdiccionalizada en el auto de apertura a juicio, o querella, según el caso), con certeza positiva fundada en la prueba examinada y contraexaminada por las partes, recibida*

[27] Se sostiene que están fuera del proceso jurisdiccional —aunque le sirvan de base—; puede decirse que la ley regula una *fase preprocesal de investigación*, un *sumario de prevención* de carácter cautelar, que tiende a evitar la dispersión de las pruebas o que se eluda la acción de los órganos judiciales competentes.

[28] Es *eventual* porque el proceso puede llevarse a cabo sin IPP, como ocurre en los casos del juicio por delitos de acción privada y en el realizado, faltas o contravenciones.

[29] Teniendo en cuenta el fin específico de la IPP, dar base al sobreseimiento o a la acusación (CPP, 302), se prevé una *fase crítica* (o etapa intermedia, porque se produce después de la clausura de aquélla: CPP, 354/360), destinada a resolver si existe o no fundamento para elevar la causa a juicio.

[30] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 131. El autor refiere que es una etapa esencial, que tiene por presupuesto formal una acusación, cualquiera sea el acto que la contenga. El contradictorio es más acentuado sin ser pleno. La decisión del tribunal —basada exclusivamente en el debate, el momento culminante del juicio— es definitiva (no firme), en cuanto cierra definitivamente la instancia con respecto a la pretensión penal y a la civil (si se hubiera ejercido).

por el Tribunal que declara por sentencia la relación jurídico sustantiva, basada en el debate realizado en forma oral, pública, continua y contradictoria.

Además del **juicio común**, se prevé otros juicios **especiales** (abreviado, acción privada, faltas, etc.,)[31] y formas alternativas a la acusación (Criterio de oportunidad, CPP, 28, suspensión de la persecución, CPP, 36, conversión de la acción, CPP, 41). Las normas del juicio común son generalmente aplicables para los otros, salvo las previsiones específicas. El juicio común representa el estándar de calidad hondureño para la "*re-solución*" de conflictos sociales penales, sobre cuyo pronóstico las partes orientan su actuación procesal previa y posterior al juicio.

Los **recursos** constituyen *fases eventuales y extraordinarias*. El control de la sentencia, con la cual concluye el juicio, se efectúa especialmente por medio del recurso de *casación,* que acepta planteos solamente sobre cuestiones jurídicas y no fácticas y la sentencia del tribunal de juicio no es apelable. La sentencia puede ser recurrida por vía de *inconstitucionalidad* y *revisión.* Estos recursos son competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia (CPP, 55).

Finalmente se lleva a cabo la ***fase de ejecución***. Corresponde al juez de ejecución (CPP, 60) controlar el cumplimiento de las garantías constitucionales durante el tiempo en que el condenado está alojado en el establecimiento penitenciario, cumpliendo la pena impuesta por el tribunal de juicio; en términos generales dispone las medidas necesarias para hacer efectivo el pronunciamiento de la sentencia firme que hace cosa juzgada.

3. Interés tutelado por el proceso penal

A través del concepto de publicidad, en el sentido de oficiosidad de la acción penal, se transforma el conflicto de particulares (víctima-victimario) en una relación pública o publicística, de tal forma que la amplia mayoría de figuras penales del catálogo descritas por el CP son delitos, cuyo ejercicio de la acción penal es pública y de persecución oficial (véase capítulo 3). Posteriormente se desarrolla como "oficialidad" y especialmente "oficiosidad" de la persecución penal, muestra a las claras el *interés* estatal de organizar el procedimiento penal y el Derecho de determinada forma. Esta forma no es aleatoria, casual ni caprichosa, sino, que responde a fines estatales que exceden la prestación del servicio (público) de administración de justicia[32].

La autopreservación parece estar implícita en la mecánica del poder; así, cada organización o agencia que ejerce poder intentará subsistir, autopreservándose además de cumplir con los objetivos explícitos. La administración de justicia es una de las formas de ejercer el poder para el control social, según los alcances referidos en el capítulo 1, por lo que no debe extrañar que en el programa del ejercicio del poder estatal coexistan los intereses centrales y los colaterales.

Los intereses centrales regularmente se presentan como primera línea de legitimación (dentro del discurso de justificación), y los intereses colaterales se exhiben con mayor o menor énfasis, según sean necesarios dentro de la escala de valores proclamada —explícita o implícitamente— dentro de la organización social en la que la agencia presta servicios. Por ejemplo, en relación con el sistema penal, si el sistema de enjuiciamiento acepta como principio el postulado de la

[31] De las reacciones de coerción material (pena y medida de seguridad), el CPP sólo diseña los procedimientos principal y especiales para la imposición de penas, y no se prevé un procedimiento especial para la aplicación de medidas de seguridad y corrección, como sucede en la legislación comparada; sólo se captan situaciones procesales específicas (CPP, 85, 352, 421, 445, 472, 521, 522 y 525).

[32] Así, por ejemplo, en el preámbulo de la CN se propone como objetivo no solamente *afianzar la justicia,* sino también constituir la unión nacional, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para las personas.

"verdad real" como base para aplicar el Derecho (interés central), hará pivotear el discurso de justificación sobre ese interés; en menor medida podrá argumentar a su favor que las partes procesales pueden intervenir probatoriamente con mayor libertad (interés colateral deseado), y evitar —y hasta ocultar— la utilización de la tortura y otros métodos para la obtención de la verdad real (interés colateral indeseado).

En el sistema, no hay —o no debe de haber—*interés indeseado* (sea colateral o central). Regularmente el interés indeseado se encuentra ausente o desplazado por otro interés central —en el ejemplo anterior, el respeto a la dignidad humana, proscribe la tortura y hasta puede convertirla en un tipo penal específico para tutelar mejor el interés central—.

La dignidad de las personas constituye el interés central del Estado hondureño (CR, preámbulo, 68 y CPP, 3) por elevar a rango constitucional los tratados internacionales sobre derechos humanos (CR, 16, 18 y 315), no siempre las cosas fueron así, ni en el mundo del Derecho y menos aún en el mundo de los hechos.

Se ha sostenido[33] que "*preclaros juristas, como en la Alemania de Hitler, por fuerza de las circunstancias, por debilidad moral, fueron forjando opiniones que apoyaban, bajo la cubierta de la teoría del Derecho, sistemas que despreciaban los valores mínimos de las personas, sacrificándolos en nombre del Estado, la nación o la raza*".

Asumiendo la idea constitucional de "Estado liberal", se abandona la justificación y legitimación del Estado por sí mismo (el Estado por el Estado mismo), por la religión, por determinada clase social, etnia, etc., por el contrario, son las personas, los usufructuarios del sistema estatal liberal, que legitiman que en el centro más alto de la geografía axiológica (y no sólo en el mapa) está la libertad[34].

La tarea consiste en localizar los intereses tutelados por el programa de enjuiciamiento penal en la organización social hondureña y la axiología subyacente, distinguiendo los aspectos objetivizados como valores por el ordenamiento jurídico, con carácter central y los colaterales. La Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes que en consecuencia se dictan, ofrecen al intérprete parámetros para discriminar los que resultan deseables y los que deben ser acotados o no tienen cabida en la organización jurídico-política de la república democrática dispuesta a aplicar un programa de enjuiciamiento penal.

Lo expuesto anteriormente constituye el norte interpretativo y de aplicación del DPP, por lo que debe mantenerse una actitud vigilante (atenta), sobre los intereses tutelados por el sistema

[33] Rodríguez, Mariano A., *Detrás de la oralidad, ob cit*, p. 34.

[34] Claro está que el constituyente pudo elegir el honor, la virtud, la felicidad u otro valor cumbre objetivizándolo en la norma fundante, pero no fue así. La norma hipotética fundamental reflejada en la Constitución escrita presenta a la libertad como valor supremo y con él estructura una constelación de declaraciones, derechos y garantías que aseguren los beneficios de la libertad, de modo que se posibilite la autodeterminación, ampliando la zona de decisión de cada persona, de lo cual se deriva, por ejemplo, la inviolabilidad de la propiedad privada, en el entendido de que a mayor propiedad privada —capital—, mayor será la esfera de decisión de la persona libre en el mercado (capitalismo) de bienes y servicios, pero no necesariamente feliz, ni necesariamente musulmán, ni necesariamente aristócrata, ni necesariamente burgués, ni necesariamente ario, etc. Al igual que con la propiedad, el valor libertad requiere que la persona pueda disponer de su cuerpo (hábeas corpus) no sometido a detenciones o arrestos, que pueda desplazarse (libertad ambulatoria), etc., a lo que se debe sumar una serie de derechos más, enumerados o no, que el Estado le garantiza a la persona respecto de terceros y de los que el Estado garante no lo privará por sí (pena estatal), sin juicio previo y debido proceso legal, siendo inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, por lo que sólo en cumplimiento de la Constitución jurídica y política del país el Estado se legitima como Estado liberal, de lo contrario será un Estado de otro tipo, de facto. Claro está que *privilegiar* el valor libertad no implica negar otros que se desplegarán sin tanto favorecimiento institucional, sean o no estos valores de aquellos con los que regularmente se vinculan formas de gobierno, por caso, el *honor* como principio de la monarquía, la *virtud* como principio de la república, etc.

penal a la hora de optar por una solución jurídica, deslindando la exaltación de valores jurídicos objetivos de la ideología subjetiva, situación en la que regularmente todos ingresamos[35].

Por ejemplo, la averiguación de la verdad, el logro de la justicia, el interés público, el interés social, etc., se presenta en el discurso de justificación como el interés central del proceso penal, para ejercer el derecho subjetivo del Estado a penar (*ius punendi*) a una o más personas. Frente a estos intereses surgen otros con carácter central (cuando menos en el discurso de justificación), tal como la libertad personal, la autolimitación estatal de no desbaratar los derechos individuales acordados constitucionalmente, el respeto a las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, etc.

Se presenta la necesidad de ecualizar los intereses centrales colectivos con los individuales. Dentro de los individuales no sólo están los del imputado, sino también los de la víctima y los del ciudadano común, que no es parte del conflicto pero tiene interés legítimo en la calidad del servicio de justicia que se presta por cuanto él puede —potencialmente— estar sometido como víctima o victimario.

En el plano temporal, el postulado constitucional de "plena realización del hombre [...] dentro de la justicia" (CR, Preámbulo) parece encontrar su delicado equilibrio en el "sistema" de administración de justicia (administración del Derecho) más que en el concepto de "justicia" ideal, tema referido en el capítulo anterior.

No debe confundirse la política criminal del Estado con los intereses tutelados por el proceso penal. La lucha contra la delictividad social, los criterios de persecución penal, la aplicación de condenas "ejemplificadoras", etc., y aquellas otras medidas del poder jurisdiccional que pretenden restablecer la tranquilidad de la opinión pública o de las opiniones publicadas, integran las cuestiones de política criminal[36] distintas de los intereses tutelados por el procedimiento penal.

"*Y recuérdese que se debe ver el origen del derecho penal, no en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del Derecho. Y adviértase que las dos formas son esencialmente diferentes, porque la defensa de la sociedad podría también servir, en ciertos casos, para legitimar la violación del derecho individual, si se amplía el peligroso principio* salus populi, suprema lex est*; lo que no puede admitirse en el derecho penal, porque sustituyendo la dominación de la utilidad a la dominación de la justicia, se conduce a las leyes de la violencia, mientras que, por el contrario, la fórmula defensa del Derecho, no admite esta posibilidad*"[37].

El caso penal puede ser enfocado desde diversos ángulos, para los debidos fines, aquí sólo interesa nombrarlos y diferenciar dos de ellos: la cuestión sociológica del hecho delictivo y el carácter publicístico (o público) del derecho procesal, sea penal o extrapenal.

[35] No se trata de asignar una peyorativa connotación a "la ideología" —lo cual significaría incurrir en el error que se pretende evitar— y una ponderación favorable y eterna de los valores jurídicos, como si éstos debieran ser válidos en todo tiempo y lugar, y ajenos a toda transformación de la sociedad en la que pretenden tener vigencia; sólo se trata de distinguir unos y otra, compararlos pero no confundirlos, y mucho menos fundirlos.

[36] La política criminal es, en todo caso, la última herramienta de las diversas políticas estatales orientadas a solucionar conflictos sociales y promover el bienestar general. Ciertamente es muy diferente la política criminal, utilizada como última reacción del Estado frente al fracaso de las otras políticas (social, laboral, tributaria, distributiva, educativa, de salud, etc.) de los intereses tutelados en el proceso penal, pensado este último como un servicio público de administración del derecho penal, que no ha de ser el que solucione todo conflicto social, sino solamente los de máxima intensidad (*última ratio*), conflictos que el sistema penal (derecho penal y procesal incluidos) no crea. Antes bien, el aumento de casos penales certifica el fracaso de otras áreas de la política del Estado, y la acentuación represiva general de la política criminal, en el mejor de los casos, sólo sofoca el síntoma sin tratar las causas sociales de la criminalidad.

[37] Carrara, Francisco, *Programa de derecho criminal*, t. II, Bs. As., Depalma, 1944, § 815, p. 190, citado por Mariano Rodríguez, *Detrás de la oralidad, ob. cit.*, p. 17; para este último autor, la cuestión del interés público del proceso penal se resuelve en la diferenciación entre protección del derecho y protección social (p. 52).

En rigor lingüístico, debe diferenciarse el interés oficial (del Estado, y en ciertos casos, Gobierno y Estado), el individual (de los particulares directamente involucrados en el conflicto social), y público (ante la comunidad).

El conflicto social que el proceso penal (oficial) trata de resolver, primero es el particular (o privado, de las partes procesales, sean ellas, víctimas y victimarios en su consideración como actores sociales) luego podrá tener mayor o menor incidencia pública (ante la comunidad) según sea la naturaleza del injusto (por ejemplo, hurto vs. genocidio), pero nunca puede ser considerado exclusivamente oficial (o estatal) en el Estado liberal, que atiende al pedido de justicia (CR, 80) de particulares (o representantes de particulares, considerados individual o colectivamente) que pretende como titulares de derechos (CR,2).

Cuando el Estado actúa como persona jurídica puede ser víctima del delito, los delitos nunca los comete el Estado, sino los funcionarios (cohecho —CP, 361 y ss.—), o en términos generales, delitos contra —desde— la administración pública (Título XIII, del Libro Segundo, del CP, arts. 349 y ss.), en todo caso se puede hablar de delitos cometidos *desde* el Estado por o con "funcionarios públicos" o "empleados públicos"[38].

Confusión que se fomenta con nomenclaturas como la de Ministerio (que significa servicio) Público (que ha adquirido la connotación de oficial, por sobre la comunitaria) Fiscal (que a más de sus orígenes y connotaciones históricas, alude a la persecución penal como agente y como consultor a la jurisdicción).

Precisamente el Ministerio Público Fiscal es la organización estatal encargada de las acciones penales públicas ejercitables de oficio (CP, 25), y en los casos que dependen de instancia privada (CP, 26), el interés público de la acción queda subordinado a que la víctima manifieste su voluntad en contra del imputado para que MP lo persiga penalmente.

En este sentido Jorge De la Rúa define las dos expresiones en los siguientes términos: "*Seguridad pública es seguridad común, es decir, es el objeto de protección frente a actos generadores de daño o peligro indeterminado para personas o cosas (la conducción temeraria o la manifiesta impericia) Interés público se refiere a conductas que lesionan o ponen en peligro valores de interés común (víctima que es autoridad)*"[39].

La determinación de ese *plus de valores* lesionados o puestos en peligro más allá del interés del detentador (víctima) de los bienes jurídicos afectados (concreta o potencialmente) por la desviación social punible, en donde se encuentra la justificación del pretendido *plus* de respuesta estatal (acción procesal oficial) ante el delito. Esta determinación —nunca explicitada— no justifica su proyección a la jurisdiccionalidad (tribunal parcial, por estar comprometido con el "plus de valores"), ya que transformaría al juez en justiciero, y al juicio previo en proceso aparente.

El proceso penal se instituye en el medio de administrar el Derecho coactivamente, y autolimitación de la función represiva, indispensable del Estado de Derecho, para garantía de las personas, sean estas víctimas, victimarios, imputados o terceros ciudadanos; peticionando ante el tribunal competente de la república por sí, mediante representante, o el propio estado a través del Ministerio Público (MP) o el Ministerio Pupilar (Defensa Pública).

[38] Cfr. De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1997, p. 1183, Nº 16.
[39] Cfr. De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino, ob. cit*, p. 1155, Nº 75.

En torno a la idea de Estado liberal de mínima intervención, Mariano A. Rodríguez[40] afirma que aun en los casos de persecución penal estatal, pensado como expropiación de la capacidad de reacción de la víctima del delito, la solución estatal del conflicto social no puede ir más allá de los intereses individuales involucrados en él (víctima y victimario), ya que "[...] *La solución de las contiendas nacidas de una conducta delictiva no afectan la soberanía del Estado en modo alguno, de modo tal que epistemológicamente, el carácter superior, publicístico, que la teoría procesal* —tradicional— *pretende atribuirle al proceso penal, es una simple cuestión de teoría política, pero no un derivado de la soberanía del Estado que en nada se ve afectado por esos acontecimientos*".

"*El delito sólo puede incidir directamente sobre el Estado cuando las conductas consideradas ilegales lo afectan en su composición o desenvolvimiento institucional, pero no cuando el perjuicio reside en un individuo —víctima— que reclama de él, expresamente, su intervención*" —de garante, según su pretensión, como benéfico de la propia libertad y afianzamiento de la justicia.

La posición es consistente, particularmente si se piensa que en las repúblicas democráticas la justicia no se *dispensa* como concesión del monarca, sino que se *pide* como acto propio de participación democrática (CR, 2 y 80).

"*Esta es la única forma democrática que estructura la formación del Estado, en orden al control de las conductas de las personas. El conservadurismo procesal pretende no otra cosa que una forma de organización política autoritaria, paternalista, y desprecia el principio moral de la autonomía de las personas, sobrepasando sus intereses y sus requerimientos*".

Desde una concepción del Estado potestativo, Alfredo Vélez Mariconde[41] acentúa más los intereses colectivos del proceso penal, y afirma que "constituye una garantía para la sociedad y el individuo perseguido penalmente, de modo que cumple una doble función de tutela jurídica: protege el *interés social por el imperio del Derecho, reprimiendo al delincuente,* y *el interés individual* (también social), *por la libertad personal.* En otros términos, *además* de ser un medio para que la sociedad ejercite su potestad represiva, constituye una *garantía individual*; es un sistema formal de garantías".

El modelo potestativo es proinquisitivo y el modelo liberal de Estado es proacusatorio.

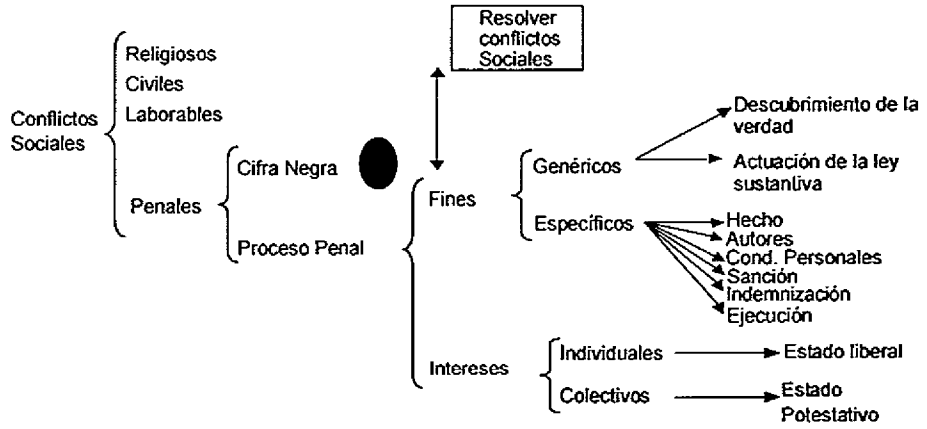
Bajo la tesis tradicional (Vélez Mariconde), se acepta que el Estado liberal, democrático y republicano, reconoce el valor de los intereses individuales y colectivos; aunque se priorizan los primeros. Desde el punto de vista práctico, esta axiología se refleja en el análisis dogmático de los diversos momentos o circunstancias procesales en donde se prioriza uno sobre el otro. Ejemplo de priorización del interés individual lo constituye el estado de inocencia, y particularmente el *in dubio pro* acusado como manifestación, que rige plenamente durante el juicio; ejemplo de priorización del interés colectivo se encuentra en la utilización de los medios de coerción, particularmente en algunos casos de prisión preventiva.

Para concluir, en caso de conflicto entre dichos intereses, debe prevalecer lo relativo a la libertad individual pues el sistema se basa en el principio de inocencia, y si se pretende es alcanzar el sistema acusatorio, el tribunal debe subsidiar la deficitaria tarea de las partes *so pretexto* de tutelar mejor los intereses puestos en juego en el proceso penal.

[40] Rodríguez, Mariano, *Detrás de la oralidad, ob. cit.*, ps. 47 y 87.
[41] Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal, ob. cit.* t. II, p. 127, (cursivas del original).

La horizontalización del poder, que presume la organización democrática liberal, conlleva en lo judicial la responsabilidad de asumir los riesgos propios de cada función. La responsabilidad del tribunal ante la deficitaria actuación de las partes que acusan o se defienden, no es subsidiaria, sino denunciarla, en caso del MP al Fiscal General, los abogados que procuran el Derecho al Colegio de Abogados. Se podrá encontrar adelante un resumen gráfico de lo explicado anteriormente.

La comunidad encuentra el camino para defender los derechos y a las personas, permitiendo que el afecto por el delito, intervenga en el proceso peticionando la sanción penal y que el MP haga lo propio, así como que las partes civiles hagan valer sus pretensiones, el imputado ejerza el derecho de defensa, y el Estado garante, a través del tribunal imparcial, diga si los hechos son tales, y en su caso aplique la pena, permitiendo el pleno ejercicio del derecho de defensa en irrestricto respeto de la dignidad humana, tanto de la víctima como del victimario.



En los puntos 5, 6 y 7 de este capítulo se pueden observar las derivaciones procesales surgidas de la discusión sobre los intereses tutelados por el proceso penal. Ellos son los llamados principios del proceso penal.

4. Principios políticos del proceso penal en la República de Honduras

Este apartado aborda los *principios* que, bajo las reglas constitucionales, direccionan el enjuiciamiento penal en el entorno jurídico-cultural (local, regional y latinoamericano) para alcanzar los *fines* del proceso penal. Referidos fundamentalmente, al **sistema** de persecución penal (*público* por regla, con pocas excepciones) y, por otra, al **objeto inmediato** que pretende lograr la realización del procedimiento (*averiguar la verdad* acerca de una hipótesis histórica)[42].

Se observa que el principio de la verdad real, se ha erigido como el fin en sí mismo. En el actual estado de desarrollo del DPP, "la verdad real" parece aceptable como "principio" ya no como un "fin" en sí mismo, llevado hasta la obsesión que imposibilita la función de recomposición de la paz social y seguridad jurídica.

[42] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.*, ps. 811 ss.

Los principios desarrollados, (**estatalidad** de la persecución penal y la búsqueda de la **verdad real**) no provienen de reglas constitucionales, aunque histórica y culturalmente la ley fundamental los ha tenido en cuenta para establecer sus límites, esto es, para regular las garantías de los individuos frente al poder penal del Estado que ella supone. Sin embargo, nada impide que el sistema penal adopte otro rumbo, promueva principios distintos que varíen el concepto establecido en el derecho penal, o recurra a limitar los existentes, fijando excepciones para las reglas que proclama[43].

En este sentido, nada impide, por ejemplo, el ingreso de la autonomía de la voluntad al derecho penal, en mayor o menor medida, reemplazando, total o parcialmente, la idea del derecho penal como poder exclusivo del Estado, que suprime la influencia efectiva en el sistema de la voluntad particular, especialmente de la voluntad de la víctima. Desde el punto de vista formal, la modificación expresada representaría, en el derecho procesal penal, la adopción de un sistema acusatorio puro para el enjuiciamiento penal[44]. Tampoco es incompatible con ciertas formas del principio de oportunidad reglada (CPP, 28 y ss.), y acepta también formas de simplificación del procedimiento como el juicio abreviado[45] (CPP 403).

5. La función penal del Estado

La historia del DPP presenta una amplia gama de mutaciones en las modalidades de resolución de conflictos sociales vinculados a lo penal. Actualmente la transformación consiste, básicamente, en **expropiar** a los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor, y mandar a ciertos órganos del Estado a proceder *de oficio* (*per inquisitionem*), sin esperar ni atender la voluntad de los individuos (*per acusationem*), por otra parte, en instituir la pena, y el derecho penal en general, como un poder del Estado —sin duda, el arma más vigorosa y fuerte— para el control social de los habitantes. El conflicto ha dejado de ser de los particulares (víctima-victimario), es del Estado; consecuentemente también es monopólicamente estatal el *cómo resolverlo*[46].

En el sistema acusatorio primitivo la víctima jugaba un rol protagónico como sujeto impulsor del procedimiento penal; con el advenimiento de la inquisición desapareció el protagonismo del damnificado por el delito, toda vez que el poder estatal le *expropia* al particular sus facultades de reaccionar ante el delito, ejerciendo el poder central, el monopolio de la **persecución** y **decisión** de las cuestiones penales.

Las nuevas corrientes del procesalismo, del derecho penal, de la criminología, y en términos generales del sistema penal, le devuelven algún grado de protagonismo a la víctima en la resolución de conflictos sociales de carácter penal, tanto en el llamado derecho penal "no convencional" como en el convencional[47].

Con el surgimiento del Estado-nación, y dentro del Estado de Derecho, la rémora inquisitiva de expropiar los derechos del ofendido fue legitimada política y jurídicamente mediante sistemas procesales que le asigna a la víctima el rol de transmisor de conocimientos del hecho ilícito,

[43] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.*

[44] *Ibid.*

[45] Los casos de autonomía de la voluntad en el sistema penal, si bien son escasos pero van —saludablemente— en aumento, casos muy reducidos en términos comparativos, entre los que se cuentan los delitos de acción privada (CP, 73; CPP, 8); los delitos que dependientes de instancia privada (CP, 72; CPP, 6), para ser perseguidos por el Estado, tras la instancia de un particular, la suspensión del proceso a prueba (CP, 76 bis), el art. 14 de la ley penal tributaria, (23.771), la ley 23.737 (ley penal de estupefacientes, art. 16 y cc.), art. 132 del CP, previendo el casamiento con la ofendida en ciertos delitos contra la honestidad; en materia procesal el juicio abreviado (CPP, 415), recursos (CPP, 443 ss.).

[46] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.*, ps. 813 ss.

[47] Cfr., desde el enfoque procesal, Pastor, Daniel, *¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no convencionales?, ob. cit.*

como forma de descubrimiento de la verdad real. O sea que, a la víctima sólo se le reconoce procesalmente el carácter de *testigo*.

Con la concepción de la **pena integral** (con la cual se pretende también la reparación de los daños causados por el hecho ilícito) así como el positivismo criminológico de Ferri y su escuela usan la figura de la víctima como justificativo del ***plus*** de punición.

Actualmente, la victimología, con cierta autonomía científica, pretende encontrar soluciones alternativas al padecimiento del hecho ilícito, y donde las respuestas son tan diversas así como las escuelas generadas en torno al tema. Conscientes que el proceso penal, la mayoría de las veces, constituye un mecanismo institucionalizado de "victimización secundaria"[48], se plantean formas de despenalización tales como la suspensión del proceso a prueba, satisfacción de los intereses vulnerados al titular del bien jurídico lesionado por el delito (derecho penal mínimo), y hasta soluciones construidas en torno a la reparación de la ofensa sin la utilización de la pena estatal (abolicionista), y un sinnúmero de modalidades intermedias que, aceptando la realidad descripta por las ciencias empíricas, reconocen el fracaso de la política de resocialización de los penados, así como la insuficiencia estatal para poder brindar tratamiento terapéutico correctivo de la pretendida desviación social del condenado penalmente.

En última instancia, se pretende ampliar el esquema mental de representación del procesalismo tradicional, según el cual el proceso penal debe moverse entre dos intereses, el colectivo, representado por el Estado, y el individual del imputado. Al conjunto integrado por los *intereses del Estado e imputado se le agrega, entre otros componentes, el de la víctima del delito mismo.*

El debate sobre la **función** y los **fines de la pena**[49] es el que preside el discurso científico que expone y pretende dar solución al problema. De la política real o de la ideología expuesta dependen las diferentes soluciones que existen o se postulan incluso en el derecho penal formal o adjetivo (DPP). Por ejemplo, los principios de *oficialidad*, que lidera la persecución penal, y de *legalidad*, que instituye el deber de perseguir penalmente toda hipótesis delictiva conocida, son consecuencia directa de la consolidación del poder político central, de la pena estatal, su correlato en el orden jurídico penal, y de las teorías expiacionistas o *retribucionistas* sobre el fin de la pena.

5.1. Retribución, prevención y composición en el sistema penal

El tema abordado presume un problema de política criminal compartido por el derecho procesal penal y por el derecho penal sustancial, por lo que, para ofrecer soluciones se debe enfocar el tema desde la integralidad del sistema penal, aun cuando aquí se enfatiza en la cuestión procesal.

El objeto se enfoca desde dos ángulos distintos: el derecho penal material y el derecho procesal penal, integrados en el sistema penal. En el derecho penal sustancial se focaliza *la pena* como la capacidad (cuando menos como aspiración) de lograr la reparación integral del daño sufrido por la víctima. La reparación es uno de los fines de la pena.

En el derecho procesal penal, el acento se coloca en la participación procesal por el hecho delictivo acordada al ofendido (víctima), es decir, las facultades o competencias que se le reconocen como morigerante de la expropiación estatal del conflicto sufrido.

[48] Es decir, todos aquellos padecimientos que sufre la víctima durante la tramitación del proceso penal.

[49] El debate se da hoy tanto desde el punto de vista de la sociología jurídica (plano empírico, mundo del ser) cuanto desde la filosofía jurídica (plano normativo, mundo del deber ser).

5.2. Los fines de la pena estatal

Entre diversas justificaciones ensayadas para legitimar la pena estatal emerge la **tesis retributiva**, la cual corresponde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y que el culpable debe encontrar en él su merecido[50].

El merecimiento suele tener su génesis en razones de tipo:

- **Religioso**, que no distingue pecado de delito, penitencia de pena, ni justicia divina en función de la pena. Obviamente no se concibe al derecho penal como resorte de *ultima ratio* sino como correctivo omnipresente.
- **Etica**, por la cual, por el delito cometido debe imponerse la pena aunque resulte innecesaria —y hasta contraproducente— para el bien común de la sociedad. El argumento de la filosofía práctica (ética) lleva a conclusiones no siempre *prácticas*. El concepto se expresa bajo la idea kantiana de que el hombre "es un fin en sí mismo", que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, esto es, castigar a un hombre por razones de utilidad social; por tanto sólo es admisible fundar la pena en "exigencias de justicia": la ley penal se presenta como un "imperativo categórico" con prescindencia de todo criterio de oportunidad, conveniencia, utilidad social o de otro tipo.
- **Jurídica**, que Hegel con mayor rigorismo jurídico apoya, justificando la pena en la necesidad de restablecer la vigencia de la "voluntad general" negada (quebrada) por la "voluntad especial" del infractor mediante el delito. Según el método dialéctico hegeliano, la voluntad general (orden jurídico) es la "tesis"; la negación del orden jurídico por el delito es la "antítesis", y la negación de ésta será la "síntesis" a la que se llega mediante el castigo del delito. En esta construcción la pena se concibe como reacción (negación de la negación) que mira al pasado y no como instrumento de fines utilitarios posteriores[51].

Con criterio pragmático pueden observarse las posiciones enroladas dentro de cierto idealismo filosófico generalizado en la concepción de la pena por la pena misma, con carácter de absoluto (teorías absolutas) propio del concepto de "justicia" más idealista.

Aportando una dosis de realismo, frente a las formas retributivas, surge la llamada teoría de la prevención, que endereza la utilidad relativizada en su utilización (teorías relativas) a las circunstanciales necesidades de la prevención.

"Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro"[52]. La pena no se justifica en sí misma como castigo del mal, como respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros.

[50] Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, ob. cit.*, ps. 52 ss.
[51] *Ibid.*
[52] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, ob. cit.*, p. 55.

Se distingue entre:

a. **Prevención general**: se trata del efecto ejemplificador de la pena estatal como medio para evitar que en la sociedad surjan delincuentes.

- **Prevención general negativa**: mediante la pena se contramotiva a los potenciales delincuentes (efecto de *coacción psicológica* generalizado), a fin de maximizar los resultados de contramotivación se recomendaba para algunos que el acento se ponga en la *ejecución* de la pena, llegando a ser brutal en determinados casos. El individuo se usa como medio ("una sanción ejemplificadora"), y no se lo piensa como fin en sí mismo.
- **Prevención general positiva**: No es sólo la intimidación negativa lo que justifica la prevención general de la pena, sino que se logra el fortalecimiento de las convicciones jurídicas fundamentales, esto es, una afirmación positiva del sistema penal institucionalizado por el estado ("hay derecho").

b. **Prevención especial** (o individual): la pena busca evitar que quien ha delinquido vuelva a delinquir (reincidencia: CP, 50 y cc.), se atiende al singular autor del delito concreto, y no a la generalidad de la comunidad.

La prevención general opera en el momento de la conminación legal (*ex ante* delito); en cambio, la prevención especial opera en el momento de la determinación individual de la pena al tiempo de su ejecución (*ex post* delito).

En forma esquemática puede representarse las proyecciones de la teoría de justificación de la pena estatal, las tesis en que se apoyan, las principales justificaciones ensayadas y la repercusión en el proceso penal pensado desde el conflicto social protagonizado por víctima y victimario. Algunas categorías utilizadas se desarrollan posteriormente, por lo que se pretende cumplir una doble función: *consolidar* la ubicación conceptual de las categorías ya explicadas y *explorar* sobre las venideras.

Fines de la pena estatal			Repercusión procesal		
Teorías	Tesis	Justificación	Principio	Imputado	Víctima
Absolutas	Retributivas	1. Teleológica 2. Etica 3. Jurídica	Inevitalidad Legalidad Irretractabilidad	Garantido	*Testigo
Relativas	Preventivas	a) General * Positiva * Negativa b) Especial	* Suspensión a prueba * Criterios reglados Oportunidad *Conversión de la acción *Criterio y control político (EE.UU.)	Garantido	* Reparado * Querellante * Actor civil * Testigo
Composición				Acuerdo forzado	

"El ingreso de la reparación como tercera vía del derecho penal, y el regreso de la composición, en cierta manera, del principio de la autonomía de la voluntad, al derecho procesal penal, permite hablar de la privatización del derecho penal, todavía en génesis, y relativizar la caracterización anterior que aún hoy la preside"[53].

"Aunque la discusión sobre la naturaleza, fundamento y fin de la pena se renueva permanentemente entre los teóricos, en la práctica daría la impresión que el máximo de la escala penal conminada para un delito, opera como límite a la mentada finalidad de *retribución*, en relación con la culpabilidad del agente; el mínimo de la escala parece el límite por debajo del cual la pena no satisfacería su asignado propósito de *prevención general*, pues una pena ridícula ante los ojos de la gente en lugar de disuadir podría estimular al delito, poniendo en crisis la idea de conveniencia de no violar la ley; y el espacio existente entre ambos topes sería el ámbito para que la pena cumpla su postulada función de *prevención especial*, evitando la reincidencia, ya sea por la falta de impulso del agente tras el escarmiento de las rejas (pena absolutamente predominante) o por la resocialización que el tratamiento penitenciario operó con su persona"[54].

5.3. Consecuencias procesales de la teoría de la pena

Desde el análisis conglobante del derecho penal y del derecho procesal penal, como integrativos del único fenómeno, el sistema penal, revela la estrecha vinculación entre los fines de la pena y los postulados procesales de "perseguir y castigar", máxime cuando la pretensión de *perseguir y castigarlo todo*[55] aparece en la actualidad más como un discurso idealista que como un programa susceptible de concretarse en la práctica[56].

Entre las teorías de justificación de la pena puede distinguirse: la teoría absoluta de la pena, que corresponde la forma de aplicación (DPP) con el principio de legalidad sin excepción alguna; y la teoría relativa de la pena, que corresponde el modo de aplicación con el principio de oportunidad (o de legalidad con excepciones)[57], y otras formas de atenuar el principio de legalidad con intervención del poder jurisdiccional.

Tradicionalmente se toma posición resolviendo la disyuntiva con marcada inclinación en favor de las teorías absolutistas de la pena y el principio de legalidad a ultranza, en detrimento de las posiciones utilitarias de la pena y del principio de oportunidad. Estas posiciones van quedando superadas por las nuevas corrientes (Guatemala, Argentina, Italia, Alemania, etc.) que instauran institutos tales como:

- El principio de oportunidad, pautando criterios para su aplicación (CPP, 28)[58].

[53] Maier, Julio, Derecho procesal penal, ob. cit., p. 87.

[54] Cafferata Nores, José, *Introducción al Derecho procesal penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1994, ps. 41 y 42. El autor citado aclara que la resocialización del tratamiento penitenciario "no se pregona como coactivo, tanto por que no se le reconocen al Estado la atribución de educar por la fuerza a un adulto, como por que se descree en el logro del objetivo resocializador sin la cooperación voluntaria del penado en esa tarea".

[55] Cfr. Hassemer, Winfried, *Die strafverfolgung: legalität und oportunität*, en "Hacia una nueva justicia penal", Presidencia de la Nación, Consejo para la Consolidación de la Democracia, República Argentina, Bs. As., 1989, t. 1, ps. 29 ss. En esta obra, aludiendo a la vinculación del derecho de forma y de fondo, se explica la mutua implicación de las concepciones que tiene por norte "a la justicia ideal" con las *teorías absolutas de la pena*, en tanto que, con criterios utilitarios, la justicia orientada a los fines del derecho penal se compadece mejor con las *teorías relativas de la pena*.

[56] Cfr. Vivas Ussher, Gustavo, *Victimología*, Texto de análisis para el curso de capacitación para jueces y magistrados, Escuela de Capacitación, Suprema Corte de Justicia de Guatemala y Centro de Apoyo al Estado de Derecho (USAID), convenio bilateral Estados Unidos-Guatemala, Guatemala, 1995. En este sentido el autor afirma que "Cuando en un sistema penal dado, su discurso de justificación enuncia enfáticamente que va a perseguir y castigar todo delito a sabiendas que la amplia mayoría de los conflictos por él tramitados no recibirán el tratamiento proclamado, tal discurso de justificación —en el mejor de los casos— será una ingenua, cuando no mesiánica, expresión de deseos que no explicita su finalidad práctica".

[57] Maier, Julio, *De los delitos y de las víctimas*, AA.VV., Bs. As., Ad Hoc, 1992, p. 201.

[58] Cfr. Ley Penal Económica 23. 771, 14; CPP Guatemala, 25; CPP Modelo para Iberoamérica, 230; Ordenanza Procesal Penal Alemana, parágrafos 153 y 154; en el mismo sentido, cfr. Chiara Día, Carlos, *Ley Penal Tributaria y Previsional Nº 23.771*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, ps. 114 ss.; Gómez Colomer, Juan Luis, *El proceso penal alemán*, Barcelona, Bosch, 1995, ps. 331 ss.; Maier, Julio, *La ordenanza procesal penal alemana*, Bs. As., Depalma, 1982, ps. 125 ss.

- La conversión de la acción pública en privada (CPP, 41) [59].
- La suspensión del proceso a prueba (CPP, 36) [60].

5.3.1. La reparación civil

En la órbita del derecho civil la reparación del daño causado por el delito es la forma paradigmática de solucionar el conflicto generado por el injusto civil, las características de la disponibilidad del derecho resarcitorio de fondo, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y la concurrencia del Estado sólo cuando es convocado por quien alega haber padecido un perjuicio civil.

Pero cuando de un mismo hecho surgen consecuencias jurídicas tanto civiles como penales, genera una órbita de resolución del conflicto en donde se desdibujan las tradicionales categorías del derecho penal —categorizado como público— y del derecho civil como privado, y se plantean formas de tornar público cierto sector del derecho civil y de privatizar el derecho penal.

"El problema es siempre el mismo, aunque la solución sea inversa: en el Derecho actual son perfectamente diferenciables la pena estatal como herramienta de control social directo del ciudadano por parte del Estado, y la reparación como respuesta a un conflicto privado de intereses que el Estado sólo asume para solucionarlo, en la medida en la cual los particulares requieren su intervención. En qué medida es posible acercar pena y reparación mediante el ingreso de ingredientes privados en la pena o de elementos públicos en la reparación, y si alguno de estos caminos es deseable desde el punto de vista político-criminal, lo que constituye la verdadera pregunta a responder"[61].

5.3.2. La composición penal

No se trata de aumentar el poder punitivo del Estado por vía de la pena integral, tal como reconocer la titularidad a la víctima sobre el bien jurídico cercenado por el delito, sino hacerla participar en la composición del conflicto, tendiendo a volver al estado anterior al delito en la medida de lo posible, **enfatizando la reparación por sobre la pena**.

Dice Maier: "No hay espacio, en cambio, para agregar fuerza al poder penal estatal. Instituir la reparación como una nueva posibilidad coactiva del Estado, sumada a la pena, expropiando otra vez derechos de la víctima y transformando un interés privado en público, es inconveniente políticamente y, como se mostró, tiene escasas posibilidades de significado práctico".

"Esto demuestra la necesidad de conservar dentro del derecho privado la respuesta coactiva a la pretensión reparatoria, expresada formalmente por la víctima o por sus sustitutos, y también la de dejar para el derecho penal modos más informales de composición del conflicto, que demuestren el esfuerzo del agente, espontáneo o sugerido pero voluntario, por reparar las consecuencias prácticas de su acción"[62].

[59] Cfr. el art. 26 del CPP Guatemala, que establece: "Conversión. Las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social, en los casos siguientes:
1) Cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad.
2) En cualquier delito que requiera de denuncia o instancia particular, a pedido del ligitimado a instar, cuando el Ministerio Público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente.
3) En cualquier delito contra el patrimonio, según el régimen previsto en el inciso anterior. Si en un mismo hecho hubiera pluralidad de agraviados, será necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno asuma la acción penal".
[60] Cfr. CP, 76 bis; CPP Modelo para Iberoamérica, 231; CPP Guatemala, 27 ss.
[61] Maier, Julio, De los delitos y de las víctimas, ob. cit., p. 207.
[62] Cfr. Maier, Julio, *De los delitos y de las víctimas, ob. cit.*, p. 208.

La tutela estatal de los derechos e intereses de la víctima no se afirma porque el Estado se subrogue en su padecimiento "haciendo por ella", sino dejándola hacer, permitiéndole participar en la composición; por este motivo, las vías de ingreso de la reparación al sistema de derecho penal deben ser aplicadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito[63].

"La *colisión* entre pena y reparación debe ser resuelta, por regla, a favor de la reparación. Son ofrecidos, para ello, dos caminos principales, uno más moderado, el otro más agresivo, para la reforma del derecho material".

"El primer camino consiste en facilitar la reparación en vías de cumplimiento, postergando o concediendo facilidades, en principio, para el pago de la multa[64], pero también para el cumplimiento de la privación de libertad o, el comienzo de la inhabilitación profesional".

"El segundo camino para colocar la reparación antes que la pena, presupone la decisión política de colocar la *reparación* en lugar de la *pena*, total o parcialmente. Existen varias vías para ello, que sólo serán enunciadas:

a. reparación como causa de exclusión de la pena (facultativa = prescindencia de pena) o de extinción de la persecución, como criterio favorable para la determinación de la pena, o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada;

b. reparación como condición de la condenación condicional (CP,), o de la suspensión condicional de la pena (CPP,), incluso de las penas no privativas de libertad, que condiciona la extinción definitiva de la condena o de la pena al pago de la multa;

c. reparación como criterio favorable para la determinación de la pena (CP, 26 inc.7), o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada y (CPP, 404);

d. reparación que se computa para el cumplimiento de la pena (criterio arriba anticipado);

e. reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional);

f. reparación como condición a cumplir durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento (CPP; 36) y en consecuencia, el incumplimiento de la reparación como causal de revocación de la suspensión (CPP; 38 inc. 2°), para acceder a la extinción definitiva de la persecución penal"[65].

El hecho de que en los delitos de acción privada el particular ofendido (o su sustituto) pueda *renunciar* al ejercicio de la acción ya iniciada o *perdonar* la ejecución de la pena, no rechaza la idea privatista en la búsqueda de la solución (no sólo jurídica) del conflicto social, de manera que sólo constituye injerencia particular o privada más fuerte, pero siempre injerencia, en el principio de la pena estatal[66].

---

[63] *Ibid*, p. 210

[64] Art. 64 del CP, que entre otras cosas vincula la extinción de la acción penal a la reparación del daño causado.

[65] *Estudies on diversion information* (estudio remitido a la Comisión de Reforma del Derecho de Canadá), citado por Maier, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1B, Fundamentos, Bs. As., Hammurabi, 1989, p. 543.

[66] Cfr. Maier, Julio, *De los delitos y de las víctimas, ob. cit.*, p. 207.

5.4. En la acción penal privada

La admisibilidad de la *acción penal privada*, excluida por completo de la persecución penal y del procedimiento oficial, es la excepción más profunda y a la vez más pequeña en extensión, de la regla básica de la comprensión y estructura del procedimiento penal común: *oficialidad* = reacción directa del Estado ante la *notitia criminis*, y aprobación del conflicto para la solución de *oficio*. El derecho penal se aproxima aquí , sin perder su identidad, al derecho privado. Esa vía es la más recomendable para cumplir propósitos de '*privatización*' en el derecho penal"[67].

"Es recomendable una revisión cuidadosa de toda la parte especial del CP y de las leyes penales especiales, que tenga como base la ponderación enunciada, para agregar al catálogo de los delitos perseguibles privadamente, o necesitados de la instancia privada o de la autorización estatal, aquellos que sean justificados por los criterios anticipados. Tal incorporación puede ser específica para un delito particular (por ejemplo, las lesiones o el homicidio culposos y las lesiones leves dolosas), o mediante una cláusula general (por ejemplo, delitos contra la propiedad cuyo daño no supere una suma determinada de dinero)".

Veamos ahora cómo juegan estos conceptos en el proceso penal en relación a su estatalidad (oficiosidad) y al principio de verdad "real".

6. Oficialidad [68]

Con el advenimiento de la **Inquisición**, que deja atrás los procesos acusatorios de la antigüedad, se instauraron modalidades procesales en que parecía más temible la forma de *cómo se aplicaba* la sanción que la sanción misma. El inquisidor concentraba todo el poder del proceso. Acción penal pública, verdad real y antigarantismo fueron los fines y principios del control social inquisitorial.

El poder máximo de control disminuyó, sin duda, con el arribo del constitucionalismo moderno y de las organizaciones republicanas, que transformaron el modelo de los Estados nacionales (luego Estados de Derecho), sin embargo, el poder penal no varió mayormente el rumbo adoptado, de manera que se consideraron otros intereses, tales como las garantías para la seguridad individual y la supresión de métodos crueles y cruentos para cumplir el fin de averiguar la verdad, que se constituyeron en límites para el ejercicio del poder ya creado.

La nueva transformación, que podemos llamar "interna", significó solamente la revalorización de intereses individuales y su ingreso al sistema[69] como parte de la participación ciudadana en el proceso penal. La participación ciudadana es la denominación usada para referirse a las formas de democratizar el proceso penal, esto es, horizontalizar la distribución del poder coactivo del sistema penal.

La *oficialidad* heredada de la inquisición proyecta, en el Estado liberal moderno, una fuerte y hasta excluyente función en la solución (jurídica) de conflictos (sociales) penales. Resulta funcional al mantenimiento y a la expansión del poder de la Iglesia (única autoridad regional en la Europa

[67] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 226.

[68] Aquí se trata el proceso penal como obra estatal (estatalidad u oficialidad).

[69] Los que a partir de allí confrontan con los intereses del Estado por ejercer el control social y hasta, en ocasiones, lo evitan o entorpecen.
Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 820. Este autor muestra hasta qué punto llega la estatización de las funciones que se cumplen en el procedimiento penal, y que la misma defensa técnica del imputado, en principio un interés privado sobre el cual decide él mismo, asume, esta vez por excepción, el carácter de un interés estatal, cuando el imputado omite la decisión (no cubre la defensa técnica) o decide erróneamente (se pretende defender técnicamente por sí mismo o cubre mal el cargo de defensor, en ambos casos sin posibilidad de eficiencia en esa tarea, por falta de idoneidad o imposibilidad física). Se distingue legalmente (CPP, 118) entonces el "abogado de su confianza" del "defensor oficial".

medieval), y no es descabellado el hecho de ser el reaseguro del poder de la revolución triunfante que daba nacimiento al Estado moderno postmonárquico en su versión americana (EE.UU., 1776) y europea (Francia, 1789). De este modo, la *estatalidad* de la función "justicial" reclama para sí lo mismo que el Tribunal del Santo Oficio (de la Inquisición):

- el poder de castigar (*ius punendi*)[70];
- los derechos de la víctima del injusto penal (subrogación);
- el poder de juzgar (función decisoria);
- el poder de perseguir (función persecutoria);
- el defender al imputado[71] (inquirido), y
- excepcionalmente, el ejercer en el proceso penal la acción civil de resarcimiento[72] delegada por el particular.

Las funciones de **perseguir**, **decidir** y **penar** se presenta en forma poco menos que absoluta. En rigor conceptual, existe una progresión gradual de las funciones indicadas en cuanto a su mayor *estatalidad* y menor participación ciudadana, ya que: a) la función persecutoria acepta expresamente algunas excepciones (CPP; 27) o subordina el inicio de la función a la actividad de un particular (CPP, 26), o comparte con la víctima del delito, que actúa procesalmente como "acusador privado" (CPP, 16 y 25) adherido muchas veces al MP, y menos como acusador independiente cuando ejerce la acción penal pública (CPP; 41); b) la función decisoria conoce la participación ciudadana cuando el tribunal se integra por jurado (cosa que no sucede en Honduras), y c) en cambio, la punición constituye el ejercicio del poder monopólico de coacción física legítima[73]; es tal si sólo puede ser impuesta por el Estado, siendo las ejecuciones extraestatales (extralegales) delitos comunes.

[70] Remitimos al desarrollo efectuado en el capítulo 1.

[71] Véase nota 71.

[72] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 821). Agrega el autor que la oficialización de los intereses alcanza también, en el procedimiento penal, a la reparación civil, aunque por vía de excepción. Varios códigos provinciales establecen un sistema simple de *delegación de la acción civil* en funcionarios oficiales (asesores letrados), quienes, como representantes de la víctima o de la persona legitimada para reclamar la reparación del daño, demandan esa consecuencia del delito en el procedimiento penal (CPP, 25).

[73] Weber, Max, *Economía y sociedad*, 1ª reimpresión de la 2ª edición en español de la 4ª edición en alemán, traducción de Medina Echavarría, Roura Parrella, Imaz, García Máynez y Ferrater Mora, Bs. As., Fondo de Cultura Económica Argentina, 1992, ps. 1056 ss. Explica el autor que "Desde el punto de vista de la consideración sociológica, una asociación 'política', y en particular un 'Estado', no se pueden definir por el contenido de lo que hacen. En efecto, no existe apenas tarea alguna que una asociación política no haya tomado alguna vez en sus manos, ni tampoco puede decirse de ninguna, por otra parte, que la política haya sido siempre exclusivamente de aquellas asociaciones que se designan como políticas, y hoy como Estados, o que fueron históricamente las precursoras del Estado moderno. Antes bien, sociológicamente, el Estado moderno sólo puede definirse, en última instancia, a partir de un medio específico que, lo mismo que a toda asociación política, le es propio, a saber: el de la coacción física. 'Todo Estado se basa en la fuerza', dijo en su día Trotsky en Brest-Litowsk. Y esto es efectivamente así. Si sólo subsistieran construcciones sociales que ignoraran la coacción como medio, el concepto de Estado hubiera desaparecido; entonces se hubiera producido lo que se designaría, con este sentido particular del vocablo, como 'anarquía'. Por supuesto, la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado —nada de esto—, pero sí su medio específico. En el pasado, las asociaciones más diversas —empezando por la familia— emplearon la coacción física como medio perfectamente normal. Hoy, en cambio, habremos de decir: el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio —el concepto de 'territorio' es esencial a la definición— reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima. Porque lo específico de la actualidad es que a las demás asociaciones o personas individuales sólo se les concede el derecho de la coacción física en la medida en que el Estado lo permite. Éste se considera, pues, como fuente única del 'derecho' de coacción [...] El Estado, lo mismo que las demás asociaciones políticas que lo han precedido, es una relación de *dominio* de hombres sobre hombres, basada en el medio de la coacción legítima (es decir, considerada legítima). Así, pues, para que subsista es menester que los hombres dominados se sometan a la autoridad de los que dominan en cada caso. Cuándo y por qué lo hagan sólo puede comprenderse cuando se conocen los motivos internos de justificación y los medios externos en los que la dominación se apoya. Motivos de justificación interior, o sea motivos de *legitimidad* de una dominación —para empezar con ellos—, hay tres, en principio. Primero, la autoridad del 'pasado', de la *costumbre* [...] Luego, la autoridad del *don de gracia* [...] (carisma) [...] Y, finalmente, la dominación en virtud de 'legalidad', o sea en virtud de la creencia en la validez de un *estatuto* legal y de la 'competencia' objetiva fundada en reglas racionalmente creadas, es decir, disposición de obediencia en el cumplimiento de deberes conforme al estatuto; ésta es la dominación tal como la ejercen el moderno 'servidor del Estado' y todos aquellos elementos investidos de poder que en este aspecto se le asemejan [...] Desde el punto de vista de nuestra consideración importa, pues, destacar lo puramente conceptual en el sentido de que el Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores, pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos que anteriormente disponían de aquellos por derecho propio, y colocándose, asimismo, en lugar de ellos, en la cima suprema".

Lo anterior presenta el panorama del sistema penal cuyas rémoras antigarantistas (inquisitoriales) llegan a nuestros días bajo nuevas formas que mantienen, respecto de las personas concretas, la expropiación de la reacción respecto de las personas ante el conflicto social; y respecto del Estado, la estatalidad de la reacción penal (poder central), que aun en contraposición de las funciones decisoria y persecutoria, niega la participación ciudadana (poder democráticamente acumulado) en el proceso penal. El servicio público de administración de justicia presume por lo menos tres funciones: decidir, perseguir y defender. Corresponde explorar el desdoblamiento de funciones estatales:

6.1. La función decisoria

Se insiste en que lo judicial es un enfoque, un ángulo de observación del conflicto social, y que en algún sentido puede aceptarse la *litis* judicial como efecto y parte del *conflicto social*. No siempre la "re-solución" jurídica de la litis representa una "solución" social al conflicto originario[74].

Conforme con lo anterior, el procedimiento penal sigue siendo, básicamente, la forma de operar para administrar justicia conforme a derecho, cuyas funciones principales son predominantemente estatales[75]. Así, la función de decidir sobre el caso y darle solución según las reglas del sistema, pertenece con exclusividad al Estado, quien la ejerce por intermedio de los tribunales que integran el poder judicial[76]. Esta función estatal, o **poder de juzgar**, aparece como un derecho subjetivo a juzgar, una suerte de derecho exclusivo y excluyente del Estado de resolver jurídicamente el conflicto social, una suerte de versión adjetiva del *ius punendi*[77].

[74] Se ha sostenido que "*Lo que las partes quieren es una solución que armonice sus dificultades, no necesariamente una sentencia que cristalice sus discordias*"; y desde la perspectiva de la supresión del *ius punendi* estatal, los "abolicionistas" han recreado la exposición real del conflicto social intersubjetivo y, con ello, revalorizado el papel de la "víctima" y de los modos de solución del caso, que no pasan por el sistema tradicionalmente concebido, con ayuda de todas las personas protagonistas del conflicto, propuesta a la que, sin duda, se le debe reconocer un grado enorme de racionalidad (Maier, Julio, *ob. cit.*, p. 824). El inquisidor practicaba la encuesta (investigación) que permitía decidir sobre la aplicación del poder penal; él concentraba, en sí mismo, todas las funciones diversificadas en el procedimiento penal moderno (perseguir-decidir), incluyendo la defensa del imputado, aunque sólo desde la óptica del interés individual por no verse sometido al sistema penal estatal (defensa), reconocido como legítimo en los Estados republicanos o constitucionales modernos, y amparado por la ley, provoca la escisión del modo monocrático de proceder.

[75] Vélez Mariconde, *ob. cit.*, p. 177, citado por Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 817.

[76] Maier, Julio, *ob. y lug. cits.*

[77] Este poder exclusivo y excluyente de "re-solucionar" (que tal vez sólo sea una ficción más de las que nos servimos en el mundo del derecho) no debe confundirse con la función jurisdiccional del tribunal de decir el derecho aplicable al caso concreto, solucione o no, total o parcialmente, el conflicto social, ya Bacon, es —o al menos aspira a ser— *ius dicere* y no *ius dare*: es decir, es una actividad normativa que se distingue de cualquier otra —no sólo de la legislación, sino también de la administración y de la actividad negocial— en cuanto está motivada por aserciones supuestas verdaderas y no sólo por prescripciones, de modo que no es meramente potestativa y ni siquiera discrecional, sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos juzgados mediante el reconocimiento de la primera y el conocimiento de los segundos". La incidencia social del Estado opera mediante numerosos agentes (que canalizan vectores del poder que ha acumulado democráticamente en mayor o menor medida), cumpliendo funciones (legislativas, ejecutivas y judiciales) en diversas dimensiones sociales (solución directa e individual de necesidades, subsidios, o generales moratorias impositivas, o servicios públicos de salud, educación, justicia, autolimitaciones de no injerencia, libertad de culto, de prensa, sociales, producción de fuentes de trabajo, etc., funciones con las que pretende legitimarse como detentador de ese poder, el estatal). Una de las funciones que provoca mayor legitimación es la jurisdiccional, la que ciertamente pertenece a una dimensión social elevada, y en relación al Estado mismo tal vez la más elevada desde que es la única en la que el particular puede necesitar que un tribunal acote las pretensiones de un requirente tan poderoso como lo es el Estado mismo, diciendo el derecho. Lo cierto es que la función jurisdiccional presume el compromiso autolimitativo del Estado, que sólo trasciende la proclama preelectoral cuando crea órganos (tribunales) independientes e imparciales que puedan, en la práctica social, limitarlo, diciendo el derecho. La utopía institucional encierra una petición de principios al querer que el poder sea esquizofrénico, máxime si los tribunales se personifican solamente en funcionarios estatales. Esta dimensión comunitaria o social del tribunal es estratégica en el Estado de Derecho, neurálgica, sea que el fundamento iusfilosófico surja desde posiciones como la de Kelsen, en las que se identifica Estado y Derecho, y donde competencia es capacidad para producir derecho, que sólo es tal en la medida en que se vincula con la norma hipotética fundante, o desde enfoques sociológicos como los de Max Weber (*ob. y lug. cits.*), describiendo la base de sustentación del Estado moderno en el monopolio de la coacción física legítima, citado en la nota anterior, y cuyo máximo exponente es la pena. De este modo, que el Estado reclame para sí un derecho a "re-solucionar" los conflictos sociales —los solucione o no socialmente— es una declaración de competencias (o capacidades) jurídicas que cree sociales, o sea, el Estado se autodeclara capaz de producir resoluciones jurídicas operando *como si* (ficción) con ella solucionara conflictos sociales (penales, sobre los que no ha podido actuar de otra forma), aun cuando para ello deba también reclamar para sí el derecho subjetivo a punir personas (*ius punendi*) involucradas directa o indirectamente en tales conflictos, no niega ni impide que puedan existir formas de mayor participación ciudadana en la administración de justicia, que existan formas prejudiciales para solucionar conflictos, o formas consensuadas para solucionarlos, en las que intervengan particulares involucrados y representantes estatales, tal como sucede en el juicio abreviado o en los juicios por delitos de acción privada; en última instancia social, la cantidad de casos "resolucionados" serán —en verdad son— proporcionalmente muy pocos, la cifra negra muy oscura, las soluciones sociales escasas, y el cuentapropismo justiciero parte de la realidad que supimos construir con nuestro manejo (o desmanejo) del poder de juzgar.

Este principio de oficialidad impide, en forma absoluta, que la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad y corrección), correspondiente a la infracción de normas de deber penal (prohibiciones o mandatos), sea lograda por vía de la voluntad o reacción particular, sin intervención de los órganos estatales competentes en la solución del conflicto social que tales infracciones plantean, y determinan, como regla sin excepciones, **la *estatalidad* de la función de juzgar y decidir la aplicación de una reacción penal**[78]. Lo que siempre es estatal, oficial, es la pena.

En este sentido el CPP, 54, declara que "*Corresponderá a la jurisdicción penal el conocimiento de los delitos y faltas. Los órganos de la jurisdicción penal tendrán, con exclusividad, la potestad pública para conocer los procesos penales, resolverlos y ejecutar sus sentencias* [...]".

Se suele mencionar a la legítima defensa (CP, 24, inc. 1) al estado de necesidad (CP, 24, inc. 2) como excepciones mínimas de esta regla, en tanto el Derecho autoriza (y el Estado tolera) la reacción inmediata y directa de la víctima frente a una acción antijurídica. La autorización para defenderse o defender a otro de una agresión, provocando un resultado que el Derecho continúa valorando como dañino, según reglas generales, *no significa autorizar a los particulares a imponer penas*, sino sólo *tolerar* que, en circunstancias de excepción, cuando el auxilio estatal no puede llegar a tiempo para proteger valores reconocidos por el orden jurídico, que peligran frente a una agresión ilegítima[79], los particulares puedan reaccionar por sí en ausencia del Estado, que no puede, por lo demás, pedir al administrado que padezca la agresión presente que el Estado no puede evitar por sí, para no infringir la regla de obediencia al monopolio de la coacción, según la cual podría penarlo potencialmente.

6.2. La función persecutoria

Se establece (CPP, 25), como regla general, que la **función de *perseguir* penalmente** pertenece también al Estado, que se desdobla al crear una organización para cumplir esta función: el Ministerio Público (y también la Policía de Investigación), cuya tarea fundamental puede resumirse, precisamente, en la labor de investigar los delitos perpetrados y perseguir a sus autores y partícipes. De allí que se exprese esta máxima señalando el *monopolio acusatorio del Ministerio Público*. Sin embargo, la regla reconoce excepciones a la *oficiosidad* que no invalidan su formulación como principio básico del procedimiento penal. El CPP establece, para unos pocos delitos, la persecución penal privada, legitimando al ofendido —o, por excepción, a algunos parientes— para asumir el papel (CPP, 27) que se concede al Ministerio Público en los delitos de acción pública (CP, 25). Con ello privatiza la persecución penal, pues excluye la persecución

[78] En el derecho privado, en cuyo ámbito reina el principio de la autonomía de la voluntad, dominan los intereses, reconocidos jurídicamente, comprometidos en el conflicto, sin más, esto es, sin necesidad de ningún proceso judicial (oficial); es posible que el afectado por una consecuencia jurídica la cumpla voluntaria y hasta unilateralmente (por ejemplo, restituya las cosas al *statu quo* antes de la perpetración de un delito, o indemnice a la víctima por el daño material o moral causado), o que los portadores de los intereses jurídicos en conflicto acuerden su solución (por ejemplo, determinen la consecuencia jurídica, la acción que una parte debe cumplir a favor de la otra o la indemnización que una debe a la otra) o, inclusive, que ellos sometan el conflicto a un tribunal no oficial (árbitro o amigable componedor).

[79] Maier, Julio, *ob. cit.*, ps. 817 ss. El explica ejemplificando con el caso en el que "El particular pueda rechazar el ataque, aun a costa de lesionar al agresor, la acción defensiva y su resultado se justifican. Eso se aprecia claramente al destacar que lo hecho por el agresor continúa siendo un injusto punible por el Estado, que no renuncia a ello porque el que agredió ilegítimamente ha sido dañado por quien se defendió legítimamente". Es decir que la legítima defensa, propia o de un tercero, constituye un hecho típico justificado, al no ser antijurídico, pero la justificación no cubre los eventuales excesos de tal actividad, que pasa a ser un injusto penal por exceso en la legítima defensa y, en consecuencia, susceptible de que el Estado ejercite su *derecho a juzgar* y hasta su *ius punendi* contra el excedido, pero imponiendo una pena menor por tratarse de un injusto penal de antijuridicidad disminuida (Zaffarroni), o bien por tratarse de un caso de menor culpabilidad (Bacigalupo).

penal pública para esos delitos; la excepción a la regla, no es total, pues la pena sigue concibiéndose como pública, decidida y ejecutada por órganos estatales[80].

La excepción menor a la regla de *oficialidad* de la persecución penal ***—oficiosidad—*** está constituida por los delitos que dependen de instancia privada (CPP, 26). La excepción es aún menor que la anterior, porque no sólo comprende un escaso número de delitos (CPP, 26), sino, porque consiste en imposibilitar la persecución penal pública hasta tanto la víctima —o algunos sustitutos, en casos especiales— no autoriza a perseguir penalmente mediante su expresión de voluntad en ese sentido (instancia, CPP,), librando de esa manera la persecución oficial, que prosigue como en los delitos de acción pública. Por consiguiente, la regla de la persecución penal pública tiñe también de *oficialidad* esta función del procedimiento sobre la cual se edifica su característica principal[81].

Correlativamente, desde el punto de vista policial y en la misma dirección conceptual, el CPP, 279 establece que: "[...] Cuando se trate de uno de los delitos a que se refiere el Artículo 27, sólo podrán actuar a instancia de la víctima. La Policía Nacional o el Ministerio Público, en su caso, actuarán de conformidad con lo prescrito en el párrafo primero, cuando la víctima de un delito de acción privada le solicite que efectúe las investigaciones que servirán de base para la formulación de la correspondiente querella".

"En los casos a que se refieren los dos párrafos precedentes, la Policía Nacional o el Ministerio Público según corresponda, sólo podrán actuar de oficio para impedir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, será aplicable a la Policía Especial de Lucha contra el Narcotráfico en asuntos de su competencia".

Según el CPP, 27, los delitos sólo perseguibles por acción privada:

a) los relativos al honor;
b) la violación de secretos, su revelación y el chantaje;
c) la negación de asistencia familiar a personas mayores de edad;
d) la estafa consistente en el libramiento de cheques sin la suficiente provisión.

Según el CPP; 26, son dependientes de instancia privada:

a) las lesiones leves, las menos graves y las culposas;
b) las amenazas;
c) el estupro, el incesto, el rapto, los abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de catorce años. Antes de esta edad el delito será perseguible de oficio por el Ministerio Público;
d) el hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo más bajo vigente en la región del país en que se haya cometido el delito;

[80] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.*, ps. 825 ss. El autor citado explica que se ha afirmado, con alguna razón, que el procedimiento por delito de acción privada es acusatorio, en tanto, según reglas del derecho penal, coloca a la persecución penal e, incluso, a la pena, bajo el poder de una persona privada, regularmente la víctima, quien decide acerca de si promueve la acción penal para actuar la consecuencia jurídica del delito que la ofende (CP, 73 ss.), y puede renunciar a ella tanto antes como después de haberla promovido (CP, 59, inc. 4, y 60), y hasta puede perdonar la pena concreta impuesta al ofensor (CP, 69), ya reconocido como infractor culpable y punible, inhibiendo su ejecución, total o parcialmente.

[81] Los delitos dependientes de una instancia son, entonces, delitos de acción pública que agregan una condición para la procedencia inicial de la persecución penal —la instancia—, a manera de excepción menor a la persecución penal oficial; vista desde la óptica de la pena, la misma instancia representa otra de las condiciones para la punibilidad de un hecho.

e) la estafa y otros fraudes, excepto cuando el sujeto pasivo sea el Estado, en cuyo caso la acción puede ser ejercida igualmente por la Procuraduría General de la República;
f) la usurpación;
g) los daños; y
h) los relativos a la propiedad intelectual o industrial y a los derechos de autor.

La transformación radical que significó la Inquisición consiste en transferir la facultad de perseguir penalmente, otrora en manos de particulares, a la competencia estatal: **el Estado decide y persigue** con prescindencia de la voluntad de la víctima o de otra voluntad privada[82].

El CPP, 25, establece:

Ejercicio de la acción pública. *El ejercicio de la acción pública le corresponderá al Ministerio Público, el cual podrá proceder de oficio o a instancia de parte interesada. En los asuntos de su competencia, tal acción será ejercitada por la Procuraduría General de la República, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público. También podrá ser ejercitada por las víctimas del delito, en su caso.*

Serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, todos los delitos, excepto los comprendidos en los Artículos 26 y 27 de este Código.

Con este desdoblamiento del Estado se pretende un sistema procesal penal acusatorio, esto es condición necesaria pero no suficiente, ya que puede —como de hecho sucede— lograr sistemas *formalmente* acusatorios. El derecho de defensa exige de qué defenderse, un contradictor, un acusador y un tribunal. El derecho procesal penal (leyes orgánicas y CPP), reglamentando la Constitución, es quien instituye dos órganos diferentes para dos funciones diferentes: **perseguir** y **juzgar**.

En el DPP también pueden distinguirse, estas dos funciones, y pueden obtenerse efectos distintos al dictamen de ambos órganos: por principio, el uno requiere, el otro decide. El remanente de *poder procesal* distribuido a los particulares intervinientes (participación ciudadana) es poco.

El **acusado**, y el ingreso de la **víctima** al procedimiento penal, con interés privado en la cuestión penal (no tan sólo en la reparación civil del daño), con las facultades que posteriormente se exponen, es hoy un tema de amplia discusión[83].

[82] Julio Maier (*ob. y lug cits.*) agrega que el interés público que gobierna, en más o en menos, todas las funciones principales del procedimiento penal, lo presenta, en principio (delitos de acción pública: CP, 71), como una obra que regula el derecho procesal penal, destinada a actuar como un aparato de control estatal (el derecho penal en sentido amplio) en contra de la persona indicada, hipotéticamente, como autora de un delito o partícipe de él. No obstante, el Estado moderno, al menos el Estado de Derecho que surge a partir de la transformación liberal-burguesa del siglo XVIII, reconoce otros intereses que no se que lo que el tribunal hace es *decir* y no *dar* el derecho. Explica Ferrajoli (*ob. cit.*, p. 37 y 164), que "La jurisdicción, en realidad, según las palabras de Francis confunden con ese interés público; intereses que, por contraposición, podemos llamar privados y que, en ocasiones, hasta colisionan con aquél.

[83] Maier, Julio, *ob. cit.*, p. 823. Para el autor "la cuestión no se encara sólo desde el atalaya limitado de la facultad de la víctima o de sus sustitutos para perseguir la pena en los delitos de acción pública (querella particular, conjunta o adhesiva a la del Ministerio Público), sino desde la óptica más amplia de otorgarle mayor injerencia y mayor poder sobre la solución del caso, esto es, de fomentar la participación de la víctima en la solución del conflicto social que constituye el caso penal, que tiene en la víctima a un protagonista principal. Los delitos de acción privada constituyen la gran excepción al dominio del Estado sobre el procedimiento penal, pues el interés de la víctima —o su sustituto— prevalece sobre el interés estatal y lo excluye casi totalmente".

Las **asociaciones intermedias** parecieran también estar llamadas a cumplir, en el futuro, un papel en la persecución penal, sobre todo cuando defienden intereses colectivos que conforman el objeto de su creación o por delegación de la víctima (por ejemplo, constituida para la defensa del ambiente o de los derechos humanos)[84].

6.3. Repercusiones de la oficialidad

Como se anticipó, el *monopolio persecutorio del Estado,* a cargo de los órganos estatales predispuestos al efecto (**oficiosidad**)[85], es una de las principales repercusiones de la *oficialidad.*

Consecuencia de esta decisión de política criminal, el Estado creó —y lo hizo constitucionalmente— los órganos competentes para la persecución penal *ex officio*, exigencia no planteada a la Inquisición, ya que bastaba un solo órgano: el inquisidor[86]. El Estado conserva el poder penal, y divide formalmente su competencia, creando órganos dedicados a la persecución penal (Ministerio Público, policía) y otros cuya tarea es decidir (los tribunales de justicia penal). Los dictámenes se diferencian (en tanto que actos procesales) por el valor que la ley procesal les otorga: los unos requirentes (piden que se resuelva en contra de...), los otros decisorios (resuelven). La separación formal de estas funciones fue necesaria para garantizar la defensa individual: ella se reputó imposible sin crear un acusador (contradictor) que circunscribiera la imputación concreta que el imputado estaba facultado a resistir y contestar, con todos los medios legítimos a su alcance, y sin dotar de un grado aceptable de imparcialidad al juzgador, consistente en evitar que él se comprometa, antes del fallo, con la hipótesis delictiva, afirmándola desde la iniciación del procedimiento.

Ejemplos de requerimientos lo constituyen las hipótesis de CPP, 284 y 285, de resolución las de CPP, 295/297, 302, 339/341.

6.3.1. Legalidad

"Se ha conceptualizado a la legalidad como la *automática*[87] *e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos* (generalmente la policía o el Ministerio Público Fiscal), que frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública) se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiere logrado comprobar"[88].

"Frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo, *necesariamente* (inevitabilidad) se tiene que poner en marcha (la preparación o promoción de la acción) el mecanismo estatal para la investigación, juzgamiento y castigo, con el fin de que no se pueda evitar de ninguna manera o por ninguna razón"; por otra parte, "una vez promovida la acción penal, el principio de legalidad se manifiesta en la *irretractabilidad*: Iniciada la acción penal, y puesta en funcionamiento la persecución penal del Estado, el ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse ni hacerse cesar hasta que se agote la pena que se hubiere impuesto mediante el dictado de una

[84] Maier, Julio. *ob. cit.*, p. 824.

[85] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, p. 179.

[86] El inquisidor practicaba la encuesta (investigación) que permitía decidir sobre la aplicación del poder penal, él concentraba, en sí mismo, todas las funciones diversificadas en el procedimiento penal moderno (perseguir-decidir), incluyendo la defensa del imputado, aunque sólo desde la óptica del interés individual por no verse sometido al sistema penal estatal (defensa), reconocido como legítimo en los Estados republicanos o constitucionales modernos, y amparado por la ley, provoca la escisión del modo monocrático de proceder.

[87] Cafferata Nores, José, *Introducción al derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 31.

[88] Cafferata Nores, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal, ob. cit.*, p. 4 (cursivas del original).

sentencia"[89]. Lo cual deben cumplir los funcionarios estatales, bajo amenaza de —otra— sanción punitiva (CP, 384).

Así, con la decisión de oficializar la persecución penal como regla general, se ha estimado necesario imponer a los órganos del Ministerio Público —y a los funcionarios de la policía—, por vía de principio, el *deber* de promover la persecución penal (*promoción necesaria*: CPP, 25 segundo párrafo y 28), ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal. Una vez promovida la persecución penal, ella no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar, sino por el modo y la forma previstos en la ley procesal (*irretractabilidad*)[90].

Ello significa que ningún criterio de ***oportunidad*** (principio contrario) —político-utilitario, por conveniencia social, práctica, económica, temporal, etc.— autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible. Por mínima que sea la infracción, o por inconveniente que parezca (por ejemplo, la apropiación de una moneda perdida, de escaso valor, o la necesidad de solicitar la extradición a alto costo de quien cometió un delito menor), la persecución y el procedimiento penal son necesarios y obligatorios[91].

En este orden de ideas, el Dr. Maier afirma que la justificación para la vigencia del *principio de legalidad* no es demasiado clara, ya que desde el punto de vista especulativo, el principio deriva de la idea de la pena como expiación o *retribución* del crimen; esto es, de las teorías absolutas sobre la pena estatal, que sólo legitimaban el castigo como mal inferido a quien había obrado mal (retribución), y con ello proscribían todo fin utilitario para la pena estatal, como por ejemplo, disuadir al propio autor (prevención especial) o a otros (prevención general) para que observen un comportamiento adecuado al Derecho o eviten incurrir en comportamientos punibles.

El ordenamiento jurídico concibe al hombre como un fin en sí mismo y no puede ser utilizado —por el Estado— como medio para obtener un fin determinado. Con el rechazo, al menos parcial, en el derecho penal, de las teorías absolutas o retributivas sobre la pena, y el ingreso masivo de teorías utilitarias para legitimar la pena y acordarle su fin, el *principio de legalidad* pierde todo sustento ideológico; al contrario, es precisamente la utilidad, como fin y fundamento legitimante de la pena, la regla que justifica el principio opuesto: la *oportunidad*.

Desde el enfoque empírico, se conoce que el sistema penal se aplica sólo a pocos hechos punibles, escasísimos frente al panorama general de la inobservancia a las normas del derecho penal, y que la selección natural del sistema crea desigualdades notorias, criminalizando a un sector social —el menos favorecido, el de menores recursos— y descriminalizando a otros.

La investigación de las víctimas y los denunciantes, y la generada internamente por los órganos de persecución penal a través de la observación propia dispuesta por la policía, es pobre en relación al número de delitos realmente cometidos, lo que produce la llamada *cifra negra,* difícil de establecer y que tantos problemas acarrea en el ámbito de la investigación empírica sobre la delincuencia o la desviación social (determinación de la reincidencia real, del nivel de selección que produce el sistema, etc.). Pero, más allá de ello, prescindiendo de esa cifra, investigaciones

[89] *Idem.*

[90] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.*, p. 828.

[91] *Idem.* Para este autor se ha incluido como excepción el *principio dispositivo* que rige en los *recursos* contra las decisiones jurisdiccionales, especialmente contra la sentencia, conforme a la facultad del Ministerio Público de decidir si interpone un recurso o acepta la decisión judicial y, más allá, a la de desistir sus propios recursos o no mantenerlos ante el tribunal competente para resolver el recurso. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 181; y Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho penal, ob. cit.*, t. VII, Nº 1752 y 1753, ps. 146 ss.

empíricas[92] verifican que, aun ingresado el caso al sistema, la selección interna de los diversos segmentos que lo componen (policía, Ministerio Público, tribunales) también es enorme, lo que presenta al procedimiento penal, criminológicamente, como un proceso de selección.

6.3.2. Oportunidad

El Estado que pretende conocerlo "todo", investigarlo "todo", y castigarlo "todo", se plantea una meta o ideal que —pese a aparecer muy plausible— resulta inconcretable en la realidad, conforme a las posibilidades, e inexorablemente el sistema irá acuñando modalidades de "selección extralegales". Ello no por la mal intencionada actitud de los operadores jurídicos, sino por límites impuestos por la realidad misma[93]. Los recursos —por definición escasos— de que se dispone en la tarea de reducir el grado de lesividad social que produce la actividad criminal, exigen establecer un criterio para lograr la asignación racional de los recursos en procura de maximizar los beneficios sociales[94]. El planteo es eminentemente utilitario antes que idealista.

La afirmación ciega del *principio de legalidad*, que vuelve la espalda a la realidad sin intentar dominarla o encauzarla, en lugar de establecer criterios de oportunidad por vía legislativa, y responsabilizando política y jurídicamente al órgano encargado de definir y aplicar esos criterios, provoca graves disfunciones en el sistema, a más de las ya naturales en él, derivadas de los distintos sectores que lo operan: la selección que se oculta o disfraza por el peso de la regla de legalidad; carece, por tanto, de transparencia[95].

Conforme a lo reseñado, expresa Maier, la afirmación del *principio de oportunidad* no resulta una postulación *injusta*, por referencia a la *igualdad ante la ley* de todos los habitantes, propia del Estado de Derecho, sino, por el contrario, un intento por conducir la selección según fines concretos (uno de ellos puede ser, precisamente, corregir la aplicación práctica desigual de la ley), sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar.

> *Oportunidad* significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, incluso, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales[96].

[92] Cfr. Cosacov, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1988.

[93] Cfr. Salas Montes, Carlos, *La Depuración de Causas Penales en Honduras*, Revista Sistemas Judiciales, CEJA- INECIP, Chile 2002. En dicho artículo se mencionan los grandes problemas que ha originado el sistema inquisitivo en Honduras, entre los que prevalece la enorme mora judicial penal, estimada al mes de marzo del 2000 en una carga de 125,498 expedientes pendientes de resolución judicial en todo el país (Estudio de Análisis Cuantitativo de la Justicia Penal de Honduras, Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ NCSC/ DPK Consulting/ USAID-Honduras, 2000). Dicha mora ha sido originada, entre otros factores, por la tramitación de todos los casos de los cuales tomaban conocimiento los juzgados de lo penal, sin discriminación alguna conforme al CPP de 1984

[94] Cfr. Vivas Ussher, Gustavo E., "La confesión transaccional y el juicio abreviado", en *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, AA.VV., Córdoba, Marcos Lemer Editora Córdoba, 1993, ps. 209 ss.

[95] Más información en Maier, Julio, *Derecho procesal penal, ob. cit.*, ps. 835 ss. Para el autor, encubriendo algunas veces verdadera corrupción, y otras, comportando un trato desigual del sistema a quienes lo sufren, contrario al Estado de Derecho. Todo el procedimiento, por lo demás, impide fijar la responsabilidad de los órganos que operan la selección. La aplicación del *principio de oportunidad* —es claro— se puede ligar, con facilidad, a teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. Se refiere Maier, por ejemplo, a la *prevención general positiva*, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de recordar los valores (bienes jurídicos) convencionalmente admitidos como base de la integración social, confirmando la vigencia de las normas que establecen los fines que se alcanzan por imposición de la consecuencia jurídica —tan sólo a algunos hechos disvaliosos—, sin necesidad de pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena. De la misma manera se puede vincular el *principio de oportunidad* a propósitos político-criminales utilitarios, como la descriminalización y criminalización de comportamientos, o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento del conflicto y soluciones extrapenales (*diversión*). Esta especie del género solución alternativa de conflictos se denomina en nuestro país *probation*.

[96] Maier, Julio, Derecho procesal penal, ob. cit., p. 836.

El principio de oportunidad puede ser absoluto (EE.UU.) o reglado (Alemania). A su vez, los criterios de oportunidad reglados pueden ser propios (explicitación legal de los criterios) e impropios (como los que surgen como producto del sistema normativo en funcionamiento); los hay también extralegales (selectividad subjetiva de los funcionarios policiales o judiciales). También se distingue entre oportunidad negativa (criterios de desjudicialización) y oportunidad positiva (priorización de algunas causas).

El CPP, 28 y ss., prevén diversos criterios de oportunidad a los que el MP podrá acudir para suspender el ejercicio de la acción penal. El legislador hondureño ha previsto 5 criterios de oportunidad:

a) bagatela;
b) atenuación de los efectos del delito;
c) pena Natural;
d) conexión (delictiva) más gravosa; y
e) crimen organizado.

En el capítulo 3 se analizarán estos supuestos y su procedimiento.

7. La verdad "real" como garantía

No se trata aquí de "empotrar" un concepto inquisitivo en un programa de enjuiciamiento democrático, sino de redimensionarlo en su función garantista[97], observado, precisamente, desde el diseño constitucional de enjuiciamiento penal. Tal vez debiéramos referirnos sin más a la "verdad como garantía".

La Verdad

Es indudable que el objetivo de "afianzar la justicia (CR, 1), implica la exclusión de la arbitrariedad en las decisiones judiciales, de cualquier fuero que sean (civil, penal, etcétera), e impone el mayor grado posible de verdad en sus conclusiones fácticas y jurídicas. Por algo es que en una de las más famosas conceptualizaciones del valor justicia, se señala que en "aquella bajo cuya protección puede florecer... la verdad". El concepto de verdad no es sólo un concepto regulador de la teoría de la prueba, sino la base de todo el sistema de garantías penales y procesales.

El criterio de verdad constituye un requisito sine qua non, cuando se trata de la imposición de una pena por la comisión de un delito: sólo será legítimo penar al culpable verdadero, y siempre que la culpabilidad haya sido plenamente acreditada. Esta es una **exigencia del sistema constitucional** derivado del principio de inocencia, que reconoce un estado de no culpabilidad del acusado hasta que se pruebe la verdad de lo contrario, y consecuentemente establece para el caso de incertidumbre sobre la verdad de la acusación, originada tanto en la ausencia como en la insuficiencia de pruebas de cargo, la imposibilidad de penarlo.

La exigencia de verdad abarca asimismo la aplicación de la ley, pues el hecho cometido (u omitido) debe ser "en verdad" el descrito por la norma penal como merecedor de la penal que se aplique: el encuadramiento legal también debe ser verdadero, lo que fundamentalmente significa que no podrá ser analógico (ni tampoco equivocado).

[97] En la decisibidad de la verdad que se da en el entrelazamiento de "saber" y "poder" del juicio previo, en el que Ferrajoli identifica la actividad jurisdiccional, siempre hay márgenes de discrecionalidad potestativa más o menos amplios pero irreductibles más allá de ciertos límites. Ante ello, "la tarea principal de la epistemología penal garantista es la de elucidar las condiciones que permiten restringir lo más posible estos márgenes y, por tanto, basar el juicio (en decisiones) sobre la verdad procesal en lugar de (en decisiones) valores de otro tipo". Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, ob. cit.*, p. 63.

A diferencia del proceso civil, que se conforma con lo que las partes aceptan como verdadero (porque no lo controvierten) y sólo procura la verdad de los hechos controvertidos por ellas (llamada verdad formal), el proceso penal procura llegar a la verdad real sobre la atribución del hecho delictivo a una persona. Pero no se trata de un concepto sustancial, sino de la verdad correspondencia: conocida como la adecuación de lo que se conoce de una cosa, con lo que esa cosa es.

La exactitud de la correspondencia en el proceso penal no es mas que el ideal al que se aspira, pues múltiples circunstancias que a continuación se analizan, condicionan su obtención absoluta, llevando el concepto de verdad procesal al campo de lo aproximado, y el logro a lo humanamente posible. Esta conclusión no puede ser argumentada para legitimar posiciones autoritarias que se conformen, conscientemente, con "menos verdad" como base de la condena, o que intenten superar con meras impresiones, simples opiniones, o puro arbitrio judicial las dificultades para conocer "toda" la verdad. Por el contrario, deben servir para redoblar los esfuerzos y extremar las precauciones tendientes a que el conocimiento que se obtenga en el proceso, sea el que más "corresponde" con la realidad de lo ocurrido, e idóneo para provocar en los jueces la percepción de haber negado la verdad (de estar en lo cierto: certeza). Sin esta percepción no puede haber condena.

De este modo la verdad, si bien aproximada ("judicial", "procesal" o formalizada como se le ha denominado), funciona como garantía de que quien resulte penado lo será porque verdadera y probablemente es culpable, o sea, que a nadie se le imponga una pena arbitraria, no sólo porque se probó que es realmente inocente, sino porque no se pudo probar plenamente que sea verdaderamente culpable. La verdad de la prueba se constituye en un concepto fundamental del proceso penal.

Es cierto que la actividad procesal sólo puede comenzar cuando se afirme, aun hipotéticamente, que la persona (que inicialmente puede no estar individualizada) ha cometido un hecho punible. Esto, de modo alguno, sirve para justificar (ni siquiera para explicar) la difundida idea de que dicha actividad de orientarse a lograr la verdad, tanto sobre la existencia como sobre la inexistencia del hecho: tanto sobre la participación responsable del imputado, como sobre su no participación: el decir, que en el proceso debe procurarse la verdad sobre la culpabilidad como sobre la inocencia de aquel.

La idea resulta equivocada pues el conocer la verdad sobre la inocencia del imputado no tiene por que ser un fin de la actividad procesal, pues aquella, se encuentra presupuesta por el ordenamiento jurídico y subsiste hasta que le pruebe lo contrario. Si tal cosa no ocurre, para el derecho, la verdad seguirá siendo la inocencia. Lo que se debe procurar, es la verdad sobre "lo contrario", es decir sobre la culpabilidad.

Por referirse a un hecho (delictivo) acaecido en el pasado, la verdad que se busca en el proceso es lo que se conoce como verdad histórica. Por ello es que la reconstrucción conceptual se admite como posible (a pesar de no ser susceptible de experimentación o percepción directa) induciéndola de las huellas que el acontecimiento pudo dejar en las cosas (rastros materiales) o en las personas. (huellas físicas o percepciones), las que por conservarse pueden ser conocidas con posterioridad; o mediante los resultados o conclusiones de experimentaciones u operaciones que se dispongan sobre las huellas, para descubrir o valorar la eficacia reconstructiva con relación al hecho del pasado (esto es la prueba).

Por su naturaleza, la verdad que se persigue en el proceso penal, o sea la verdad sobre la culpabilidad es una verdad posible de probar y precisamente por eso, el orden jurídico sólo aceptará como tal cuando resulte efectivamente probada. La verdad y la prueba se encuentren íntimamente ligadas al punto que, procesalmente, aquella no puede prescindir de esta. La garantía frente a la condena penal es la verdad probada.

Ya se ha advertido sobre la inexistencia de límites respecto del logro de la verdad en el proceso penal.

En cuanto a los condicionamientos de orden jurídico, la Constitución Nacional, los pactos internacionales incorporados a ella y los códigos procesales subordinan la obtención de la verdad sobre el hecho punible, al respecto de otros valores o intereses que priorizan sobre ella. Ello en muchos casos podrá implicar el hecho de que no pueda probarse la verdad sobre el delito o su autoría, o no con el grado de convicción exigido para condenar. Correlativamente se prohíbe la utilización de las pruebas obtenidas el logro de la verdad, algunos limites a la prueba impuesta por leyes sustantivas, cuando se dispone que ciertas situaciones sólo pueden ser acreditadas a través de un determinado medio probatorio, no admitiéndose ningún otro (vgr. el estado civil).

Por ser la verdad que se procura relativa a un hecho del pasado, su búsqueda encuentra dificultades practicas. A la influencia desgastante que sobre las huellas tiene el transcurso del tiempo, se suma el peligro de las equivocaciones en la percepción originaria, o distorsión en la transmisión e interpretación, o de falseamiento, a veces malicioso (vgr. alteración de huellas materiales: falso testimonio), o de errores en la apreciación por parte de los jueces.

Diversas particularidades ponen límites al logro de la verdad en la investigación. Se parte de la hipótesis (la posible comisión de un hecho) que puede o no ser confirmado; la búsqueda de datos debe respetar determinadas formas procesales (vgr. como no deben ser las preguntas), se orienta solo hacia aspectos fácticos que se crean jurídicamente relevantes (vgr. la calificación legal) y no hacia otros que resultan "filtrados" aún cuando pudieran ser útiles, etcétera.

Tienen incidencia importante en la búsqueda de la verdad (dificultando su logro) ciertas rutinas premoldeadas del proceso penal y los prejuicios (individuales o de la sociedad en la que viven) de los funcionarios policiales, fiscales y judiciales, que tienen a su cargo la investigación de la verdad.

Estos condicionamientos evidencian la necesidad de elegir un método de averiguación de la verdad que sea, respetuoso de las limitaciones de origen jurídico impuestas a esta tarea; e idóneo, para disminuir los factores de riesgo de error o falsedad.

Es conveniente adoptar un procedimiento en el que la acusación pueda (y haya podido) ser comprobada o desvirtuada a través de un método probatorio idóneo a tal fin; que autorice admitir como verdadera cuando pueda apoyarse firmemente en un conjunto de legítimas pruebas de cargo concordantes con ella, no enervadas o desvirtuadas por ninguna prueba de descargo, luego de haberlas valorado a todas conforme a las reglas de la sana crítica racional, que orientan el recto pensamiento humano (principios de la lógica de las ciencias y dela experiencia común), reglas que precisamente se utilizan para "discernir lo verdadero de lo falso"; y todo sin que existe la posibilidad de arribar a una conclusión diferente.

Ello implica, la posibilidad de desarrollar un rol activo y protagónico por parte del acusador, el imputado y el defensor, respectivamente, para la afirmación o negación de la acusación, así como en la libre y responsable actividad de producción y valoración de la prueba de cargo (que la confirmen) o de descargo (que la desvirtúen). Al juez se le reserva la tarea de decidir imparcialmente, y en forma motivada acerca del fundamento de la acusación (y su posible negación), con base en las pruebas y argumentación vertida en apoyo o refutación de aquélla.

Percepción subjetiva de la verdad

Las normas jurídicas son incapaces, de resolver la cuestión de la verdad, por lo tanto acuerdan una aptitud equivalente a la creencia que sobre ella puedan adquirir los jueces (o fiscales).

Si el estado subjetivo es de mera probabilidad, ello permite al proceso avanzar hacia el juicio definitivo (vgr. auto de elevación a juicio). Pero sólo la convicción firme (certeza) fundada en pruebas (no basta la creencia íntima) de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá que se lo condene y aplique la pena prevista; si tal grado de convencimiento no se alcanza, no se puede penar (in dubio pro reo): habrá que absolver.

La mayoría de veces se llega a la firme convicción de que el acusado verdaderamente es culpable, no por que no exista duda, sino por su disipación o superación. Obviamente, este resultado (la superación de dudas) no puede obedecer a actos de voluntad ni a la simple impresión de los jueces, sino que debe ser fruto de la consideración racional de datos objetivos exteriores a su espíritu (las huellas que dejó el hecho, y las operaciones técnicas sobre ella, es decir, la prueba) legalmente introducidas como prueba al proceso, que justifique y explique la forma en que pudieron disiparse las dudas existentes y cómo se arribó, a pesar de ellas, a la convicción de culpabilidad.

Toda esta actividad intelectual, que debe realizarse del mismo modo que lo haría cualquier persona común para llegar, mediante el uso de su razón, a la misma conclusión, tendrá que exteriorizarse en forma de explicación, comprensible (y por ende controlable) también por cualquier persona mediante el uso de su razón (órganos públicos o simples ciudadanos).

¿Verdad consensual?

En los últimos tiempos, han aparecido (reaparecido) interesantes propuestas que implican la posibilidad de desplazamiento parcial de la "verdad real" por una verdad consensual. En consecuencia la idea de considerar al consenso como una forma alternativa de solución para ciertos casos penales.

Estas ideas chocan con algunos fundamentos que inspiran el sistema penal y procesal, como son los principios de legalidad y de verdad real precedentemente expuestos. El Estado desarrolla la inevitable e irretractable tarea de procurar la verdad real y la consecuente imposición de la pena a todo verdadero culpable y chocan porque la "verdad consensual" puede prestarse, no tanto porque se castigue a quien no sea culpable, sino más bien a que no se castigue a todo quien no lo sea, a través de formas de resolución del caso de alternativas a la pena que prescindan total o parcialmente de ella.

Por cierto, hoy en día es impensable (y seguramente inconveniente) sustituir el sistema de regulación oficial de cualquier caso penal, por otro que deje totalmente libre la solución a la voluntad de los protagonistas. No menos cierto, es que el consenso -y su producto, la verdad consensual- puede tener un considerable e interesante campo de acción como atenuante de la opuesta regla general vigente.

CAPITULO III

ACCIONES, ACTOS Y ALTERNATIVAS PROCESALES PREVIAS AL JUICIO

Rigoberto Flores Ordóñez*

INDICE

Objetivos 96
Bibliografía 96
Introducción 97
1. Acciones 97
1.1. Acción Penal 97
1.1.1. Concepto de acción penal 97
1.1.2. Acción Civil 98
1.2. Independencia de las acciones penales y civiles 99
1.2.1. Organo Estatal 100
1.2.2. El concurso de la victima 100
1.2.3. Características de la Acción Penal Pública 100
1.2.3.1. Oficiosidad 100
1.2.3.2. Legalidad 100
1.2.3.3. Indivisibilidad 100
1.3. Obstáculos a la promoción y al ejercicio de la acción penal 101
2. Actos 101
2.1. Actos Procesales 101
2.1.1. Actos de los sujetos procesales 101
2.1.1.1.Clasificación de los actos jurisdiccionales 101
2.1.1.2. Actos de las partes 102
2.1.1.3. Actos de terceros 102
2.2. Plazos de los Actos 102
2.2.1. Clasificación de los Plazos 102
3. Alternativas procesales previas al juicio 104
3.1 . Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal 104
3.1.1. La conciliación 104
3.1.2. El criterio de oportunidad 107
3.1.3. La suspensión condicional de la persecución penal 110

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la UNAH. Ha realizado publicaciones científicas para diversas revistas y periódicos nacionales, como "Derechos Humanos" en la Revista del Colegio de Abogados de Honduras. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la UNAH. Profesor del módulo de Introducción al Estudio del Derecho en el Instituto Superior de Estudios Policiales; Instructor de Derechos Humanos y el Código Procesal Penal en el Sistema Penitenciario. Asesor, en temas puntuales, del Comité para la Defensa de los Derechos Humanos (CODEH)

OBJETIVOS

Al concluir el capítulo se pretende que el lector pueda:

- Caracterizar la acción penal pública.
- Definir al actor civil en el proceso penal.
- Conceptuar el acto jurídico procesal.
- Exponer la diferenciación entre acciones civiles y penales.
- Desarrollar los obstáculos a la promoción y al ejercicio de la acción penal.
- Relacionar tiempo y proceso penal.
- Clasificar los plazos procesales.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, Gustavo, *Manual DPP*, cit. tomo I, p. 387 y ss.; Alvarez, Alejandro y AAVV, *Manual del Juez de Letras*, Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ USAID-Honduras, Tegucigalpa, 2002.

Introducción

Si se vinculan las reacciones legalmente previstas ante el conflicto penal (acciones) con el juicio como momento central del proceso penal, surgen tres unidades temáticas que dan contenido a este capítulo y se corresponde con:

1. las **acciones** procesales (penales y civiles) que nacen *ex delito;*
2. los **actos** procesales que en conjunto describen al proceso penal; y
3. las **alternativas** judiciales previas al juicio común, pensado este último como epicentro del proceso penal acusatorio.

Entre la promoción de la acción penal y la sentencia, con la que concluye el juicio penal existe un espacio conceptual ocupado por *actos procesales* (p.ej.: denuncia, declaración del imputado, acusación, etc.) tendientes al juicio *y las alternativas* previas al juicio (conciliación, suspensión condicional del proceso y criterios de oportunidad). De este modo se vincula la re-acción (acción penal pública y/o privada, CPP, 25 a 28) generada en "el hecho" afirmado como delictivo con "el derecho" aplicado mediante juicio previo (CR, 94).

El carácter sancionatorio de la acción penal, se presenta como reacción de *última ratio* en el control social formalizado que ejerce el Estado de Derecho hondureño, este riesgo de pena estatal presenta a la acción civil –surgida del mismo hecho- como una acción accesoria de la penal.

Las *acciones*, de tipo penal o civil, se desarrollan por medio de *actos*. A esta serie gradual, progresiva y concatenada de actos procesales se le llama *proceso*, tal como lo concibe Vélez Mariconde (ver Cap. 2, punto 1. *Definiciones*).

En lo penal, los actos procesales se desarrollan en un tiempo determinado llamado *plazo* procesal, el que va desde la afirmación del hipotético hecho delictivo hasta la imposición de la pena estatal. Existe un intervalo ocupado por el proceso penal, tal como enseña Cafferata Nores (ver Cap. 1, punto 4.1. *Juicio Previo, Enfoque Político*).

1. Acciones

1. 1. Acción Penal

1.1.1. Concepto de acción penal

Tradicionalmente se entiende que la acción penal es el poder jurídico de carácter público, vinculado al ordenamiento objetivo, que tiende a excitar la jurisdicción y obtener la sentencia sobre el contenido, que es la *pretensión* deducida (*ius punendi*, entendida como derecho subjetivo a penar personas) (Vivas Ussher).

La acción es el poder de hacer valer una pretensión en juicio. La pretensión es el contenido de la acción, la declaración por sentencia firme que persigue quien ejerce la acción. Es la afirmación, con algún grado convictivo de hechos, que afectan bienes jurídicos protegidos por la ley sustantiva.

Para Ricardo Núñez, la acción penal es el poder de persecución, ante los tribunales de justicia, el castigo de los responsables de un delito, es decir que la acción penal es el medio de hacer valer la pretensión represiva [1].

1.1. 2. Acción Civil

La acción civil es ejercida solamente por los particulares dañados por el hecho ilícito. El CPP, en el capitulo VII título II, artículos del 49 al 53, se refiere a las acciones penales y civiles, lo que desde el enfoque del trámite procesal es concordante (cc) con el CPP, 432 y ss (subsiguientes), generando la posibilidad legal de ejercer la acción civil en sede penal, ambas acciones, tanto la penal como la civil, deben ser presentadas como independientes entre sí.

El CPP, 24, distingue[2] las acciones penales públicas de las privadas.

Son **delitos de acción pública** todos los delitos no previstos como delitos de acción privada (CPP, 25)[3].

Algunos delitos de acción pública **dependientes de instancia particular** (CPP, 26)[4].

Los delitos de **acción privada** son los previstos en el CPP, 27[5].

El CPP, 41, prevé los casos en que puede convertirse la acción pública en privada, por lo que se llega a juicio, mediante el procedimiento especial previsto por el CPP, 405, y ss.; lo cual sucede en el caso en que, queriendo acusar la víctima, se trata de un delito dependiente de la instancia privada o siendo de acción pública promovible de oficio, el MP aplica el criterio de oportunidad.

[1] Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo 1, Córdoba, 1999.

[2] La ley pretende, de esta forma, distinguir entre aquellos bienes jurídicos para cuya protección prevé la persecución por parte del órgano público creado al efecto (ministerio público y, en su caso, la Procuraduría General de la República –PGR-) o aquellos cuya persecución pondrá a cargo al particular ofendido por el hecho (acción privada).

[3] En los delitos de acción pública, la policía y el ministerio público tienen la obligación de iniciar y continuar la persecución penal (ver principio de legalidad o de obligatoriedad), sin necesidad de que la víctima la impulse. Es responsabilidad del Estado, a través de estos órganos, investigar y someter al procedimiento a los responsables sin necesidad de que medie una excitación externa. Los delitos de acción privada sólo pueden ser perseguibles por iniciativa e impulso de víctima. Las autoridades de persecución sólo pueden actuar en los términos previstos en el CPP, 279 tercer, cuarto, quinto y sexto párrafos.

[4] Casos:

a. Las lesiones leves (CP, 136), las menos graves (CP, 135 numeral 3) y las culposas (CP, 138); salvo que se trate de hechos de violencia intrafamiliar, en cuyo caso la persecución penal pública no requerirá de instancia particular.
b. Las amenazas (CP, 207); salvo que se trata de hechos cometidos en el marco de violencia intrafamiliar, en cuyo caso la persecución penal pública no requerirá de instancia particular.
c. El estupro (CP, 142), el incesto (CP, 176), el rapto (CP, 144 y 145), los abusos deshonestos (CP, 141), siempre que la víctima sea mayor de 14 años. Caso contrario, no se necesitará la instancia particular y el ministerio público deberá perseguir directamente.
d. El hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo más bajo vigente en la región del país en que se haya cometido el delito (CP, 223 a 243).
e. La estafa y otros fraudes (CP 240 a 243). Cuando el delito se cometa en perjuicio del Estado no se tratará de un delito que requiera instancia privada sino que la PGR podrá perseguir directamente o, en su defecto, podrá hacerlo el ministerio público.
f. La usurpación (CP, 227).
g. Los daños (CP 254).
h. Los delitos relativos a la propiedad intelectual o industrial y a los derechos de autor (CP, 248 a 253).

[5] Son **delitos de acción privada** (art. 27 CPP):

a. Los delitos relativos al honor (CP, 155 a 161).
b. La violación de secretos, revelación de secretos y el chantaje (CP, 214 y 215).
c. La negación de asistencia familiar a personas mayores de edad (CP, 177 a 179).
d. La estafa por medio de libramiento de cheques sin suficiente provisión de fondos (CP, 240 y 241).

Los delitos de acción privada son perseguibles a partir de una querella presentada por la víctima. El CPP ha previsto un procedimiento especial para el juzgamiento de estos hechos (CPP, 405 y ss.).

Clasificación de las acciones que nacen del delito

- Acciones
  - Penales
    - Acción pública
      - Promovida de oficio (25 CPP)
        - Perseguible por la sola decisión del órgano público. La victima puede ser acusador privado
      - Dependiente de instancia privada (26 CPP)
    - Acción privada
      - Querellante exclusivo (27 CPP)
        - El ejercicio correspondiente al ofendido o victima y excluye al Ministerio Público
  - Civiles
    - Ejercida en sede penal
    - o
    - Ejercida en sede civil

1.2. Independencia de las acciones penales y civiles

El CPP, 432, establece la independencia de las acciones civil y penal y expresa que la exclusión de responsabilidad penal en los casos de inimputablidad, fuerza irresistible, miedo insuperable y estado de necesidad, la victima o sus herederos pueden solicitar al juez de ejecución por la vía de apremio (en sede penal) que ordene la reparación de los daños materiales, morales y la indemnización de perjuicios en los casos en que proceda. Lo que demuestra que la responsabilidad civil es más extensa que la penal, o que, la responsabilidad penal es más restrictiva que la extra penal, existiendo casos (como los referidos anteriormente) en que se es responsable civilmente pero no penalmente, lo cual es coherente con el carácter del derecho penal de ser de *última ratio*.

La independencia debe de ser analizada, en el contexto de la organización jurisdiccional, según la cual los tribunales penales tienen como principal función la de ejercer la jurisdicción para resolver conflictos sociales de carácter penal y accesoriamente conflictos de derecho común (derecho civil), cuando concurren una serie de requisitos legales, entre ellos, que se trate de la misma fuente fáctica hipotetizada, tanto en la *acusación* como en la *demanda*, lo cual no puede suceder a la inversa, o sea, intentar que el Juzgado de lo civil (derecho común) resuelva la pretensión del derecho especial (derecho penal). Esto da carácter de accesorio a la acción civil cuando se intenta en sede penal, respecto de la acción penal.

La vinculación procesal presupone el acto de voluntad del particular que alega ser damnificado directo (aunque no sea la víctima) del hecho considerado delictivo, que solicite se le constituya como actor civil en el proceso penal, ya que la oferta es la base del sistema para resolver los

conflictos civiles es el fuero civil, en donde ha decidido no demandar (Vivas Ussher) para hacerlo en sede penal.

1.2.1. Organo Estatal

El Estado es el titular de la pretensión represiva y debe instituir los órganos específicos que se encarguen del ejercicio de la acción penal, sea esta pública, MP, o privada, acusador privado.

El Estado investiga, acusa y juzga, en los delitos de acción penal pública (CPP, 25). En el sistema vigente, el monopolio estatal en la investigación y la acusación está a cargo del Ministerio Publico, por regla y con las importantes excepciones del CPP, 26, 27 y cc., en tanto que el juzgamiento y ejecución es siempre jurisdiccional (CR, 314).

1.2.2. El concurso de la víctima

Este sistema otorga al particular ofendido por el delito el poder intervenir en el ejercicio de la acción publica (CPP, 26 y 27, en los delitos de acción penal pública dependientes de instancia privada y delitos de acción privada), regulándose la institución del acusador privado, quien actúa conjuntamente con el Ministerio Publico y el querellante particular, respectivamente.

1.2.3. Características de la Acción Penal Pública

1.2.3.1. Oficiosidad: El Estado, a través del Ministerio Publico, no puede abandonar su ejercicio, salvo cuando lo permita le ley (CPP, 25 y cc.).

1.2.3.2. Legalidad: Como principio general y con no pocas excepciones que permitan el principio contrapuesto, o sea el de oportunidad, en el cual los criterios reglados de oportunidad y/o conveniencia permitan en determinados casos impedir la:

a. ***inevitabilidad*** en la promoción de la acción penal publica por parte del fiscal, o
b. ***irretractabilidad*** en el ejercicio de dicha acción por el mismo funcionario.

1.2.3.3. Indivisibilidad: La acción penal se ejerce contra todos los participes en la comisión de un delito y la persecución no puede sectorizarse solo para algunos, sin que exista un criterio legislativo que lo establezca. A contrario sensu, el CPP, 44, establece que la renuncia o desistimiento de la acción penal otorgada a una de las personas imputadas aprovechara a todos los involucrados en la acción punible, lo cual limita la discrecionalidad del MP en el ejercicio de la acción penal pública, atenúa el carácter "acusatorio" del sistema y desmejora la eficacia del acusador público, por lo demás, es el más débil de los tres caracteres de la acción penal pública.

1.3. Obstáculos a la promoción y al ejercicio de la acción penal

En los delitos perseguibles por acción publica dependiente de instancia privada (CPP, 26) es un obstáculo para su *promoción*, condicionar la actuación del MP a la instancia de aquellos con derecho para hacerlo; esto es, si no se insta, no hay promoción.

La legislación procesal penal establece taxativamente obstáculos procesales para el ejercicio de la acción penal mediante juicio común en contra de jueces y magistrados, "altos funcionarios del estado", etc. Casos para los cuales se establecen procedimientos especiales de juzgamiento para imputados constitucionalmente privilegiados [6].

Excepcionalmente el CPP establece una limitante a la promoción y ejercicio de la acción penal y es la persecución de delitos privados (CPP, 27).

2. Actos

2.1. Actos Procesales

Los numerosos y diferentes actos procesales que pueden realizarse durante la tramitación del proceso penal pueden ser clasificados de diversa manera según el criterio clasificador que se adopte. En tal sentido, los actos procesales pueden clasificarse teniendo en cuenta el sujeto procesal que los realiza, la forma jurídica de tales actos, su contenido, la causa generatriz, el efecto procesal que producen, etc.

2.1.1. Actos de los sujetos procesales

Comprende los actos propios del Tribunal, de las partes y de terceros:

2.1.1.1.Clasificación de los actos jurisdiccionales

a. Actos de Gobierno, son aquellas decisiones que tienden a la impulsión y conducción del proceso, es decir la dirección del proceso para regular los actos que ordene (P. Ej: los poderes de dirección del presidente del tribunal sentencia durante el debate, CPP, 304).

b. Actos de Decisión, sirven para resolver el proceso y se dividen en: "*providencias, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas*" (CPP, 139). Se entiende por providencias, las resoluciones que tienden a la marcha o a impulsar el proceso, sin requerir motivación; los autos, que requieren motivación, deciden, entre otras cosas, cuestiones incidentales o cualquier situación que no sea de mero trámite o impliquen limitación de derechos y que no deban ser resueltas mediante sentencia; las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones incidentales y las sentencias propiamente dichas o definitivas que ponen fin al proceso y resuelven sobre el fondo de la cuestión.

[6] La protección a la investidura de los privilegiados, genera en otros cuerpos normativos, vgr. la ley de Organización y Atribución de los Tribunales que regula el tramite previo para dicho ejercicio, o el propio CPP en materia probatoria (ver Cap. 5), p. ej.: en cuanto a los testigos (CPP, 227 y 228) en donde se establecen ciertas reglas procesales previas a su declaración.

2.1.1.2. Actos de las partes

a. Actos de postulación: Peticiones realizadas al órgano jurisdiccional, quien debe resolver de conformidad a derecho. Ej. solicitud de sobreseimiento.

b. Actos de fundamentación: La solicitud de cualquiera de las partes se encuentra respaldada por la alegación o el fundamento. Ej. Alegaciones o conclusiones.

c. Actos de Impulso: Tienden a impulsar el proceso.

d. Actos Probatorios: Actos por medio de los cuales se propone una diligencia probatoria, ofrecimiento de prueba, examinado y contra examinando testigos.

2.1.1.3. Actos de terceros

Son aquellos actos realizados en el proceso pero que no están vinculados con éste, por ejemplo formular una denuncia, rendir una declaración como testigo, etc.

2.2. Plazos de los Actos

Una de las principales variables en el proceso penal es el tiempo, el cual debe tenerse en cuenta para la descripción y análisis de un sistema de procedimiento penal. El concepto mismo de proceso contiene como elemento definitorio el factor tiempo, ya que todo proceso implica transformación, evolución de un estado de cosas a otro, mediando una serie de fenómenos que se suceden en el tiempo.

El ritmo del proceso esta dado por los tiempos asignados a los diferentes actos procesales previstos por la ley. De aquí la utilidad del tiempo legal en el proceso, en tanto que sirve para acotar la actividad procesal, regulando situaciones inciertas e impidiendo la prolongada inactividad o apresuramiento contrario al legal desarrollo del proceso.

Para cumplir con esta función, las leyes fijan fracciones de tiempo, lapsos que imponen o impiden la actividad o fijan su cumplimento en el momento especifico. Los términos y formas constituyen una verdadera garantía de justicia y cumple la función política que la constitución nacional le atribuye, el derecho procesal disciplina la forma de los actos procesales, las fases en que aquel se deben desarrollar y los términos que es preciso observar.

2.2.1. Clasificación de los Plazos

La doctrina se ha ocupado de clasificar los plazos procesales según distintos criterios:

A. Por su origen pueden ser:

a. **Legales** constituyen la gran mayoría de los que rigen el proceso, ejemplo: declaración del imputado, prisión preventiva.

b. **Judiciales**, la realización del acto queda a entera discrecionalidad del órgano jurisdiccional facultado para gerenciar la etapa procesal.

c. **Convencionales**, surgen de la posibilidad de establecer plazos de las partes.

B. Por la Oportunidad:
   a. **Finales**, el acto queda emplazado dentro de él y su posible extensión o prorroga, por lo cual se le conoce también como plazos de clausura.
   b. **Iniciales,** son menos numerosos, se trata del lapso que debe transcurrir antes de realizar el acto o de iniciar la actividad respectiva, por lo que desde el punto de vista del efecto, suele llamarse *dilatorio o intermedio*.- La inobservancia del plazo implica vicio de nulidad que puede ser subsanado implícita o tácitamente si se tiene en cuenta que las partes pueden acordar o coincidir en la abreviación de un plazo.

C. Por el efecto previsto para su vencimiento:
   a. **Perentorios** son aquellos plazos finales que una vez trascurridos extinguen la posibilidad de realizar el acto para el cual se fijaron, precluyendo el momento procesal de que se trata. Estos pueden ser *fatales*, es decir que la pérdida de la facultad o atribución jurídica (competencia) se produce por el solo vencimiento (alcanzado el termino) en forma automática, sin necesidad de petición de parte o declaración jurisdiccional alguna, y *no fatales*, estos van desapareciendo de los códigos modernos ante el avance cívico de las normas reguladoras del procedimiento judicial.
   b. **Ordenatorios**, aquellos que se limitan a fijar la oportunidad del acto sin que puede aplicarse sanción procesal alguna de ineficacia ante su inobservancia, por cumplimento tardío del funcionario judicial.

D. Por la posibilidad o no de trasladar su vencimiento hacia el futuro:
   a. **Prorrogables**, se trata de que la ley autorice o deniegue la prolongación del plazo originalmente fijado, sin tener en cuenta sus efectos ni la oportunidad de la producción de este.
   b. **Improrrogables**, la regla general de la improrrogabilidad de los plazos está sentada en los diversos códigos procesales para la totalidad de los plazos perentorios.

E. Por la forma de computarlo:
   a. **Por año**, son escasos, subsisten para fijarle un término a todo el desarrollo del proceso.
   b. Plazos fijados **por meses**.
   c. Plazos fijados **por días**, son los que mayormente se tienen en cuenta en el proceso, la generalidad será fijar el cómputo mediante días corridos.- Continuidad, los términos son continuos y en ellos se computan los días feriados, salvo el receso de los tribunales que dispongan la ley o en caso de fuerza mayor.

F. El cómputo en función de su inicio, su transcurso y su término:
   a. **Individuales**, cuando corren independientemente para cada parte o integrante de parte, computándose desde la respectiva notificación.
   b. **Comunes**, los plazos que tienen un solo cómputo para todos los interesados, su fundamento está dado por el principio de igualdad entre partes.

3. Alternativas procesales previas al juicio

3.1 . Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal

Excursus del Manual del Juez de Letras[7]*:*

Consciente del hecho de que no resulta posible ni conveniente que todos los hechos delictivos sean perseguidos, pero a la vez consciente de la necesidad de dar solución a estos conflictos, la ley establece tres instituciones que regulan mecanismos alternativos a la persecución penal.

Estos mecanismos, cuyo fin y régimen varía, son la conciliación, el criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal.

3.1.1. La conciliación

El fin de la conciliación es solucionar el conflicto entre la víctima y el imputado, a través de un acuerdo entre ambas partes (art. 45 CPP). Cuando las partes acuerdan poner fin al conflicto, la acción penal queda extinguida, previa homologación de los acuerdos por parte del juez de letras (o el juez de paz, si se trata de faltas).

La conciliación es posible en los siguientes casos (art. 45 primer párrafo CPP):

a. **En las faltas**. En estos casos, será el juez de paz el responsable de homologar el acuerdo entre las partes.

b. **En los delitos de acción privada** (art. 27 CPP). No es tarea del juez de letras. La homologación está a cargo del tribunal de sentencia y el trámite está previsto en el procedimiento especial (arts. 408 y 409 CPP).

c. **En los delitos de acción pública** dependientes de instancia privada (art. 26 CPP). Estos casos corresponden a la competencia del juez de letras.

d. **En los casos en que se admite la suspensión condicional de la persecución penal**, en que, de acuerdo al art. 36 CPP, la pena prevista no sea superior a 6 años de prisión, el imputado no haya sido condenado anteriormente por la comisión de otro delito y que de la naturaleza y modalidades del hecho se desprenda que no existe peligrosidad (ver suspensión condicional de la persecución penal).

Muchos de los supuestos se resolverán antes de que sea ejercida la acción penal, a través de la aplicación de un criterio de oportunidad. La conciliación presenta dos ventajas respecto de la oportunidad: el primero, es que se aplica a supuestos más amplios que la oportunidad, el segundo, es que el criterio de oportunidad no puede aplicarse cuando se ha presentado el requerimiento fiscal, en tanto la conciliación puede aplicarse en cualquier momento antes de la apertura del juicio (por ejemplo en la audiencia inicial o en la audiencia preliminar o fuera de las audiencias).

Trámite para aplicar la conciliación:

a. Las partes (víctima e imputado) pueden, libremente, llegar a acordar la conciliación y proponérselo al juez de letras.

[7] Álvarez, A. y AAVV, *Manual del Juez de Letras*, Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras, Proyecto de Apoyo al Sector Justicia, DPK Consulting, bajo contrato USAID – Honduras, Tegucigalpa, 2002, pp. 54 y ss.

b. Si existen las condiciones para que la conciliación pueda efectuarse *y las partes no han manifestado ese interés*, el juez puede, por propia iniciativa, dar a conocer esta posibilidad a las partes y exhortarlas a que manifiesten las condiciones que estarían dispuestas a aceptar. Cuando las condiciones están reunidas, el juez debe procurar resolver el conflicto a través de la conciliación, ya que es un medio rápido y las partes pueden lograr la satisfacción de su interés.

c. El juez puede sugerir que las partes designen un amigable componedor que facilite el acuerdo o que una persona física o jurídica los asesore. El amigable componedor no requiere ningún tipo de exigencia particular en cuanto a sus calidades, bastará que las partes estén de acuerdo con la persona y que le tengan confianza. En cuanto a la persona física o jurídica de asesoramiento, el juez debe cuidar que se trate de una persona o entidad con cierta especialización, ya sea en mediación y/o conciliación, o sobre la cuestión objeto del litigio.

d. El juez de letras no procurará la conciliación cuando se trate de delitos de agresión sexual contra niños o de agresión doméstica. Sin embargo, si las partes mayores o sus representantes evocan la posibilidad de la conciliación y solicitan al juez que facilite la conciliación, éste procederá conforme el art. 45 segundo y tercer párrafos CPP. En este caso particular el juez debe prestar especial atención a la situación de la víctima.

e. Los conciliadores o los amigables componedores deben guardar secreto de lo que se discuta entre las partes. Son de aplicación las normas y prohibiciones relativas a las personas que deben guardar secreto profesional (p.e., art. 228 segundo párrafo CPP). En consecuencia, las conciliadores o amigables componedores no podrán declarar como testigos si la conciliación fracasa, y la eventual aceptación de los hechos por parte del imputado en una reunión de conciliación no podrá ser considerada posteriormente como una confesión.

f. El Ministerio Público no tiene ninguna participación en el procedimiento de conciliación y no puede participar en las reuniones entre las partes. A pesar de los expuesto, una vez que el fiscal tenga conocimiento del pedido de conciliación formulado por las partes y si considera que no concurren los requisitos para que la conciliación proceda, podrá hacérselo saber al juez, sin que la opinión del fiscal le obligue a rechazar el pedido de las partes. Cuando el juez de letras reciba el pedido de homologación de las partes, el juez, antes de decidir, dará la oportunidad al Ministerio Público para que se pronuncie al respecto.

Cuando las partes (víctima e imputado) hayan arribado a un acuerdo de conciliación y soliciten al juez la homologación del acuerdo, el juez deberá:

a. Verificar que el hecho objeto de la conciliación se encuentra entre uno de los supuestos del art. 45 primer párrafo CPP.

b. Verificar que las obligaciones asumidas por el imputado no son desproporcionadas respecto del hecho objeto de la conciliación, en perjuicio de imputado. En otras palabras, el juez de letras no deberá admitir la conciliación cuando el imputado, p.e., se obligue a reparar a la víctima por una suma que excede en mucho el valor real del bien. Sí, en cambio, es procedente que la víctima acepte sólo una disculpa o cualquier otro tipo de reparación moral. El juez verificará también que los plazos para cumplir con los acuerdos sean razonables y podrá hacer sugerencias para que las partes cambien alguno de estos aspectos.

c. Verificar que el acuerdo entre las partes ha sido otorgado con pleno conocimiento y voluntad. Es decir, las partes deben ser plenamente conscientes del tipo de decisión que han tomado y de sus consecuencias. El juez de letras no podrá admitir un acuerdo cuando las partes no se encuentren en igualdad de condiciones o cuando alguna de ellas ha actuado bajo coacción o amenazas.

d. En los casos de agresiones sexuales contra menores y de agresiones domésticas, verificará con particular atención si la víctima directa presta voluntaria y conscientemente su acuerdo para llegar a la conciliación.

Si las condiciones antes expuestas no se encuentran reunidas en el caso, el juez rechazará el acuerdo y el procedimiento continuará, sin que nada de lo que se haya dicho o escrito en el pedido de homologación pueda utilizarse posteriormente en perjuicio del imputado.

Si estas condiciones se encuentran reunidas, el juez de letras homologará el acuerdo de las partes. El juez no puede rechazar la conciliación por algún otro criterio, por ejemplo, no puede rechazar la conciliación con base en consideraciones de oportunidad o conveniencia.

Si el juez decide homologar el acuerdo, dictará un auto motivado (donde eventualmente se establecerá el plazo máximo para el cumplimiento del acuerdo), entregará una copia a cada una de las partes y ordenará el archivo del caso.

En cuanto a los efectos de la conciliación:

a. Si las condiciones impuestas en el acuerdo de reparación pueden ser cumplidas de inmediato, antes o durante la firma del acuerdo, la conciliación extinguirá la acción penal.

b. Si las partes acuerdan un plazo para el cumplimiento del acuerdo, se suspende la prescripción de la acción penal hasta el cumplimiento de las condiciones impuestas en el acuerdo. Cumplidas las condiciones, la acción penal se extingue.

Si el imputado no cumple con las condiciones impuestas en el acuerdo, la víctima así lo hará saber al juez de letras. El juez podrá convocar a las partes a una audiencia si así lo considera conveniente.

Si el imputado no concurre a la audiencia o no responde a las citaciones sin justificación o si el juez de letras considera probado que el imputado no ha cumplido con el acuerdo de conciliación, el juez podrá:

a. Declarar inválida la conciliación y ordenar continuar con el procedimiento. En este caso, así lo comunicará al Ministerio Público.

b. Ordenar una prórroga de seis meses para que el imputado cumpla con el acuerdo, si el juez considera que el incumplimiento no ha sido injustificado. Si pasado los seis meses la víctima no hace saber al juez del nuevo incumplimiento del imputado, la acción penal se extingue, caso contrario, declarará inválida la conciliación y ordenará continuar con el procedimiento, comunicándolo así al Ministerio Público.

3.1.2. El criterio de oportunidad

La ley permite al Ministerio Público, titular de la acción penal pública, no ejercer la acción penal a pesar de que se pueda creer que el hecho constituye un delito y que la persona imputada es la responsable de su comisión.

Los casos de abstención del ejercicio de la acción penal, la ley los llama criterios de oportunidad y, para evitar cualquier tipo de arbitrariedad, la ley sólo permite esta abstención en los casos que de forma taxativa enumera.

El criterio de oportunidad es, en consecuencia, el permiso legal para que en los casos estrictamente enumerados, el Ministerio Público pueda abstenerse de ejercer la acción penal pública.

La ley establece, en los arts. 28 a 35 CPP, los supuestos en los que éstos proceden y el procedimiento previsto, para luego regular los casos en los que la intervención del juez se hace necesaria.

Supuestos en los que procede

En cuanto a los supuestos en los que se puede aplicar el criterio de oportunidad:

a. Cuando la pena aplicable al delito no exceda de 5 años, la afectación del interés público sea mínima y de los antecedentes personales del imputado se infiera su falta de peligrosidad. Se trata de condiciones concurrentes, es decir que las tres deben estar reunidas. En cuanto a la pena aplicable, se considera que la pena de 5 años debe ser la máxima prevista en abstracto por la ley penal. En cuanto a la afectación mínima del interés público, el criterio de mayor o menor afectación está generalmente dado por el monto de la pena prevista, de modo que un delito que no tenga previsto más de 5 años de pena será considerado de mínima afectación del interés público. En fin, en cuanto a la peligrosidad de imputado, se debe tener en cuenta las modalidades del hecho y los móviles del imputado.

b. Cuando el imputado haya hecho todo lo que está a su alcance para impedir la consumación de los efectos del delito; si de los antecedentes personales del imputado se infiera su falta de peligrosidad. Se discuten los alcances de esta norma. Para algunos, se trata de un desistimiento activo, esto es, que la ley requiere que el autor haya hecho todo lo que está a su alcance para impedir el resultado, pero no requiere expresamente que el arrepentimiento sea eficaz. En otras palabras, no se requiere que el autor impida que el resultado se produzca. Para otros, en cambio, el desistimiento tiene que ser eficaz, es decir, evitar que el resultado se produzca. En todo caso, todos acuerdan en que no existe límite objetivo para aplicar este criterio, es decir, todos los delitos podrían ser objeto de este criterio de oportunidad.

c. Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o adopción, haya sufrido, como consecuencia directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave. Se trata de lo que generalmente se llama la pena natural, es decir, el ministerio público está autorizado a no ejercer la acción penal cuando el autor, como producto de ese hecho, haya causado un daño físico o moral a una persona cercana. En estos casos se entiende que ese mismo daño ya es suficiente castigo para el autor. Generalmente será utilizado para los delitos culposos, aunque no hay límite objetivo para el criterio de oportunidad, de modo que puede aplicarse en todos los hechos.

d. Cuando la pena a aplicar por un delito sea de menor importancia en comparación con la impuesta o a imponer a la misma persona por otro delito conexo. La ley da al Ministerio Público, mediante este criterio, la herramienta para seleccionar los hechos por los que se perseguirá a un imputado contra quien se tienen varios hechos por los cuales perseguirle.

e. Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada (ver art. 28 numeral 5). En estos casos el Ministerio Público está autorizado a aplicar el criterio de oportunidad a cambio de información dirigida a esclarecer el hecho, impedir que se cometan nuevos delitos o probar la participación de terceras personas. El hecho por el cual se aplica el criterio de oportunidad debe ser menos grave que el hecho que se busca esclarecer con la información obtenida.

Si el fiscal determina que el caso se inscribe en alguno de estos supuestos, deberá verificar si existen daños que reparar:

a. Si existen daños, es preciso que el imputado los repare o que se llegue a un acuerdo con la víctima en cuanto a la reparación. Al respecto, el término reparación debe ser entendido de forma amplia, es decir, puede incluir las disculpas o la asunción de obligaciones de hacer o no hacer. Además, la ley no exige que la víctima esté de acuerdo con la aplicación del criterio de oportunidad (decisión que corresponde al fiscal) sino que debe prestar su consentimiento para llegar a un acuerdo sobre la reparación. Por último, el fiscal puede establecer el monto de la reparación o la modalidad si la víctima pretende una suma desproporcionada.

b. Si no hay daño que reparar, no hay víctima o la víctima pierde el interés, el Ministerio Público puede aplicar el criterio de oportunidad sin más formalidad.

Si el acuerdo reparador no ha sido cumplido por el imputado, el fiscal reabrirá el caso y continuar con la investigación (art. 31 CPP).

Una vez aplicado el criterio de oportunidad, la víctima puede decidir si continúa con la persecución penal a través del procedimiento de conversión de la acción (art. 41 numeral 1 CPP).

La aplicación del criterio de oportunidad da lugar al archivo administrativo del caso (art. 30 CPP) y extingue la acción penal (art. 42 numeral 2 CPP), salvo en los casos previstos en el art. 28 numeral 5, en aquellos casos donde la reparación no se hace efectiva inmediatamente o en los casos en que la víctima decida continuar la acción (art. 33 CPP). La extinción, en estos dos últimos casos, queda pendiente de que concurra el resultado esperado.

La intervención del juez

El procedimiento para la aplicación del criterio de oportunidad corresponde exclusivamente al Ministerio Público, con la participación del imputado y de la víctima. El juez de letras no tiene, en principio, ninguna intervención.

El CPP sólo prevé la intervención del juez de letras en aquellos casos donde la víctima le solicite dejar sin efecto el archivo ordenado por el Ministerio Público en aplicación del criterio de oportunidad (arts. 32, 33 y 34 CPP).

En efecto, la víctima (constituido o no como acusador privado) puede, en el plazo de 5 días siguientes a la notificación del archivo, solicitar al juez que lo revoque. La víctima debe invocar

en su pedido las razones por las cuales pide la revocación. A este respecto la ley señala que sólo puede invocarse el hecho de no haber concurrido alguno de los requisitos que señala la ley (p.e., que no se ha hecho efectiva la reparación, o que el delito por el cual se aplica tiene previsto una pena mayor de 5 años).

Cuando el juez de letras reciba el pedido de la víctima, debe:

a. Trasladar al Ministerio Público y otorgarle un plazo de 5 días para que explique las razones de la abstención. El Ministerio Público podrá contestar las pretensiones de la víctima.

b. Resolver la cuestión en los 3 días siguientes de haber recibido el escrito del Ministerio Público o transcurrido el mismo plazo sin que el MP se haya manifestado.

Al momento de resolver, el juez debe:

a. Verificar la calidad de víctima (art. 17, art. 98 y art. 96 tercer párrafo CPP) de la persona que reclama dejar sin efecto el archivo.

b. Verificar el reclamo de la víctima en los límites impuestos por el reclamo. En otras palabras, si la víctima sostiene que la oportunidad ha sido aplicada a un supuesto que la ley no comprende, el juez estudiará el caso y tomará una decisión. El juez de letras debe limitarse a verificar lo que la víctima sostiene y no puede revocar el archivo por una razón distinta a la que ha sido argüida por el reclamante.

c. El juez de letras limitará el examen de la oportunidad al control de legalidad, es decir, a su conformidad con lo que la ley establece. En la medida en que la abstención de la acción penal es un permiso que la ley otorga para que el Ministerio Público disponga de la acción penal, el juez no puede hacer consideraciones sobre si tal abstención fue oportuna o si, en el caso particular, era preferible ejercer la acción penal. La discreción para abstenerse de ejercer la acción es, en el marco de ley, una atribución del Ministerio Público.

La resolución del juez puede ser:

a. De confirmación del archivo (art. 34 CPP). Este auto motivado cierra definitivamente el caso (extinción de la acción penal), salvo que se trate de un caso del art. 28 numeral 5, que el acuerdo de reparación esté sometido a un plazo para su cumplimiento, o que la víctima decida ejercer la acción penal por el procedimiento de conversión en el plazo de 45 días (art. 41 numeral 1 CPP). El juez notificará a todas las partes su resolución.

b. Revocación del archivo (art. 33 CPP). Si el juez constata que el requerimiento de la víctima es fundado y que el criterio de oportunidad ha sido aplicado en contravención a lo que dispone la ley, por auto motivado revocará el archivo y ordenará que se continúe con la acción penal. Así lo notificará a las partes. Lo manifestado por el imputado a fin de que se le aplique el criterio de oportunidad, no pueden ser utilizados en su contra, posteriormente al proceso.

La ley no permite ninguna otra opción más que la revocación o la confirmación.

La resolución del juez no es apelable.

3.1.3. La suspensión condicional de la persecución penal

La suspensión de la persecución penal es un procedimiento por el cual la ley prevé que se aplique al imputado, bajo su consentimiento, ciertas medidas de comportamiento y así evitar la continuación del proceso y la aplicación de la pena.

La aplicación de la pena provoca un dolor adicional al encierro y la prisión, que es el estigma de ser condenado y de figurar en los registros con tal carácter. La suspensión condicional de la persecución penal es una respuesta menos gravosa porque evita la condena, y más rápida porque evita el juicio.

La ley establece los supuestos en los que la suspensión es posible, el procedimiento para su aplicación, el plazo y las medidas de comportamiento y los efectos de la suspensión.

Los supuestos para su aplicación

El Ministerio Público podrá solicitar la suspensión condicional de la persecución penal en los siguientes casos (art. 36 CPP):

a. Cuando el término medio de la pena aplicable no exceda de seis años. Para obtener el término medio de la pena aplicable a un delito se debe sumar el mínimo y el máximo y dividirlo por dos. Si la operación matemática resulta en una cifra de 6 o menor, sería posible aplicar la suspensión (si concurren los otros requisitos necesarios).

b. Cuando el imputado no ha sido condenado anteriormente por la comisión de otro delito o falta. La condena por cualquier delito o falta es un obstáculo para la aplicación de la suspensión. La condena debe ser firme.

c. Cuando la naturaleza o modalidades del hecho criminoso, el carácter o los antecedentes del imputado, así como los móviles que lo impulsaron a delinquir, lleven al juez a la convicción de que el mismo es peligroso. El concepto de peligrosidad es, posiblemente, uno de los más discutidos en el derecho penal, debido a que hace referencia a elementos que exceden el hecho cometido u obligan a hacer previsiones sobre el comportamiento futuro de la persona. Ante esta situación, es recomendable que el juez limite su examen a considerar la gravedad de la afectación del bien jurídico en cuestión y el grado de culpabilidad del sujeto.

d. La existencia de un acuerdo reparatorio entre el imputado y la víctima. El término reparación es nuevamente utilizado en términos amplios, es decir, incluye las disculpas, el afianzamiento de la deuda, la asunción de la reparación por un tercero o la obligación de hacer o de no hacer. Si no hay víctima particular (por ejemplo en los casos de estupefacientes o en los delitos de peligro abstracto), el Ministerio Público podrá pedir la suspensión directamente. Si el daño ya ha sido reparado, será suficiente que este extremo sea comprobado y no será necesario que la víctima preste su consentimiento.

e. La admisión de los hechos por parte del imputado y el consentimiento para someterse a las medidas de conducta que serán acordadas con el Ministerio Público y aprobadas por el juez. También es necesario el consentimiento del defensor del imputado.

Los criterios antes expuestos son acumulativos, es decir, todos deben concurrir para que la aplicación de la suspensión condicional de la persecución penal sea aplicable. Si falta alguno de ellos, el juez debe rechazar el pedido.

El procedimiento para la aplicación de la suspensión

El juez conocerá del pedido de suspensión sólo a partir del requerimiento del Ministerio público, que contendrá (art. 36 CPP):

a. Los datos que sirvan para identificar al imputado.

b. El delito de que se trate. El fiscal deberá hacer mención aquí de los hechos imputados.

c. Los preceptos penales aplicables.

d. Las razones que justifican la suspensión. En este punto, el fiscal debe argumentar que el hecho en cuestión cumple con los requisitos establecidos en la ley, es decir, que el término medio de la pena no es mayor de 6 años, demostrar que el imputado no tiene condenas anteriores y que la forma de la comisión del hecho y el grado de afectación del bien jurídico no excluye la posibilidad de otorgar este beneficio. El fiscal también debe demostrarle al juez que las partes han arribado a un acuerdo reparatorio o, en su caso, que este requisito no es necesario (porque, p.e., no hay víctima o el daño ya fue reparado); y,

e. Las reglas de conducta y los plazos de prueba a los que debe quedar sujeto el imputado. El Ministerio Público debe precisar la modalidad que propone para el cumplimiento de las medidas (art. 37 CPP). El plazo de prueba no puede exceder de los 6 años.

El acuerdo de reparación entre el imputado y la víctima, así como el consentimiento del imputado y su defensor, podrán constar en un documento aparte y anexo al requerimiento fiscal. El fiscal puede, de todas formas, no adjuntar los documentos y solamente mencionarlo en su requerimiento; en este caso, el juez deberá confirmar el acuerdo y el consentimiento durante la audiencia que para el efecto convocará.

Una vez que el juez ha recibido el requerimiento del fiscal, lo primero que debe hacer es, comprobar que el fiscal ha cumplido con el principio de obligatoriedad de la acción. Es decir, el juez deber comprobar que el requerimiento contiene todos los hechos y las circunstancias que se desprenden de la prueba reunida y que el fiscal no ha olvidado ninguno.

Una vez comprobado que el fiscal ha incluido en su requerimiento, todos los hechos y circunstancias de hecho, proseguirá con el trámite establecido posteriormente. Si no fuere así, manifestará su disconformidad al fiscal superior (art. 299 CPP).

El juez fijará y convocará a una audiencia para resolver sobre la suspensión condicional. La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del fiscal, del imputado y de su defensor. La presencia de la víctima no es necesaria si consta por escrito el acuerdo reparatorio.

En la audiencia, el juez dará primero la palabra al fiscal para que exponga su requerimiento y las medidas que propone se impongan. Acto seguido, comprobará el consentimiento del imputado y que éste ha sido asesorado por el defensor. Finalmente comprobará, si los daños han sido reparados o si existe acuerdo de reparación con la víctima.

El juez cerrará la audiencia y tomará alguna de las siguientes decisiones:

a. Rechazar el requerimiento de suspender condicionalmente la persecución penal y ordenar se continúe con la investigación. Dicta auto motivado donde menciona el o los requisitos que faltare o que no concurren para admitir el pedido.

b. Dictará la suspensión condicional de la persecución penal, admitiendo el requerimiento. La resolución será un auto motivado donde constará el plazo de prueba (no mayor de seis años) y las medidas de conducta a las cuales se somete al imputado.

El secretario levantará acta de la audiencia y notificará la resolución a las partes.

El plazo de prueba y las medidas de conducta

En cuanto al plazo de prueba, que la ley establece en un máximo de 6 años, el período no puede establecerse al azar o de manera arbitraria.

Para la imposición de ese plazo el juez de letras debe tomar en cuenta las medidas de conducta que ha establecido y la gravedad del hecho en cuestión. A simple vista, no parece razonable que se aplique el mismo período de prueba a dos hechos de distinta gravedad.

El período de prueba debe ser justificado en la resolución judicial y no puede ir más allá del solicitado por el Ministerio Público (principio acusatorio).

Las medidas de conducta que el juez puede imponer al imputado, se encuentran establecidas en el art. 37 CPP:

a. Residir en un lugar determinado o someterse a la vigilancia que el juez establezca. Esta es una medida muy útil en varios casos. Por ejemplo, tratándose de violencia intrafamiliar, el juez puede obligar al imputado a no vivir en el mismo hogar con su víctima (esposa/o o niños). En cuanto a la vigilancia, el juez puede ponerla a cargo tanto de una autoridad pública (por ejemplo que el imputado se presente con cierta regularidad ante la comisaría), o ante una persona física o jurídica (un pariente o una institución especializada).

b. La prohibición del uso o consumo de bebidas alcohólicas y de sustancias psicotrópicas o de cualquier naturaleza que, dadas las circunstancias de la persona imputada, puedan provocar peligro de perpetración de algún delito. Esta medida, en cambio, es más difícil de imponer y de controlar que la anterior. El juez debe tener presente que esta medida es adecuada sólo si el consumo de alcohol o drogas tiene vinculación directa con la comisión del delito. De todas maneras, el juez no debe imponerla si, de antemano, considera su cumplimiento imposible porque el imputado es dependiente del alcohol o de alguna droga controlada. En este último caso es preferible recurrir al punto f.

c. Finalizar la escuela primaria, en su caso, adquirir una profesión u oficio o seguir los cursos de capacitación que el juez determine. Para la aplicación de esta medida, el juez debe observar, ante todo, que sea posible de realización, teniendo en cuenta el lugar de habitación y los recursos del imputado. El juez no puede imponer al imputado, por ejemplo, seguir cursos de capacitación para los que deba pagar un dinero que no tiene.

d. Efectuar labores o prestar servicios de utilidad pública, fuera de la jornada ordinaria de trabajo, en las instituciones que el juez señale. Estos trabajos de interés general pueden ser no sólo útiles sino fáciles de aplicar y de controlar, puesto que el trabajo se realizará en instituciones públicas o privadas de interés general. El juez deberá tener en cuenta que el trabajo no impida que el imputado realice convenientemente sus tareas laborales comunes ni tampoco impondrá un plazo demasiado largo para el cumplimiento de estas medidas.

e. La prohibición de salir del país sin la previa autorización del juez. Para este efecto, se comunicará la medida a las autoridades correspondientes. El juez podrá dictar el arraigo como una de las medidas, siempre que la salida del país impida que el imputado cumpla las demás medidas impuestas. En estos casos, el juez lo comunicará a las autoridades migratorias.

f. Someterse a tratamiento médico o psicológico. Esta medida puede ser útil cuando el hecho delictivo revele problemas de comportamiento que requieren asistencia especializada. De todas formas, el juez podrá imponerla en establecimientos públicos o que presten el servicio gratuito, cuando el imputado no tenga los medios necesarios para pagar un médico o psicólogo privado.

g. La prohibición de tener o portar armas de fuego. Si el delito ha sido cometido con arma de fuego, es recomendable que el juez imponga esta medida. Para ello, si el imputado tiene autorización para portar armas, el juez podrá ordenar su revocación o su suspensión por el período de prueba y así comunicarlo a la autoridad correspondiente. Podrá, asimismo, ordenar al imputado que entregue su arma y que sea depositado en el almacén del Ministerio Público hasta concluido el período de prueba.

h. La prohibición de conducir vehículos automotores. Si el delito ha sido cometido con un vehículo automotor, dolosa o imprudentemente, es recomendable que el juez imponga esta medida. Para ello, ordenará la suspensión de la licencia de conducir y así lo comunicará a las autoridades competentes. Ordenará también la entrega de la licencia.

El juez puede imponer una o varias de estas medidas, pero siempre debe tener presente que:

a. El juez no puede imponer una medida más gravosa de las que ha solicitado el Ministerio Público con acuerdo del imputado.
b. Las medidas deben ser de cumplimiento razonable y por un plazo razonable. También la medida debe tener relación con el tipo de delito cometido, de nada serviría obligar a un imputado prohibirle conducir automóviles si el hecho que se le imputa es el hurto de un electrodoméstico.
c. Las medidas son reformables posteriormente a la resolución que las impone, si el juez toma conocimiento de la imposibilidad de su cumplimiento o si la medida resulta excesiva.

En la audiencia, el juez comunicará personalmente al imputado las medidas que se le imponen, el modo de su cumplimiento y las consecuencias de su incumplimiento.

La resolución judicial que impone la suspención condicional es apelable (art. 37 últ. párrafo y 354 numeral 6 CPP). Una vez firme la resolución que ordena la suspensión condicional, el juez de letras enviará copia al juez de ejecución correspondiente encargado de controlar el cumplimiento de las medidas (art. 60 CPP).

Efectos de la suspensión condicional de la persecución penal

Cumplido el plazo de prueba, la acción penal se extingue de pleno derecho (art. 42 numeral 3 CPP), es decir, sin que sea necesario que el juez de letras lo declare.

Sin embargo, en ciertas condiciones, el juez podrá revocar la suspensión (art. 38 CPP):
a. Cuando se incumplan las medidas impuestas, salvo causa justificada.
b. Cuando se incumpla el acuerdo reparatorio.

c. Cuando el reo sea condenado como consecuencia de la comisión de un nuevo delito. Se tratará, en estos casos, de una condena firme.

En virtud de que el juez de ejecución es el encargado de controlar el cumplimiento de las medidas, todas las incidencias respecto de su cumplimiento serán resueltas por éste. Si el juez de ejecución considera que existen méritos para revocar la suspensión condicional, enviará un informe al juez de letras que dictó la resolución para que éste adopte una decisión.

El informe contendrá los detalles sobre el incumplimiento de las medidas para que el juez pueda tomar conocimiento directo y hacerse una opinión.

El juez de letras, para decidir sobre el asunto, podrá convocar a las partes a una audiencia. En todo caso, antes de tomar una decisión, oirá a las partes.

Si el juez decide revocar la suspensión condicional, ordenará al fiscal que prosiga con la investigación.

Si otro proceso se inicia contra el mismo imputado y éste es puesto en prisión preventiva, el plazo de prueba se suspenderá hasta que recupere su libertad. Si el imputado está en libertad, el plazo seguirá corriendo pero se suspenderá la extinción de la acción hasta que se dicte una sentencia en el segundo caso. La declaración de suspensión es competencia del juez de ejecución.

CAPITULO IV
LOS SUJETOS PROCESALES

Ines Cubero* y
Jaime Banegas**

INDICE

Objetivos 116
Bibliografía 117
Introducción 118
1. El Tribunal u Organo Jurisdiccional 121
1.1. Naturaleza y Caracteres 122
1.2. Clasificación 123
1.3. Personificación y Perfil Requerido al Juez Penal 127
1.4. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales 128
1.5. Conexión de Causas 129
1.6. Consecuencias Procesales de las reglas de la Competencia 129
2. El Órgano de la Acusación 130
2.1. El Ministerio Público 131
2.1.1. Ubicación Institucional 132
2.1.2. Actividad procesal del MP 132
2.1.3. Composición del MP 133
2.1.4. Condición de la función de los funcionarios 136
2.1.5. La competencia fiscal 136
2.1.5.1. Alcances jurídicos del "ámbito de actuación" fiscal 136
2.1.5.2. Límites a la "competencia" del fiscal 137
2.2. El Acusador y el Querellante 137
2.2.1. Caracteres comunes 137
2.2.2. Querellante Exclusivo 138
2.2.3. Acusador Privado 139
3. La víctima 141
3.1. Participación de la víctima en el proceso penal 141
3.1.1. Referencia histórica general 141
3.1.2. Referencia histórica particular 142
3.1.3. El inevitable ascenso de la víctima 143
3.2. El derecho de defensa de la víctima 145
3.2.1. Concepto jurídico-penal de la víctima 145
3.2.2. Principios básicos de justicia para las víctimas 145
3.2.2.1. Acceso a la justicia y trato justo 145

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, *magna cum laude*, con Orientación en Derecho Penal y Mercantil y Especialista en Derecho Penal y Procesal por la UNAH. Profesora de Derecho en la UNAH, en la Universidad Católica de Honduras y en la Universidad de San Pedro Sula. Co-autora de Introducción al Código Procesal Penal de la República de Honduras (Capítulo: Limitaciones a la Jurisdicción en favor de las Partes). Juez de Letras de lo Criminal en San Pedro Sula.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la UNAH. Ha sido Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de San Pedro Sula. Co-autor del Código Procesal Penal Comentado y de Introducción al Código Procesal Penal de la República de Honduras. Se desempeñó como Juez de Letras Primero de lo Criminal de San Pedro Sula. Director de la Escuela Judicial "Francisco Salomón Jiménez Castro" de la Corte Suprema de Justicia de Honduras.

3.2.2.2. Resarcimiento e indemnización 146
3.2.2.3. Asistencia 147
3.2.2.4. Programas y formas de organización de las víctimas 147
3.3. La víctima en el nuevo proceso penal hondureño 149
3.3.1. Consideraciones generales 149
3.3.2. La víctima y sus derechos 150
3.3.3. Otras formas de participación de la víctima 152
3.4. El Ministerio Público y la víctima 155
3.4.1. El Ministerio Público y la víctima en el sistema acusatorio 155
3.4.2. El fiscal y la desjudicialización del conflicto 155
3.4.3. La víctima como contralora de la actuación y decisión fiscales 156
4. El Imputado 159
4.1. Noción 159
4.2. Reconocimiento de derechos 161
4.3. Capacidad e identidad 162
4.4. Derechos garantizados 164
4.4.1. Atribuciones defensivas 164
4.4.2. El imputado frente al peligro de las medidas cautelares 165
4.4.3. Atribuciones de parte 166
4.4.4. Obligaciones 166
4.5. La rebeldía 167
4.6. La condición de imputado: presupuestos 168
4.7. Derechos del Imputado 171
5. El Defensor del Imputado 173
5.1. El servicio público de defensa técnica 174
5.2. Función Defensiva 175
5.3. Facultades Defensivas 177
5.3.1. Programa de gestión defensiva 178
5.3.2. Emergente del plan de acción defensiva 178
6. Los auxiliares de los intervinientes 179

OBJETIVOS

- Caracterizar a los sujetos procesales.
- Definir las funciones que cumplen cada uno de los sujetos procesales.
- Enlistar derechos del imputado en el proceso penal.
- Detectar y fundamentar indicadores del postulado de la independencia del Poder Judicial.
- Determinar las condiciones de la función del juez penal.
- Explicitar las reglas de la competencia material, territorial, por conexión y la distribución por turnos.
- Desarrollar las reglas de competencia material, territorial, por conexión y sistema de turnos.
- Estructurar la función jurisdiccional en las diversas etapas del proceso penal.
- Demostrar la función persecutoria del actor penal en las diversas etapas del proceso penal.

- Manejar las diversas formas de realización que cumplen el imputado y su defensor en las diversas etapas del proceso.
- Encontrar soluciones jurídicamente válidas a problemas procesales de competencia.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, G. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Alveroni, Córdoba, 1999. Clariá Olmedo, Jorge A. (con la colaboración de los Dres. José I. Cafferata Nores, Cristina José de Cafferata y Jorge Montero), *Derecho procesal penal*, ts. I y II, Bs. As., Lerner Editores Asociados, 1985; Cafferata Nores, José I., *Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992; Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal argentino*, t. 2b, Bs. As., Hammurabi, 1989 y 2da. Edición, 1995.

Cada sujeto encuentra en su rol procesal penal,
su status político en la comunidad jurídicamente organizada.
GVU.

Introducción

Víctima y *victimario* son los protagonistas del conflicto social de máxima intensidad. En el actual estado de desarrollo de la organización social hondureña, la solución de tal conflicto, no se deja –solamente- en manos de estos dos sujetos sociales, sino que mediante un diseño jurídico, se concentra la titularidad monopólica de la coerción[2] (e incluso de la violencia física) legítima[3] en manos del *Estado* y sus órganos de actuación, pudiendo llegar a imponer "penas".

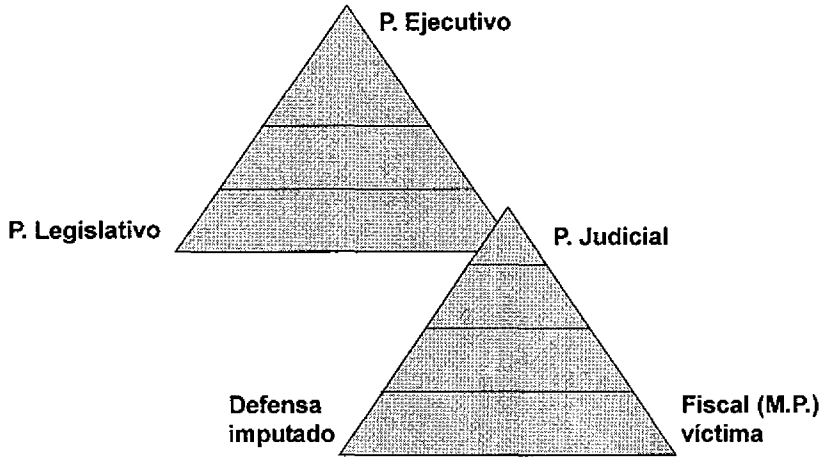
La organización jurídica de la sociedad hondureña crea un nuevo escenario en donde presenta nuevamente (re-presentar) a los protagonistas del conflicto. Este nuevo escenario es el proceso penal.

En el proceso penal interactúan diversos sujetos, a los que llamamos sujetos procesales, dotados cada cual de diversas facultades y obligaciones procesales de origen normativo (constitucional, legal y reglamentario).

En este diseño normativo el victimario no es condenado sino hasta muy avanzado el proceso penal, esto es su fase final (ejecución de la sentencia con la que concluye el juicio previo garantizado por CR, 94), por lo que, con prescindencia de su posterior condena, es considerado no culpable (CR, 89) y se le llama *imputado*.

En el escenario procesal, entonces, ***víctima*** e ***imputado*** son los protagonistas del conflicto social a solucionar mediante una resolución jurisdiccional de un tercero imparcial: ***el Tribunal***. Se pretende así una división de poderes procesales análoga a la división de poderes en la organización republicana del estado, como se ilustra en el cuadro No. 1.

CUADRO No. 1



[2] Ver Capítulo 8 para diferenciar coerción material (pena) de coerción procesal (medidas cautelares).
[3] Ver Capítulo 1 en relación al monopolio de la violencia legítima para el control social en Cap. 2 su expropiación en manos del Estado.

Los intereses[4] puestos en juego durante el proceso penal exceden el interés de los particulares (al menos en lo relativo a la pena –que es siempre estatal-), por lo que la función procesal requirente de la víctima adquiere forma de ***querellante*** (en los delitos de acción penal privada) o de ***acusador privado*** (en los delitos de acción penal pública).

Esta función requirente puede tener al propio Estado por víctima o damnificado. Aquí el Estado se desdobla cuando actúa como persona jurídica titular de derechos subjetivos extrapenales (regularmente patrimoniales) y cuando actúa como titular del derecho subjetivo a punir personas (*ius punendi*). En el primer caso actúa procesalmente mediante la ***Procuraduría General de la República*** (PGR); en el segundo mediante el ***Ministerio Público*** (MP) y esto último sin perjuicio de la pretensión punitiva del acusador privado.

La función defensiva del imputado es cumplida por él mismo (auto defensa) e integrada con un ***defensor privado*** de la confianza del imputado. Ante la indigencia o simple negativa del imputado en nombrar un defensor privado, el Estado se desdobla para ofrecer un servicio público de defensa: ***defensa pública***.

En todos los casos, de lo que se trata es de reglamentar y desarrollar la estructura lógica del poder limitado mediante un sistema de contrapesos, que es lo establecido por la Constitución como único marco de enjuiciamiento legitimo, es decir, evitar la suma del poder público en una sola mano, que es lo establecido en CR,4, párrafo segundo, como forma de gobierno de la cosa pública (*res publica*), la administración de justicia (que constituyen actos de gobierno) comparte los caracteres del gobierno en la forma "republicana, democrática y representativa", en el tradicional sentido iluminista de que el poder estatal se ejerce por medio de tres departamentos del poder, ejecutivo, legislativo y judicial, departamentos del poder que son complementarios, independientes y sin relaciones de subordinación.

En este orden de ideas de lo que se trata es de que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, la vida, el honor, la propiedad de ningún ciudadano quede supeditada a la sola voluntad de alguno de los sujetos que intervienen en el proceso[5].

Deliberadamente empleamos el concepto de "**sujetos**" del proceso penal aludiendo el de parte porque si este término es perfectamente aplicable para otros ordenes del derecho procesal penal, no es completamente claro ni pacífico que en el proceso penal existan partes con la misma significación que aquellos otros.

Clariá Olmedo sostiene que son sujetos del proceso penal las personas naturales, juridicas, particulares o de derecho publico, privadas que intervienen necesariamente o eventualmente en su carácter de titulares del ejercicio de los poderes de jurisdicción, acción o defensa, puestos en acto ante la presencia de un correcto objeto procesal penal, que ha de ser tratado constitucionalmente. Es importante referir además que como sujetos procesales deben y pueden actuar diversas personas ya sea en virtud de la función pública que ejercen o porque son titulares de derechos subjetivos o de intereses tutelados por el derecho penal y que este les impone la obligación de deberes que se deben cumplir.

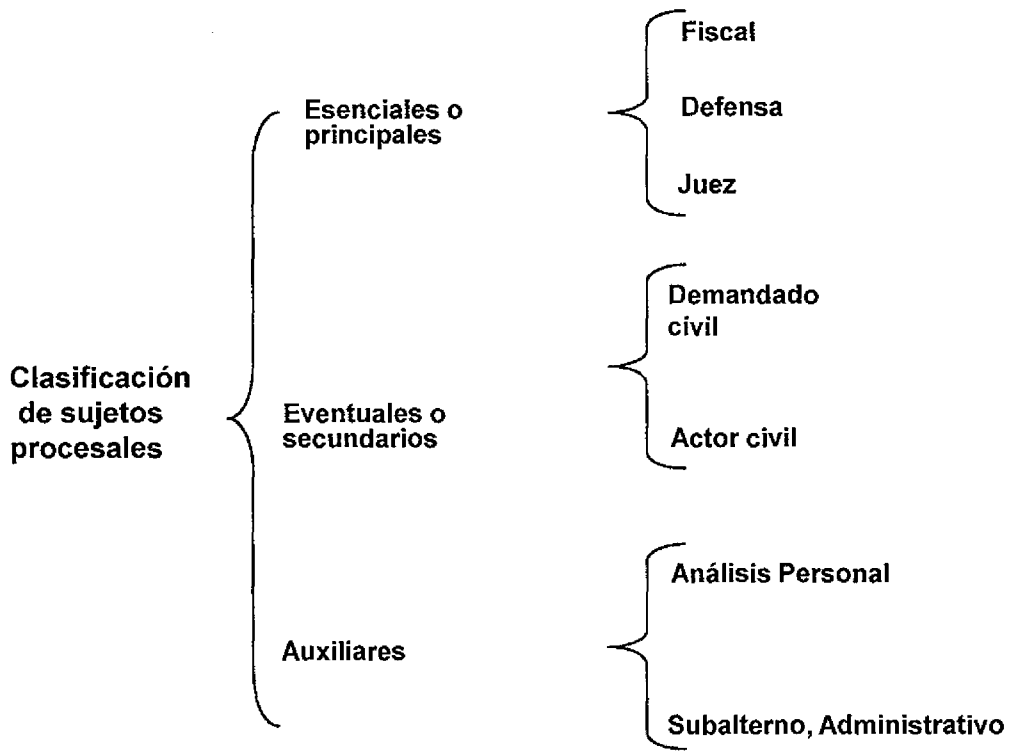
[4] Ver Capítulo 2, punto "3. Intereses tutelados por el proceso penal".

[5] Cf. Valladares Lanza, L. y Vivas Ussher, G., *Derechos Humanos y Garantías constitucionales del Sistema Penal*, Manual de Cátedra, Carrera de Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal, Sistema de PostGrado, UNAH, Tegucigalpa, 2001, p. 73.

Suelen estos sujetos clasificarse en **principales** (o esenciales) y **eventuales** (o secundarios). Se entiende como principales aquellos que necesariamente deben intervenir durante todo el desarrollo del proceso penal para que pueda llegarse a un válido pronunciamiento definitivo sobre el fondo. Se vincula directamente al objeto principal o sea a la cuestión penal a través de los tres roles o poderes de realización (acción, excepción y jurisdicción). Acusador, acusado y tribunal son presupuestos procesales sin los cuales no se podría dictar válidamente ninguna resolución sobre el fondo en lo principal (Sentencia Definitiva).

Ahora bien al hablar de los sujetos eventuales o secundarios podemos incluir en estos al ***demandado civil***, el ***actor civil*** entendiéndose como tal aquella persona que como ofendida de un delito demanda en el proceso penal la restitución del objeto que la materia del delito o la indemnización del daño material o moral sufrido y el demandado civil pues no es más que la persona contra quien se dirigen las acciones antes referidas pudiendo ser el mismo imputado o un tercero. Algunos autores consideran la existencia de una tercera clasificación que está integrada por los denominados **sujetos auxiliares** que son, de los sujetos principales y eventuales, los auxiliares tanto del órgano jurisdiccional, MP y defensa. Esta clasificación es también ilustrada por el esquema que a continuación se presenta. Véase cuadro No. 2.

CUADRO No. 2



1. El Tribunal u Organo Jurisdiccional

El Estado moderno asegura el cumplimiento de la administración de justicia como una garantía[6] fundamental a través del preestablecimiento formal de órganos públicos que se constituyen y organizan como mecanismos de tutela para actuar la Constitución y demás leyes en relación a los conflictos sociales llevados a los Tribunales de la República.

Es por esta razón que, conceptualmente y en sentido amplio, la ***competencia*** de un tribunal determinado es parte de la ***jurisdicción*** de un estado, y se identifica con el poder soberano del Estado-Nación[7] (***soberanía***) y su contenido comprende el de dictar las leyes (competencia legislativa) y aplicarlas a través de los tribunales estatales que funcionan dentro del territorio nacional (competencia jurisdiccional o jurisdicción, a secas, esto es, decir el derecho en el caso concreto: *iuris-diction*).

Esta función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando las leyes del Estado, constituyen la jurisdicción en sentido estricto, y no es otra sino a la rama judicial a la que le corresponde (le está atribuida) la potestad de administrar justicia a través de la función de juzgar y de aplicar el derecho en los casos o conflictos de las personas previendo las discordias, resolviendo las controversias y manteniendo de esta forma la armonía social (CR, 303 y 314, Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, 1).

No obstante que la jurisdicción es una sola de acuerdo a las diferentes clases de derecho le corresponden a jueces y tribunales diferentes, de allí que existan los distintos límites a esa jurisdicción dado por las denominadas competencias (territoriales, grado, materia, cuantía) por ejemplo civil, laboral, contencioso administrativo etc. Cada una de estas ramas constituyen a su vez otras tantas manifestaciones o especialidades de las competencias y a su vez de la *iurisdiction*.

De conformidad al CPP, 54, se le asigna a los Tribunales penales de la República la competencia para "*conocer de un delito o falta, lo será también para resolver las cuestiones incidentales que se susciten en el curso del proceso, aunque no pertenezcan al orden penal, siempre que tales cuestiones se encuentren tan íntimamente ligadas al hecho punible, que sea racionalmente imposible su separación*", de modo tal que las cuestiones extrapenales guarden una relación con las penales que por su interdependencia se las consideran como "***prejudiciales***"[8].

Esta competencia es ***improrrogable***, en el sentido de no ser disponible por el tribunal ni por las partes ni aún cuando medie en ellas acuerdo previo.

El órgano jurisdiccional se encuentra en la cúspide orgánica de la administración de la justicia, desde que las partes piden (fundadamente) y los tribunales resuelven (conforme a derecho). Se predispone de esta forma a actuar dentro de los límites funcionales.

La potestad de juzgamiento del órgano judicial deriva como ya antes hemos aludido de la Constitución de la Republica que son a su vez las que establecen las bases fundamentales para la administración de la justicia. Y sobre esa base constitucional, el órgano jurisdiccional debe dirigir sus actuaciones con absoluta imparcialidad e independencia (CPP; 7 y 54; LOAT, 11) y de conformidad a un procedimiento regular y legal con la observancia de garantías procesales

[6] La palabra garantía debe entenderse como aquel conjunto de medios que crea el ordenamiento jurídico para asegurar la observancia de la Constitución vale decir la consumación o integridad del ordenamiento mismo. OLANDOV, Carlos Alberto " Derecho Constitucional e Instituciones Políticas" 2da. Ed. Bogotá 1987 pag. 190.

[7] Sobre el concepto de Estado-Nación, ver Capítulo Cero.

[8] Se exceptúan aquellos relacionados con el estado civil, litigios sobre propiedad en materia de usurpación, calificación de quiebra fraudulenta o culposa.

básicas cuya efectiva observancia les otorga legitimidad a sus actos y decisiones, de conformidad a lo desarrollado en el Capítulo 1.

1.1. Naturaleza y Caracteres

En materia penal, la jurisdicción esta integrada por la potestad que el Estado concede a determinados órganos persona (magistrados y jueces) para declarar el derecho aplicable a una conducta determinada, diciendo si en derecho constituye o no una infracción a la norma jurídico penal y en caso afirmativo, la responsabilidad que por ella corresponde al imputado.

De esta forma el *ius punendi* o pretensión punitiva estatal, es un derecho monopolizado por el Estado. Sin embargo aun cuando la sanción penal revista especifica particularidades y signifique un mayor grado de ejercicio de violencia estatal, la jurisdicción[9] es y será siempre la misma, razón por la cual la actividad de los Jueces Penales, en tanto manifestación de poder del Estado de decidir en ejercicio de la soberanía popular con la que se ha legitimado para imponer penas.

"Órgano jurisdiccional" es un término genérico, que considerado específicamente, se proyecta y manifiesta en el concepto de **Tribunal**[10] como una materialización concreta del órgano jurisdiccional, mismo que personifica a los jueces técnicos y jueces jurados dotados de *imperium* (monopolio de la coacción social legítima) que tienen a su cargo el servicio público de impartir justicia.

Clariá Olmedo conceptualiza al Tribunal, como aquella manifestación objetiva del órgano jurisdiccional instituido por preceptos constitucionales para ejercer la función que le es propia dentro de los límites previstos por la competencia judicial. Según este autor la noción de tribunal judicial en su individualidad resultante del fraccionamiento del órgano jurisdiccional, esta circunstanciada con la noción de competencia la que objetivamente equivale a determinar la concreta órbita jurídica, dentro de la cual, cada tribunal ejerce la función jurisdiccional del Estado.

Y esto obedece lógicamente al hecho o necesidad del Estado de organizar la pluridad de tribunales y su correspondiente personificación. Pues no es sino de esta forma como se logrará desarbolar la doble perspectiva de exteriorización de dicho órgano desarrollándose así la función órgano – institución y lo que constituye el órgano físico o sea la persona física sobre la cual recae la responsabilidad de decir el derecho como único camino de hacia la justicia en concreto.

Es aquí de donde se desprende la necesidad de establecer un concepto de **Juez Penal**. Primeramente en su sentido amplio y partiendo desde un punto de vista funcional, podemos afirmar que un juez es un servidor público que desempeña una de las funciones del Estado moderno. Desde el punto de vista estructural, el Juez es una persona que está investida por el Estado de la potestad de administrar justicia[11], es decir ostenta un poder conferido por el Estado para declarar la voluntad de la ley a través de un acto de autoridad imperativo y coactivo con el propósito de resolver o redefinir el conflicto mediante la equidad y la justicia en un conflicto social determinado.

[9] La jurisdicción "en todas sus manifestaciones es una función unitaria... ya se refiera a intereses penales por que ambos casos cumple su función característica de declarar cual es el derecho en el caso concreto, por consiguiente no hay jurisdicción civil diversa a la jurisdicción penal, sino una competencia civil y una competencia penal de la misma jurisdicción Manzini Vicenzo Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, Traducción de Santiago Melendo y Mariano Ayerra Pág. 27. Y Llobet Rodríguez Código de Procedimientos Penales Comentado San José, Costa Rica, Pág. 56.

[10] Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, T° 1, Alveroni Ediciones, Córdoba, Pag 287.

[11] Vid. Garrone José Alberto Diccionario Jurídico Tomo II, Buenos Aires Abeledo Perrot Pág. 363.

En sentido estricto, un juez es el funcionario publico del Estado en cuya actividad se desarrolla y manifiesta el ejercicio de la jurisdicción el proceso penal. El es la objetivación psíquica del tribunal, el sujeto psíquico que actúa el proceso conforme las atribuciones y a las sujeciones que circunscriben el ejercicio de la jurisdicción[12]. Constituye la personificación del tribunal en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

Estas consideraciones genéricas nos permiten arribar a un concepto preciso del vocablo Juez Penal en la dinámica del proceso penal en donde constante y progresivamente se avanza hacia la consecución gradual de sus fines interviniendo en él personas físicas que tienen a su cargo distintas funciones reguladas por la ley, entre ellas el denominado Juez penal por lo que no es más (ni menos) que el representante del órgano jurisdiccional para el ejercicio especifico y exclusivo de la función penal[13]. Independientemente de su "escalafón" en el Poder Judicial, desde esta panorámica, siempre que un Magistrado, Juez de Sentencia, Juez de Letras, Juez de Paz, estén investidos de la potestad de declarar con o sin lugar (total o parcialmente) el *ius punendi* "en nombre del Estado de Honduras" (CPP, 338) estamos ante la presencia de un Juez Penal.

Para Manzini el Juez Penal es el sujeto preeminente de la relación procesal el representante monocrático o colegial del órgano jurisdiccional del Estado, encargado de ejercer la función soberana de la jurisdicción en un determinado proceso penal y en este efecto tal como lo sostiene este autor, el Estado es el verdadero titular de la potestad de jurisdicción o derecho de sancionar ejercida por él mediante la actividad del órgano jurisdiccional del cual el juez penal unipersonal o colegiado es el representante. En conclusión, el Juez penal no es más que aquel sujeto procesal que hace presente la potestad jurisdiccional del Estado a través del conocimiento de un determinado conflicto social (quebrantamiento de ley penal sustantiva) y a través de su decisión o de su fallo sobre la inexistencia o existencia de presupuestos fácticos y jurídicos que habilitan la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento civil del daño en su caso.

1.2. Clasificación

El juez penal, considerado impersonalmente como representante del órgano jurisdiccional, admite que se lo clasifique desde distintos puntos de vista. Así la doctrina hace una diferenciación entre el juez penal ordinario (común) y el juez penal especial, entre el juez penal unipersonal y juez penal colegiado, juez penal técnico (letrado) y juez penal jurado, lego o no técnico.

La clasificación antes aludida responde a nuestro Derecho Procesal Penal pues en primer lugar, puede así hablarse de un juez ordinario y un juez especial[14]. Resulta importante a su vez aclarar que tanto los jueces comunes como los jueces especiales son jueces naturales en sentido político previsto en CR, 90, de que: *"Nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente..."* y de CPP, 1, de que *"Nadie podrá ser condenado sino en virtud de sentencia firme dictada por un órgano judicial.."*

[12] Vid. Clara Olmedo Jorge A. Derecho..." Pag. 43 y 44

[13] Beling Ernest. Derecho Procesal Penal Traducción de Miguel Fenech Barcelona Edit. Labor 1943, Pág. 42

[14] La jurisdicción penal es común o especial según se ejercite con carácter de generalidad sobre los habitantes del territorio nacional y con ocasión de delitos que no revisten especialidad o tenga limitada su función en casos determinados especificamente. De Pina Rafael Manual de Derecho Procesal Penal Op Cit. Pág. 27.

Es así como la garantía de Juez natural[15] exige la institucionalización previa por parte de la ley de un juzgador permanente perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria[16] respetuoso de los principios constitucionales de igualdad, imparcialidad, independencia y sumisión a la ley a efecto de que conozca de un determinado sector de relaciones de hechos y personas.

El Juez penal ordinario, común, es aquel órgano permanente que además de su competencia específica tiene la potestad genérica de juzgamiento respecto de todo delito cualquiera sea la penalidad señalada por la ley, de manera que sólo por excepción expresamente prevista por esta, determinados delitos o determinadas categorías de personas se sustraen del conocimiento.

Dentro de estos en nuestra organización legal encontramos:

a. La Corte Suprema de Justicia.
b. Las Cortes de Apelaciones.
c. Los Tribunales de Sentencia.
d. Los Jueces de Letras (Titulares, Supernumerarios, Instrucción, Sentencia, Ejecución)
e. Los Jueces de Paz.

En cambio los jueces penales ordinarios especiales son aquellos investidos únicamente de jurisdicción penal con respecto de un determinado sector de delitos siempre o en determinados condiciones o bien respecto de alguna persona por razón de su función o ejercicio.

En nuestro Código Procesal Penal los únicos son los llamados Jueces de Menores y los Jueces Militares, dos fueros personales.

Ahora bien al referirnos a los jueces unipersonales o tribunales colegiados, lo hacemos en razón al número de personas que integran cada judicatura y se dice que son unipersonales aquellos que están integrados por una sola persona determinando algunos autores que se caracteriza por la rapidez, sencillez y la economía en el ejercicio de la función jurisdiccional además de favorecer la integridad del fallo pues la responsabilidad que el juzgador único tiene frente a la opinión pública y frente a las leyes no se diluye ni se dispersa como consideran ocurre con el tribunal colegiado[17]. Sin embargo a favor del tribunal colegiado se aduce que la pluralidad de las personas que lo integran permite una mayor y más amplia apreciación de los hechos además del intercambio de opiniones discusión y deliberación para la consecución de una mejor justicia con menor margen de error.

Tanto en la doctrina como en el derecho positivo se reconoce la superioridad del sistema colegiado fundamentalmente cuando se trata de la modalidad del juicio oral mediante tribunal de sentencia, órgano colegiado conformado por cuatro jueces (art. 57 CPP) con capacidad deliberativa a quienes les corresponderá emitir fallos definitivos mediante juicio oral y público exigencia básica y consustancial de la idea del tribunal colegiado, dentro de los cuales podemos también incluir a las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia.

Una tercera y última clasificación, se ordena en atención a la preparación o no-preparación técnica de quien se debe juzgar así se habla de jueces técnicos (de derecho) y no técnicos

[15] Por juez natural se debe entender al tribunal impuesto por la Constitución para intervenir en un juicio y juzgar a cualquier habitante de la nación. Es el Tribunal constituido conforme a las normas con resguardo de las garantías constitucionales y respondiendo a las leyes que en consecuencia de la Constitución se dicten para el nombramiento de los jueces y para la integración, funcionamiento y competencia de los respectivos órganos juzgadores Clariá Olmedo, pag. 72.
[16] Mediante ley orgánica.
[17] Vesxovi Enrique Teoría del Proceso Bogota 1984, pag. 139.

(legos). En nuestro medio, y en general la cultura jurídica desarrollada a espaldas de la institución del jurado, se sostiene como indiscutible en la *misión* de prestar el servicio público de acceso a la justicia la exigencia del profesionalismo del juez penal, pues la justicia naturalmente depende de una correcta interpretación y aplicación de la ley al conflicto social concreto en su proyección sustantiva y adjetiva.

No obstante, es por todos conocido que en la evolución del derecho procesal penal ha existido en nuestro la intervención en esferas fundamentales de la justicia penal, en la cual ciudadanos comunes y corrientes no expertos en derecho están investidos de la potestad de juzgar, ejemplo de ello los jueces de paz ya que de conformidad al artículo 18 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales es requerido únicamente para desempeñar tal función el saber leer y escribir.

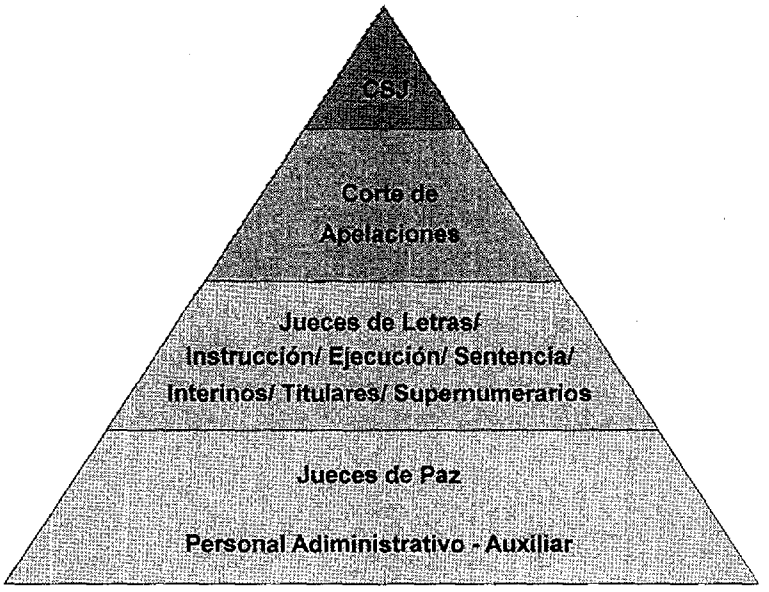
Únicamente a manera de somera ilustración puede hablarse de El Jurado Clásico al estilo del *Common law,* como sistema desarrollado y difundido en países anglosajones o con esa influencia jurídica, considerado como garantía individual indispensable, y encuentra su fundamento en la necesidad del pueblo de la participación y control en una de las esferas de decisión más fuertes del poder estatal. Con alguna analogía, puede hablarse del Jurado Escabinado o Tribunales Escabinos, integrado tanto por ciudadanos legos como por profesionales del Derecho.

Los tribunales sólo se integran como tribunales colegiados para concluir las causas penales por delitos comunes, esto es para el juicio y no está negado constitucionalmente que por ejemplo cumplan una función de etapa intermedia validando o no una acusación, esta podría estar reglamentada por una ley procesal que fuese más garantista que la Constitución, lo que es totalmente válido ya que lo que la ley procesal no puede ser menos garantista que la Constitución que la reglamenta (CR, 63).

De esta forma en las etapas procesales distintas del juicio, que es la central en la función jurisdiccional, es cumplida por tribunales con integración de jueces técnicos sea que el órgano jurisdiccional se estructure en forma unipersonal (juez de instrucción, jueces de letras titulares, supernumerarios véase decreto numero 7-88 del nueve de febrero de 1988, Art. 58 CPP, Juez de Ejecución Art. 60 CPP) o en forma colegiada (Corte Suprema de Justicia, CPP, 55, Cortes de Apelaciones, CPP, 56, Tribunales de Sentencia CPP, 57).

La división de tareas, de conformidad a los diversos criterios en los artículos citados determinan el ámbito de actuación de cada tribunal (competencia).

CUADRO No. 3*



* Jueces de Levantamiento, Juez de Jurisdicción Nacional creados mediante Autos Acordados-Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción [18] el juez cumple los actos tendientes a controlar la legalidad de los actos realizados por las partes y con ello logra establecer los fines del proceso nunca asumiendo una función de salvador ante la sociedad jurídicamente organizada. Sus tareas y facultades no son ilimitadas sino que por el contrario son limitadas (competencia) y la función preponderante es la de ser un tercero imparcial. Debe indicarse que si bien es un gran avance el que Honduras tiene a partir de la puesta en vigencia del Código Procesal Penal no menos cierto es que aún quedan algunos vestigios aunque mínimos del sistema inquisitorial prueba de ello es lo señalado en el articulo CPP 295 cuando se indica que cuando el juez tenga sospechas de que el imputado ha tenido participación en el hecho delictivo deberá indicar en forma concreta de cuales elementos de prueba podrían incorporarse deber recordarse de que quien investiga y sospecha está en malas condiciones de controlar con **imparcialidad** la legalidad de lo actuado por el mismo, el rol del juez en la etapa preparatoria C.P.P 264 no debe ser otra que la de un juez unipersonal encargado del control de la legalidad de la investigación y de la acusación y sólo por excepción sugiere investigaciones.

La Constitución de la República establece que el Poder Judicial integrado por Jueces y Tribunales, el CPP y las leyes orgánicas asignan funciones a otros órganos penales también con funciones judiciales pero no jurisdiccionales tales como el Ministerio Público y las Policías. Esta exclusividad jurisdiccional de los tribunales consiste en decir el derecho, *iuris diction* aplicable al caso concreto

[18] Tradicionalmente se descompone la función jurisdiccional en cuatro subfunciones de *cognitio, probatio, coercio y executio,* cf. Vivas Ussher, G., *Manual de Derecho Procesal Penal,* T° 1, cit. Pág. 288.

respaldando la decisión con el imperium propio del órgano función que representan. En tal sentido y como ya se ha referido el Tribunal es el sujeto procesal preeminente del proceso penal por que es quien decide a pedido de la parte sobre la observancia de las reglas de la legalidad y declara el resultado jurídico (culpable o no culpable) obtenido en juicio.

En la organización judicial hondureña se denomina tribunal al órgano que brinda el servicio de decir el derecho aplicando al caso concreto. El tribunal de juicio y sentencia es, por regla general, colegiado y está integrado por jueces o magistrados, siendo su momento procesal de actuación el juicio común o su control por vía de casación.

Se denomina *juzgado* al ministerio unipersonal a cargo de un juez técnico que juzga la legalidad de lo actuado por las partes durante parte de la sustanciación de proceso. Es así como en la investigación preparatoria del juicio, el legislador ha optado por el juez técnico unipersonal como forma de *garantía* de constitucionalidad y al fiscal de la instrucción como gerente de la investigación penal, repocisionando así al juez como tercero imparcial contralor de la legalidad de lo actuado.

Durante la etapa intermedia, con respecto al trámite para decidir si se eleva o no el caso al juicio, el CPP ha establecido la regla de que el tribunal unipersonal para el control de la legalidad de la investigación fiscal preparatoria es el que ha dado base a la acusación o al sobreseimiento. Esta etapa es el mejor ejemplo del estilo mixto pro inquisitivo de un tribunal unipersonal no diferenciado (el mismo juez de instrucción y no otro tribunal resuelve elevar o no la causa a juicio) sin perjuicio de la revisión de alzada (apelación).

En el juicio oral, de única instancia sin perjuicio de la casación, la garantía de la justicia está en el tribunal colegiado integrado por jueces técnicos. Los recursos extraordinarios de casación, revisión, inconstitucionalidad se efectúan ante un tribunal *Ad quem*. La ejecución penal está a cargo de un juez unipersonal técnico tal como lo establece el CPP, 60.

El juicio oral adoptado por nuestro Código Procesal Penal no acepta la doble instancia pues aceptarlo seria destruir el principio de INMEDIACION, por cuanto no se mantendría la identidad física del juzgador: la prueba recibida por los jueces integrantes del tribunal de sentencia sería re-valorada por los integrantes del tribunal de segunda instancia.

1.3. Personificación y Perfil Requerido al Juez Penal

Hemos aclarado ya que los jueces ya sea unipersonalmente o en colegio personifican un tribunal y para cumplir ese rol o actividad jurisdiccional, para lo que han de estar dotados de determinadas capacidades dentro de las cuales podemos enumerar las capacidades genéricas y las capacidades específicas. Son consideradas como capacidades genéricas aquellas consideradas en abstracto ubicando entre ellas el hecho de que se trate de funcionarios técnicos inamovibles (en principio) estableciéndose además su capacidad de conformidad con la ley para desempeñar tales cargos, por lo que nos remitiremos a la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, articulos 18, 39, 52, Ley de la Carrera Judicial, Constitución de la Republica 307[19], esta ***capacidad*** a que antes se alude, capta los elementos personales, siendo el más general el poseer ***idoneidad*** para el cargo, la edad mínima, etc. Así mismo se requiere la exigencia de la graduación

[19] Véase decreto número 262-2000 relativo a las reformas constitucionales del Poder Judicial.

universitaria como licenciado en derecho, incorporándose en la ley orgánica la colegiación obligatoria.

"Prometo ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes" es la fórmula de la asunción al cargo, esto es la exigencia del respectivo ***juramento*** o promesa constitucional contenida en la CR, 322, de aquí que su fuente de legitimación es la constitucional.

Así mismo es también conocido que se establecen como principios básicos al desempeño de estos cargos bajo los denominados principios que rigen la jurisdicción: la Independencia, territorialidad, publicidad, invocabilidad, pasividad, responsabilidad de los funcionarios judiciales, inamovilidad, gratuidad, gradualidad[20] .

En cuanto a la ***capacidad específica***, se pretende constitucionalmente la ***imparcialidad***. Para lo cual el juez no sólo ha de *ser* imparcial sino también *parecerlo*, pues no es más ni menos que de la imagen pública del juzgador de la que se pretende alejar toda sospecha de parcialidad.

La sospecha de parcialidad tiene un efecto concreto que es el *apartamiento* en una causa dada, de oficio o a requerimiento de la parte interesada (excusación o reacusación, respectivamente). El Código Procesal Penal establece, al igual que la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, causas especiales de reacusación para proteger su imparcialidad frente a un específico proceso penal. Ahora la excusación de un juez por inhibición es imperativa sin perjuicio de que en algunos casos el interesado a favor de quien se construye la regla (la parte que habría de sospechar) pueda solicitarle continúe interviniendo CPP, 83.

El momento procesal oportuno para presentar la recusación es la etapa preparatoria del juicio, antes de la conclusión de aquella, véase articulo 86 CPP. Pero debe recordarse que el juez de oficio debe apartarse del conocimiento si advierte la presencia de un motivo legal este apartamiento de oficio es el que los códigos denominan INHIBICION, o excusación resuelto el apartamiento el proceso será remitido al juez que corresponde o se integrará con un reemplazante al cuerpo que determine la ley CPP 71 al 82.

Las causales de recusación bien pueden dividirse en **absolutas:** por cuanto se han de interpretar que el legislador presume *iure et de iure* que concurriendo una de estas causales, se verifica una condición suficiente en si misma para proteger la imagen pública de la imparcialidad del órgano función, ejemplo numeral 1 del art, 83 CPP y **relativas** que son aquellas que pueden se pueden desechar por las partes a cuyo favor se ha creado de manera tal que puedan quedar sin efecto cuando a solicitud de los interesados el juez continúe aceptar seguir conociendo la causa.

1.4. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales

La jurisdicción como manifestación de la soberanía popular es entendida como el poder cuyo ejercicio legítimo es concedido monopólicamente al Estado para que, a través de los Tribunales, puedan juzgar y ejecutar coercitivamente a las personas en los casos de imputación objetiva de delitos previstos por la ley penal [(CP y complementarias) mediante el proceso debido en el CPP y bajo las garantías de la CR].

Surge así la necesidad de crear distintas dependencias judiciales articuladas de forma tal que se dé respuesta a la demanda social en la solución de conflictos penales de la necesidad jurídica. Surgiendo a la vez la distribución de las competencias en razón de la materia, territorio, tempo-

[20] Aspectos discutibles con la realidad nacional, y es por ello donde radica la necesidad de una modificación de la ley orgánica de este Poder del Estado.

ral conexión reglamentando el principio de juez natural y de origen legal.

Sólo por extensión puede también hablarse de la denominada competencia por turno fraccionamiento interno ya que este no se fija en la ley sino en reglamentos internos del poder judicial. De lo expuesto resulta que las reglas de la competencia tienen por finalidad poner orden en el ejercicio de la jurisdicción lo que es imprescindible en materia penal para hacer práctico el principio de juez natural. De donde deriva la nota de improrrogabilidad que el CPP no plantea excepciones pero sí con respecto a las normas sobre conexión.

Ya se dijo que este es el modo como se predetermina el tribunal permanente y competente que la garantía de juez natural exige. La competencia territorial como su nombre lo indica refiere al territorio o lugar del suceso siendo sus principios integrativos el del juez natural y del de juicio previo (CPP,1, 62 y 63).

Por su parte la competencia material obedece a la distinción de fueros civil, laboral, penal, sino también a la diversificación funcional que a cada unidad jurisdiccional le corresponde como ámbito de actuación siguiendo criterios vinculados a la magnitud del ilícito sometido a juzgamiento o la especificidad del momento procesal del cual se trata.

1.5. Conexión de Causas

La necesidad de unificar el oficio impone alterar las reglas de la competencia conforme a su determinación territorial y material, cuando aisladamente las causas conexas hubieran correspondido al mismo tribunal ya no se alteran ciertamente esas reglas, sino las de turno o reparto interno de las causas si todas las causas conexas correspondiesen originariamente al mismo tribunal, sólo queda el problema de la acumulación. Es criterio primero el de la economía procesal en cuanto evita la multiplicidad de trámites y después el de unidad jurisdiccional en cuanto previene pronunciamientos contradictorios, son hipótesis de conexidad los enumerados en el articulo 68 CPP y sus efectos están contenidos en el articulo 69 del mismo cuerpo legal[21].

1.6. Consecuencias Procesales de las reglas de la Competencia

La *improrrogabilidad* de la competencia penal implica para el tribunal competente juez natural el imperativo de actuar controlando la legalidad de los actos procesales conociendo y decidiendo en los procesos asignados a quien o quienes personifican el tribunal sin posibilidades de delegación alguna, así mismo la prohibición de actuación cuando un tribunal dado no fuere el competente.

Este tipo de cuestiones pueden promoverse tanto por inhibitoria como por declinatoria, así mismo se prevé que el litigante que haya optado por uno de estos medios no podrá después abandonarlo para recurrir al otro tampoco podrá emplear los dos simultáneamente, ni sucesivamente. Así mismo se prevé el hecho de que estos medios pueden ser promovidos de oficio por el respectivo órgano jurisdiccional.

La inhibitoria se intentará ante el órgano jurisdiccional que se crea competente pidiéndole que se dirija al que está conociendo del asunto para que se inhiba y le remita los autos. Si el interesado pretende acreditar con documentos su derecho deberá acompañarlos a su solicitud de inhibitoria

[21] Leer detenidamente los articulos 68 y 69 del Código Procesal Penal.

o pedir en ella los testimonios correspondientes. Con el mérito de lo que se exponga y de los documentos que se presenten o los que el órgano jurisdiccional mande agregar de oficio se accederá a la solicitud o se declarará sin lugar, siendo este último apelable. Si el órgano jurisdiccional accede dirigirá al que estuviere conociendo del asunto la correspondiente comunicación, con inserción de la solicitud de la parte y de los demás documentos que estime necesarios para fundar su competencia.

Recibida la comunicación el órgano jurisdiccional oirá dentro del tercer día a la parte que ante él litigue y con el mérito que arrojen los documentos accederá a la inhibición o la declarará sin lugar en un término no menor de tres días, este auto es apelable, si la acepta remitirá los autos al tribunal requirente si lo deniega lo comunicará acompañando testimonio de la resolución adoptada de lo que haya expuesto la otra parte, si se insiste en la inhibición se lo comunicará al requerido y lo excitará a que remita las diligencias la tribunal superior para dirimir la discordia dicha remisión se hará dentro de tres días con citación a las partes, recibidas las diligencias por el tribunal superior y si fuere necesario se abrirá la causa a pruebas por el término de tres días, el auto en que el tribunal requeriente se conforme con lo resuelto por el requerido será apelable.

Ahora bien en cuanto a la declinatoria se propondrá esta ante el órgano jurisdiccional que se cree incompetente y que esté conociendo del asunto indicándole el órgano jurisdiccional al que cree competente y pidiéndole se abstenga de seguir conociendo del asunto, y el Código Procesal Penal con muy buena técnica legislativa efectúa la remisión en cuanto al procedimiento.

2. El Organo de la Acusación

El acusador es otro de los sujetos esenciales del proceso penal: es el órgano que tiene poder de ejercitar la acción penal haciendo valer la pretensión penal derivada de la afirmación de un hipotético delito. Este órgano puede ser público o privado y en el proceso se ubica en una posición de parte persecutoria en la concepción formal, en contradicción con el imputado y por ante el tribunal. Genéricamente es conocido con el nombre de acusador [22] aunque puede darse el caso de que no llegue a formular acusación que el juicio concluya con una absolución del hasta en ese momento acusado.

Sin perjuicio de que en otros regímenes jurídicos se legisla sobre otros tipos de acusadores en el Código Procesal Penal de Honduras se establecen tres tipos de acusadores penales:

2.1 El Ministerio Público (para los delitos de acción pública).

2.2 El Acusador Privado (como adherente al Ministerio Público) y El Querellante Exclusivo (delitos de acción privada CPP, 27, 405 y ss.).

[22] Clariá Olmedo. Es tradicional el nombre acusador para este sujeto del proceso penal pero ese nombre no representa actualmente con exactitud el integro contenido de su actividad cuando se trata de un funcionario público responde si plenamente cuando se personifica en un individuo ciudadano particular y es asi como toma su origen en la accusatio romana y se conserva durante el régimen inquisitivo cuando el proceso se iniciaba per acussationem. De allí de transmitió a los códigos modernos aunque se tratara de un órgano oficial.

2.1. El Ministerio Público

Seguimos abordando temas y este en especial desde una perspectiva muy general particularizándose con la ejemplificación del derecho positivo tanto en el Código Procesal Penal y en la ley orgánica del Ministerio Público en el cual se establecen las funciones, objetividad, ilegalidad de las pruebas, excusas y nombramiento de fiscales. En su operativización externa, el Ministerio Público se evidencia mediante formas de actuación de sus funcionarios, que integran el cuerpo judicial que detenta la titularidad de la acción penal pública en Honduras.

En este orden de ideas, el Ministerio Público actúa a través de sus funcionarios concretos para cada caso (fiscal de instrucción) y un Fiscal General que imparte directivas (instrucciones generales) para minimizar los eventuales errores y maximizar los potenciales resultados.

En este contexto conceptual el Ministerio Público puede ser pensado como un gran estudio jurídico que actúa bajo los principios de legalidad[23] imparcialidad[24], unidad de actuación [25] y dependencia jerárquica con numerosas oficinas en todo el territorio y cuyo cliente cautivo y monopólico es la comunidad afectada por los delitos de acción pública.

Institucionalmente el Ministerio Público Fiscal es una corporación de funcionarios públicos instituida y legalmente organizada para la defensa de determinados intereses de la colectividad. Es un ente público que se manifiesta a través de sus integrantes, atenta la intervención que asume en los procesos. Su estructuración es jerárquica y cada funcionario representa a la corporación en su integridad, la que es manifestación publica del Estado como órgano encargado de la persecución de determinados delitos.

Clariá Olmedo enfatiza que el Ministerio Público tiene doble función: custodia de los intereses patrimoniales del fisco y custodia del interés social de la justicia en la actuación del derecho. Lo primero es de naturaleza ejecutiva o de administración gubernamental y sirve para darle el nombre; lo segundo es función eminentemente judicial aunque no jurisdiccional y se diversifica en dos aspectos: Intervención en los procesos, cuando se trata de cuestiones donde puede estar afectado el orden público, dictaminando como consultor.y ejercicio de la acción cuando este ejercicio es público fundamentalmente en lo penal y en calidad de órgano acusador o sea como agente. Más adelante veremos la ley que lo organiza[26]

El acusador público goza de una independencia funcional, del poder judicial, fijando politicas de persecución penal[27]. Esta situación se establece a fin de que se evita que los criterios políticos gubernamentales o los criterios de oportunidad y convivencia de la institución del poder judicial puedan afectar la organización dirigida por el Fiscal General, en tanto este debe fijar las políticas de persecución penal.

[23] Tradicionalmente suele conceptualizarse al principio de legalidad como la obligación que pesa sobre los órganos estatales predispuestos para la función persecutoria estatal de los delitos consistente en el deber de ejercer la acción pública de los delitos de acuerdo en todo caso con la ley penal, es decir que siempre aparezca cometido un hecho delictuoso sin que pueda inspirarse en criterios ilícitos o de convivencia social.

[24] Por ello que el Ministerio Público es parte en sentido formal y no un acusador a ultranza.

[25] Ejerce sus funciones por medio de sus órganos propios, ajustado a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica con arreglo a las leyes.

[26] Ley orgánica del Ministerio Público Decreto 228-93, Estatuto de la Carrera del Ministerio Público Acuerdo número FG-002-94, Reglamento General del Estatuto de la Carrera del Ministerio Público acuerdo Número FG-003-96, Código de Ética de los Servidores del Ministerio Público Acuerdo número FG-010-95.

[27] Funciones o Atribuciones del Ministerio Público artículo 16 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

2.1.1. Ubicación Institucional

En su desarrollo histórico y en el derecho comparado [28] se observa al Ministerio Público situado institucionalmente como resorte del Poder Estatal, asumiendo una relación de integración o de dependencia del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial o del Legislativo con autonomía (poder extrapoder)[29]. En la Constitución de la República de Honduras, si bien no se resuelve expresamente bien la ubicación institucional del Ministerio Público, sistemáticamente se lo instituye en la sección del Poder Judicial[30]. Es con rango de ley ordinaria de donde surge la ubicación del MP como parte independiente de todo poder estatal, representando de esta forma la continuación de una larga tradición ideológica, doctrinaria y legal.

Esta situación resulta expresamente regulada en los artículos 92, 93, 94, 95 del Código Procesal Penal, resolviéndose de esta forma el problema existente entre la Procuraduría General del Estado y el Ministerio Público a quienes desde el inicio de sus funciones, la Procuraduría ha acusado de que están actuando en una esfera que no les corresponde especialmente cuando investigan delitos que tienen que ver con enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos para los cuales dice la Procuraduría, es necesario se siga el procedimiento administrativo que tenemos señalado, es decir, que primero debe investigarlos la oficina de Probidad Administrativa quien si encuentra méritos debe remitir los expedientes a aquel órgano para que sea el que proceda.

Este artículo recalca el deber que tiene el Ministerio Público de investigar y promover la acción penal pública como representante de la sociedad de investigar y prepararse también, formando su propio expediente particular en aquellos casos cuya legitimidad exclusiva pertenece a la Procuraduría General de la Republica, teniendo siempre como límites las disposiciones de su ley constitutiva e ingresando al proceso una vez que la acción haya sido entablada por el representante del Estado.[31]

2.1.2. Actividad procesal del MP

El principio de legalidad procesal impone al Ministerio Público el imperativo de actuación, limitándose la discrecionalidad del acusador penal público, de manera tal que necesariamente[32] debe promover la acción penal pública de la que no puede retractarse (irretractabilidad) en su ejercicio Art. 25 CPP. Su actuación sólo puede estar condicionada en los casos categorizados por la ley como por ejemplo los delitos de acción pública pero de instancia privada (Art. 26 CPP).

La regla conoce sólo algunas excepciones menores que pueden ampliarse en el actual lineamiento del derecho local y comparado, así por ejemplo la aplicación de un criterio de *oportunidad positiva*[33], intensificando la actividad persecutoria de determinados delitos lograda a través de las políticas criminales dictadas por el Fiscal General, la probación, el recurrir o no en determinados casos, el consentir en la abreviación de los plazos y en cierto modo el caso del juicio abreviado (403, 404 CPP).

[28] Cfr. Informe del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (ILANUD), sobre el Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno, San José Costa Rica 1991.

[29] Rusconi Maximiliano Reforma Procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público edc. Bs. As. Ad- Hoc 1993 Pág. 61, también el Ministerio Público en América Latina, ps. 93

[30] Véase artículo 316 Constitución de la República.

[31] Código Procesal Penal Comentado artículo 92, 93, 94, 95 por Rixi Moncada Godoy.

[32] también llamada inevitabilidad. Cfr. Cafferata Nores José Cuestiones actuales sobre derecho procesal penal.

[33] Cfr. Guariglia Fabricio Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: El principio de oportunidad en el Ministerio Público.

Con mayor amplitud se observa la discrecionalidad de los órganos requirentes privados, como en el caso del querellante exclusivo o el actor civil, querellante particular. En rigor el Ministerio Público únicamente está excluido de los casos de los delitos de acción penal de ejercicio privado (CPP,27) casos en los que sólo excepcionalmente podrá ser convocado, tal como ocurre en las cuestiones de jurisdicción y competencia antes explicadas.

De este modo, las funciones penales del Ministerio Público tienen su epicentro en el ejercicio de la acción penal pública. Este ejercicio presume preparar dicha acción mediante las tareas investigativas propias de la investigación fiscal preparatoria e incluso antes de que formalmente comience mediante las tareas preprocesales de diseño de líneas de investigación colección de un mínimo de evidencias con el que se desembocará en la promoción de la acción penal pública.

En este ejercicio de la acción penal se comprende la actividad promotora del proceso que, por regla tiene a su cargo la promoción de la acción penal publica la que se materializa en las diversas etapas del proceso. El protagonismo procesal del Ministerio Público es de mayor intensidad en los primeros momentos del proceso; el estándar está fijado en la etapa del juicio y en menor medida en sus etapas eventuales (recursos y ejecución de la sentencia).

Pero sin lugar a dudas el rol preponderante lo cumple durante el juicio, es aquí donde su petición acusatoria se hace valer dentro de los límites constitucionales de juicio previo. En la práctica todo su despliegue durante la investigación fiscal preparatoria sólo tiene sentido en tanto y en cuanto el Ministerio Público ha gerenciado la investigación para dar base a su acusación que hará valer en juicio ante el tribunal competente.

2.1.3. Composición del MP

La ley orgánica lo estatuye como un reflejo de los órganos jurisdiccionales, y tal como hemos venido realizando anteriormente la modalidad organizativa de más utilidad pedagógica para comprender el organigrama que para implementar un poder judicial en donde las funciones judiciales se diferencian de las requirentes. En realidad se trata de una difícil carga histórica en la que los poderes de acción, excepción y jurisdicción se ejercían por una sola persona (inquisidor). Este modelo no sólo está en franco desacuerdo con el diseño acusatorio que surge de la Constitución Nacional sino que le niega un ámbito de actuación real y diferencial al acusador.

En el modelo inquisitivo no hay lugar funcional para el fiscal ni ningún otro acusador diferenciado del juzgador, el juez pesquisidor. En el modelo mixto el rol es meramente formal (promueve la acción y acusa) pero la suerte del proceso se decide en la instrucción y no en el juicio que sólo refrenda lo actuado previamente [34]. El fiscal como acusador es una necesidad del derecho de defensa, ya que para tener un tercero imparcial (juez) este no debe estar comprometido con el reclamo punitivo ni siquiera argumentando que es a favor de la sociedad, el bien común etc. Por lo que se ha de generar un contradictor diferenciado del juzgador para que este se mantenga imparcial y en cierto modo supraordenado a las partes en juicio, a todo otro poder y sólo sometido a la Constitución y la ley. Toda otra alternativa se convierte en una falaz proclama en la que se degrada al árbitro a la condición de parte en juego lo cual enfocado desde el ciudadano en el

[34] Cfr. Gustavo Vivas "La confesión transnacional y el juicio abreviado" estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba, Argentina, 227 y 229.

juicio resulta tan pavoroso como hipócrita en un servicio de justicia prestado por hombres ya que tiene al juez por fiscal y se necesita entonces a Dios por defensor[35].

Los posteriores actos de su intervención en el proceso son cumplidos por el funcionario del Ministerio Público correspondiente e instalados ante el tribunal de instrucción de juicio o de alzada. Debe aclararse que la educación corresponde siempre al Ministerio Público (querellante en su caso) la actividad promotora de la instrucción puede cumplirse por la policía mediante información fiscal tema que será tratado con posterioridad.

Es importante resaltar que el rol de los sujetos procesales alcanza su esplendor constitucional en el juicio propiamente dicho y que este es el momento decisorio, paradigmático en el sistema jurídico y político en América en general, regularmente la actividad preparatoria del juicio representa una etapa muy significativa del proceso penal misma que está en manos de un contendiente procesal el MP al que se le otorgan todas las posibilidades materiales y legales para llegar a un juicio en los casos en que corresponda por lo que se le otorga poder coercitivo para el normal cumplimiento de sus funciones (detención preventiva) funciones que a su vez son controladas por un tercero imparcial (juez de control).

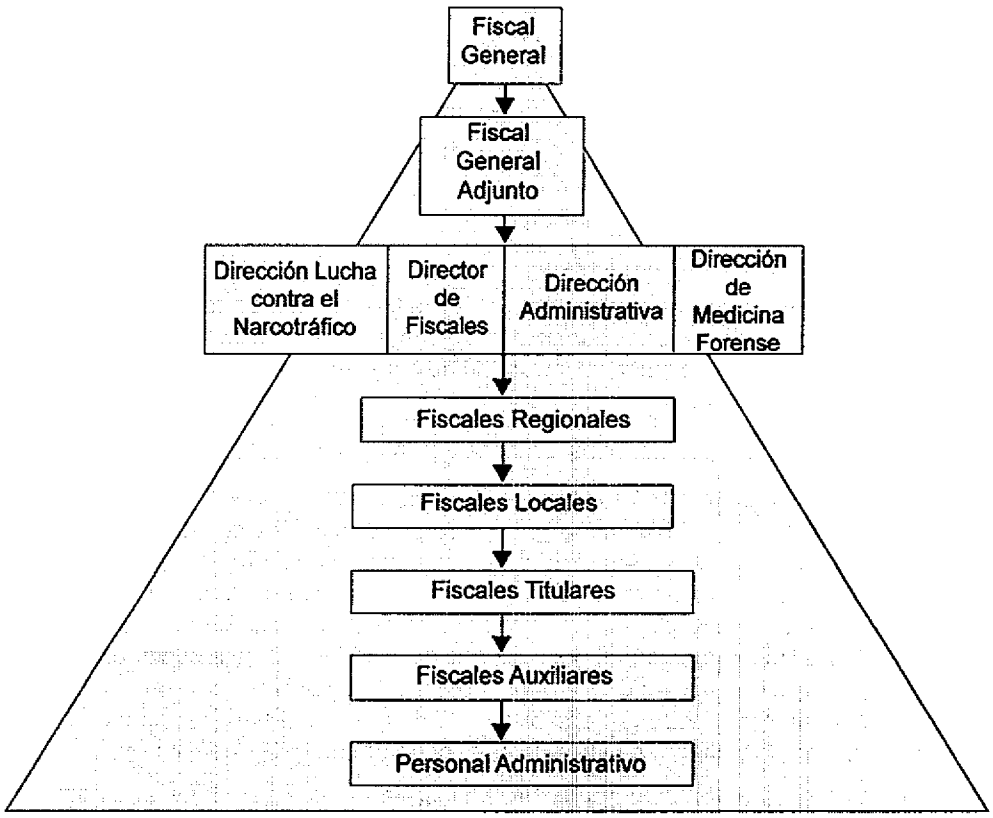
Interesa hacer notar que es imprescindible la presencia o intervención del Ministerio Fiscal desde el primer momento del proceso[36]. La policía al tomar contacto con un delito, también deberá informar al Fiscal inmediatamente. Es por ello que el poder de acción penal se ejercita plenamente por el Ministerio Público con la acusación allegada al juicio como discusión final del debate en la que pide una pena estatal determinada contra una persona determinada. El acta que contiene la acusación sintetiza la actividad instructora del acusador es el fin especifico de la misma y base del juicio en tanto que el acta que la manifiesta en el juicio es el más característico del MP y se ubica en el centro del mismo proceso penal acusatorio ya que ha existido correlación entre la imputación la acusación y la sentencia.

Véase cuadro de organigrama del Ministerio Público.

[35] Gustavo Vivas Ussher *Derecho Procesal Penal* I Pág. 344.

[36] Durante la declaración del imputado la ley exige (CPP, 290, seg. Párrafo,) la presencia del MP, por lo que sistemáticamente es incorrecto limitar la política criminal del Fiscal General obligándolo a presenciar la defensa material (y/o estrategia técnica) en casos que, a criterio del MP, no requieren su presencia. Dogmáticamente, esto se contesta en base a la obligación del MP producir prueba a favor de los intereses del imputado (evacuación de citas) de previo a la audiencia inicial en la que a más de discutir la medida cautelar, se puede discutir la cuestión de fondo cuando extinga la acción (Ej: prescripción de la acción), lo cual excluye el análisis de la medida cautelar, inaplicable en el caso de sobreseimiento (definitivo).

CUADRO No. 4
ORGANIGRAMA DEL MINISTERIO PUBLICO



Es por ello que si seguimos detenidamente la trayectoria del la acción penal veremos que en la Investigación prelimar este tiene una función preponderante pues realiza una función o intervención probatoria ante el juez de la instrucción posteriormente posees in merito liberatorio o incriminador (solicitando sobreseimiento o formalizando su acusación y requiriendo la elevación a juicio), posteriormente asume una concreta y activa intervención de acusador ofreciendo y controlando las pruebas y el trámite concluyendo en la mayoría de las ocasiones con la acusación ante el tribunal competente de un hecho cometido por una persona y por el cual pide una pena estatal, eventualmente, podrá recurrir la sentencia dictada por el tribunal en ejercicio de la jurisdiccionalidad y puede darse también la continuación de la intervención en la etapa recursiva ante la jurisdiccionalidad de alzada y en los incidentes de la ejecución.

2.1.4. Condición de la función de los funcionarios

Los agentes del Ministerio Público deben reunir una serie de condiciones generales y particulares para el legal desempeño del servició público que prestan.

Las condiciones generales son propias de todo funcionario público en cargo no electivo, sean de origen constitucional o legal, tales como la idoneidad, el deber de prestar juramento y estar legalmente investido del cargo mediante el nombramiento, que presume el título de grado de abogado que la función de "abogado del Estado" implica.

Solamente el Fiscal General cuenta con asignación territorial fija y periodicidad en sus funciones, cargo al que se puede acceder por redesignación, y cuyo único control político formal lo constituye el juicio político y la temporalidad del cargo.

2.1.5. La competencia fiscal

Tradicionalmente se explica que la competencia es la medida de la jurisdicción; en consecuencia, y siendo el MP un órgano de carácter administrativo con función judicial pero –obviamente- no jurisdiccional, resulta impropio aludir a la capacidad de actuación fiscal bajo la denominación de "competencia".

2.1.5.1. Alcances jurídicos del "ámbito de actuación" fiscal

En esta dirección doctrinaria el CPP no utiliza la expresión "competencia", sino que se refiere a la actividad jurídico-procesal del Ministerio Público bajo la denominación de "función", o para el caso del fiscal de instrucción alude al "ámbito de actuación", para referirse a la determinación del fiscal que material y territorialmente está facultado para actuar durante la investigación. En definitiva, la analogía que se establece entre la actuación jurídica del fiscal de instrucción y la competencia del juez de instrucción es poco menos que idéntica, con la salvedad del sistema de controles internos de sus respectivos organismos, el fiscal y el jurisdiccional, ya que el superior jerárquico no ha de ser un tribunal, sino otro fiscal de grado jerárquico superior, hasta llegar al vértice de la construcción piramidal del MP, sitial ocupado por el Fiscal General.

Desde la posición de un autorizado sector de la filosofía jurídica se define a la competencia como la capacidad jurídica para efectuar negocios jurídicos, para participar en la producción de la norma jurídica individual establecida en la sentencia judicial. Se trata de la capacidad para crear actos jurídicos, esto es, la ***facultad para generar derecho***. En este sentido, no existe inconveniente conceptual alguno de utilizar la expresión "competencia fiscal", ya que las tareas del Ministerio Público, destinadas a la promoción y ejercicio de la acción penal, persiguen en definitiva la producción de una sentencia (condenatoria, de sobreseimiento o absolutoria).

Claro está que el concepto de *competencia fiscal* no prestará ninguna utilidad, y hasta será retardario de un modelo pro acusatorio, si con él se concluye en identificarlo con la competencia del poder jurisdiccional, ya que sólo habríamos rebautizado al antiguo juez de instrucción bajo un nuevo nombre, en lugar de lograr una modalidad de actuación jurídica propia, y que no por ello torna inoperante un importante sector de la construcción jurídica desarrollada por décadas. Así, por ejemplo, la atribución de competencia de fiscales de instrucción establecida en la Ley Orgánica, en la que se fija que estos "*ejercerán sus funciones en forma exclusiva en el ámbito territorial que el fiscal general determine*".

En definitiva, lo que aquí se propugna es que la categorización de "competencia fiscal" resulta ser una herramienta conceptual de utilidad jurídica, con sustento teórico (filosófico-jurídico) y práctico, que representa explicitar el problema para avanzar en el desarrollo de soluciones, y la construcción de un modelo de enjuiciamiento constitucional que aspira a funcionar en régimen (constitucional).

2.1.5.2. Límites a la "competencia" del fiscal

A este abogado del Estado se le acuerdan una serie de "facultades" para el cumplimiento de las funciones referidas más arriba, con algunas limitaciones y controles.

La regla general determina que el fiscal de instrucción debe resolver todas las cuestiones que se susciten durante la IFP, salvo un grupo de cuestiones procesales que deberá resolver el tribunal encargado del control de la legalidad (juez de control), ante quien peticiona el fiscal como una parte más.

El fiscal de instrucción no puede por sí ordenar ni resolver sobre:

a. Las excepciones.
b. Los planteos relacionados con su "ámbito de actuación" que les planteen las partes privadas.
c. Su propia recusación o inhibición.
d. La suspensión del trámite procesal por enfermedad mental sobreviviente del imputado.
e. La internación provisional del imputado.
f. La intervención de la incomunicación del detenido.
g. El allanamiento de domicilios.
h. La intervención de las comunicaciones.
i. La intercepción de correspondencia ni abrir la interceptada.
j. La prórroga del término de la investigación.
k. El secreto de las actuaciones.
l. La traba de embargos.

2.2. El Acusador y el Querellante

En el diseño de enjuiciamiento criminal sólo se receptan dos formas de reacción (participación procesal), de la ***víctima*** del delito, para incidir en la respuesta estatal al conflicto social judicializado: el **acusador** (privado) y el **querellante** (exclusivo). Ambos con una larga tradición en nuestro sistema penal, ahora recontextualizado en el proceso participativo de los sujetos procesales, que aspiran a la ***objetividad*** basada en la *intersubjetividad* de las actuaciones procesales.

La satisfacción de los requisitos legales para constituirse como parte en el proceso, constituye ***la legitimatio ad procesum de la víctima.***

2.2.1. Caracteres comunes

Uno de los extremos del conflicto social es protagonizado por las personas (física o jurídica) ofendidas por el hecho delictivo, quienes pueden asumir procesalmente el carácter de acusadores privados, cualquiera que sea el delito que los haya afectado; en los de acción penal pública, como querellantes particulares, ejercitando adhesivamente la acción penal pública con el MP; en los delitos de acción penal privada, como querellantes exclusivos y excluyentes del MP.

Se ha dicho que es querellante el *particular* que acusa (querella) para provocar un proceso penal, o que se introduce en un proceso en trámite como acusador privado en delitos de acción privada estando legalmente legitimado (CPP, 27); y que querella es la instancia introductiva del querellante particular, producida ante el órgano judicial de acuerdo con las formalidades legales, por la que formula una imputación tendiente a iniciar un proceso penal que llegue a juicio y en el que se dicte sentencia en contra del imputado objetivamente por delitos de los previstos por el CPP, 27.

La actuación de *la víctima con legitimación de parte procesal* es facultativa en el inicio y en el desarrollo del juicio. Ejercita la acción penal a la par, subsidiariamente o con exclusión del Ministerio Fiscal (CPP, 26). Se diferencia del "instante", en que no se constituye, pudiendo hacerlo, como querellante particular o acusador privado, de conformidad a las reglas de CPP, 27 y 26, respectivamente, ya que (el instante) sólo libera un obstáculo para el ejercicio de la acción penal por el órgano público (CPP, 26)[37] de la acusación, pudiendo ser convocado al proceso como testigo; si tuviere un conocimiento del hecho a juzgar.

Para ser legitimado como querellante es de regla que se trate del ofendido, o sea del titular del bien jurídico que el delito afecta, y puede extenderse al representante legal y a los herederos. Queda excluido el simplemente damnificado, o sea el que por el hecho sufre solamente un detrimento patrimonial o moral. Lo común es que el damnificado sea a su vez el ofendido, pero hay casos en que esa superposición no se da.

El ofendido va a ser siempre el damnificado, pero hay casos en que se puede ser damnificado sin ser ofendido. Así en los delitos contra bienes particulares, como lo son los delitos contra la propiedad (hurto, robo, etc.), no siempre converge en una persona, ofendido o damnificado. El ofendido por el hurto es quien detenta la tenencia de la cosa sustraída (por ejemplo, el mecánico que tiene en su poder el vehículo para reparar), el propietario del bien hurtado, que sufre el perjuicio patrimonial, es el damnificado. Sólo el primero puede ejercer el derecho de querella, pues la norma penal tutela, en éste caso, la tenencia de una cosa mueble.

En el sistema penal estadounidense no se recepta el querellante adhesivo al fiscal, que es propio de la legislación alemana. En el modelo germano, el ofendido se introduce en el proceso como un tercero adherente a la acusación.

2.2.2. Querellante Exclusivo

El querellante particular representa la reglamentación procesal para vehiculizar las pretensiones punitivas del ofendido por los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado (CP, 27), adquiriendo la condición de sujeto esencial del proceso penal. El querellante conjunto, en cambio, presupone la intervención del Ministerio Fiscal, por cuanto actúa en los delitos perseguibles por acción del ejercicio público (CP, 25 y 26), teniendo el carácter de sujeto eventual en las hipótesis de CPP, 27.

Se trata de un particular que afirma (o con respecto a quien se afirma)[38] haber sufrido directamente las consecuencias del delito, en cuanto titular del bien protegido por la norma penal que se invoca como vulnerada en la acusación.

[37] Y a cuyos efectos se ha entendido que suple la exigencia de la instancia la sola denuncia presentada por la víctima.
[38] En general, pueden constituirse como querellantes los representantes legales del agraviado.

Regularmente sucede que quien actúa como querellante ejerce en forma simultánea la acción civil, salvo renuncia o expresa reserva de ejercitarla en sede civil, lo cual se ejerce *ex post* sentencia penal que fije el hecho que generaría la responsabilidad civil, de conformidad a las reglas del CPP, 49 y ss. y 381 y ss.

Quien se constituye en querellante queda sometido a la autoridad del tribunal del proceso mientras mantenga el ejercicio de la acción, y soportará las consecuencias, de orden procesal o sustancial, conforme lo determinan las leyes vigentes: costas, calumnias, etc.

El Código Penal llama "acciones privadas" a las que persiguen los delitos de calumnia y difamación, algunos casos de violación de secretos y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando fuere víctima del cónyuge. Basta con que se esté frente a una de esas figuras penales para que rija la excepción, sin que ninguna circunstancia permita volver a la regla de la persecución por el órgano oficial. Se ejerce procesalmente una "acción" para hacer valer un derecho que es disponible sustancialmente.

Los titulares de esta acción privada podrán ejercerla ante los tribunales penales haciendo uso dell derecho de querella, vale decir, acusando en forma exclusiva. No puede acusar el Ministerio Fiscal[39], que no tiene intervención ante el Tribunal de Sentencia cuando asume competencia por delitos de acción privada (CPP, 27) ya que no pueden acumularse en aquel tribunal cuando se trate de delitos de acción pública, por un lado y, por el otro, delitos de acción privada (CPP, 70).

El CPP regula una forma de juicio específica para los delitos de acción privada (CPP, 405 y ss.) con las características del sistema acusatorio, de manera que en el debate el querellante tendrá las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Público en juicio común; no obstante, podrá ser interrogado pero no se le requerirá juramento.

El *ius punendi* sigue bajo la órbita exclusivamente estatal, de modo que la imposición o no de una pena se resuelve de conformidad al principio de jurisdiccionalidad, y la eventual ejecución de la pena sigue las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias o injurias podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido.

2.2.3. Acusador Privado

En términos generales se afirma que a éste querellante se le llama "conjunto" porque el titular del derecho de querella interviene en el proceso ejercitando, a la par del Ministerio Público, la acción penal. Los códigos que lo autorizan no son uniformes en cuanto a las facultades que le acuerdan. Puede ejercer conjuntamente la acción civil, lo que comúnmente ocurre cuando a su vez ha sido damnificado por el hecho de la imputación, pero como sujeto del proceso es eventual, por cuanto el acusador privado en delitos públicos puede faltar; lo que no puede faltar es la intervención como accionante del Ministerio Público. Es la principal diferencia con el otro

[39] En concreto quienes pueden acusar son: el cónyuge ofendido en los delitos de adulterio y de violación a los deberes de familia; el ofendido, o si fallece, los herederos forzosos, en los delitos de calumnia e injurias; el agraviado o su guardador o representante legal, en los delitos de violación de secreto y concurrencia desleal. Las diferencias surgen del Código Penal, y se explican por la calidad de la ofensa que cada delito produce. Puede ser caracterizado como un derecho de querellar, cuya falta de ejercicio impide toda persecución y punición, conteniendo a la vez: a) un poder de renuncia, cuyo ejercicio evita la sentencia por truncamiento del proceso que la querella provocó, y b) un poder de perdón, cuyo ejercicio evita la penal del condenado por la sentencia que con la querella se requirió.
El desistimiento aparece como figura procesal, pero su eficacia es sustantiva. De aquí que su admisión sea causal expresa de sobreseimiento con valor definitivo. Este desistimiento puede ser expreso u obtenerse como consecuencia de una concreta inactividad.

querellante que hemos llamado *exclusivo*. El CPP permite el querellante "adhesivo", cuyas atribuciones procesales son inferiores a las del querellante conjunto, por ejemplo en materia requirente y recursiva.

Se trata de otra modalidad de participación ciudadana en el servicio público de administración de justicia, en la que el propio ofendido por el delito podrá constituirse en un agente eficaz de la persecución penal, que supla o cuando menos complemente la molicie del funcionario (fiscal), que podría resultar malicioso o reticente a concebir e implementar las medidas necesarias tendientes para llegar a juicio, y así peticionar acusatoriamente ante un órgano jurisdiccional del Estado (tribunal).

Sobre el tema, Cafferata, razona en los siguientes términos: "La intervención de éste, el querellante particular, sólo tendería a facilitar la punición (no a condicionarla), determinando la intervención del órgano jurisdiccional, que sería el encargado de establecer si hay fundamento o no para desarrollar un proceso".

Lo expuesto evidencia tan sólo que, en la medida que el Estado ejerza la pretensión penal de la cual es titular indiscutido, la intervención del damnificado será secundaria o adhesiva. Pero si aquél no lo hace, pues no requiere inicialmente la investigación, o luego no formula acusación (requiriendo el sobreseimiento) o no pide pena (requiriendo la absolución), o se conforma con las resoluciones que declaran la inexistencia, en el caso concreto, de la potestad del estado para reprimir (sobreseimiento, sentencia absolutoria), la intervención del ofendido podría adquirir, excepcionalmente, un carácter independiente, procurando lograr el reconocimiento de la potestad represiva. Así lo creemos, pues en cualquiera de tales hipótesis "la potestad de castigar a si misma" siempre quedará en manos del Estado: Los tribunales de justicia penal. Esta es nuestra posición teórica.

Esta trascendente innovación encuentra amparo en la Constitución, que asigna al Ministerio Público la promoción y ejercicio de la acción penal pública ante los tribunales competentes, sin perjuicio de los derechos que las leyes acuerden a los particulares.

Se procura dar una mayor tutela al ofendido por el delito, y dotar al proceso de un elemento dinamizador, incluso en el aspecto probatorio, poniéndolo a tono con los actuales requerimientos de justicia que surgen de la sociedad.

Se parte de la idea de dar mayor protagonismo a la víctima, y de la posibilidad (demostrada en algunos casos judiciales de los últimos tiempos) de que su intervención sea un aporte a la eficacia de la persecución penal, mediante el control del órgano estatal que la realiza y el ofrecimiento de pruebas que, quizá, conoce mejor que nadie, en el marco de su interés particular en el resultado del proceso que se agrega, reforzándolo, al interés general de la justicia.

Aún cuando el ejercicio de la acción penal pública sigue estando a cargo del Ministerio Público, se autoriza la intervención del damnificado por el delito como "querellante particular", con atribuciones para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado. Ello significa que tiene derecho a proponer y ofrecer pruebas, intervenir en su producción, y valorar críticamente su eficacia.

Se trata de una modalidad "adhesiva" del ejercicio de la acción penal, ya que la querella carece de efecto promotor de la investigación; sólo puede deducirse "una vez iniciada la investigación", y no se prevé que el querellante pueda provocar la apertura del juicio por sí solo. Tampoco se acuerda a éste ninguna participación en materia de coerción personal del imputado.

Podrá recurrir sólo cuando lo hiciera el Ministerio Público, salvo que se le acuerde expresamente tal derecho, como ocurre respecto de las resoluciones jurisdiccionales que ponen fin al proceso en sentido favorable al imputado. Si bien la facultad de recurrir, en éstos casos, se le concede en forma autónoma, el progreso del recurso condiciona a que sea mantenido por el fiscal del tribunal ad quem.

Por otra parte, se dispone que en caso de sobreseimiento o absolución, el querellante podrá ser condenado por las costas que su participación hubiere causado. Su intervención como tal no lo exime del deber de declarar como testigo.

3. La víctima

3.1. Participación de la víctima en el proceso penal

3.1.1 Referencia histórica general

Arbitrariedad e *ilimitación* fueron el fruto de la venganza, modo en que las sociedades primitivas resolvieron sus conflictos de índole penal, llegando luego, y siempre por la vía de la venganza privada, a la proporcionalidad, al fijar la retribución del "mal" con un "mal igual": Código de Hamurabi y la Ley de las Doce Tablas.

En Ferrajoli se dice con claridad que el nivel de legitimidad de la actuación estatal del *ius puniendi*, en torno a la *proporcionalidad* y *principio retributivo*, podría formularse -en este contexto- como sigue: *la retribución del mal con un mal no superior.*

Esto no sólo implica un control de la gestión estatal en la administración de la violencia legítima para el control social[40], sino también, presentar al principio retributivo como un "techo" y no como un "piso-trampolín"[41] del *quantum* de la violencia legítima (que el estado detenta monopólicamente y que ha de administrar con *austeridad republicana* y con la concurrencia intersubjetiva de auditores externos, sujetos procesales y ciudadanos, público en general)[42].

Pero no siempre ni para siempre fue lo del ojo por ojo, diente por diente. En aquellos tiempos los germanos reemplazaron la pena por una suma de dinero que el ofensor debía pagar al ofendido o a su familia. A esto se le llama mecanismo de la *composición* como norma de solución de los conflictos.

Luego la antigua Grecia y el período republicano de Roma: papel protagónico de la víctima del delito pues promueve y mantiene la acusación ante la instancia judicial. Es decir, el ofendido ejerce directamente la acción penal, y a esto se le llama sistema acusatorio privado.

[40] El Estado no puede legítimamente ejerce la violencia estatal más allá de los niveles de violencia implicados en el injusto penal (Acción y tipicidad, en el análisis estratificado de la Teoría del Delito), por lo que la función de cálculo en Ferrajoli es la violencia que (por venganza u otro valor, incluyendo los positivos) tendría la víctima y su *clan* (o cualquiera fuera la incipiente o evolucionada forma de agremiación política, familia, partido, estado, etc.) si el Estado no hubiese expropiado la pena como reacción racional para la conducción social.

[41] Visión tradicional del principio de Hamurabi (de "ojo por ojo, y diente por diente"), subyacente en la medula epistemológica de las teorías retribucionistas (teológicas, morales -Kant-, o jurídicas –Hegel-). Ver Capítulo 2), para más descripción de las Teorías de (Justificación de) la Pena (estatal, siempre) y sus relaciones con el proceso y sus su sujetos.

[42] Existe aquí, una analogía por la austeridad republicana entre: A) la racionalidad del gasto público económico (en términos políticos, *ley de presupuesto*) y B) la racionalidad en el gasto de la violencia pública monopólicamente administrada por el Estado de Derecho (en términos políticos, *ley penal* en sentido amplio).

El advenimiento del sistema inquisitivo (Siglo XIII)[43]; provocó la marginación del ofendido. Se piensa que el delito no sólo lesiona intereses particulares, sino que también lesiona la convivencia de los hombres en sociedad. Ya no es posible la venganza privada ni dejar en manos del ofendido la persecución penal. La persecución penal ya no es cosa del ofendido, es función pública. El poder de perseguir penalmente y el de juzgar está colocado en manos de una sola persona, el inquisidor. Ya la víctima u ofendido no será acusador, será un simple testigo, es decir, un órgano de prueba.

El advenimiento del Siglo XVIII con su Revolución Francesa y posterior dominación napoleónica marcó la decadencia del sistema inquisitivo aún y cuando hoy en día perduran sus huellas: la persecución penal pública sin atención a la voluntad particular, y la averiguación de la verdad histórica como objetivo del procedimiento penal; ambas máximas perduran como reglas, atenuadas por sus actuales excepciones[44].

Vino entonces el sistema de enjuiciamiento denominado mixto en el cual rigen las máximas citadas del sistema inquisitivo junto con otras provenientes de las formas acusatorias, amalgamadas con las reglas de garantías y derechos individuales. En este sistema la persecución penal sigue estando en manos de un órgano estatal, admitiéndose la persecución privada de algunos delitos, y en otros, se exigió la autorización de la víctima para la persecución estatal. De ellos deviene la clasificación de delitos de acción pública, de acción pública e instancia privada y de acción privada.

Salvo en los delitos de acción privada, en este sistema la víctima continúa siendo una figura marginal: no puede acusar y no puede impugnar decisiones, le está vedado el acceso al expediente, y es destinatario de serias obligaciones con muy pocos derechos: sólo puede pretender ser tenido como actor civil, e incluso, su defensa ante un ataque o agresión ilegítima está minuciosamente reglada bajo amenaza de responsabilidad criminal.

Conforme a la tendencia procesal y a la política criminal predominante la víctima tendrá una mayor o menor participación en el proceso penal. Esta participación ha oscilado entre el protagonismo y la marginación gradual. Primero fue Juez y parte; luego se le redujo al silencio procesal. Ahora se le pretende restituir su papel de sujeto del proceso.

3.1.2. Referencia histórica particular

El derecho constitucional reconoce a los ciudadanos el derecho de petición y a encontrar remedio a sus conflictos sin denegación y en forma pronta; igualmente, el derecho a ser oído en los procesos de toda clase por sí o por defensor.

Esta formulación constitucional significa el acceso procesal a la justicia y la reparación del agravio a cargo del causante mediante las prestaciones de hacer, no hacer o de dar.

El Código de Procedimientos Penales de 1984, permitía a cualquier ciudadano poner en conocimiento del Juez la noticia criminis y a mantener la acusación, sin perjuicio de la intervención

[43] En el Continente (europeo). En Inglaterra, por el contrario, el racionalismo regio generó en el mismo siglo su Carta Magna (1215) y el modelo de enjuiciamiento por jurados involucrados en la administración de justicia (extra penal, primero, cuestiones de posesión sobre la propiedad privada, y no muy luego, en lo penal; Cf. Weber, Max., Economía y sociedad, cit, pp. 520 y ss.).

[44] Entre otros, el principio de oportunidad reglado, el desistimiento de la acción por el querellante, la conciliación, participación de la víctima, etc.

de la Procuraduría, que era el órgano estatal encargado de la acusación penal. Es decir, éste fue un Código de tinte acusatorio en cuanto al ejercicio de la acción penal al darle cabida a la figura del acusador particular, el cual ejercitaba sus derechos por sí mismo o por representante legal.

Entendía este Código que el ejercicio de la acción pública por parte de cualquier ciudadano lo era en interés de la sociedad (y servía de trampolín al estado punitivo), razón por la cual, por parte del juzgador, debía notificársele al acusador oficial quien podía continuar con la acusación aún y cuando el particular perdiera el interés en el asunto.

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1985 se entronizaron las ideas de defensa social y de resocialización del delincuente, llevando a la marginación en cuanto a la víctima, de modo que la facultad de los ciudadanos de acusar y de mantener la acusación fue poco a poco eliminada estableciéndose como regla el monopolio de la acción penal pública en el Ministerio Público, permitiéndole protagonismo al ofendido únicamente en los delitos de acción privada y en cuanto a la pretensión civil.

En cuanto a los delitos de acción pública el papel de la víctima se redujo a presentar la denuncia y a concurrir a deponer como testigo, además de autorizar la investigación penal en los delitos de acción pública a instancia privada. En cualquiera de los casos enumerados disponía la víctima la facultad de apersonarse como actor civil, más una u otra participación de carácter incidental.

3.1.3. El inevitable ascenso de la víctima

a. Las ciencias al rescate de la víctima:

Superadas las etapas históricas de justicia privada y de composición la víctima es neutralizada de manera irreversible en cuanto a su participación en el proceso penal. La justicia punitiva ya no se va a realizar por medio de la víctima, sino por medio de la reacción penal estatal.

Esta concepción neutralizadora de la víctima es moldeada, justificada y argumentada por las corrientes mayoritarias de las ciencias del Derecho Penal, del Procesal Penal, de la Política Criminal y de la Criminología; e incluso, contra la víctima durante muchos años conspiró la idea de los derechos humanos en función del delincuente.

En esta tendencia prevaleció la idea de que la reacción punitiva estatal impedía la materialización del instinto de venganza del agraviado, lo que dio como resultado la construcción de un sistema penal basado en la verticalidad punitiva de consumo con la exclusividad e inderogabilidad de la acción penal pública. Sin embargo, en los últimos decenios se ha venido formulando una redefinición del rol de las víctimas en el sistema de justicia criminal.

Esta redefinición ha sido impulsada por la Victimología en concurso con algunas escuelas criminológicas, lo que ha permitido el diseño de programas de prevención a partir del estudio de la interacción delincuente-víctima, así como la modificación del estatus material y procesal de la víctima en la justicia criminal, llegando a aspectos políticos sociales como lo son los programas de asistencia de las víctimas, de reparación del daño y de compensación económica, entre otros.

Estas ciencias citadas, especialmente y sobre todo la Victimología, han recuperado la dimensión *interpersonal* del crimen como conflicto humano entre sus protagonistas: el delincuente y su víctima, pese a que algunos sectores perciben el conflicto penal como una pugna formal y simbólica entre el infractor y el Estado, y pese a la crítica de éstos sectores en cuanto a que la participación de la víctima como sujeto del proceso, convierte la justicia en instrumento de venganza o represalia.

Esta recuperación del papel de la víctima aunada a las ideas doctrinarias que abonan el abolicionismo, el derecho penal mínimo y las propuestas de solución alternativa de los conflictos penales, han ido desplazando hacia la horizontalidad la verticalidad de la política punitiva, la cual en definitiva se encuentran en situación de crisis.

b. La víctima en los Foros e Instrumentos internacionales

Diversos foros internacionales pusieron en su agenda la reivindicación de la víctima como sujeto activo del proceso penal y la tutela de su derecho a la reparación [45]. entre estos destacan los siguientes:

- Proyectos de Código Procesal Penal para Ibero América; adoptados en 1978 (Claría Olmedo) y en 1988. El último redactado por Julio B.J. Maier, teniendo como fuente las leyes procesales de Córdoba (R. Argentina) R. Francia, R. Italia, Reino de España y la Ordenanza Procesal Penal de Alemania (RFA).
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal; conocidas como las Reglas de Mallorca. Estas reglas fueron recomendadas por una Comisión de Experto de las Naciones Unidas principalmente en 1992.
- La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Dicha declaración fue aprobada mediante resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada el 29 de Noviembre de 1985.
- Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos. Suscrito por el Consejo de Europa el 24 de Noviembre de 1983.
- Programas de asistencia, compensación y auxilio a las víctimas del delito. Landrove Díaz, en su obra citada, indica que las primera cristalizaciones jurídico-positivas del movimiento victimológico se ubica en los años sesenta del presente siglo, siendo pioneras Nueva Zelanda, algunos Estados de Norteamérica y diversas Provincias canadienses.

c. El movimiento reformador en la República de Honduras

"Las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aún sustituyendo al Ministerio Público en los caos en que éste – por razones de oportunidad o legalidad- estime que no debe continuarse con la investigación de acción atribuida".

[45] Ver Gerardo Landrove Díaz: Orígenes e Internacionalización del movimiento de asistencia de las víctimas, Cap. III, en VICTIMOLOGÍA, Edit. Tirant La Blanch, Valencia, España, 1990. igualmente ver Pág. 39-40 y 52-55 del Reforma Procesal Penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán) de Javier Llobet Rodríguez; Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1993.

En el campo político-social ha habido varios movimientos que han pretendido reivindicar los derechos de las víctimas. Estos movimientos han tendido al campo compensatorio, o bien, a evitar la victimización[46]. Hitos de esta tendencia son las propuestas para la solución no judicial de algunos conflictos penales y las propuestas de obligatoriedad laboral penitenciario con la pretensión, entre otros objetivos, que de los emolumentos devengados, un porcentaje se destine a reparar las consecuencias dañosas causadas por el delito que originó la condena.

3.2. El derecho de defensa de la víctima

3.2.1. Concepto jurídico-penal de la víctima

Desde el punto de vista jurídico-penal víctima es la parte lesionada que sufre perjuicio o daño por un hecho delictuoso[47]. Al respecto las Naciones Unidas en su declaración de 1985, resolución 40/34 estableció que se debía entender por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.

Esta misma resolución indicó expresamente: *Podrá considerarse víctima a una persona independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.* Dispuso también que en la expresión víctima se incluye a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3.2.2. Principios básicos de justicia para las víctimas

Las ideas principales sobre las que gira el movimiento tendiente a reivindicar la presencia de la víctima en el proceso penal se resumen en tres áreas: Acceso real a la justicia; resarcimiento e indemnización; y asistencia. Estos aspectos fueron sintetizados y adoptados por las Naciones Unidas en la resolución ya indicada, la cual las desglosó de la manera y a partir del articulado siguiente[48]:

3.2.2.1 Acceso a la justicia y trato justo

A. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

B. Se establecerán y reforzarán, cuando sean necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

[46] Algunos ejemplos son: Las víctimas de la quiebra de las financieras; los movimientos en apoyo de la mujer agredida, y los tendientes a evitar la doble victimización de las víctimas de violaciones. También la actuación de organizaciones de defensa del ambiente.

[47] para ampliar el concepto ver: Cap. I de LA VICTIMOLOGIA, de Rodrigo Ramirez G.; Edit. Temis, Bogotá, Colombia; 1983. Sobre la clasificación de las víctimas ver Cap. II de la obra citada de Gerardo Landrove Diaz.

[48] Véase Gerardo Landrove Díaz.

C. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a. Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marca de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información.
b. Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente.
c. Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial.
d. Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos a su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.
e. Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

D. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

3.2.2.2. Resarcimiento e indemnización

E. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

F. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

G. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

H. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer el resarcimiento de las víctimas.

I. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a. las víctimas que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves.

b. la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

J. Fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando procesa, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

3.2.2.3 Asistencia

K. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

L. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

M. Se proporcionará el personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado, capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

N. Proporcionar servicios de asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a otros factores.

3.2.2.4. Programas y formas de organización de las víctimas

Los programas de asistencia operan bajo diversa modalidad y fin según la legislación del lugar. Sin embargo, en conjunto tienen una serie de principios generales como los siguientes:

- El carácter subsidiario de la indemnización estatal, pues se exige la ausencia de indemnizaciones alcanzadas por otra vía.
- Se limita la asistencia a las víctimas de actos criminales violentos.
- Son poco frecuentes las previsiones indemnizatorias en los supuestos de delitos patrimoniales y en cuanto a los daños morales.
- Exigencia de que la víctima haga la petición en forma expresa y que haya denunciado la infracción ante las autoridades policiales o judiciales, e incluso, algunos países exigen que la víctima sea cooperadora con las autoridades que investigan y juzgan el caso.
- Reembolso total o parcial de las ayudas concedidas cuando se hubiesen logrado, en todo o en parte, con declaraciones falsas u omisiones de la víctima o de sus derechohabientes.

Considerando los aspectos anteriores, Landrove Díaz deduce un concepto de víctima indemnizable:
"Sería tan sólo aquella que ha sufrido una lesión en su integridad personal, que se encuentra en precaria situación económica, que no ha colaborado con su victimización y que coopera con el aparato represivo estatal en la persecución de la delincuencia".

Existen diversos tipos de programas de ésta índole, los cuales se pueden caracterizar según la tipología siguiente:

a. Programas de reparación a cargo del infractor

Estos programas empezaron a aparecer en los años setenta en Canadá y en Estados Unidos de América. Parten de la base de que la reparación y conciliación delincuente-víctima constituyen formas de reacción que pueden relativizar o eliminar la pretensión punitiva del Estado, principalmente en los llamados delitos de bagatela y en los de índole patrimonial.

En estos casos el autor del hecho delictivo indemniza a la víctima a través del pago de una cantidad de dinero, o bien, mediante la realización de una actividad concreta, o mediante la prestación de servicios, evitándose así enfrentar un proceso penal o la imposición de una pena. Además de beneficiar a la víctima se ha indicado que este sistema reduce la actividad de la instancia judicial y penitenciaria, y que el contacto directo con la víctima y el daño causado puede tener un efecto rehabilitador en el delincuente.

Este sistema se presenta como una respuesta razonable y humanitaria al delito, que beneficia a la víctima y al delincuente, constituyéndose así en una nueva dimensión de la justicia penal, superando los criterios retributivos.

b. Programas de asistencia inmediata

Estos programas buscan dar asistencia inmediata a las víctimas de delitos violentos a efecto de impedir o neutralizar su traumatización, por lo general se conforman como Centros de Crisis y operan al margen de la intervención judicial o policial. Suelen ser desarrollados por organizaciones independientes que prestan servicios de apoyo psicológico, económico, asesoría legal y alojamiento, entre otros.

Generalmente actúan en dos fases: la denominada intervención de crisis, y luego la fase informativa sobre los derechos y sobre la existencia de programas asistenciales.

c. Programas de asistencia a la víctima-testigo

Estos programas protegen, ayudan y asesoran a las víctimas-testigos para asegurar su colaboración con el sistema penal. Se enrolan por lo general los abogados funcionarios públicos que tienen relación directa con las víctimas-testigo, como lo son por ejemplo, los Fiscales o Agentes del Ministerio Público. Su acción tiende a procurar ayuda económica para gastos de viaje, alimentación y hospedaje ocasionados por la intervención como testigo; también es de suma importancia la explicación de las incidencias de los interrogatorios de las partes y sobre las obligaciones inherentes de los testigos, así como del funcionamiento del sistema penal en el caso concreto.

Un sector importante abarcado por estos programas se refiere a la implementación de comodidades en los recintos policiales y judiciales donde debe comparecer el testigo, y por supuesto, el buen trato que se les ha de dispensar. Un modelo de lo anterior es la Ley Federal para la Protección de las Víctimas y Testigos de hechos criminales, promulgada en 1982 en los Estados Unidos de América. E igualmente, la ley alemana de Protección a la Víctima, promulgada en 1986.

d. Asociaciones de víctimas

Estas agrupaciones actúan paralelamente a los programas institucionales de asistencia, compensación y auxilio de las víctimas. Por lo general, lo conforman las propias víctimas que tratan de superar su aislamiento mediante la acción asociativa. Por lo general devienen en grupos de presión que tratan de sensibilizar a las autoridades de sus más sentidas necesidades, y por supuesto, una mejor defensa de sus intereses. Por lo general nacen por hechos concretos con múltiples víctimas o para incidir preventivamente en aspectos concretos de victimización.

Las agrupaciones más conocidas son las que se ocupan de las víctimas de violaciones y de (CPP, 28 y ss.) violencia doméstica, así como las que se dedican a actividades de defensa del ambiente. En algunos países son los propios Ministerios de Justicia los que fomentan tales asociaciones financiando en parte su funcionamiento. Los movimientos o asociaciones más poderosas se encuentran en los Estados Unidos de América y en Europa.

3.3. La víctima en el nuevo proceso penal hondureño

> *"Parece mentira que el sujeto más importante en el proceso penal sea aquel individuo que violentó las normas de convivencia social que nos rigen, y no precisamente que sea el ofendido, aquel hombre, mujer, niño, niña, anciano o anciana que sufrió el daño y busca su reparo al abrigo de la ley [49]".*
>
> RODOLFO SOLIS TULLOCK

3.3.1. Consideraciones generales

La víctima como sujeto, como participante y como contralor, es uno de los propósitos más sugestivos de la nueva propuesta procesal penal, cuya formulación positiva anticipa, en su parte procesal el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA). Ambas leyes están concebidas para la búsqueda de la armonización de los intereses de la víctima, del victimario y de la comunidad social; y las presiden dos directrices: la consensualización de la verdad procesal mediante la intervención activa y facultativa de los protagonistas del conflicto al lado del órgano jurisdiccional, y la búsqueda de una solución composicional del conflicto.

En efecto, en esta propuesta procesal la víctima ocupa, con las particularidades del caso, la misma posición del sujeto procesal que ocupa el acusado y el Ministerio Público, adquiriendo así el derecho de una amplia participación, la cual le está garantizada desde el inicio y en todas las etapas del proceso, siendo que su participación la puede hacer valer por si mismo o por medio de un abogado.

Este nuevo modelo procesal se acerca ostensiblemente al sistema acusatorio, instaurado como aspecto medular del sistema de justicia penal y de los tribunales en concreto, la solución del conflicto surgido a consecuencia del hecho, a fin de procurar la restauración de la armonía

[49] En "Victima del Agresor y Victima del Sistema", articulo publicado en Noticias Judiciales, Febrero-Marzo, 1995, No. 37. Apto. de Relaciones Públicas, Poder Judicial.

social entre sus protagonistas y en auxilio de ellos, la apertura de, nuevos unos e informales otros, modos de participación de la víctima, lo que implica una modificación del régimen actual de la acción penal en cuanto a la delimitación de los tipos de acción, de su ejercicio, de los casos de suspensión y de las causas de extinción, y por supuesto, con la ampliación del catálogo de delitos de acción privada y redefinición de los delitos de instancia privada.

Con esta nueva propuesta de participación de la víctima la legislación recepta y se suma a las renovadoras tendencia que ha puesto en crisis el paradigma del monopolio estatal de la acción penal y su correlato de indelegable e impostergable, decretando, además, la defunción de papel del Estado como subrogante absoluto del interés de la víctima.

Este nuevo enfoque involucra al sistema penal en su conjunto, principalmente a la legislación sustantiva y a la procesal, teniendo dos direcciones: La primera, orientada a la ampliación de los derechos de la víctima en relación a la pretensión penal y, la segunda, tendiente a dar al ofendido mayores posibilidades de obtener una reparación por el daño causado por el delito.

3.3.2. La víctima y sus derechos

El CPP, 17, incluye como víctimas a personas físicas y a personas jurídicas, mientras que en los artículos 16 y 384 estatuyen la obligación de cualquier autoridad de informar a la víctima de sus derechos, aún no habiéndose constituido como querellante en cualquiera de sus formas. Dentro de las primeras enlista a las personas que en forma directa y sobre sí recibieron la ofensa por el delito, o las que tienen o tuvieron alguna relación del parentesco con la víctima directa fallecida. Innovador es el reconocimiento expreso como víctima a sujetos que hasta la fecha sólo vía jurisprudencial se les había dado tal *status*, e igualmente en cuanto a los socios, asociados y miembros respecto de delitos que afectan a una persona jurídica, siempre y cuando los autores del delito sean sujetos que dirijan, administren o controlen tales organizaciones o empresas.

Acorde con las nuevas tendencias a nivel internacional y sumamente innovador en nuestra legislación, es el reconocimiento como víctima de las personas jurídicas de carácter asociativo en el tanto el delito afecte intereses colectivos y difusos y el objeto de tales organizaciones se vincule en forma directa con esos intereses.

El Código Procesal Penal amplía significativamente la participación en el proceso al enlistar una serie de derechos consustanciales a la condición de víctima, independientes de su facultad de asumir formas más protagónicas de participación. El primer derecho general e ineludible de la víctima es ser informada de sus derechos desde que interpone la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento, de manera que las autoridades policiales y judiciales deben garantizarle los derechos siguientes:

A. Derecho de intervención en el procedimiento

En cualquiera de los procedimientos establecidos para delitos de acción pública, el Código establece diversas formas de intervención aún y cuando la víctima no se haya constituido en querellante o en actor civil. Algunas de estas formas son las siguientes:

- Solicitar, en los casos que proceda, la conversión de la acción pública en privada.
- Manifestarse y ser escuchado con carácter no vinculante en audiencia oral, sobre la petición de suspensión del procedimiento a prueba.

- Facultad de denunciar y de instar.
- Solicitar y obtener la pronta devolución de los objetos secuestrados.
- Protección mediante medidas cautelares a cargo del agresor.
- Objetar ante el Tribunal el archivo fiscal de las actuaciones, ofreciendo pruebas que permitan individualizar al imputado.
- Controlar la conclusión del procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público.
- Conocer la acusación previo a que el Ministerio Público la presente ante el Tribunal correspondiente.
- Solicitar, asistir y participar en la audiencia de conciliación.
- Exponer sobre los hechos en la clausura del debate.
- Manifestar su criterio no vinculante en cuanto a la procedencia del procedimiento abreviado.
- Instar al Ministerio Público a que interponga los recursos que sean pertinentes.
- Derecho al auxilio judicial previo en delitos de acción privada.
- Derecho a la privacidad en las audiencias públicas cuando se le afecte el pudor, la vida privada y otros.

Si el ofendido se constituyó como querellante en cualquiera de sus modalidades, además de los anteriores derechos, tendrá los siguientes:

- Ofrecer prueba para el juicio.
- Desistir de la acción o de su participación como querellante en cualquier estado del proceso. Igualmente, conciliarse.
- Dar lectura a la querella en el juicio y ampliar la acusación.
- Interrogar al imputado y a los testigos en la etapa de debate.
- Derecho a la impugnación en general.

B. Derecho de Información

Se establece que la víctima tiene el derecho de ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento, incluyendo la desestimación, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido. Esta regulación concreta el derecho del ofendido a ser informado acerca del resultado del procedimiento.

De manera que este derecho debe serle informado al primer momento, haciéndose constar la comunicación, ya sea en el acta de denuncia o mediante constancia donde se indique su primera intervención en el procedimiento; en tales piezas debe hacerse constar en forma expresa la voluntad de la víctima, siendo que si ésta expresa su deseo de ser informada, debe indicar domicilio, o bien, lugar para notificaciones. En tal caso rigen las reglas para las notificaciones y citaciones.

Consideramos que para concretar éste derecho son pertinentes las iniciativas tendientes a la confección y edición de folletos u otros impresos de carácter informativo, los cuales han de ser entregados a las víctimas en su primer contacto con los órganos judiciales, especialmente por la Policía y el Ministerio Público.

C. Derecho de Apelación

Además de la vigilancia sobre la actuación y decisiones de los agentes del Ministerio Público, la víctima, como parte no constituida en querellante, tiene el derecho de apelación con efecto

suspensivo contra el sobreseimiento definitivo y la desestimación, tanto en la etapa preparatoria como en la etapa intermedia.

Los derechos de información, intervención e impugnación no son los únicos acordados a la víctima, pues facultativamente puede asumir un rol más protagónico. además de lo anterior, se ha de tener presente que a la víctima, cualquiera sea su forma de participación, la cubre el derecho de queja con retardo de justicia, y el derecho a la solución del conflicto surgido a consecuencia del hecho delincuencial. Y por supuesto el derecho a recibir un trato diligente, respetuoso y amable por parte de los servidores policiales y judiciales.

3.3.3. Otras formas de participación de la víctima

Como se desprende del anterior desarrollo, la víctima por sí misma tiene una amplia y activa participación en todas las etapas del proceso penal y, facultativamente, puede asumir formas protagónicas por su condición de parte, llegando incluso a coadyuvar o a sustituir al Ministerio Público. Por ejemplo, cuando la apertura del juicio es con base a la acusación particular.

Establece la nueva propuesta procesal que la acción penal será pública o privada, correspondiéndole al Ministerio Público y a la Procuraduría General de la República su ejercicio cuando sea de acción pública, sin perjuicio de la participación acordada a la víctima o a los ciudadanos. Tanto en uno como en el otro, tendrá cabida, si es procedente, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la aplicación de un criterio de oportunidad y la tramitación del caso mediante el procedimiento abreviado.

Por otra parte, los artículos 26 y 27 del Código aumentan el catálogo de los delitos perseguibles a instancia privada, reduciendo así la intervención oficiosa del estado. Pero aún más interesante es que la víctima, habiendo instado, no pierde el control sobre el conflicto que le compete, pues hasta antes de acordarse la apertura a juicio puede revocar la instancia. No cabe duda de que ésta facultad lo que pretende es dejar abierta la posibilidad de que la víctima y el victimario lleguen a un arreglo conciliatorio con exclusión del poder punitivo del Estado.

La participación de la víctima como parte en la pretensión penal, ya sea en forma individual o colectiva, se concreta mediante las formas siguientes:

A. En Delitos de Acción Privada

En este tipo de delitos el Ministerio Público no interviene, pues no existe interés social en la investigación del hecho, sino un interés de carácter personal. Asume el ofendido el papel de acusador, ejerciendo la acción penal con un amplio poder dispositivo.

En relación con el Código de Procedimientos y el Código Penal actualmente vigente, la vía de la acción privada se ensancha, pues aumenta el catálogo de tales delitos y se posibilita la conversión de la acción pública en acción privada atendiendo al interés de la víctima y al interés de la sociedad, según la formulación de los ya citados artículos: procede la conversión a pedido de la víctima, en los delitos que requieran instancia privada o en los delitos contra la propiedad sin grave violencia sobre las personas, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

Estos supuestos de conversión se conforman con el derecho penal moderno dirigido a tutelar el interés público en la persecución del delito, interés que queda amparado con la facultad que conserva el Ministerio Público de oponerse cuando la conversión afecte en forma importante el interés general, misma facultad de oposición que podrá hacer valer respecto a la aplicación de un criterio de oportunidad por parte del juez.

B. En Delitos de Acción Pública dependiente de Instancia Privada

El Código de Procedimientos Penales actualmente vigente parte del principio de exclusión del ofendido en el ejercicio de la acción penal pública. Como excepción mantiene el derecho de la víctima de manifestar su voluntad sobre la conveniencia o no de que se inicie una causa penal en aquellos delitos que afectan su intimidad o las relaciones de familia del ofendido.

En este ámbito la ley penal reconoce y tutela en primer lugar el interés individual del ofendido, por lo que su voluntad deviene en una condición de perseguibilidad pública del delito, siendo que la formulación positiva vigente no daba lugar a una retractación una vez que el ofendido se pronunciaba a favor de la persecución penal.

El Código Procesal Penal establece una fórmula en contrario: prima el interés de la víctima al signar la retractación de la instancia por si o su representante, en cualquier momento antes del señalamiento de la apertura a juicio, teniendo la retractación el efecto de extinguir la acción penal.

De este derecho de retractación de la instancia se verá potenciado en el tanto se amplie la lista de delitos que requieren instancia privada para su investigación pública.

C. En Delitos de Acción Pública

El Código de Procedimientos Penales vigente postula como principio el monopolio de la acción penal pública en manos del Ministerio Público, reduciendo la participación de la víctima en tales delitos a la tarea de poner en conocimiento de la autoridad el hecho delictivo y a servir como testigo en el proceso.

La nueva formulación procesal amplía sustancialmente la intervención de la víctima en el proceso en relación con la pretensión penal, donde además de las ya señaladas, encontramos el derecho a examinar las actuaciones, a contar con la asistencia jurídica por medio de una oficina especializada en la defensa civil y a una mayor protección frente a la exposición pública mediante la posibilidad de excluir al público durante su declaración. También contempla la posibilidad de que la víctima participe como querellante en los delitos de acción privada y en los delitos de acción pública, así como el de constituirse en actor civil.

La figura del querellante en los delitos de acción privada y la figura del actor civil, no son desconocidas en la práctica judicial actual al posibilitarlas la legislación vigente. Sin embargo, si es nueva la figura del querellante en los delitos de acción pública en su modalidad de adhesivo el nuevo Código de Procedimientos Penales.

La figura del querellante adhesivo ha sido definida en la doctrina como el ofendido que interpone una acusación para provocar la iniciación de un proceso penal, o que en calidad de acusador se introduce en el proceso en curso iniciado por el Ministerio Público.

Este querellante es un acusador particular que ejerce una función de control respecto a la actuación y ejercicio de la acción penal del Ministerio Público con quien colabora, con facultades de interrogar, interponer recursos, ofrecer prueba y ser asistido por abogado, aún y cuando el Ministerio Público sigue siendo el acusador principal.

El nuevo Código Procesal Penal limita la actividad del querellante adhesivo en cuanto a que su querella no podrá alterar las facultades del Ministerio Público respecto al ejercicio de los criterios de oportunidad y la suspensión del proceso a prueba. Según éste Código, este querellante puede impugnar el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público.

Según la doctrina, el querellante adhesivo no puede perseguir penalmente en forma autónoma, debiendo producir acusación subordinada a la acusación fiscal, ya sea adhiriéndose a él, o expresando fundamentos propios, o bien señalando vicios formales o insuficiencia de la acusación fiscal, pero sin extralimitar el cuadro fáctico definido por el Ministerio Público[50].

Semejante a esta figura es el querellante conjunto, quien además de tener todas las atribuciones del adhesivo, puede ampliar la acusación fiscal con nuevos hechos y fundamentos legales, siendo que su principal característica es que puede acusar en forma autónoma, es decir, actúa como acusador principal junto al Ministerio Público, sin estar subordinado a éste órgano.

El nuevo Código Procesal Penal entre otros, configura un tipo de acusador particular que denomina querellante adhesivo; sin embargo, las facultades que le acuerdan rebasan las que la doctrina citada le otorga. Regula dicho Código que la víctima o su representante, constituido en querellante, podrá provocar la persecución penal, adherirse a la iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, y que se puede ordenar la apertura a juicio sobre la base de la acusación del querellante, siendo que, en éste último caso, el acusador público debe actuar en el debate, sin estar obligado a mantener la acusación del querellante adhesivo. Finalmente, dispone también la regulación procesal citada que al concluir la etapa preparatoria el querellante debe ser formulada en la etapa preparatoria el querellante puede ampliar o aclarar la relación de hechos contenida en el requerimiento fiscal y ofrecer nueva prueba. Se dispone también que la querella debe ser formulada en la etapa preparatoria, debiendo el Ministerio Público rechazar la solicitud de constitución cuando el interesado no esté legitimado, y que el querellante puede desistir de su demanda en cualquier momento, en forma expresa o tácita.

D. En la Pretensión Reparatoria derivada del Delito

La tendencia a una mayor intervención de la víctima en el proceso penal amplió las posibilidades del ofendido de obtener reparación de los daños. Aparte de la acción civil se han creado mecanismos de composición tendientes a la solución del conflicto y a satisfacer el interés particular del ofendido en la reparación de los daños causados por el autor del hecho delictivo; estos mecanismos no desplazan a la tradicional acción civil, sino que se conjuntan con ésta y operan en la mediana y leve criminalidad. Su implantación en el derecho positivo encuentra auxilio en los institutos de la suspensión del proceso a prueba, en la conciliación y en la facultad de retractación o desistimiento que acompaña al ofendido en su periplo por las diferentes etapas del proceso penal.

[50] Clariá Olmedo: El Proceso Penal. Su génesis y primeras críticas jurisdiccionales. B. Airs, Argentina; Edit. Depalma, 2ª Edición, 1994.

3.4. El Ministerio Público y la víctima

"... como pauta de conducta, los miembros del Ministerio Público hemos considerado que el ofendido o, en general, la víctima, no existe; y cuando ha pretendido darnos prueba de su existencia, la hemos visualizado como una imagen fantasmagórica que viene a perturbarnos en nuestra importante labor como promotores de la acción penal [51]".

FERNANDO CUBERO PÉREZ

3.4.1. El Ministerio Público y la víctima en el sistema acusatorio

La comisión de un delito produce una lesión que afecta a la persona víctima y también a la sociedad en algún grado. Esto justifica la intervención del estado como sujeto procesal por medio del Ministerio Público. Este órgano, según la legislación de cada país, tiene por objeto promover la defensa de la legalidad, la realización del interés público y la protección de los derechos de los ciudadanos, tanto de la víctima como del acusado; es decir, el Ministerio Público es ante todo un promotor y guardián del debido proceso *en acto* (los actuales) o *en potencia* (los por venir).

El Ministerio Público cumple sus funciones por medio de sus fiscales. La figura del fiscal[52] está ligada al principio acusatorio. Antiguamente, en el sistema "acusatorio puro" no podía haber juicio sin la acusación del damnificado, de la víctima; en la medida que el sistema acusatorio ingresa en un contexto de mayor estabilidad, el fiscal, como funcionario del Estado va a ocupar el lugar de la víctima.

Dentro del sistema acusatorio existen variantes. La tendencia actual se orienta a un sistema acusatorio material que es aquel que amplía la participación de la víctima como querellante en el proceso penal ampliando los casos de acusación particular privada (casos de delitos de acción privada), y permitiendo la participación del acusador particular en todos los casos de acción pública, ya sea como querellante exclusivo y autónomo o como acusador privado, ya sea en forma individual, o bien, en su modalidad de *acusador privado colectivo*, en los caos en que se afecte los denominados intereses colectivos o difusos. Esta participación (no sólo adhesiva) de la víctima junto al Ministerio Público modifica el principio de oficialidad y su derivación: el monopolio de la acción penal pública en manos del Ministerio Público, el cual sigue manteniendo una posición preponderante, aún y cuando la víctima, constituida como acusador privado (a secas o colectivo) o no, pueda objetar o completar sus requerimientos e instar la actividad impugnadora del fiscal contra las decisiones de los jueces.

3.4.2. El fiscal y la desjudicialización del conflicto

El principio de su subsidiariedad de la intervención penal posibilita la desjudicialización penal, que se concreta en la facultad del órgano requirente de prescindir de la acusación pública total o parcialmente según criterios de oportunidad, o bien, de suspender la persecución penal cuando

[51] En "Relaciones Ministerio Público y la Víctima". (Reflexiones para un replanteamiento de la relación); ponencia seminario Ministerio Público y Reforma Procesal Penal. Agosto 1996.

[52] Seguimos a BINDER, ALBERTO M., en su desarrollo de *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. HAD-HOC, Bs.As., Argentina, 1993. Págs 300-310

lo solicite el imputado, siempre y cuando admita el hecho que se le atribuye y proponga un plan de reparación del daño causado por el delito, siendo que dicho plan reparatorio no se agota con las posibilidades que enlista el citado Código.

También se concreta la política de intervención penal mínima en la posibilidad de conversión de la acción pública en acción privada y en el aumento del listado de delitos de acción privada.

Establece el CPP, 42, que la conciliación y la reparación integral del daño causado, junto con la aplicación de un criterio de oportunidad y el cumplimiento del plazo de suspensión del proceso a prueba, entre otros, son causas de extinción de la acción penal. También establece que el fiscal debe observar la procedencia de la conciliación en su valoración inicial de las primeras diligencias de la etapa preparatoria. Reunidas estas circunstancias de derecho puede el fiscal abrir paso a la mediación reparación a efecto de desjudicializar el conflicto.

De manera que nada impide a que el fiscal explore o constate en entrevista exenta de coerción, el interés del sospechoso en solucionar el conflicto con la víctima, reparando la lesión al interés de ésta. Obtenida la aceptación de reparación por parte del sospechoso, se le debe hacer saber a la víctima, a quien bajo ninguna circunstancia se le debe coaccionar, la aceptación de la propuesta. En todo caso, debe quedar claro que es la autoridad jurisdiccional quien aprobará o no la conciliación y el plan reparador.

El fiscal debe atender a que los términos de la prestación reparatoria sean justas, evitando que la víctima se aproveche de su victimario o que éste se considere inocente, y, aún así, ofrezca una reparación con el fin de evitar el proceso.

3.4.3. La víctima como contralora de la actuación y decisión fiscales

En la ponencia ya citada el Lic. Fernando Cubero, refiriéndose a la percepción que la mayoría de los operadores fiscales tienen respecto a la víctima, expresa lo siguiente: "Esta visión de la víctima en el proceso penal, se ve sacudida repentinamente por su renacimiento como parte procesal en el nuevo proceso, y tal aparición ya no con imagen difusa y maquiavélica, sino con una clara y efectiva presencia en el escenario procesal; lo cual nos obliga a un replanteamiento de ésta relación indiferente y hasta cierto punto oportunista que siempre hemos tenido con la víctima, la cual ahora se nos presenta de cuerpo entero reclamando su lugar en el proceso penal, mirándonos de frente y exigiendo una labor más eficiente y una mayor preocupación hacia sus legítimos intereses".

Esta participación de la víctima en el nuevo proceso opera desde el inicio de éste, ya sea desde la interposición de la denuncia o desde su primera intervención procesal; lo anterior nos lleva a establecer una primera obligación del Ministerio Público para con la víctima, cual es el deber de informarle sobre sus derechos en el proceso, más concretamente su derecho a señalar lugar para serle notificadas resoluciones que afecten el desarrollo del proceso y su concomitante derecho a impugnar aquellas que desestimen o extingan la acción penal, su derecho a constituirse como querellante activo o adhesivo del Ministerio Público y el derecho a ejercitar la acción civil en sede penal, o bien, delegarla en el Ministerio Público.

La intervención de la víctima al inicio del proceso penal es el primer reto que encara el Ministerio Público en esta relación reseñada; ello porque aunado al hecho de que en la institución no existe una cultura de información a la víctima sobre sus derechos –y a nivel de ejemplo podemos señalar la renuencia a informarle sobre la posibilidad de delegar la acción civil-, con el nuevo

proceso la víctima se nos presenta como fiscalizadora de la labor de promoción de la acción penal por parte del Ministerio Público, labor de control que podrá ejercer tanto por medio de su inconformidad a las solicitudes formuladas por el Ministerio Público, o bien, mediante el recurso de apelación contra solicitudes de éste órgano, tales como la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento de la causa, la aplicación de un criterio de oportunidad y la aplicación de la suspensión del proceso a prueba.

Lo anterior nos lleva a reflexionar en el sentido de que éste control de la función del Ministerio Público nos obliga a asumir parámetros de eficiencia y de eficacia en nuestra función, por cuanto mal quedaríamos ante la opinión pública si se llegase a determinar que existe una mayor eficacia en la promoción de la acción penal en aquellos casos en los cuales ha existido una intervención activa de la víctima, en relación con aquellos en los cuales el proceso se ha desarrollado únicamente a impulso del Ministerio Público.

Otro gran reto al cual se enfrenta el Ministerio Público en su relación con la víctima es el relativo al eficaz ejercicio de la acción civil delegada, labor que requerirá de una sección especializada que trabaje en amplia coordinación con las demás oficinas del Ministerio Público.

La existencia de esta nueva unidad especializada en la protección del derecho resarcitorio de la víctima, implica una mayor sensibilización de todos los miembros del Ministerio Público en cuanto a la necesidad de realizar una labor de verdadera protección al citado derecho; significa la preocupación por la utilización de todos los recursos legales pertinentes para lograr el resultado de costas y la adecuada ejecución de lo resuelto en relación a la acción civil; lo anterior involucra una nueva forma de trabajar, teniendo presente que de vital importancia para nuestra labor será garantizar adecuadamente el resarcimiento patrimonial de la víctima.

Respecto a la necesidad de normas prácticas para la atención del ofendido por parte del Ministerio Público [53], se ha dicho lo siguiente: "Es común percatarse de que en la práctica judicial al ofendido se le oculta toda información sobre el proceso. Esta práctica preocupa e indigna tanto a quienes sufrieron en sus propios bienes (propiedad, libertad, integridad física, etc.) como a quienes pudieron sentirse indirectamente afectados en sus intereses por el delito (por ejemplo, los grupos defensores de los Derechos Humanos, las Cámaras, Asociaciones Ecologistas, etc.). Dado el caso en que no se interesen por accionar civilmente en la vía penal, sino que simplemente su interés sea el que se castigue al imputado, las posibilidades reales de conocer el avance de la causa son obstaculizadas por los mismos tramitadores judiciales.

Esta comunicación Ministerio Público-Ofendido o víctima ayudará a superar el sentimiento de desamparo que sufren los ciudadanos víctimas, y mejorará notablemente el trabajo del Ministerio Público. Podría incluirse dentro de ésa comunicación el razonamiento legal y probatorio del por que el Agente Fiscal solicitó una desestimación de la denuncia, o bien, la solicitud de prórroga extraordinaria, pues ocurre que los ofendidos presentan sus denuncias y transcurre el tiempo sin que tengan noticias de la misma, dando lugar a dudas y sospechas respecto a la actuación de las oficinas judiciales.

[53] Rodríguez C. Alexander y Otros. Normas Prácticas para la atención del ofendido en el Proceso Penal. En Citación Directa: Aspectos básicos del Procedimiento y de la Información Sumaria, de Carlos Ma. Jiménez Vásquez; Mesén Editores. San José Costa Rica, 1996; Edición del Poder Judicial, Programa Citación Directa. Pág. 101 a 103.

En la práctica del sistema penal el Ministerio Público no ha sido diligente en procurar los intereses de la víctima. Esta situación tiende forzosamente a cambiar con la entrada de la víctima en el proceso, como tal o como querellante, con interés legítimo en la reparación o en la reprensión del eventual culpable.

En efecto, la participación adhesiva y fiscalizadora de la víctima obligará la actuación correcta y diligente del funcionario del Ministerio Público, al cual podrá constreñir con los controles administrativos y judiciales que se abren mediante los recursos ante el superior jerárquico fiscal y ante el órgano jurisdiccional. Tales controles aseguran la tutela del interés de la víctima, pues tienden a garantizar que el fiscal sólo prescinda de la tramitación cuando tenga verdadero fundamento para ello.

Esta nueva regulación procesal reconoce a la víctima su condición de sujeto del proceso desde el principio del procedimiento. Esta condición de sujeto se manifiesta mediante la facultad de participación activa, participación que está garantizada en las diversas etapas y tipos de procedimientos, donde la víctima se puede representar a sí mismo, o por medio de abogado.

Este derecho comprende la posibilidad de poner en movimiento la acción pública y de pedir reparación del daño causado, participar como testigo y ser sujeto activo en las diferentes formas anticipadas de conclusión del proceso, así como coadyuvar o a recurrir las decisiones del fiscal.

Y con el objeto de concretar el protagonismo de la víctima u ofendido se le retorna su señorío sobre la acción privada, mediante la ampliación del catálogo de tales delitos con la conciliación como su correlato, la cual se entroniza como forma efectiva de solución de los conflictos penales.

Compendiando lo expuesto tenemos que pueden ser víctimas los siguientes: el ofendido directo por el delito, los herederos del ofendido muerto a causa del delito, los socios o miembros de una persona jurídica y las agrupaciones en casos de afectación de intereses difusos o colectivos, siempre y cuando la actividad de la organización se vincule directamente con dichos intereses.

De tal condición de parte se derivan deberes y derechos. Dentro de los deberes está el de declarar como testigo y el de lealtad, que entre otros, significa el ejercicio correcto de las facultades procesales. Dentro de sus derechos, aparte de los ya conocidos en nuestro medio referente a la acción civil y a ser querellante exclusivo en los delitos de acción privada, le conciernen facultativamente el ser informada del desarrollo del procedimiento y a ser escuchada antes de extinguir la acción. A constituirse en querellante adhesivo en los delitos de acción pública y a impugnar la desestimación, el sobreseimiento y las sentencias absolutorias.

Sin embargo, también existen algunos aspectos que podrían impedir su plena realización como sujeto del proceso y desestimular su participación activa. Entre estos aspectos señalamos la no vinculación del pago de los daños previo a la aplicación de un criterio de oportunidad y la ausencia de mecanismos compensatorios en los casos de insolvencia del sujeto condenado, o en los casos de extraditables. También podría echarse de menos la efectividad de la sentencia en los casos de agresores renuentes a resarcir el daño causado. Y, por último, puede ser que en muchos casos la víctima no pueda asumir el costo de una participación protagónica en el proceso penal. Superar estos aspectos desestimuladores es la gran tarea futura de los legisladores, jueces, defensores y fiscales.

4. El Imputado

4.1. Noción

La reglamentación que el CPP ha de hacer de los derechos y garantías consagradas por la CR y tratados internacionales (en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos) dan junto a la Constitución, el marco axiológico y normativo en el que ha de tratarse el tema.

El imputado, como sujeto esencial del proceso penal, es quien ocupa una posición doliente, paciente o pasiva con respecto al objeto del proceso descrito fácticamente por la acusación; es el perseguido penalmente, a quien se le concede el poder de pretender, con fundamento opuesto (resistir o excepcionarse), la pretensión incriminadora del acusador[54].

Ya se ha dicho que jurídicamente el imputado no tiene necesidad alguna de construir su inocencia; no menos cierto es que en la práctica judicial bien puede necesitar hacer ejercicio del derecho a refutar total o parcialmente la acusación y los insumos en que ella se basa, poniendo de manifiesto la falta de fundamento o la exageración de la pretensión represiva, o sea, su inocencia o cualquier circunstancia que excluya o atenúe la responsabilidad que pueda surgir de la plataforma fáctica hipotetizada en la acusación; como el actor civil, tiene el derecho de acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido, y la responsabilidad civil del demandado; y el demandado civil, a su vez, tiene el derecho de refutar los extremos de esa pretensión resarcitoria.

Podría decirse, de otro modo, que la Constitución acuerda a las partes el derecho subjetivo del tutelar sus intereses en la forma y condiciones que la ley procesal establezca; por ello el derecho constitucional puede y debe ser reglamentado por la ley procesal[55].

En cuanto al imputado, el espíritu de la cláusula constitucional y los intereses (social e individual) que el proceso penal tutela (puesto que la sociedad tiene interés en que la defensa sea eficaz) revelan, en primer término, que la norma se refiere tanto a la defensa material como a la formal o técnica[56]. Siempre ha de ser un sujeto privado que defiende sus particulares intereses, una persona física en la nomenclatura del Código Civil. Se mantendrá en calidad de imputado durante todo el período procesal de conocimiento, transformándose en penado con la sentencia condenatoria firme, calidad que conservará durante el período de ejecución penal.

La intervención necesaria del imputado y su defensor

El principio de indivisibilidad de la pretensión penal[57] durante la IPP permite concluir que el ejercicio de la acción se dirige con respecto a todo posible partícipe en el hecho, aunque no esté indicado en la imputación inicial. La IPP podrá ser ampliada subjetivamente a medida que aparezcan otros sospechosos, sin necesidad de nuevas promociones de acciones penales por parte del Fiscal de instrucción. De aquí que sea posible la incorporación sucesiva de imputados en el mismo proceso durante la investigación, y que el sobreseimiento de alguno o todos los

[54] Clariá Olmedo, Jorge, ob. Cit., p. 69. El autor explica que "Eventualmente ocupará también una posición pasiva frente a la pretensión del damnificado que ejerza en el proceso penal la acción civil, caso en el cual podrá pretender con fundamento opuesto a esa exigencia de resarcimiento patrimonial". Puede también asumir simultáneamente el carácter de actor civil respecto de un coimputado (casos en que se invocan lesiones jurídicas recíprocas, por ejemplo la colisión de dos vehículos con resultado mortal de terceros transportados en sendos rodados), como manifestación del derecho de defensa en sentido activo Sobre esto último, véase Maier, Julio, ob. Cit., ps. 543 y 547.

[55] Vélez Mariconde, Alfredo, ob. Cit., p. 204.

[56] Idem.

[57] Clariá Olmedo, Jorge, ob. Cit., p. 70. El autor se refiere a ese principio con los alcances indicados en el texto, pero sobre la base de la etapa de instrucción formal del sistema mixto, que puede requerir una adecuación para el actual sistema de investigación fiscal.

imputados hasta el momento no signifique el cierre definitivo de la causa, la que eventualmente podrá proseguir sin imputaciones y en busca de otros presuntos responsables.

Esto habrá de ocurrir sólo durante los primeros pasos de la investigación penal preparatoria, ya que al vincular, una persona a la IPP ésta posee el derecho a ejercer su defensa material desde el primer momento de la investigación, y en consecuencia se fija día y hora para recibirle declaración al "imputado". Las investigaciones podrán profundizarse hasta cierto punto, ya que no toda actividad procesal puede efectuarse a espaldas o sin noticia para el ciudadano perseguido penalmente.

Así, por ejemplo, sin declaración del imputado el proceso no puede seguir adelante en sentido incriminador, provocando una acusación a persona determinada. Si las evidencias colectadas en la causa no sindican a una o más personas, y en consecuencia no se obtiene un imputado, el proceso se archivará sin trascender de su momento preliminar, tendiente a integrar su propio objeto fáctico[58].

La intervención compulsiva –la más de las veces- o voluntaria del imputado es el presupuesto procesal de su continuidad hacia el juicio. La ausencia de imputado implica el truncamiento del proceso, no por sobreseimiento, dado que no hay a quien favorecer con tal sentencia, que sólo se dicta respecto de persona determinada, sino por un simple archivo[59], que carece del efecto del non bis in idem. El efecto de la rebeldía, en cambio, es el de paralizar el proceso, no el de archivo[60].

Como regla, el comienzo de la calidad de imputado se da cuando oficialmente la autoridad, con funciones judiciales penales (policía, fiscal o tribunal), tiene indicado a alguien como posible partícipe en un hecho delictuoso. Esta situación de sujeto del proceso, que ahora se reconoce a la persona imputada, le fue negada por largo tiempo[61].

Así es como el imputado tiene (mientras dura el riesgo de ser penado) en el proceso el derecho inviolable de ejercer poderes suficientes para defenderse, resistiendo a la persecución y preparándose para el eventual juicio previo. La imputación es para él una concreta amenaza (riesgo) de imposición de pena, por lo cual la garantía de libertad lo arma de poderes que le permiten cuestionar, probar y discutir con fundamento opuesto al progreso de la acción o al fundamento de la pretensión, en un proceso regular y legal[62].

[58] En ese orden de ideas, Alfredo Vélez Mariconde sostiene que "La intervención del imputado es necesaria porque la justicia no se puede discernir sin su presencia (no hay juicio en rebeldía), de suerte que él tiene la obligación de comparecer a toda citación judicial, so pena de ser compelido por la fuerza pública y hasta privado de su libertad".

[59] Asumiendo "que no se puede proceder" por ausencia de la persona contra la cual se dirige el proceso.

[60] Clariá Olmedo, Jorge, ob. Cit., p. 71.

[61] Ibid, ps. 72 y 73. El autor refiere que el procedimiento inquisitivo le resultaba al perseguido, comúnmente, una carga mas pesada que la propia pena, ignorándose por completo el respeto a la libertad y el principio de inocencia. Por otra parte, y aún en el estado de desarrollo político y jurídico actual del estado de inocencia de los ciudadanos, el requerimiento al Estado, en su función de prestador monopólico del servicio de administración de justicia penal, no es que "no se impute oportunamente" en el proceso, sino que no se imputa a persona alguna sino hasta el juicio, ya que las más de las veces la estigmatización social representa una condena social que no revierte (socialmente) mediante la sentencia absolutoria de ningún tribunal, acto jurídico que regularmente no tiene el mismo espacio en los medios masivos de comunicación, porque sencillamente no es "noticia", o cuando menos, no lo es en la magnitud de la imputación. Tal vez se deba avanzar hacia la no obligatoriedad en la realización del acto de la imputación (si de la intimación), y no sólo de su contenido, posibilitando la defensa material, técnica e intervención probatoria durante la preparación de la acusación, pero como garantía de ejercicio disponible por el ciudadano, que recién con la citación a juicio, que contiene la acusación, deberá padecer el inevitable "efecto prensa" que representa un pilar estratégico en la república democrática, pero que así pondría el foco en el juicio previo y no en la investigación, o con mas mezquina parcialidad en la "imputación" oficial o en su ausencia. Y esto que se dice de la prensa no es más que la proyección, ampliada, en todo caso, pero proyección al fin, del proceso penal que nos ocupa como objeto de estudio y que, de ser distinto, también lo sería su proyección en los medios masivos de comunicación que refleja. Que ese reflejo es más o menos "independiente", más o menos "objetivo", más o menos "serio", más o menos "profesional y especializado", es una cuestión del modo de hacer "prensa" que a cada medio caracteriza.

[62] En sentido análogo, Clariá Olmedo, Jorge, ob. Cit., p. 74.

4.2. Reconocimiento de derechos

Ya tradicionalmente (inclusive en los llamados "códigos modernos"[63]) se utiliza la expresión "defensa material" para referirse a la reacción de la propia persona perseguida penalmente ante la persecución penal estatal o privada, la que a través de sus manifestaciones (declaración) podrá indicar los extremos, generalmente fácticos, que consolidan su estado de inocencia, o simplemente invocar tal estado y abstenerse de efectuar toda otra consideración.

Para que el imputado pueda ejercer su defensa material mediante su declaración, se le debe informar cuales hechos son los investigados, y los elementos de convicción que a él lo involucran. La intervención del imputado se verifica mediante su intervención en diversos actos procesales (por ejemplo, la reconstrucción), pero el momento paradigmático se da con el acto conocido como declaración del imputado[64], momento procesal en el que nada se indaga (indagatoria era, según la nomenclatura inquisitiva, como se denominaba al acto en otros tiempos), sino en el que se posibilita que la persona perseguida de "su" versión de los hechos, los niegue, los desconozca o se abstenga de declarar. Si efectúa referencias a extremos objetivamente demostrables, el fiscal (o Juez de Instrucción) queda vinculado para (y deberá) evacuar las citas del imputado.

Ya se dijo que desde que se adquiere la calidad de imputado se goza del derecho de defensa en sus diversas manifestaciones, incluida la defensa técnica que, aún a cargo del Estado, "se hará valer desde el primer momento de la persecución penal".

En este orden de ideas, el CPP establece que: Toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra.

Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al tribunal o fiscal según corresponda.

Formalmente la defensa es, por lo general, obra del defensor, por su carácter técnico, y se cumple mediante alegaciones, oposiciones e impugnaciones dirigidas a la regularidad del proceso y al pronunciamiento de una sentencia válida. Penetra al terreno de los hechos y del derecho a fin de presentar al tribunal las conclusiones aptas para la obtención de un fallo favorable.

---

[63] Cf. Vivas Ussher, G, *La confesión transaccional*, Lerner, Córdoba, 1992, pp. 202 y ss., distinguiendo Códigos Mixtos pro inquisitivos –como el Hondureño de 1984- y mixtos pro acusatorios –como el Hondureño de 2002- Cf. Vivas Ussher, G. *Manual* ...cit., p. 378, nota 172, para quien la "Expresión con la que se denomina a los códigos procesales penales orales que siguieron la estructura del CPP de Córdoba de 1940, o que guardan analogía con él. Al respecto, dice Maier, (*ob. cit.*, p. 415), al tratar la reforma procesal penal: el CPP Córdoba y los llamados "códigos modernos": "I. El CPP Córdoba (Código de Procedimiento Penal para la Provincia de Córdoba), sancionado por la Legislatura de esa provincia el 22/08/39, promulgado por su poder ejecutivo el 28/08/39 (ley 3831) y vigente desde el 28/02/40, representa el primer paso importante de la reforma procesal penal en la República Argentina, similar a la que se llevó a cabo casi un siglo antes en Europa continental, aún no concluido definitivamente en aquel país ni en la plenitud de América Latina. Por ello, él representa también el primer intento serio de acomodar las formas procesales vigentes a la idea política que traduce la CN —y la de esa provincia— y la verdadera introducción del sistema mixto o inquisitivo reformado en nuestro país [...] II. Es sencillo discernir cuáles fueron las fuentes jurídicas [...] pues, según advertimos, sus proyectistas tuvieron la prudencia y la honestidad de designarlas al pie de sus artículos. Los códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930, ya directamente, ya a través del proyecto del diputado Mario Antelo (1933) [...] para la Capital Federal, que figura como antecedente en más de la mitad de los artículos del Código, constituyen la principal fuente de inspiración [...] además de otros modelos alemanes, franceses y españoles, también merecen ser nombrados los proyectos de Código de Procedimiento Penal de Martínez Paz (1918) y Tothe (1924) para la Provincia de Córdoba, y las bases que él mismo (Vélez Mariconde) preparó como secretario para una comisión creada por el poder ejecutivo cordobés en 1928 [...] IV. El ejemplo del CPP Córdoba se expandió rápidamente [...] Santiago del Estero (1941) La Rioja (1950) [...] el nuevo CPPN (1991) [...] fue designado como modelo para la regulación de un enjuiciamiento penal uniforme para Latinoamérica (V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, junio de 1970), y ello provocó que la República de Costa Rica, por ley 5377, del 19/10/73, sancionara su Código de Procedimientos Penales actual, siguiendo el modelo reformista argentino y su origen, el CPP, Córdoba; a través del CPP Costa Rica, el CPP Córdoba influye decisivamente en el movimiento de reforma de la administración de justicia penal de varios países centroamericanos y, a través del Código Modelo para Iberoamérica [...] en el movimiento total de reforma de justicia penal de varios países iberoamericanos".

[64] El sentido del acto procesal es garantizar la audiencia del imputado como medio de defensa, y no el de lograr su confesión como medio de prueba.

Para imputar a un ciudadano la comisión de un hecho delictivo, el CPP exige al investigador un estado convictivo determinado: "motivo bastante para sospechar". El estándar convictivo es el de la duda, o inferior incluso, pero los "motivos" deben entenderse como elementos objetivos, evidencias mínimas pero verificables o refutables por el imputado.

4.3. Capacidad e identidad

Como regla, no pueden ser responsables por delitos previstos las personas jurídicas o entidades distintas a las personas de sus componentes[65], reconocidas como personas por la ley civil. Contra este tipo de entes no puede dirigirse una imputación, sin perjuicio de perseguir a sus integrantes o directores cuando aparezcan comprometidos penalmente al actuar por la entidad[66].

Conforme a nuestras leyes, no es punible el menor de dieciséis (16) años. Se lo considera inimputable iuris et de iure. Ello excluye la posibilidad de penal, aunque no de medidas de seguridad (reeducativas). Si el sujeto era menor de esa edad en el momento del hecho, no se le podrá perseguir penalmente.

Los menores cuya edad sea, al momento de la comisión del hecho investigado, de dieciséis a dieciocho años, tienen un tratamiento procesal especializado. Son imputables aunque no sean sometidos a proceso por delitos de poca gravedad, y sí respecto de los de mayor gravedad. Sin embargo, las leyes colocan a estos menores en una situación distinta, orientada por el sentido tutelar de la persecución. De aquí que su intervención sea limitada, y los códigos suelen acordar el derecho de participación en el proceso a los padres o tutores. Es una forma de integrar la capacidad del menor sin excluir su actuación[67].

El grado de desarrollo mental del imputado es materia de prueba en determinados casos, y está tarifado legalmente, exigiéndose el "examen médico" sobre las facultades mentales del menor de dieciocho años, el mayor de setenta, o del que fuere sordomudo, para delitos de carácter sexual a todo otro delito reprimido con pena de prisión de 10 años o mayor, y cuando fuere probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal.

Se distinguen con precisión los efectos procesales de la alteración mental anterior o concomitante, de la posterior al hecho investigado.

En el caso de que durante el proceso aparezca como probable que el imputado, al momento de la comisión del hecho, padecía de insuficiencia de sus facultades mentales que le habrían impedido la comprensión de la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, se ordenará provisionalmente la internación en un manicomio u otra medida cautelar, la que eventualmente podrá desembocar en una medida de seguridad se llegare a la certeza de la inimputabilidad, correspondiendo dictar el sobreseimiento por la causal prevista en el Código Procesal. Internación en un establecimiento especial del presunto inimputable procederá previo dictamen de dos peritos; y el curador que tenga o se le designe lo representará el asesor letrado. Eventualmente podría llegarse a juicio, etapa en la que la inimputabilidad puede constituir una hipótesis defensiva que habrá de ser demostrada probatoriamente para obtener una sentencia absolutoria de la

[65] Por ejemplo, la Ley penal Tributaria; al respecto véase Chiara Diaz, Carlos, Ley penal tributaria y provisional No. 23.771, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, ps. 219 y especialmente p. 179.
[66] Clariá Olmedo, Jorge, ob. Cit., p. 77
[67] Ibid, p. 79

responsabilidad penal, y sin perjuicio de la medida de seguridad que podría ordenarse, según sean las características del caso y la reparación civil de los daños.

En caso de locura sobreviniente con posterioridad al hecho delictivo, y ya iniciado el proceso, se prevé legalmente la internación en un establecimiento adecuado. El presupuesto consiste en una enfermedad que debe excluir la capacidad defensiva de entender o de querer (obrar).

El trámite del proceso debe suspenderse con el objeto de que se imposibilite la declaración del imputado, y obviamente el juicio, no obstante lo cual las tareas investigativas seguirán su curso hasta alcanzar el desarrollo procesal en el que el derecho de defensa exige la concurrencia de la voluntad procesal del imputado[68]. Las investigaciones y ulteriores etapas procesales continuarán respecto de los coimputados en la causa, y eventualmente podría dictarse el sobreseimiento si se comprobare alguna de las causales previstas por la ley sustantiva.

El imputado capaz debe, como regla, intervenir el mismo y efectivamente en el proceso. Se ha dicho que este puede iniciarse respecto de persona indeterminada, pero en tal caso corresponde evitar la actividad que pueda restringir la defensa de quien en definitiva resulte ser el verdadero imputado. Su intervención personal se muestra como un imperativo para el tribunal, cuya inobservancia se sanciona con nulidad absoluta. Lo que se debe garantizar es la posibilidad de participar, y se prohíbe la obligatoriedad de la participación autoincriminadora, de manera que no podrá ser ésta la línea argumental con la que se sostenga que se lo priva de la libertad para "su" beneficio.

Como consecuencia, la persona que interviene en el proceso con la calidad de imputado debe ser (idénticamente) la misma contra quien se dirige la imputación, y no otra. Es el principio que se conoce como identidad física del imputado, y se resuelve en la coincidencia material del perseguido penalmente con el sujeto que interviene en el proceso en calidad de imputado. Así, y a los efectos de la identificación, se establece:

La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares y fotografías. Si se negare a dar esos datos o los diere falsamente, se procederá a la identificación por testigos, en la forma prescripta para los reconocimientos, o por otros medios que se estimaren útiles.

La individualización dactiloscópica se practicará mediante la oficina técnica respectiva.

El sistema penal pretende captar a "todos" los responsables de ilícitos penales, y excluir a los ciudadanos que no cometieron ningún ilícito penal. No siempre resulta tarea sencilla y pueden plantearse confusiones que el sistema pretende que no existan. Este es el ideario del derecho penal liberatorio, y la concepción política que lo sustenta desde la irrupción del Estado liberal. Cuando se está aún en los comienzos del proceso, el defecto podrá repararse con facilidad, liberando al falso imputado para descubrir al real [69].

[68] La imputación dirigida en contra de un demente, como sujeto de la imputación penal, encuentra límites en su desarrollo, ya que el demente carece de las condiciones legales para defenderse materialmente. Esto conduce a sostener la regla de la no realización de acto procesal alguno que trascienda de la simple averiguación del hecho, salvo que redunden en beneficio del imputado: de orientación desincriminadora.

[69] Clariá Olmedo, Jorge. Este autor explica, en torno a éste imputado nominal, que no ha tenido intervención alguna, por lo cual a su respecto el proceso no es válido. Su condena violaría el principio del proceso previo, y la sentencia sería nula por falta de individualización suficiente del imputado. La nulidad es absoluta, y la prueba sobreviniente al respecto autorizará la revisión.

La identificación física complementa a la nominal[70], lo que interesa es el hombre y no el (o los) nombre de éste, es decir, la identidad que exige la acusación para ser hecha valer en juicio previo.

Las atribuciones que el imputado tiene para actuar en el proceso emanan directamente de la Constitución de la República, y por ello corresponde interpretar restrictivamente toda norma que limite la libertad o la defensa del imputado, la que constitucionalmente no será aplicable si los altera.

4.4. Derechos garantizados

4.4.1. Atribuciones defensivas

En la república democrática el Estado se auto limita, generando a favor del imputado el derecho garantizado de:

- Declarar cuantas veces quiera sobre cuestiones relacionadas con la causa, y expedirse en último término en los debates[71].
- Elegir defensor de su confianza[72], que lo represente y asista. Se limita el número a dos simultáneos; o pedir abogado o defensor a sueldo del Estado (defensores públicos o asesores letrados), cundo carezca de recursos para costear la defensa, y sólo puede serle impuesta esa defensa de oficio cuando se resista a elegir defensor.
- Auto defenderse (autodefensa), cuando reúna las condiciones objetivas y subjetivas para la defensa técnica[73].
- Intervenir probatoriamente mediante el control de la actividad probatoria de la contraparte, producción de la prueba de descargo y valoración fáctica y jurídica de todas las probanzas que puedan hacerse valer en juicio[74]; especialmente en relación a actos definitivos e irreproductibles, que no pueden ser nunca secretos[75].
- Un proceso que asegure el contradictorio (audiatur et altera pars), con juicio previo basado en acusación formal (ne procedat iudex ex officio), existiendo correlación entre la acusación intimada y la sentencia[76].

[70] son los datos obtenidos de la conformación orgánica del imputado, útiles para su identidad: fisonómicos y morfológicos. Se describen obteniéndose de visu o con la intervención de técnicos. El más importante en la actualidad, por la sencillez y precisión, es lo procedimiento dactiloscópico, consistente en obtener las impresiones digitales del imputado para confrontarlas con las del archivo. Se complementa con al antropometría y el procedimiento fotográfico.

[71] Se lo limita en cuanto no puede ser empleado como medio dilatorio o perturbador. Lo que el derecho de defensa en juicio exige es que se garantice la posibilidad de declarar, y no que se "obligue" al imputado a que lo haga.

[72] "De confianza" es una idea sustancial que muestra el vínculo entre defensor y defendido, en cuanto caracterizante de la esencia misma de la actividad a cumplir. "Electivo" es idea formal y técnica que lo diferencia del nombrado de oficio, pero a su vez indica el medio apto para obtener la nota anterior.

[73] Se limita cuando con ello podría perjudicarse la eficacia de la defensa y obstarse a la normal sustanciación del proceso. Una limitación mayor afectaría el derecho de defensa.

[74] La intervención probatoria del imputado ha de tender a acreditar su inocencia o disminuir su responsabilidad. Esta facultad está mas limitada, por cuanto el funcionario judicial solo queda vinculado cuando las medidas fueren pertinentes y útiles; en el juicio tendrían que es evidentemente impertinente o superabundante para que el tribunal las rechace.

[75] Vélez Mariconde, Alfredo, p. 214.

[76] Ibid, p. 211.

- La imposibilidad de una condena civil o penal de oficio[77].
- Que el objeto del debate sea el hecho hipotetizado en la acusación[78].
- Que la sentencia se base en las pruebas producidas en debate y no en evidencias colectadas con anterioridad, y que de éste modo el tribunal competente reconozca la norma jurídica que considera aplicable al caso, dictando sentencia.
- Poder recurrir la sentencia solicitando el control jurídico (casación u otro recurso extraordinario de otro tribunal para que modifique la sentencia condenatoria o la confirme (doble conforme), si fuere ajustada a derecho.
- Participar ampliamente en el debate; el pleno contradictorio se verifica mediante las manifestaciones propias del imputado en juicio, que contesta la acusación, sólo limitada en la comunicación con su defensor al momento mismo en que ejerce su defensa material[79], examinando la prueba propia y contraexaminando la de la parte contraria, aportando al defensor técnico todos los insumos que crea de interés, efectuando la última consideración (última palabra) al concluir el debate.

4.4.2. El imputado frente al peligro de las medidas cautelares

Las atribuciones facultativas del imputado, que emanan del estado de inocencia, y el derecho de defensa se manifiestan prácticamente en las medidas de carácter cautelar basadas todas en argumentos de peligrosidad procesal, medidas a las que puede verse sometido durante la tramitación del proceso (riesgo de ser penado):

- Oponerse a toda medida coercitiva que persiga obtener de él prueba en su contra[80].
- Interponer hábeas corpus cuando sufra o sea inminente una prisión arbitraria.
- Ser mantenido en libertad durante la tramitación del proceso o peticionar la cesación de la prisión preventiva, cuando estuviere privado de la libertad.
- Exigir su puesta a disposición inmediata a la autoridad competente, cuando fuere detenido o aprehendido en flagrancia o sin orden por la policía o por un particular, o sea en los casos de simple aprehensión que sólo puede justificarse condicionada a esta entrega inmediata.

[77] Por aplicación del principio constitucional de enjuiciamiento acusatorio, denominado nemo iudex sine actore, que rige tanto para lo civil como para lo penal, resulta endeble sostener que el imputado podría ser condenado sin explicación acusatoria de los hechos, como pensar que el tribunal imparcial pueda condenar sin (de oficio) o más allá (ultra petita) de la petición punitiva del actor penal privado o público. Y no se trata de que la jurisdiccionalidad pueda suplir la inacción so pretexto de indisponibilidad de la acción pública; se trata de que el actor penal habilita la competencia del tribunal en la medida de su pretensión concretada en la acusación hecha valer en juicio previo. Esto que se ve con claridad en materia recursiva, o en el juicio correccional, y también en el juicio abreviado, no se explicita legalmente en el juicio común. Sobre éste tema véase Cafferata Nores, José I., "impedir que el tribunal de juicio condene al imputado si el fiscal pidió su absolución ¿implica consagrar la disponibilidad de la acción penal pública?, en cuestiones actuales sobre el proceso penal, Bs. As., Editores del Puerto, 1997, ps. 115. el autor concluye del siguiente modo: "Por lo expuesto creemos que los códigos procesales penales pueden establecer válidamente que si el fiscal del juicio pide la absolución del imputado, el tribunal no podrá condenarlo (ni aplicarle una pena más grave que la pedida por aquél), pues el hecho de exigirle al Ministerio Público objetividad en el cumplimiento del principio de legalidad, no importa acordarle la tan temida "disponibilidad" sobre la pretensión punitiva, sino, por el contrario, convertirlo en "siervo" de la ley. Sólo se tratará de una decisión de política procesal sobre los alcances, o mejor dicho sobre un mayor alcance, del principio "nemo iudex sine actore", de raíz constitucional, sin menoscabo objetable para la actividad jurisdiccional. Aquello (la disponibilidad) es un problema sustancial; ésta ("nemo iudex sine actore") es una cuestión constitucional y procesal. ¿Es otra la discusión?, se pregunta titulando Cafferata, pero mirando el tema con mayor detenimiento, parecería que no se trata realmente de una discusión sobre la cuestión de la disponibilidad o no de la pretensión penal, sino más bien de una disputa acerca de la titularidad del poder de disponer sobre ella, o mejor, sobre la exclusividad de ese poder; la pregunta parece ser ¿Qué órgano del Estado tiene el poder de disposición? He leído un fallo que en uno de sus párrafos expresa que aceptar que el tribunal de juicio no pueda condenar cuando el fiscal pide la absolución del acusado, sería admitir que una parte, el Ministerio Público, "resulta provista de la capacidad de disposición que sólo es privativa de los jueces de la república".

[78] Lo debatido es la acusación, que será o no validada, en todo o en parte, durante el juicio; esto es, se debate la acusación para saber si el tribunal tiene por acreditado el mismo hecho con el grado de certeza requerido.

[79] No obstante corresponde observar de inconstitucionalidad en el CPP, que ante la negativa de declarar obliga al tribunal a incorporar por su lectura la declaración prestada durante la etapa previa al juicio previo.

[80] Con génesis en que nadie está obligado a declarar en su contra, el CPP capta el careo, la reconstrucción del hecho, y todo lo que tienda a conseguir del imputado manifestaciones en su contra, diversas de la simple intervención en el proceso y de su identificación.

- Presentarse espontáneamente ante el Juez a declarar, cuando hubiere tomado conocimiento de que existe un proceso iniciado en su contra.

4.4.3. Atribuciones de parte

La garantía del debido proceso se manifiesta respecto del imputado cuando menos en:

- Generar y desarrollar la estrategia procesal que mejor convenga a sus intereses de parte (estrategia defensiva).
- Exigir la vigencia del principio del juez natural y el válido ejercicio de la acción penal, y en definitiva las demás manifestaciones del modelo constitucional garantista.
- Plantear excepciones.
- Recusar a los jueces y fiscales.
- Impedir que se altere su representación y asistencia jurídica.
- Exigir que se resuelva su situación jurídica de fondo (sobreseimiento o acusación y sentencia, absolutoria o condenatoria, y coercitiva, manteniendo la libertad ambulatoria o imponiendo la prisión preventiva; y todo ello dentro de un plazo razonable, para que no se prolongue indebidamente el estado de incertidumbre en una causa abierta, y para que pueda ejercer otras facultades procesales).
- Oponerse a la intervención de los sujetos secundarios (partes civiles o querellante) cuando pretendan actuar ilegalmente.
- Intervenir en actos definitivos e irreproductibles.
- Oponerse a determinadas decisiones fiscales.
- Solicitar el control jurisdiccional de las medidas restrictivas de la libertad, que son dispuestas por el fiscal.
- Proponer peritos de parte para la realización de pericias.
- Oponerse, a través de su defensor, al pedido fiscal de elevación a juicio de la causa, cuando el Ministerio Público hubiere acusado.
- Apelar las resoluciones del juez de instrucción en los casos previstos.
- Recurrir las resoluciones judiciales que le causen agravio.
- Por último, el imputado tiene derecho a que el Estado le anticipe las costas procesales cuando gozare del beneficio de pobreza.

La negociación de cualquiera de estos poderes jurídicos por obra de la ley conduce, lógicamente, a su inconstitucionalidad, mientras que la inobservancia de las normas procesales que garantizan el ejercicio regular de esos poderes, podrá determinar un vicio (nulidad) que autorice hasta el recurso de casación[81].

4.4.4. Obligaciones

Con las advertencias efectuadas más arriba, el imputado debe efectuar personalmente su declaración, por lo que el fiscal (o juez de instrucción) lo hará comparecer por citación o detenido. Es un acto de defensa que se impone como indispensable para la prosecución del trámite en su evolución incriminatoria, ya que el acto es considerado como presupuesto formal de otros actos o momentos procesales, de manera tal que sin declaración defensiva del imputado no se le

[81] Vélez Mariconde, Alfredo, p. 211, explica que la reglamentación legal del derecho de defensa puede ser, y está, reglamentada "siempre que no sea alterada, que no cambie su sentido y alcance, y que por esa vía no se llegue a negar la posibilidad de que las partes hagan valer en el proceso sus intereses jurídicos".

podrá imponer prisión preventiva, ni ser acusado, ni llegar a juicio, ni ser sentenciado ni ejecutado penalmente.

El deber más general del imputado consiste en el sometimiento al proceso instaurado en su contra, y a la pena impuesta en caso de condena. La posible confirmación de la imputación es causa de ese sometimiento que restringe la libertad individual: imperativo de comparecer personalmente y de mantenerse a disposición del tribunal; sometimiento a medidas coercitivas personales y reales para evitar futuros daños jurídicos y, dentro de los límites adecuados, para no destruir el principio de inocencia; acatamiento de las condiciones de la libertad durante el proceso que otorgó la excarcelación, que en general se resuelve en el sometimiento a la vigilancia judicial; medidas de prueba que no signifiquen la obligación de declarar contra uno mismo, y algunas otras menores.

La autoridad del órgano judicial sofoca la posible resistencia del imputado al sometimiento procesal con medidas de coerción[82] tales como el arresto o la detención, según los casos, la violación de las condiciones del mantenimiento de libertad puede autorizar a la consiguiente detención y, en su caso, a la ejecución de las cauciones; y hasta la imposición de la prisión preventiva y la fuga del establecimiento de encierro autoriza librar la orden de captura correspondiente; la resistencia a la inspección, reconocimiento, requisa o cualquier otro acto legítimo sobre su persona, autoriza a someterlo por la fuerza, dentro de los límites que signifiquen respetar su personalidad.

4.5. La rebeldía

La rebeldía del imputado es un estado de hecho en el que éste se coloca con relación al desarrollo del procedimiento penal llevado por el Estado en su contra, y en el cual debe intervenir como carga pública, resistiendo a someterse a la autoridad del fiscal (o juez de instrucción). Es la actuación omisiva de negarse a comparecer, eludiendo el poder estatal, de perseguir primero y de juzgar después; en rigor, puede suceder, en cualquier momento procesal, sea al iniciarse, mientras se investiga en ella, en la etapa intermedia, durante el juicio o en las etapas impugnativas.

Las causales que provocan la declaración de rebeldía son la incomparecencia ante el órgano judicial (fiscal o tribunal) de la causa, y la fuga u ocultación. Sólo se puede invocar como impedimento justificante de la incomparecencia un hecho "grave o legítimo".

Comprobada la causal, el fiscal (o juez) de instrucción declarará sin más trámite la rebeldía del imputado por resolución motivada. La prueba consistirá en el informe de la autoridad policial o certificación del secretario de la Fiscalía (o juzgado) de instrucción, y suponiendo que el imputado goza de los privilegios constitucionales de antejuicio haya perdido la inmunidad de arresto, durante el ejercicio de sus funciones.

La declaración de rebeldía produce los siguientes efectos:

- Las investigaciones continuarán, y la etapa intermedia se tramitarán, en lo posible, cuando se hayan dado los presupuestos legales, pero como se dijo, sin declaración del imputado no puede haber acusación, y sin ésta no es posible elevar a juicio, pero es posible sobreseer.
- La apertura del juicio se impide con respecto al rebelde, o se paraliza al dictarse la resolución motivada, pero el juicio continuará respecto de los coimputados. Lo mismo ocurrirá durante la fase impugnativa posterior a la sentencia.

[82] En el sentido de la utilización monopólica de coacción del Estado, con los alcances con que utiliza el giro Max Weber.

- Si se ejercitó la acción civil, el damnificado podrá ocurrir a la sede civil, sin posibilidad de regreso a la sede penal, donde podrá civilmente tramitar el proceso y hasta ejecutar sentencia contra el patrimonio del rebelde.
- Aunque se trate del único o de todos los imputados, el expediente no se archivará; si debe paralizarse el trámite, quedará reservado en el tribunal a la espera de que el rebelde comparezca coactiva o voluntariamente.
- La cesación de prisión preventiva de que gozare el imputado le será revocada en la misma resolución de declaración de rebeldía, con todas sus consecuencias fijadas (ejecución de fianzas). Y las costas de la declaración y posterior captura son a cargo del rebelde.
- En cuanto a las facultades del defensor del rebelde, hay silencio en los códigos y es oscilante la jurisprudencia. A veces se le ha negado toda petición a su favor; otras sólo se le niega la posibilidad de formular peticiones que el rebelde podría hacer solamente si se constituyera detenido. Clariá entiende que deben ser atendidas las instancias que hacen valer obstáculos al ejercicio de la acción y la jurisdicción, extintivas, paralizantes o desplazatorias[83].

La presentación o la captura del imputado hace cesar el estado de rebeldía, dejándolo sin efecto una vez sometido el imputado a disposición del órgano judicial, y la causa continuará según su estado. Si no se cumplimentó el acto de la declaración, se lo realizará manteniendo válida la investigación cumplida, y se resolverá la situación del imputado y, en su caso, la prisión preventiva, pero podrá negársele la cesación de prisión preventiva por estar la rebeldía entre las razones que la restringen.

Si al comparecer el rebelde produce pruebas que justifican su conducta en impedimentos graves y legítimos, la resolución declarativa de la rebeldía deberá revocarse y no se producirán los efectos agravantes de la situación del imputado, referidos más arriba.

4.6. La condición de imputado: presupuestos

Una de las manifestaciones más relevantes del derecho constitucional e inviolable de defensa, y del libre acceso a los tribunales, como su consecuencia más inmediata según proclama el artículo 82 de la Constitución de la República, que se proyecta en el proceso penal, a través del principio de contradicción, es el derecho del imputado y de su defensor, a estar presentes en los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones oportunas, reconocido en el artículo 14 del Código Procesal Penal.

Es evidente que el mecanismo dialéctico creado por el principio de contradicción, de carácter estructural para el procedimiento penal, y que también proclaman, la Constitución en el artículo 94, y el Código Procesal, no se limite a la fase de juicio oral ni se constriñe a la aportación probatoria, como pudiera inferirse de una interpretación literal de este precepto, sino que supone la posibilidad efectiva de comparecer ante la jurisdicción y de participar activamente, haciendo valer las propias pretensiones en defensa de sus derechos e intereses legítimos, mediante la introducción en el proceso de los hechos y las pruebas que las fundamenten.

Esto conlleva la exigencia de que se garantice el acceso al procedimiento de toda persona a quien se le atribuya un hecho punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, a fin de asegurar la plena efectividad de sus derechos a la libertad y defensa, evitando, por medio de

[83] Clariá Olmedo, Jorge. P. 93 y 94. En los sistemas extranjeros que, con diferente medida, autorizan el juicio penal en contumacia, tiene escaso significado el cese o revocación de la declaración de rebeldía. Concluido el debate, la contumacia posterior no impedirá el pronunciamiento de la sentencia.

un conjunto específico de garantías instrumentales, que puedan producirse, aún en la etapa inicial o preparatoria del juicio, estados de indefensión. A diferencia del procedimiento penal del antiguo régimen, de naturaleza inquisitiva y en el que el imputado era considerado como un simple objeto del proceso y fuente de prueba autoinculpatoria, en el moderno procedimiento penal el imputado ha pasado a ser sujeto principal del mismo, a través de un status específico que garantiza su defensa efectiva, su libertad personal, presunción de inocencia, y en definitiva, su situación de igualdad frente a las partes acusadoras.

La adquisición formal del status de parte en la causa criminal, en calidad de imputado, supone la existencia de una imputación material previa, consiste en la atribución de un acto punible a una persona concreta, de modo que ha de contener una doble determinación; objetiva, esto es, de un hecho que revista los caracteres de infracción criminal; y subjetiva, de la persona que aparezca como un presunto autor o responsable. Puede realizarse por un acto de imputación formal, o a través de cualquier medida cautelar.

Otro presupuesto del estatuto del imputado es el control sobre la verosimilitud de la imputación. La categoría de imputado no nace con la simple interposición de una querella o la presentación de una denuncia, y tampoco basta la atribución a alguien de un hecho punible en cualquier diligencia o declaración testifical durante el proceso, de manera que, tanto el Juez o Tribunal, como el Ministerio Público o cualquier otra autoridad competente para la investigación, no se encuentran vinculados por las actuaciones de las que resulte la imputación de un delito a una persona, sino que estarán obligadas a valorar la confiabilidad y verosimilitud de la <<noticia criminis>>, según establece el Código Procesal Penal, debiendo efectuar una provisional ponderación del carácter verosímil o fundado de la imputación, disponiendo así de un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la cualidad de imputado, que no es automático y puede dar lugar a la inadmisibilidad de la denuncia o querella, o a considerar inconsistente cualquier otra imputación.

Una vez admitida la querella, formulado, en su caso requerimiento fiscal, o adoptada alguna medida cautelar personal, nace la condición del imputado, cualquiera que sea su situación personal de detención o libertad. El primer derecho que emerge de éste estatuto jurídico procesal es el de conocer la imputación realizada. Estando ligado el nacimiento del derecho de defensa en toda su amplitud a la existencia de la imputación, resulta obligado ilustrar de su contenido al imputado antes de proceder a su interrogatorio o declaración, sin que pueda retrasarse arbitrariamente y más allá de lo estrictamente necesario la puesta en conocimiento de la imputación, eludiendo que el sujeto pasivo asuma el status de parte procesal con una investigación realizada a sus espaldas y un interrogatorio sorpresivo que podría vulnerar o limitar su derecho de defensa.

Esta puesta en conocimiento se produce a través del traslado o manifestación al imputado del contenido del requerimiento fiscal, mediante la correspondiente citación cuando no fuere detenido, haciéndole saber en todo caso, de forma clara y precisa, los hechos que se le imputan, y de igual manera habrá de proceder respecto a la querella, cuyo contenido deberá ser comunicado al querellado en la citación de convocatoria a la audiencia de conciliación.

Del Código Procesal Penal puede inferirse que la condición de imputado nace, no sólo de la imputación realizada en la querella o en el requerimiento fiscal, sino que también surge de la denuncia, desde el momento en que el sujeto haya sido privado cautelarmente de libertad, aunque la plena efectividad del estatuto del imputado como parte procesal, con una intervención

y postulación reales en el procedimiento parece producirse a partir de dichos actos procesales, de acuerdo con la citada norma, ya durante la investigación preliminar la persona denunciada o que es objeto de investigación goza de la capacidad defensiva propia del imputado, aun cuando no tenga formalmente esta condición, y así, la persona que tenga conocimiento de que esta siendo investigada podrá, además de presentarse voluntariamente al Ministerio Público para que se le informe de los hechos que se le atribuyen y para que se le oiga en relación con los mismos, requerirle para que practique algún acto de investigación que interese a su defensa y que no haya sido dispuesto por aquel, y, en caso de serle denegada su practica, instarla motivadamente del juez de letras, quien decidirá lo que tenga por conveniente, sin perjuicio de presentar los elementos probatorios de que disponga, debiendo ser en todo caso informado de los demás derechos que corresponden al imputado.

Por otra parte, y a fin de evitar que la investigación preliminar se convierta en una fase puramente inquisitiva, dejando a salvo aquellas actuaciones que necesariamente se deben llevar a cabo sin conocimiento del interesado para asegurar el éxito de la investigación, y con independencia de aquellas otras que quieren la presencia del mismo, como en su propia declaración, seria conveniente asegurar la efectividad de su derecho a estar presente con su defensor, no ya en las pruebas anticipadas, sino en todos los actos que incorporen o impliquen elementos de prueba, que la ley reconoce incluso en esta etapa preliminar, comunicándole de oficio al Ministerio Público la existencia de la denuncia o imputación material deducida contra él, en cuanto sea posible hacerlo sin perjudicar los fines del proceso y sin necesidad de esperar a que comparezca voluntariamente ante dicho ministerio. Además sería necesario reconocer la condición del inculpado, no sólo a la persona contra la que se haya adoptado una medida cautelar personal, sino también real mediante la fijación de una caución.

No hay que olvidar que uno de los objetivos esenciales del procedimiento penal es averiguar la identidad del presunto autor del delito, para **determinar** a quien corresponde la **legitimación pasiva** en la causa, pudiendo realizarse diligencias de investigación con carácter preliminar, ya sea antes de formular el requerimiento fiscal o de intentar la querella, con la expresada finalidad, sin la cual no existe propiamente una imputación subjetiva del hecho punible, y no es posible abrir la etapa intermedia ni la de juicio oral. Pero no menos importante es la **determinación objetiva**, que se deriva de la imputación y que ha de contenerse en los mencionados actos procesales, toda vez que el hecho punible, cuya comisión se atribuye al imputado, sirve para delimitar inicialmente el objeto del proceso y de la investigación, que se ha de concretar después a través de la acusación y del auto de apertura del juicio oral, creando ya una cierta vinculación sobre el ámbito del enjuiciamiento, lo cual excluye la posibilidad de que se realicen imputaciones difusas o imprecisas que degeneren en una inquisitio generalis o investigación indiscriminada contra una persona, afectando a otros aspectos de su vida o intimidad. En este sentido, y como ya se ha dicho, el Código Procesal Penal contempla, como uno de los derechos del imputado, que la autoridad correspondiente le indique en el acto, en forma clara y precisa, cuáles son los hechos constitutivos de delito que se le atribuyen. Cualquier atribución de nuevos hechos delictivos debe ser puesta en conocimiento del imputado, a fin de que éste ejercite, nuevamente y desde ese momento, todas las facultades y garantías defensivas que la ley le concede, y, si se entiende que ha variado el objeto del proceso, procederá iniciar una causa distinta, sin perjuicio de lo también dispuesto en el Código Procesal Penal sobre la ampliación de la acusación en el acto del juicio.

Es en el acto de la declaración, en su primera comparecencia ante el Juzgado, cuando el imputado, tras tomar conocimiento de la imputación dirigida contra él, asume formalmente la condición del imputado y comienza a ejercitar su derecho de autodefensa en el proceso judicial. El fin de ésta declaración no es solamente el de interrogar al imputado para indagar su participación en los hechos, como un acto más de investigación, sino también el de permitirle ser oído por la autoridad judicial y exculpase de los cargos formulados.

Una de las garantías esenciales del derecho constitucional de defensa contradictoria es la de que nadie puede ser acusado sin haber sido previamente considerado o declarado judicialmente imputado, y sin haber sido oído por el Juez, debiendo existir una correlación, además de objetiva, subjetiva entre la imputación judicial y la acusación, todo ellos con el fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el acto del juicio oral sin que se les haya dado posibilidad alguna de participar en las etapas anteriores del procedimiento, como en la audiencia inicial, y de procurar su terminación anticipada por medio del sobreseimiento, de modo que no cabe cerrar o superar válidamente la fase preparatoria sin haber comunicado con anterioridad al imputado el hecho punible que es objeto del proceso, y sin haberle oído en relación con el mismo.

La inculpación, o imputación judicial en sentido estricto, es la que tiene lugar en las resoluciones que contempla el Código Procesal Penal, como alternativa del sobreseimiento. Al margen de la adopción de medidas cautelares, aquí es donde por primera vez el Juez, mediante un control de legalidad, valora el contenido y relevancia penal de la investigación llevada a cabo en la etapa preparatoria y hace, desde la perspectiva judicial, una imputación formal al sujeto pasivo del proceso, apreciando la existencia de indicios racionales de criminalidad y la suficiencia de lo actuado para formular acusación, según establece el artículo 92 de la Constitución.

4.7. Derechos del Imputado

Antes de prestar declaración, el imputado deberá ser informado de sus derechos constitucionales y legales, que son los recogidos en este mismo precepto. Esta información ha de hacerse de manera inmediata y comprensible, y constar documentada en acta, determinando su omisión la legalidad de la detención. En particular, el imputado detenido tiene el derecho, constitucionalmente proclamado, de ser informado, en el mismo acto de la detención y con toda claridad, de sus derechos y de los hechos que se le imputan, y a que se le permita comunicar de inmediato su detención a la persona que desee.

Entre los derechos del imputado destaca el derecho a la asistencia técnica, esto es, a ser asistido por un defensor, profesional del derecho, de su elección desde que el imputado sea detenido o llamado a prestar declaración. Este derecho es irrenunciable por su titular, y su violación produce la nulidad absoluta de los actos realizados sin la participación del defensor del imputado, y, en concreto, de la declaración prestada sin la presencia del defensor. En el caso de que no se designase, por el imputado o por las personas allegadas que la ley menciona, defensor privado, el juez o tribunal procederá a nombrar un defensor público o, en su defecto, un defensor de oficio.

El imputado puede, durante el transcurso del proceso, designar libremente un nuevo defensor, pero el ejercicio del cargo de defensor será obligatorio para el profesional que lo acepte, el cual sólo podrá renunciar por una justa causa. Por su parte, la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) se encuentra obligada a permitir la intervención del defensor del inculpado en

los términos previstos en el Código Procesal. En el caso del imputado detenido, éste tiene derecho a entrevistarse privadamente con su defensor, desde el inicio de su detención y antes de prestar declaración, incluso en la Policía Nacional.

Otro grupo fundamental de derechos del imputado es el que concierne a su declaración, y, por encima de todos, el derecho a guardar silencio, esto es, a abstenerse de formular cualquier declaración, sin que ésta decisión pueda ser utilizada en su perjuicio, así como el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero o compañera de hogar, y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La declaración del imputado ha de ser, pues, enteramente voluntaria y obtenida sin emplear ningún género de violencia o método que menoscabe su libertad de decisión y su dignidad personal.

Conviene recordar que una garantía esencial que conlleva el derecho de defensa del imputado es la de no someterle al régimen de las declaraciones testificales, y de ahí que, en cuanto se manifieste la imputación, o la sospecha fundada de que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, deba ser oído en calidad de imputado, evitando que declare o sea interrogado como testigo, el cual está obligado a prestar declaración y a decir la verdad, mientras que al imputado le asiste el derecho a no declarar, y no tiene el deber de decir la verdad al no estar sujeto a juramento.

Es evidente que el derecho constitucional de defensa y el principio de contradicción legitiman al imputado, dada su condición de parte en el proceso, para intervenir y ser oído en los diferentes actos procesales, proponiendo en su descargo lo que considere oportuno. A su vez, los órganos encargados de la persecución penal están obligados a mantener una posición de neutralidad e imparcialidad ante el imputado, haciendo valer con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establezcan o agraven su responsabilidad, sino también aquellos que la extingan o atenúen. Un derecho específico del imputado-acusado es el derecho a la última palabra, en virtud del cual tiene la facultad de hacer uso de la palabra al término de las sesiones del juicio oral, como manifestación última de las garantías expresadas y del derecho constitucional a no ser condenado sin haber sido previamente oído en juicio.

En los casos de ausencia o rebeldía del imputado, ha de procurarse que la declaración de ésta situación venga precedida por una citación realizada en tiempo y forma, que precise las consecuencias de su eventual ausencia, salvo cuando se determine que se ha sustraído voluntariamente a la acción de la justicia.

La consecuencia jurídico procesal que produce la vulneración de los expresados derechos y garantías, en la medida en que produzca efectiva y material indefensión al imputado, y no pueda ser subsanada, es la nulidad de las actuaciones procesales con la extensión que sea necesaria para restablecer el derecho de defensa. Así lo establecen, respecto a la declaración del imputado, la Constitución de la República y el Código Procesal Penal, en relación con la ilegalidad de la detención; y con carácter general.

5. El Defensor del Imputado

> "Nada causa mayores resentimientos en el corazón humano que la injusticia. Podemos soportar la enfermedad, pero la injusticia nos hace desear destruir. Cuando sólo los ricos pueden disfrutar de las leyes como un lujo dudoso, y cuando los pobres, que más necesitan de la justicia, no la tienen, la amenaza a la existencia continua de la democracia libre no es sólo imaginaria"
>
> *Wiliam Brennan*

La utilización de la violencia, como forma de control social de las personas por parte del Estado-Nación es tiránica (antidemocrática y no republicana) en la misma medida en que ese estado no garantice que se autolimitará en el uso monopólico de la violencia legítima[84].

Pero todo el arsenal defensivo constitucional construido a favor de las *personas*[85] (que, en definitiva y en conjunto, son las fuentes de *soberanía* en el sentido democrático que el acápite sugiere[86]) [(la categoría "soberanía" *acepta* como subdirectorios: "división de poderes", y esta, a su vez, *acepta* el vínculo lógico-jurídico de imputación objetiva): de "jurisdicción" y esta: "Competencia" ([87]): y esta: procesos penales intersubjetivamente validados ([88])]; cae en saco roto sin no se cuenta con quien asesore sobre las formas de utilización, o haga uso de ellas en representación del imputado. Aquí la cuestión no es meramente instrumental, del trámite en el proceso (como simple patrocinio), sino que es una exigencia para que el diseño constitucional de enjuiciamiento funcione materialmente como tal, y no como su remedio. Aquí la forma vale el fondo.

---

[84] Saborío Jenkins, J., *Inviolabilidad de la Defensa en Juicio*, en "Introducción al Nuevo Código Procesal Penal de la República de Honduras", serie de publicaciones conjuntas de la Escuela Judicial, INECIPH y Proyecto de Apoyo al Sector Justicia, DPK Consulting, bajo contrato de USAID / Honduras, Tegucigalpa, 2000, p. 11; el autor costarricense concluye en que *"La impunidad de los poderosos y el trato desigual de los pobres, son dos caras de la misma medalla con la que se auto condecoran los traidores de los aplausos de la comunidad democrática de la República"*, cit. P. 42.

[85] Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, La Ley del Más Débil, "Derechos fundamentales", Trotta, 1999, pp. 37 y ss.; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que: "... en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de restricciones ejercicio del poder estatal" (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9/III/86, cit. Cafferata Nores, J., *Proceso Penal y Derechos Humanos*, La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, Del Puerto, Bs.As., 2000, p. 63.

[86] William Brennan, *Juez de la Suprema Corte de los EE.UU.*, citado por Richard J. Wilson, *Lecciones aprendidas: defensoría pública en América Latina y en Estados Unidos*, trabajo preparado para la 2ª Mesa Redonda sobre Reforma Judicial, mayo, 19 al 22 de 1996, National Center for State Court, Williamsburg, Virginia, p. 3; cit. Vivas Ussher, G., *Manual*..., cit.p. 337.

[87] En tanto y en cuanto utilice el Derecho *objetivo* (derecho positivo) a través de un sistema de administración que limite racionalmente [el uso de los caudales de violencia legítima que el estado reclama en uso monopólico] el Derecho *subjetivo* del estado, ese estado, a punir personas (*ius puniendi*) como forma de organización social, sea cual fuere, el sujeto procesal del que se trate, cada *sujeto* encuentra en su *rol* procesal penal su *status* político en la comunidad jurídicamente organizada de que se trate. De ser la comunidad internacional, la "competencia" es supraestatal. Lo cual re-plantea la relación entre el concepto de "soberanía" y el de "Estado-Nación", que hemos abordado en otra parte. Sobre derecho objetivo, subjetivo e *ius puniendi*, Cf. Por todos: Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, 5ª Edición, pp. 5 y ss.; sobre la relación entre soberanía y estado-nación, v. Habermas, J., ***Facticidad y Validez***, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, "La Soberanía popular como procedimiento (1988)", "Ciudadanía e identidad nacional" [estudios preliminares]; Trotta, Madrid, 1998, p. 589 y ss., versión alemana, Frankfurt, 1992; Habermas, J., *Identidades nacionales y postnacionales, entrevista con J.M. Ferry*, Tecnos, 2ª edición, p. 111 y ss., [1ª Ed.1998, Habermas, J, *Mas allá del Estado Nacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª Ed. 1998, 1ª reimpresión, 1999, en especial *"Un doble pasado", pp. 52 y ss. y "Facticidad y Validez" Una conversación sobre cuestiones de teoría política*, pp. 149 y ss.; Zapatero, Virgilio, *Más allá del Estado Nación*, Quórum, Revista del Pensamiento Iberoamericano, Nº 1, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Al calá, octubre 2000, pp. 27 y SS., sobre los derechos humanos fundamentales [como *común denominador* de las personas potencialmente penables] en relación a la soberanía, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, La Ley del Más Débil, "Soberanía en el mundo moderno", Trotta, 1999, pp. 125 y ss.; en su relación con la dogmática jurídica como método científico del Derecho, v. Vivas Ussher, G., *El Estado de Derechos Humanos y sus Límites Interpretativos en la Ciencia Jurídica*, Dogmática Jurídica y Derechos Humanos, [Estudio Preliminar], I Congreso Jurídico Académico para el Fortalecimiento del Estado de Derecho, Equipo de Apoyo Académico, Universidad Autónoma de Honduras, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tegucigalpa, diciembre de 2001.

[88] En el sentido epistemológico de "falsación" [Popper (Karl, *Lógica de la investigación científica*), 1934]; cf. Muñoz, J. y Valverde, J., *Compendio de Epistemología*, Trotta, Madrid 2000, pp. 261 y ss. Sobre la relación entre ciencia y juicio, ver capítulo 5.

La complementación de la personalidad del imputado ante el riesgo de punición estatal es un *derecho estratégico* cuya afectación produce inevitablemente una lesión neurálgica en el sistema garantista, y la consecuente degradación en el estándar de calidad del servicio de administración de justicia penal de toda república democrática.

Enfocado genérica y procesalmente, el defensor es el asesor técnico en derecho (ius perito) de los sujetos privados en litigio penal, que interviene para asistirlos profesionalmente en lo estratégico, cognoscitivo y jurídico-constitucional, sustancial y formal.

Contar con abogado defensor en causa penal es, desde el punto de vista del sistema penal garantista, es un derecho público subjetivo, que se satisface con la autodefensa, con la elección por el imputado del defensor "de su confianza", o con abogado defensor oficial.

Esto obliga a observar la institución desde un enfoque sistemático, y no agorarse en la individualidad de los casos concebidos en abstracto o en concreto, lo que implica un cambio cualitativo del derecho a defensa técnica.

5.1. El servicio público de defensa técnica

Dejando solo por un momento, los casos de quienes pueden auto defenderse o contratar los servicios profesionales de un penalista, la realidad muestra que, por razones económicas o de otro tipo, el volumen de causas que se tramitan con asesores letrados es por demás significativa, como dato de la praxis judicial cordobesa y latinoamericana en general. A esto se debe agregar que desde el punto de vista sistemático no se concibe la decoloración política y jurídica que significa un proceso penal sin una *defensa eficaz*.

De este modo, la defensa ejercida por los asesores letrados[89] posee una importancia fundamental, ya que es la forma en que el Estado se plantea, como cláusula de cierre, cubrir el extremo defensivo de la división de poderes procesales por asignación de roles que diseñan la relación procesal para resolver el conflicto.

Por ello, la defensa pública penal marca uno de los puntos institucionales y definitorios en la triangulación del estándar de calidad del servicio público de administración de justicia penal. Cualquiera que sea el punto de encuentro que se fije éste estándar de calidad estatal en la prestación del servicio, definirá, a la vez, el contenido concreto que se le da al principio de igualdad ante la ley, y ante la jurisdiccionalidad.

En los tiempos en que hacían furor las ideas absolutistas, las que operaban bajo la máxima que dice "No racionarás la justicia"[90] , no se ponderó en su significación sistemática e institucional a la defensa pública (tal vez tampoco a la privada), lo que ha merecido fundadas críticas[91] que evidenciaban un desencuentro entre teoría y praxis judicial. En aquellos tiempos no muy lejanos, sólo limitadamente se podía hablar de contrapeso de poderes procesales, el poder procesal

[89] Los defensores oficiales (defensa oficial) son funcionarios del Poder Judicial con formación jurídica (letrados) suficiente para la defensa penal. Generalmente tienen sus oficinas en las mismas dependencias del Tribunal, e integran lo que se conoce por Ministerio Público. Reciben el nombre de asesores o defensores, y en los centros donde se requieren varios de ellos es común que se organicen en cuerpo, distribuyéndose la intervención en los procesos por un sistema de turnos. Clariá Olmedo, Jorge, p. 110.

[90] Hoy, tal vez con mas conciencia de las limitaciones empíricas, se pretende "racionalizar" el uso de los recursos (escasos por definición) para maximizar los resultados sin pagarlos en moneda constitucional. Sobre el punto, véase Vivas, Gustavo, *"La confesión transaccional y el juicio abreviado"*, p. 218.

[91] Sobre las deformaciones prácticas y sistemáticas del discurso teórico de justificación de la defensa, véase Rodríguez, Mariano, Detrás de la oralidad, Córdoba, Advocatus 1993, p. 107/131, especialmente 128.

tenía epicentro en la judicatura, que sólo se diferenciaba formalmente del Ministerio Público, y el asesor letrado era una formalidad del trámite antes que un estratega constitucional; por tanto, la igualdad ante la ley y la jurisdiccionalidad se le exigía al tribunal, y no al equilibrio de poderes procesales; tales igualdades reposaban en hombres, y no en un sistema (constitucional). Y con todo lo bien intencionados y capaces que sean los hombres que actúan en un sistema sin distinción nítida de roles (inquisitivo o antigarantista), lo que aparece como una fortaleza personal de aquellos hombres evidencia una debilidad institucional del sistema (acusatorio).

Sobre ésta base política, jurídica e histórica, tal vez constituya un desafío de nuestro tiempo el desarrollo y la implementación de un servicio público (no necesariamente oficial) independiente, organización y administración autónomos, financiamiento adecuado, etc., que describan y presten en la praxis judicial un servicio correlacionado con el diseño constitucional de enjuiciamiento penal que los "códigos modernos"[92] pretenden reglamentar[93].

"Nada causa mayores resentimientos en el corazón humano que la injusticia. Podemos soportar la enfermedad, pero la injusticia nos hace desear destruir. Cuando sólo los ricos pueden disfrutar de las leyes como un lujo dudoso, y cuando los pobres, que más necesitan de la justicia no la tienen, la amenaza a la existencia continua de la democracia libre no es sólo imaginaria".

5.2. Función Defensiva

"La primera y fundamental regla de ética del abogado elegido como defensor, es la conciencia de su capacidad para defender el caso, y su primer deber es informarse cabalmente de la prueba relativa al asunto, así sea testimonial, pues la idea de que el defensor que habla con los testigos del hecho incurre en falta, además de implicar una desigualdad respecto del derecho que se reconoce y aplaude en relación al Ministerio Fiscal, significa desconocer la esencia de la tarea de un buen defensor"[94].

El defensor es el profesional que, en ejercicio de sus funciones, "está equiparado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele" en la prestación (onerosa o gratuita) del derecho a la defensa del imputado a quien asiste, representa y dirige, para hacer valer sus derechos e intereses arriesgados en juicio.

El defensor tiene personalidad independiente, aunque siempre ha de actuar orientado a favor del interés de su cliente. Este es su límite subjetivo; la ley es el límite objetivo. La inobservancia de alguno de tales límites lo descalifican ética y penalmente[95].

[92] Expresión con la que se denomina a los códigos procesales penales orales que siguieron la estructura del CPP de Córdoba de 1940 o los que guardan analogía con él.

[93] Cfr. Wilson, Richard, *Lecciones aprendidas...*, *ob. cit.*, ps. 10 ss. Para este autor "En los últimos veinte años América Latina ha experimentado una verdadera revolución en el procedimiento penal. En distintos países se ha abandonado el procedimiento tradicional escrito, con un fuerte control judicial, por procesos orales públicos y continuos en los cuales las partes tienen papeles preponderantes en las fases de recopilación de evidencia y demostración de pruebas. Costa Rica dirige estas reformas con su Código de Procedimiento Penal de 1973, en tanto que diversas provincias de Argentina se han modernizado a través del tiempo. Hoy, en Argentina (1992), Guatemala (1995), Panamá (1986) y Perú (1991), se ha producido una reforma total de los códigos de procedimiento penal, en tanto que en Bolivia, Colombia y Ecuador se dan profundas reformas, tendientes hacia sistemas adversariales y orales. Se han elaborado anteproyectos de reforma que están bien encaminados en su adopción en Chile, Costa Rica, El Salvador y Paraguay. En estos países, los esfuerzos de modernización son una piedra angular de esfuerzos más amplios de democratización y restablecimiento o fortalecimiento del imperio de la ley. Estos cambios en los procedimientos penales han tenido un efecto curioso e inesperado sobre el derecho a la defensa y, en general, sobre el debido proceso. El cambio de énfasis, de un modelo inquisitorio al adversarial, en el cual la defensa debe desempeñar un papel fundamental como parte de las instituciones de reciente desarrollo, ha llevado a mejorar la presencia institucional de la defensa pública en la región. Esta presencia, a su vez, presiona por la protección de otros derechos procesales, con la consecuente exigencia de mejoramiento de las funciones judiciales y acusatorias. Casi con certeza, los avances en la protección del derecho de defensa son fundamentales para fortalecer el Estado de Derecho en un verdadero 'sistema' judicial penal".

[94] Núñez, Ricardo, *Código Procesal Penal anotado*, 2ª Edición, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986, p. 105

[95] Clariá Olmedo, Jorge. Pa. 98.

El CPP acepta la actuación por mandatario en algunos casos, esto es, en las causas por delitos reprimidos sólo con multa o inhabilitación; el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, que podrá ser otorgado "apud acta". No obstante, se podrá requerir la comparecencia personal.

Pero el defensor no es un mero asistente técnico o patrocinante; es un verdadero sujeto del procedimiento penal, que ejerce facultades autónomas[96] cuando se lo considera en su significación más estricta. En materia penal, la figura del defensor se resuelve en función de la defensa del imputado; puede actuar al lado independientemente de ésta cuando la ley no exige la presencia del defendido en el acto a cumplirse; además, es permanente en su actuación. Ambos rasgos no son propios del simple patrocinio[97].

El defensor es un interviniente en el proceso cuya misión se extiende a todos los intereses del imputado comprometidos por causa de la imputación, sean éstos penales, civiles o administrativos. Es el técnico del derecho que interviene en el proceso penal para aconsejar, asistir y representar al imputado, integrando de esta forma su defensa[98].

Lo asiste material y técnicamente con el consejo, instruyéndolo en la apreciación de los hechos y pruebas, con el patrocinio jurídico en lo sustancial y formal, controlando la actividad de los otros sujetos e intervinientes, representándolo en algunos actos, o actuando a su lado o en su interés[99]. La actividad tiende a proyectar la voz del imputado para ser oído (derecho de audiencia) en torno a toda cuestión que pueda tener incidencia en el proceso penal, sea rebatiendo argumentos contrarios, interviniendo en la actividad probatoria, formulando conclusiones, examinando objetos, etc., no solamente en compañía del imputado, cuando realiza actos de presencia[100] exigida coactivamente, situaciones en las que, a su vez, garantiza la corrección de la actividad y el respeto de las garantías procesales, sino que, más aún, cuando en presencia o ausencia del imputado expone las razones a su favor, etc.

La representación no se refiere a los casos de representación del imputado por su defensor o mandatario, que son modos de intervención del imputado en el proceso, sino al caso de la representación del imputado incapaz, y otros casos que determina la ley.

El origen de esta representación es el nombramiento de defensor; su fuente y extensión está en la ley procesal. Los efectos de la actividad recaen sobre el imputado mientras no se excedan los límites de la representación. Su permanencia se justifica por la irrenunciabilidad del cargo.

Las más claras manifestaciones de la función representativa, surgidas del nombramiento del defensor, se muestran en el aspecto técnico respecto de la comunicación procesal, las instancias y las impugnaciones en general. Como regla, las resoluciones se notificarán a los defensores; solamente ellos deben ser citados a la práctica de actos definitivos e irreproductibles; y por lo general, las instancias pueden ser practicadas indistintamente por el imputado o su defensor, excepto las técnicas que corresponderán a éste último.

[96] Maier, Julio, p. 583.
[97] Clariá Olmedo, Jorge, p. 95 y 96.
[98] Ibid, p. 96
[99] Ibid, p. 98.
[100] Núñez, Ricardo, Código Procesal penal anotado, con cita de Clariá Olmedo. Este autor está en contra de esta interpretación, ya que el defensor representa cuando actúa en el proceso sin la presencia efectiva del imputado para hacer valer sus intereses jurídicos en forma efectiva. Sosteniendo que "es posible obtener la idea de la integración de su personalidad jurídica por medio de la actividad del defensor, pero no ha de serlo como si se tratara de un incapaz, sino como consecuencia de la necesidad de poder disponer de elementos idóneos para enfrentar con eficacia la acusación y conservar su situación jurídica en el proceso".

El ingreso "oficial" del defensor al proceso se produce formalmente mediante su nombramiento estatal por el órgano judicial que dirige el proceso, y la aceptación del cargo[101], esto último si no se tratare del asesor letrado, que es un funcionario oficial. Aceptado el cargo, el ejercicio es obligatorio para el abogado de la matrícula que lo acepte, salvo excusación atendible[102].

De aquí que en cumplimiento de la función tuitiva, el fiscal (o tribunal) deba indicar al imputado, en la oportunidad impuesta por la ley, que debe ejercitar el derecho a elegir defensor, y que si no lo hace continuará el oficial o se le nombrará a éste. Tal nombramiento también procede sin dilación cuando el defensor de su confianza cesa en sus funciones por abandono u otra causa.

El principio de defensa exige que el defensor sea nombrado antes de que el imputado sea convocado al acto de la declaración, o cuando menos antes de que comience. La ausencia o intervención tardía del defensor acarrea la nulidad del acto de la declaración del imputado. La función de la defensa técnica se debe cubrir con el profesional que goce de la confianza del imputado, esto es, a su elección, y subsidiariamente el oficial, salvo que se autorice la "autodefensa". De este modo, el acto de la primera declaración del imputado, o la realización de un acto definitivo e irreproductible previo a la declaración, determina el último momento procesal para que el órgano judicial cumpa el mandato constitucional y legal, de que se nombre abogado defensor en el proceso penal, si antes no se lo hubiere solicitado el imputado mismo, pariente de éste o persona de su confianza, en caso de que estuviere detenido.

Tanto la declaración del imputado como la realización de actos que impliquen adelanto probatorio, requieren que el órgano judicial se avoque. Si se realizaren actos definitivos e irreproductibles, antes de cumplirse este trámite del nombramiento, serán absolutamente nulos, de aquí que, en todo caso, deberá nombrarse defensor antes de realizar un acto definitivo e irreproductible al que éste tenga derecho a asistir. Si se desconociere quien es el imputado se nombrará al asesor letrado para que controle la legalidad del acto. La nulidad que la omisión produce es absoluta.

5.3. Facultades Defensivas

Toda estructuración de la defensa técnica, sea del imputado, del querellante u otro sujeto eventual del proceso, ha de girar en torno al pronóstico que se tenga del juicio, que, ya hemos dicho, es el parámetro en el que una sociedad se mira para observar cual es el estándar de calidad de administración de justicia.

Regularmente los abogados litigantes, en el fragor del ejercicio profesional, no se detienen a formalizar la innumerable cantidad de acciones que realizan para su desempeño, muchas de ellas porque consideran que las hacen "natural" o "intuitivamente"; lo cierto es que gran cantidad de ellas, a su vez, están plasmadas en actos procesales concretos a los cuales regularmente nos referimos por las evidencias que de ellos quedan (querelló como acto, respecto al escrito de interposición de la querella), de lo cual da cuenta algún acta, alguna resolución, y en el mejor de los casos, el exitoso recuerdo del cliente.

[101] El defensor nombrado asume la defensa cuando acepta el cargo y constituye domicilio.
[102] La aceptación será obligatoria sólo cuando se lo nombrare en sustitución del asesor letrado.

Lo cierto es que para querellar o presentar tal o cual informe (emergente) existieron numerosas acciones previas subyacentes, algunas de las cuales estipulativamente se pueden englobar bajo el rótulo de "programa de gestión defensiva", programa que necesariamente contiene algún plan de acción, por corto que sea, reservando la expresión "emergente del plan de acción defensiva" para su concreción como trámite procesal.

5.3.1. Programa de gestión defensiva

- Establecer la política defensiva en función del sistema constitucional de garantías.
- Entrevistar al cliente e informarse sobre todas las cuestiones que directa o potencialmente pueden incidir en el juicio.
- Diseñar una estrategia defensiva.
- Informar a su cliente sobre las cuestiones jurídicamente relevantes del caso.
- Proponer objetivos procesales alternativos y factibles sometidos a validación por el cliente.
- Elaborar un plan de acción.
- Colectar los insumos necesarios para desarrollar el plan de acción (información fáctica y jurídica, estructuración de la declaración del imputado, etc.).
- Establecer las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas del plan de acción.
- Ejecutar el plan de acción.
- Establecer correctores de oscilación (alegación en subsidio).
- Establecer sistemas de evaluación internos y externos (interconsulta), en base a indicadores objetivos y patrones de rendimiento preestablecidos.
- Cerrar la actuación profesional.

5.3.2. Emergente del plan de acción defensiva

- Solicitar el mantenimiento de la libertad del cliente y pedir su control de jurisdiccionalidad.
- Asistir a la declaración del cliente; controlar las evidencias colectadas hasta el momento, la intimación que se efectúa y, en general, cualquier intervención efectiva del imputado en actos investigativos; su ausencia acarrea la nulidad del acto.
- Tomar participación en los actos de investigación.
- Intervenir en los actos definitivos e irreproductibles.
- Oponerse a la acusación y eventualmente apelar el auto de elevación a juicio.
- Examinar las actuaciones.
- Solicitar el cese de la prisión preventiva.
- Controlar la regularidad de la constitución del tribunal y del Ministerio Público de conformidad a las reglas de competencia.
- Recusar a jueces, jurados o representantes del Ministerio Público.
- Solicitar la acumulación de causas.
- Plantear excepciones.
- Instar nulidades.
- Intervenir probatoriamente en el juicio.
- Alegar en juicio.
- Recurrir resoluciones que agravien a su cliente.
- Pedir regulación de honorarios.

Y un sinnúmero de funciones más, que en definitiva involucran a todo el proceso penal y que no son más que el emergente de la "ius visión" que el defensor aporta a favor de su cliente para resolver el conflicto social generado de la causa judicial en la que opera.

6. Los auxiliares de los intervinientes

Asistentes no letrados de los intervinientes. Si el fiscal o cualquiera de los intervinientes en el proceso, pretende valerse de asistentes no letrados para que colaboren con el en el cumplimiento de sus funciones, pondrán en conocimiento de la autoridad ante la cual actúan, sus nombres, apellidos y demás generales.

Dichos asistentes sólo podrán cumplir labores accesorias y en ningún caso sustituir a la persona a quien auxilian. Los actos que realicen, sin embargo, comprometerán la responsabilidad de sus comitentes.

Los asistentes podrán hacer acto de presencia en las audiencias, pero no podrán intervenir en las mismas. Lo dispuesto será aplicable a los pasantes de la carrera de Derecho que se encuentren realizando su practica judicial.

Los asistentes no letrados de los intervinientes, son colaboradores del profesional del Derecho que representa su cliente en la tramitación del proceso. Estos pueden ser incluso peritos o técnicos en una materia, arte o ciencia, los cuales acompañan al procurador o letrado y desempeñan funciones exclusivas de auxilio, razón por la cual no deben confundirse con los consultores técnicos, por cuanto a aquellos, no les es permitido intervenir en las actuaciones. Su presencia es permisible en cualquiera de las audiencias, dentro de las cuales, las más importantes han de ser la audiencia inicial y la de juicio oral.

Los jueces y magistrados, en virtud de estar obligados al cumplimiento de lo enunciado en el CPP, deberán velar por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso, lo que implica que los asistentes no letrados, les serán permitidos a defensores, públicos o privados, acusadores privados y fiscales, a quienes se les exigirá como único requisito poner en conocimiento de la autoridad ante la cual actuarán, sus, nombres, apellidos y demás generales.

Consultores técnicos. Cuando el fiscal o algunas de las partes considere necesario ser asistido por un consultor en una ciencia, arte, técnica o especialidad, lo deberá proponer al órgano jurisdiccional.

Si alguna de las partes careciere de recursos económicos, el Estado sufragará los honorarios del consultor, si previamente la Corte Suprema de Justicia ha autorizado la contratación del mismo.

El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales y hacer observaciones. Los peritos deberán hacer constar las observaciones formuladas por el consultor técnico. En los debates, podrá acompañar a quien asista, interrogar directamente a los peritos o traductores, y elaborar conclusiones sobre la prueba pericial, siempre bajo la dirección de quien lo haya propuesto.

Los denominados consultores técnicos, tienen el carácter de asistentes por cuanto colaborarán

con el letrado en el cumplimiento de sus funciones, la diferencia radica en que son profesionales cuya colaboración es específica en el campo de la ciencia, arte, técnica o especialidad y su función es orientar al profesional del Derecho en el área de especialidad del consultor. Sus funciones o facultades se extienden a:

- Presenciar las operaciones periciales y hacer observaciones a los peritos nombrados, quienes tienen la obligación de hacerlas constar;
- Acompañar en los debates a la persona que asistan. (audiencia inicial, audiencia del juicio oral y público.)
- Interrogar directamente a los peritos o traductores; y
- Elaborar conclusiones sobre la prueba pericial, bajo la dirección de quien lo haya propuesto.

La labor del consultor técnico, es similar a la de un perito y si bien sus observaciones y conclusiones por si solas, no vincular al Juzgado en la toma de la decisión final, lo cierto es que presentarán un gran auxilio y contribuirán a elevar o mejorar la calidad de las pericias.

Es requisito, para que el consultor técnico pueda intervenir, que su nombramiento se proponga ante el órgano jurisdiccional competente y si quien así lo haga carece de medios económicos, debe expresarlo en su solicitud, al igual que el costo total de sus honorarios y siendo que corresponde al Estado sufragar tales honorarios si previamente la Corte Suprema de Justicia ha autorizado la contratación, es entendible que el Juez o Tribunal ante quien se plantee la solicitud, dará traslado de la misma al tribunal supremo; razón por la cual, consideramos también indispensable que en la solicitud se plantee motivadamente la necesidad de la asistencia y complejidad del asunto.

El consultor técnico, puede prestar su asistencia de igual manera, a fiscales, acusadores privados, defensores públicos, privados y de oficio.

CAPITULO V

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL HONDUREÑO**

Gina González*

INDICE

Objetivos 183
Bibliografía 183
Introducción 184
1. La prueba: parte general 184
1.1. Prueba y ciencia 184
1.2. La evolución de la prueba y el juicio previo 185
1.3. Importancia de la prueba en el proceso penal 187
1.4. Relación entre prueba y verdad 187
1.4.1. Verdad correspondencia 188
1.4.2. La verdad como aproximación 188
1.4.3. Verdad como garantía 189
1.4.4. La verdad consensual 189
2. Los estados convictivos de los sujetos procesales respecto de la verdad 189
2.1. La certeza 189
2.2. La probabilidad 190
2.3. La duda 190
3. Nomenclatura y estratificación probatoria 190
3.1. Elementos de prueba 190
3.1.1. Objetividad 191
3.1.2. Legalidad 191
3.1.2.1. Obtención ilegal 191
3.1.2.2. Incorporación irrregular 192
3.1.3. Relevancia 192
3.1.4. Pertinencia 192
3.2. Órgano de prueba 192
3.3. Medio de prueba 192
3.4. Objeto de prueba 192
3.4.1. Consideración en abstracto 192
3.4.2. Consideración en concreto 192
4. Libertad probatoria 193
4.1. Aproximación 193
4.2. Fundamento 193
4.2.1. En relación al objeto de la prueba 193

** Con base en "*La Prueba en el Proceso Penal Hondureño*", Vivas Ussher, G., Texto de Apoyo, Curso de Derecho Procesal Penal. Facultad de Ciencias Jurídicas- Equipo de Apoyo Académico, UNAH, Tegucigalpa, Julio de 2001.

*Abogada, Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal por la UNAH. Fue miembro del Grupo Ejecutor del Programa de Mejoramiento del Proceso Penal y de la Unidad Técnica de Reforma Penal del Poder Judicial y hasta el 2002 fungió como Directora de la Carrera Judicial de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente es Coordinadora Técnico-Administrativa del Post-Grado en Derecho Penal y Procesal Penal de la UNAH.

4.2.2. En relación a los medios de prueba 193
5. Sistemas de valoración de la prueba 194
5.1. Prueba legal 194
5.2. Intima convicción 196
5.3. Sana crítica racional 197
5.4. Relaciones: sistemas de valoración y sistemas políticos 198
* Pruebas en particular: parte especial 200
6. La prueba testimonial 201
6.1. Concepto y caracteres 201
6.2. Capacidad del testigo 202
6.2.1. Funciones incompatibles con el rol de testigo 202
6.2.1.1. Funcionarios judiciales 202
6.2.1.2. El Defensor 203
6.2.1.3. El imputado 203
6.2.2. Prohibición de declarar 203
6.2.3. Facultad de abstención por parentesco 204
6.3. Obligación de testificar 204
6.3.1. Deber de comparecer 204
6.3.2. Excepciones al deber de comparecer personalmente 205
6.3.3. Deber de declarar 205
6.3.4. Otras obligaciones 205
6.4. Procedimiento de la declaración 205
6.4.1. Ofrecimiento 205
6.4.2. Recepción 206
6.4.3. Publicidad y secreto de los testimonios 206
6.4.4. Oralidad 207
6.5. Trámite de la declaración 207
6.5.1. La advertencia sobre falsedad y el juramento 207
6.5.2. Documentación del acto 208
6.5.3. Sujetos de recepción 208
6.6. Valoración del testimonio 208
7. La prueba pericial 209
7.1. Aproximación 209
7.2. Los peritos 210
7.2.1. Cantidad de peritos y carácter de sus actuaciones 210
7.2.2. Incompatibilidades 210
7.2.3. Actuación de los peritos 210
7.2.4. Excepciones 211
7.2.5. Dictamen 212
7.2.6. Motivación 212
7.3. Recepción de la prueba pericial 212
7.4. Valoración de la prueba pericial 212
7.4.1. Eficacia probatoria 212
7.4.1.1. La cuestión de la obligatoriedad del dictamen 212
7.4.1.2. Pericia fiscal e informe técnico policial 213

OBJETIVOS

Al concluir el desarrollo de la unidad, se pretende que el lector esté en capacidad de:

- Definir la prueba en el proceso penal.
- Enunciar los estados convictivos de los sujetos procesales en relación a la "verdad".
- Estratificar los alcances del concepto de prueba en el proceso penal.
- Resumir la reglamentación de la prueba testimonial en el proceso penal.
- Resumir la reglamentación de la prueba pericial en el proceso penal.
- Relacionar los estados convictivos del tribunal y las diversas facetas procesales.
- Describir la actividad probatoria durante el proceso penal.
- Determinar y caracterizar el procedimiento pericial.
- Establecer los alcances del principio de libertad probatoria, con especial referencia a los límites constitucionales al descubrimiento de la verdad real.
- Relacionar "la confesión" y la garantía constitucional de no obligar al imputado a declarar contra sí mismo.
- Integrar los conceptos de elemento, órgano, medio y objeto de prueba.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1999; Cafferata Nores, José Ignacio, *La prueba en el proceso penal*, Bs. As., Depalma, 1998. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, tercera edición, Editorial Trotta, 1998.

Introducción

El juicio es un espacio procesal de decisión jurisdiccional que tiene como base y límite las demostraciones probatorias logradas por las partes. No hay juicio jurídico sin pruebas de los hechos alegados por ellas.

Pensar en ir a juicio previo (CR, 94) sin arsenal probatorio, es como pensar un Ministerio de Defensa que careciendo de armas de combate decide abandonar la vía diplomática para ingresar al teatro de operaciones bélicas [1].

El *riesgo* de pena estatal para el acusado, por una parte, y la pretensión del querellante y/o del MP de que se imponga tal pena estatal por otra, presentan al conflicto social sólo solucionable mediante el combate judicial (sistema adversarial), por lo que se hace prueba de lo que se discute en el juicio (*thema decidendum*) y, las más de las veces, vale el resultado del juicio (sentencia), trasladando la disputa judicial a la órbita del conocimiento, esto es, la verificación, *refutación* y *confutación* sobre los hechos y el derecho, respectivamente. Se observa aquí el traslado del combate judiciario al terreno del conocimiento (comunicado bajo los protocolos legales). Desde el punto de vista político, esto representa un avance, desde que implica un avance de escalón arriba en la racionalización de la administración del "erario público" de violencia legítima.

1. La prueba: parte general

1.1. Prueba y ciencia

En realidad, contar con algún armamento probatorio representa una condición de procedencia (plausibilidad) no solamente de la actividad judiciaria, sino de las "ciencias y actividades reconstructivas donde [...] adquieren un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene el derecho"[2], aunque con algunas importantes diferencias que luego veremos[3].

Las cuestiones fácticas (cuestiones de hechos pretéritos) regularmente se resuelven dentro del marco cognoscitivo del método experimental; en tanto que las cuestiones de puro derecho se vinculan al razonamiento. Regularmente el método experimental se vincula a ciencias que operan

[1] Ciertamente, el "duelo" o "combate" judicial con el que se análoga -en la jerga- al proceso penal, es una forma de administración de violencia organizada estatalmente, del que la guerra es su máximo exponente.

[2] Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, p. 9, cit. Cafferata Nores, J. en *La prueba en el proceso penal, ob. cit.*, p. 3, nota 2.

[3] Los componentes científicos de la "actividad judiciaria" y "las actividades reconstructivas" (cuyo paradigma sería la Historia) tienen en común el método causal explicativo para la determinación empírica de los supuestos de hecho de todo razonamiento en que se afirme una conclusión; pero la diferencia (epistemológicamente fuerte) es que la *lectura* que de tales conclusiones se haga bajo las reglas de interpretación comunicativa de: A) el método científico o, B) el sistema procesal. El *principio de la libertad probatoria* reconoce una vertiente de justificación en la pretensión de igualarse por lo alto con el método científico, por lo que serían "los hechos" los que condenan" o absuelven a alguien. Para el Derecho como ciencia, la tarea interpretativa recae (al menos) también sobre el derecho positivo (Derecho Objetivo. Tal interpretación exige –a su vez- un método, tal espacio epistemológico está ocupado por la dogmática jurídica en lo que al análisis deontológico del derecho se refiere, sin perjuicio de que el Derecho o parte de él al ser tomados como objeto de estudio puede soportar la examinación y reexaminación desde otros métodos –también científicos- que describen otra ciencia como sucede con la sociología y la historia, respecto de lo fáctico, y en lo normativo con la filosofía, la lógica y la moral. Sobre la incidencia epistemológica en la "juris dicción", ver Capítulo IV, nota a pie 50 y su contexto, nota 49 para "competencia" y "soberanía". Sobre la relación entre método científico en las ciencias jurídicas e ideología, v. Vivas Ussher, G., *El Estado de Derechos Humanos y sus Límites Interpretativos en la Ciencia Jurídica,* Dogmática Jurídica y Derechos Humanos, [Estudio Preliminar], punto 2.) Los Hechos Como Punto De Partida Del Método De La Ciencia Del Derecho", I Congreso Jurídico Académico para el Fortalecimiento del Estado de Derecho, Equipo de Apoyo Académico, Universidad Autónoma de Honduras, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tegucigalpa, diciembre de 2001.

"Los hechos como punto de partida metodológico del derecho como ciencia"

sobre objetos externos e independientes del sujeto cognoscente, a diferencia de las ciencias formales en las que el sujeto cognoscente crea al objeto de conocimiento sobre el que opera.

Lo cierto es que tanto las ciencias formales (geometría, matemática, lógica) como las ciencias fácticas (física, biología, acústica, etc.) requieren de algunos insumos probatorios que *demuestren* la afirmación o el saber de que se trate; así, las diferencias de objeto determinan diferencias en los métodos de conocimiento, siendo el de las ciencias formales el *razonamiento,* y el de las ciencias fácticas la *experimentación.*

Esto plantea el cuestionamiento de la ubicación del "juicio previo" frente a la constelación de las ciencias; o en términos más generales, habrá que preguntarse si el DPP es ciencia, si el derecho es ciencia, etc.; si la prueba en el juicio se rige por reglas propias, o por las de la teoría del conocimiento, tamizadas por las reglas jurídicas. Concluimos que hay que pensar el juicio como un "saber-poder"; es decir, que en él confluyen componentes científicos y políticos. De momento necesitamos una aproximación, una noción de prueba para tal juicio previo.

Como *noción* y en sentido amplio, cabe decir que **prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis**[4] concebida por alguno de los sujetos procesales. La prueba es aquello que verifica o refuta la tesis jurisdiccional que cada una de las partes en juicio propone al tribunal que elabora la verdad procesal fáctica y la verdad procesal jurídica (Ver Cap. 2) que se plasma en la sentencia como síntesis jurisdiccional.

"La prueba penal no ha evolucionado siempre acompañando los adelantos de la civilización; antes bien, superados ciertos estadios de primitivismo, ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia"[5].

1.2. La evolución de la prueba y el juicio previo

Así, desde un enfoque temporal, los desarrollos históricos en procura de racionalizar la prueba deberían poder equipararse a los desarrollos del juicio como epicentro del proceso. Así como se afirma la *evolución* desde la administración de justicia por mano propia (de las sociedades con organización "primitiva") hasta la idea de "juicio previo concluido por jurados" del constitucionalismo en América, debería haber *evolucionado* la prueba. En rigor de verdad, este pretendido *sincronismo* ha padecido tantas interrupciones que hoy se puede afirmar que se trata de una relación *diacrónica* entre juicio y prueba, o más genéricamente, como lo expresa el Prof. Cafferata Nores, una relación entre adelantos de la civilización y de la prueba en el proceso penal.

Al tratar el tema de la verdad como garantía (capítulo 2) en el proceso penal ya adelantamos que el juicio penal —como toda actividad judicial— implica combinar en cierto grado saber y poder, por lo que, siguiendo a Ferrajoli, se utiliza aquí la fórmula sintética de *juicio como saber-poder.* En este capítulo exploramos fundamentalmente la cuestión del "saber", sobre la reconstrucción histórica de los hipotéticos hechos delictivos[6].

[4] Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, ob. y lug. cits.

[5] Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 4.

[6] La relación *diacrónica* entre evolución social y prueba penal, es consecuencia de diversas causas, dentro de las que destacan la heterogeneidad de criterios para fijar los parámetros valorativos ser el concepto de "evolución social" y sus indicadores externos, para el caso, si el *tribunal* técnico de juicio previo a pena estatal es una fase ulterior y mejorada del juicio previo de *tribunal integrado por jurados*.

Si bien las teorías y técnicas del conocimiento humano han evolucionado vertiginosamente, el impacto en el proceso penal no ha sido proporcional, ni mucho menos sincrónico.

El mejoramiento de las posibilidades cognoscitivas de los "sujetos procesales en juicio previo" se suele justificar por la utilización de *peritos* en alguna ciencia, arte o profesión (prueba pericial), con lo que el sistema judicial (diferente del jurídico) habría ganado en "cientificidad", al punto de resultar una suerte de vasos comunicantes entre sistemas científicos y el sistema judicial.

En rigor de verdad, los peritos que actúan en juicio penal (o en etapas procesales previas) no actúan con el mismo nivel de libertad científica que fuera de él (el objeto de la pericia está determinado previamente, existen plazos y formas establecidos por leyes jurídicas, etc.); además, el producto de su estudio especializado (conclusiones) es interpretado por sujetos procesales de conformidad a determinadas reglas (sistemas de valoración de la prueba).

La presencia científica en el proceso penal está condicionada por las pautas epistemológicas de los sujetos procesales, que no tienen obligación jurídica de fundarse en la ciencia más que en muy limitados casos, y por regla los operadores jurídicos están acotados por un abundante sistema de esclusas jurídicas limitativas de la ciencia aplicada al caso penal concreto. Estas limitaciones no responden solamente a cuestiones formales que acentúan el aislamiento del derecho respecto de otras disciplinas científicas, sino que tienen un auténtico contenido material, que representa tomas de decisiones de política criminal, algunas garantistas y liberatorias, otras ratificatorias del "derecho subjetivo del Estado a penar personas" (*ius punendi*).

En última instancia, "[...] Una comprensión perfecta, que llegase a penetrar por completo todas las connotaciones y los condicionamientos singulares —psicológicos, materiales y sociales— del caso específico comportaría quizás, en muchos casos, la absolución conforme al principio *tout comprender est tout pardonner*"[7]. Y ya esto es una fuerte toma de posición de política criminal.

En el desarrollo histórico, pensado como algo más que una secuencia temporoespacial de hechos, la sucesión de acontecimientos ordenados por criterio *cronológico* suele presentar la posibilidad de interpretaciones cuya significación excede los hechos de los que se parte; así, por caso, las relaciones que se han dado entre "prueba en juicio", "sistemas de valoración" de la prueba y la "política criminal" de determinada organización social y política.

Nada de esto quiere decir que no haya avanzado la prueba en el proceso penal, sino que ha avanzado menos o en forma distinta a como lo ha hecho el epicentro del proceso penal, el juicio previo y el proceso penal organizado a su alrededor.

Así se verifica históricamente que la prueba penal muestra una tendencia de desarrollo que va desde estadios primitivos en que la prueba no era *intersubjetiva*, sino subjetiva en cabeza del "vengador" (fuese o no el ofendido por el "delito"); después "se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable (juicios de Dios, ordalías, etc.), pasando por la imposición a los juzgadores de modos para formarse opinión sobre la culpabilidad del acusado, ganando —en la actualidad— en objetividad por la utilización de las novedades científicas y técnicas"[8], pero siempre supeditada a la valoración probatoria que el tribunal haga de tales novedades, todo dentro de un marco de respeto a la persona del imputado, y de reconocimiento a todas las partes privadas.

[7] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *ob. cit.*, p. 165.
[8] Cfr. Cafferata Nores, José I., *ob. cit.*, p. 4.

Insistimos en que esta utilización valorativa (evaluativa o de juicio crítico) efectuada por los sujetos procesales y, especialmente, por el tribunal de juicio penal, no es una categoría exclusivamente científica, sino una actividad compleja que incluye componentes políticos y epistemológicos, por lo que el juicio aparece como un *saber-poder* en el sentido que Ferrajoli da a esta expresión sintética y a la que nos hemos referido en el capítulo en otra oportunidad[9].

1.3. Importancia de la prueba en el proceso penal

La ***importancia*** surge entonces desde que "la prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales".

Tendiendo a la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico juzgado, "sólo podrán admitirse como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo que impide —por otro lado— que las resoluciones judiciales sean fundadas en elementos puramente subjetivos"[10]. Lo que el método científico recomienda es que los datos y el conocimiento a los que se arriben sean *intersubjetivos*.

Esta intersubjetividad científica (publicidad del conocimiento científico) tiene su correlato en el juicio penal, en el sentido de que el conocimiento al que se arribe en la sentencia haya podido ser examinado y contraexaminado por las partes (intersubjetividad procesal), esto es que sea refutable (falseabilidad de la hipótesis acusatoria) y finalmente valorado por el tribunal (sistema adversarial) en sentencia dictada en audiencia pública.

Esta publicidad (interna y externa) del juicio penal tiene como producto —también— la posibilidad del convencimiento de los personajes involucrados en el conflicto social llevado a juicio penal, incluido el imputado que resulta condenado, o el querellante ante la absolución. El estándar de convicción sobre la culpabilidad del acusado para condenarlo es el de certeza, la que únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al juicio (CPP, 338, regla cuarta inc. 1 y 2; y 339).

En este sentido, la refutabilidad de la acusación (pública y/o privada) consiste en que el juicio público opere como sistema político, jurídico y limitadamente científico de validación o invalidación jurisdiccional, total o parcial, de la pieza acusatoria, y que sea expresado en una sentencia definitiva, consistente jurídica y lógicamente.

1.4. Relación entre prueba y verdad

"Ya se dijo que el proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que no sea la prueba".

La prueba va *impactando* en la conciencia de los sujetos procesales, *generando distintos estados de conocimiento* cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances según su mayor o menor proximidad a un punto de referencia. Tradicionalmente el punto de referencia que se toma es el de la "verdad" o verdad "real" como categoría conceptual, y no como dato ontológico, ya que si se conociera de antemano "la verdad de los hechos" con única interpretación posible, no tendría sentido investigar la "hipótesis" delictiva.

[9] Véase Verdad "real" y juicio previo, vol. 1, cap. 2, de esta obra.
[10] Cfr. Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal, ob. y lug. cits.*

La **verdad** que se explora en el proceso penal es la históricamente ocurrida, denominada verdad material, verdad objetiva o verdad *"real"* como modelo límite, pero en el proceso penal su objetividad está dada por la intersubjetividad procesal de su construcción, de acuerdo a los parámetros de conocimiento establecidos por el ordenamiento jurídico, es decir, obtenidos mediante los métodos legales de averiguación, determinación, y con los alcances referidos a continuación. No obstante, presentamos distintos enfoques que la doctrina asigna a la expresión "verdad", regularmente agregándole alguna adjetivación. Se presentan algunas nociones sobre la verdad.

1.4.1. Verdad correspondencia

Las definiciones tradicionales se refieren a la *verdad correspondencia*, y afirman que la "verdad es *la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad*". Esto es, lo que el objeto es en sí mismo. En el sistema de enjuiciamiento penal el objeto es el acontecimiento histórico que se pretende conocer, reconstruyéndolo conceptualmente.

"No obstante, hoy pocos discuten que el logro total y completo de esta verdad no sea más que un *ideal* al que se aspira, pues múltiples circunstancias [...] condicionan su obtención absoluta. Ello reduce el concepto de verdad que puede establecerse en un proceso al campo de lo *aproximativo*".

1.4.2. La verdad como aproximación

Despejada la idea absolutista de la verdad real, y reubicada en sus términos relativos para la ciencia, como ideal o referencial del proceso penal (modelo límite), corresponde acotar los alcances de la verdad como aproximación.

"La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad 'cierta', 'objetiva', o también 'absoluta' representa siempre la 'expresión de un ideal' inalcanzable. La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley, comparten con el realismo gnoseológico vulgar [...], de modo que, siempre, cuando se afirma la 'verdad' de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que *sabemos*, o sea, respecto del conjunto de conocimientos conformados que poseemos. Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de 'aproximación' o 'acercamiento' a la verdad objetiva, entendida ésta como un 'modelo' o una 'idea regulativa' que 'somos incapaces de igualar', pero a la que nos podemos acercar, a condición, no obstante, de que no se asocien a tal noción connotaciones desorientadoras de tipo ontológico o espacial, sino sólo el papel de un principio regulativo que nos permita aseverar que una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximadamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor 'poder de explicación' y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas. Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia".

1.4.3. Verdad como garantía

"De este modo, la verdad, si bien aproximativa ('judicial', 'procesal' o 'formalizada') como se la ha denominado, funcionará como *garantía* de que quien resulte penado lo será porque verdadera y probadamente es culpable, y de que a nadie se le imponga una pena arbitraria, no sólo porque es realmente inocente, sino porque no se pudo probar acabadamente que sea verdaderamente culpable. Esta debe ser una aspiración irrenunciable"[11].

Pero la verdad como aproximación presume que los protagonistas del conflicto social han ingresado (voluntaria o coactivamente) al sistema estatal de administración de justicia, y aun dentro de él no pierden totalmente —en favor del Estado— la autonomía de la voluntad, y por tanto, la verdad perseguida por el Estado se encuentra con otro límite: la *verdad consensual*. De modo que no necesariamente el Ministerio Público ha de explorar todos los extremos fácticos que según la ciencia se encuentren vinculados al hipotético hecho delictivo, sino solamente los controvertidos e impuestos por el principio de legalidad procesal, ya que los consensuados representan otro canal de descongestión del sistema judicial (*probation*, juicio abreviado, juicio abreviado inicial, etc.).

1.4.4. La verdad consensual

Por ello, "si bien el principio de verdad real sirve como base igualadora de la aplicación de la pena (evitando así los riesgos de amañamiento que sin dudas favorecería a los más poderosos), hoy se consideran algunas alternativas de introducción de hipótesis de *verdad consensuada* al campo penal, tanto para evitar la pena como para acelerar su imposición".

2. Los estados convictivos de los sujetos procesales respecto de la verdad

De conformidad a lo anterior, y tomando la verdad como aproximación al acontecimiento histórico supuesto como delictivo, los sujetos procesales pueden experimentar diversos estados intelectuales en relación a su mayor o menor aproximación a la verdad.

2.1. La certeza

Obviamente, y aun bajo la idea de la verdad correspondencia, la verdad es algo que está fuera del intelecto de los sujetos procesales, quienes sólo la pueden percibir subjetivamente como la creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme se dice que hay *certeza*, la cual se puede definir como "*la firme convicción de estar en posesión de la verdad*", más allá de toda duda razonable.

La certeza se subdivide en dos posiciones extremas, según confirme los extremos de la imputación jurídico-delictiva o los niegue. En este orden de ideas, la doctrina tradicional se refiere a ***certeza positiva*** como la firme creencia de estar en posesión de verdad sobre todos los extremos de la imputación, y en la antípoda de ella, la ***certeza negativa***, pensada como la firme creencia de estar en posesión de la verdad sobre la negación de alguno[12] de los extremos de la imputación.

[11] Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal, ob. cit.*, ps. 60 y 61.

[12] Los extremos de la imputación jurídico-delictiva se corresponden, o se debieran corresponder plenamente, con los estratos de la teoría del delito.

2.2. La probabilidad

La probabilidad es la situación en la que se da la coexistencia de los elementos positivos y negativos, en proporción tal que sean superiores en fuerza convictiva los positivos a los negativos. De ser a la inversa habrá improbabilidad (o probabilidad negativa).

2.3. La duda

Respecto de la existencia —o no— del objeto sobre el que recae la actividad probatoria, la **duda** puede ser caracterizada como el **equilibrio** entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla.

3. Nomenclatura y estratificación probatoria

La expresión "prueba" es lo suficientemente ambigua como para albergar gran cantidad de usos lingüísticos por lo que puede afirmarse que la voz "***prueba***" no tiene un significado unívoco. En tal sentido, y muy genéricamente, se suele llamar prueba a todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto.

En rigor sistemático se debe distinguir entre "prueba" propiamente dicha, para aludir a aquellos elementos de convicción que han soportado la examinación y contraexaminación durante el debate, reservando la expresión "evidencias" para aquellos elementos de convicción que no han soportado el pleno contradictorio del debate y con los que sólo se podrá dar base a la acusación pero no a la sentencia, la que sólo podrá fundarse en la aquí denominada prueba propiamente dicha.

Esta diferenciación tiene una gran utilidad práctica a los efectos de la comprensión del diseño de enjuiciamiento criminal vigente; no obstante, la ley no utiliza esta nomenclatura propuesta aquí, pero sí diferencia las categorías, lo que suele conducir al intérprete a confusiones de gran significación, principalmente en el sentido de perder la idea del juicio como momento central del procedimiento penal, lo que lleva a convertirlo en una etapa de verificación de lo actuado durante la investigación fiscal preparatoria, lo cual es propio de la etapa intermedia, y si ello sucede así, no hay juicio en el sentido constitucional.

En el intento por dotar de mayor precisión técnico-jurídica a la expresión, los autores estratifican la prueba en cuatro categorías: elemento, órgano, medio y objeto de prueba.

3.1. Elementos de prueba

En sentido amplio, elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, es todo ***dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso,*** *capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.*

En sentido técnico, elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al debate para ser examinado y contraexaminado por las partes en juicio, y en torno al cual el tribunal aplica las reglas de la sana crítica raciona, para edificar el hecho que estima acreditado, validando, total o parcialmente, los extremos fácticos de la acusación.

Del concepto se desprenden los siguientes caracteres:

3.1.1. Objetividad

Un elemento de prueba deber ser objetivo en tanto que el **dato y la trayectoria seguida para ingresar al proceso** (cadena de custodia) **debe provenir del *mundo externo* al proceso**. Su confrontación (examinación y contraexaminación) por las partes es lo que le da el carácter de *intersubjetividad* (u objetividad) en el proceso penal, en el mismo sentido en que sucede en la órbita de las ciencias empíricas (Popper).

3.1.2. Legalidad

Por regla, el elemento de prueba será legal salvo que se detecte una irregularidad que lo torne ilegal. Su posible ilegalidad podrá originarse en dos motivos: su irregular *obtención* o su irregular *incorporación* al proceso.

3.1.2.1. Obtención ilegal

- **Garantías constitucionales**: cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas será considerado ilegal y, por ende, carecerá de valor para fundar la convicción del juzgador.

  Cierto es que esta solución puede llevar a la impunidad de algún delito. Pero no es menos cierto que el orden jurídico ha optado en muchos casos por la impunidad, cuando ella fuera el precio de la tutela de otros intereses que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional. El sistema constitucional no reconoce preordenación ninguna por sobre las garantías, más que en casos de máxima excepción (por ejemplo, estado de sitio: CR, 198).

- Existen algunos ***métodos*** empleados para la obtención de las pruebas que están proscriptos por el ordenamiento jurídico: toda forma de coacción directa, física, psíquica; determinadas "drogas de la verdad" en contra de su voluntad, etcétera.

- Existen algunos ***intereses*** a los que el ordenamiento jurídico les asigna prevalencia sobre el descubrimiento de la verdad por cualquier método (por ejemplo, tal caso sucede cuando en aras de la *cohesión familiar* se prohíbe a los órganos estatales de investigación que obliguen a los ascendientes o descendientes del imputado a declarar como testigos en contra del familiar imputado. Es facultativo para el familiar del imputado declarar como testigo en contra del imputado. A la vez, constituye una causal de incompatibilidad con el cargo de perito, por lo que éstos pueden abstenerse de declarar como testigos.

- Por su condición de sujeto incoercible del proceso penal, **el imputado no puede ser obligado** a intervenir en la reconstrucción del hecho, conformar cuerpo de escritura, declarar o que al hacerlo mienta.

  Sólo cuando el imputado actúe como *objeto de prueba* podrá ser obligado a una participación pasiva que no implique dirigir su voluntad en contra de su situación procesal. Así sucederá cuando deba ser sometido a un reconocimiento en el que "será observado" por el o los sujetos reconocientes, pero no se le puede exigir otra conducta que la de soportar pasivamente su condición de "objeto" observado. Lo propio sucede en una inspección, etcétera.

3.1.2.2. Incorporación irregular

El ingreso del dato probatorio desde el mundo de los hechos hacia el proceso debe realizarse de determinado modo, de forma tal que permita el seguimiento de la prueba —permitiendo así el contradictorio—; por ejemplo, cuando la ley impusiera alguna *formalidad especial,* como en el caso de un acto definitivo e irreproductible que exija el adelanto probatorio, se deberá notificar previamente a los defensores. Lo propio sucede cuando al elemento de prueba, obtenido ilegalmente, se lo pretende incorporar para su valoración, máxime si la ilegalidad en su obtención implica una violación a las garantías establecidas por la Constitución de la República.

3.1.3. Relevancia

El elemento de prueba será tal no sólo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho. Esta idoneidad conviccional se conoce como "*relevancia*" o utilidad de la prueba.

3.1.4. Pertinencia

La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello se conoce como "*pertinencia*" de la prueba.

3.2. Órgano de prueba

Órgano de prueba es *el sujeto que porta* —transporta o lleva— *un elemento de prueba y lo trasmite al proceso* (por ejemplo, el testigo).

3.3. Medio de prueba

Medio de prueba es el *procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso* (por ejemplo, la testimonial).

3.4. Objeto de prueba

Objeto de prueba *es aquello susceptible de ser probado*; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba (por ejemplo, el acontecimiento histórico conocido por el testigo).

3.4.1. Consideración en abstracto

El Prof. Cafferata Nores explica que la prueba puede recaer sobre *hechos* naturales (vgr., caída de un rayo) o humanos, ya sean físicos (vgr., una lesión) o psíquicos (vgr., la intención homicida).

También sobre la existencia y cualidades de *personas* (vgr., nacimiento, edad, etc.), *cosas* y *lugares*.

No serán objeto de prueba los hechos *notorios* ni los *evidentes*. Tampoco la existencia del *derecho positivo vigente*.

3.4.2. Consideración en concreto

También explica el Prof. Cafferata que en un proceso penal determinado, la prueba deberá versar sobre la existencia del "hecho delictuoso" y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado (CPP, 303).

Si se hubiese entablado la acción resarcitoria, la prueba recaerá no sólo sobre la existencia y extensión del daño, sino además sobre la concurrencia de las situaciones que generen la

responsabilidad civil del imputado o del tercero civilmente demandado, o restrinjan sus alcances.

4. Libertad probatoria

4.1. Aproximación

"***Todo se puede probar y por cualquier medio de prueba***" es la expresión con la que tradicionalmente se alude al principio de libertad probatoria. El principio está receptado por el art. 199 del CPP, pero el principio ***no es absoluto*** porque existen distintos tipos de limitaciones.

Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, **salvo las excepciones previstas por las leyes**.

"[...] *salvo las excepciones previstas por las leyes*" es la expresión que capta el postulado de la legalidad probatoria como coto o frontera de la libertad probatoria que no puede, en aras de la verdad, cometer nuevos ilícitos para esclarecer antiguos delitos. Se proscriben aquellos métodos ilegales aun cuando se utilicen so pretexto de alcanzar nobles fines. Aquí el fin no justifica cualquier medio, sólo justifica los medios lícitos.

La consecuencia procesal que el CPP y la Constitución provincial le asignan a la prueba violatoria del ordenamiento jurídico-constitucional es ninguna, entendiendo que "carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales".

4.2. Fundamento

El foco de la norma está puesto en dinamizar el sistema de enjuiciamiento criminal de forma tal que para el esclarecimiento de los hechos que se sospechan como delictuosos el investigador, la defensa y el tribunal no se vean limitados en un catálogo restrictivo de objetos o medios de prueba.

Conviene reiterar aquí que el tribunal (de juicio) no investiga, juzga. No existe en el proceso penal un *numerus clausus* ni de objetos ni de medios de prueba. Esta zona de discrecionalidad investigativa y de juzgamiento sobre la plataforma fáctica se extiende hasta las fronteras de permisión (todo lo permitido que no está prohibido por la Constitución o las normas en general).

Esta amplia concesión de facultades en materia probatoria que el legislador le concede a las partes privadas y órganos encargados de la investigación penal preparatoria, se apoya en razones de política criminal directamente vinculadas con el principio de **verdad**, de forma tal que se disminuyan al mínimo los obstáculos jurídicos para alcanzar los fines del proceso.

Este principio procesal no es la única estrella en la constelación del derecho procesal penal, sino que ha de interrelacionarse con otros principios y normas para poder dimensionarlo en su magnitud y funcionalidad práctica.

En este orden de ideas se concretiza *la juridicidad de la libertad probatoria*, tanto en el objeto como en el medio de prueba:

4.2.1. En relación al *objeto* de la prueba

Es posible la producción de prueba sobre cualquier hecho respetando la pertinencia.

4.2.2. En relación a los *medios* de prueba

No se exige la utilización de un medio determinado (todos son admisibles al efecto) desde que "todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad" podrán ser utilizadas y se

autoriza la realización de las "demás operaciones que aconseje la policía científica".

Debe seguirse el procedimiento señalado para el medio probatorio empleado, de estar expresamente regulado, y de no estarlo, el que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y modalidades de aquél, por ejemplo, si se estima que la prueba será irreproductible habrá que darle el tratamiento previsto por los arts. 246 y 277 del CPP, garantizando el contradictorio y el derecho de defensa.

5. Sistemas de valoración de la prueba

Los tres sistemas que se exponen presentan diversos grados y formas de combinar la relación entre el ciudadano y el Estado en la función de administración de justicia (administración de la violencia legítima en la forma más racional). Como todo sistema, cada uno de ellos está integrado por diversas reglas que los sujetos procesales tienen en cuenta para incidir en la determinación (partes) o para determinar (tribunal) la plataforma fáctica sobre la que se ha de decir el derecho aplicable al caso concreto.

Cada sistema de valoración probatorio puede ser considerado como un subsistema de un determinado sistema procesal (inquisitivo, mixto y acusatorio), y éstos, a su vez, se corresponden, en términos generales, con sistemas políticos de organización[13] social.

Por otra parte, todo sistema requiere que quienes lo operan (operadores) interactúen entre ellos hasta obtener una conclusión provisoria o definitiva que es enunciada por uno de esos operadores, y que, para nuestro caso, se refiere a la voluntad jurisdiccional integrada en el Tribunal de juicio (sentencia), que es el último y preeminente operador jurídico para la determinación de la plataforma fáctica a la que se le enlaza una consecuencia jurídica ratificatoria del estado de inocencia o demoledora de él, según se declare culpable o no culpable al acusado y, en consecuencia, desechando o haciendo lugar a la pretensión punitiva del querellante (privado o público —MP-), y todo ello como emergente procesal de la jurisdiccionalidad.

5.1. Prueba legal

En el sistema de la prueba legal se otorga todo el poder disponible al juez (modelo inquisitivo), con una escasa o nula intervención de otros sujetos procesales, para que acumule probanzas orientadas a fijar oficialmente un hecho, pero es la ley procesal la que prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada elemento de prueba, estableciendo bajo qué condiciones *el juez debe darse por convencido* de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté). No se trata de una forma de facilitar la tarea del juez pesquisador cuando debe juzgar, ni una garantía para seguridad de los usuarios del servicio de administración de justicia (víctima e imputado), sino una idea puntual de poder y control del príncipe (soberano) respecto de su(s) delegado(s): el (los) juez (jueces).

Se pretende lograr un sistema de *reglas de contenido material* (sustancialismo probatorio) en su poder convictivo para la determinación de un hecho y la participación responsable del imputado. Así, las reglas establecidas por la tarifación legal representan el producto de un esmerado esfuerzo por realizar una difícil (o imposible) tarea, cual es la de condensar en un grupo de

[13] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho, ob. cit.*, p. 164. Kelsen explica que "las comunidades que cuentan con 'órganos' son denominadas comunidades 'organizadas', entendiéndose por comunidades organizadas aquellas que cuentan con órganos que funcionan conforme a una división del trabajo". Sobre el MPF actuando como órgano de la comunidad, véase en el vol. 1, cap. 3, apartado 5.1.6, "La competencia fiscal", p. 348 de esta obra.

axiomas la experiencia judicial, intentando trazar un itinerario lógico-jurídico abstracto para el establecimiento de la verdad oficial respecto del hecho investigado.

La jurisdiccionalidad es concebida como una aplicación mecánica de la ley, modelo en el que la voluntariedad del príncipe instaura una legalidad con la que se pretende dirigir la conducta externa de los súbditos y también la actividad intelectiva del juzgador.

El modelo interpretativo del juez como súbdito no es incompatible con el ideario político iluminista que hemos heredado sin beneficio de inventario. Así, por ejemplo, el propio Montesquieu pensaba al juez como "boca de la ley".

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política del ciudadano, alta concentración de poder estatal y, consecuentemente, de un escaso o nulo nivel de participación ciudadana en la administración de justicia.

El juez es un funcionario estatal que actúa por delegación del monarca, o de quien haga las veces de tal. Los recursos en contra de lo resuelto por el juez tienen efecto "devolutivo", en el sentido originario de la expresión, esto significa que el juez *devuelve* la competencia, que ejercía por delegación, al príncipe o señor jurisdiccional para que decida en definitiva la causa. Las decisiones de las causas deben estar *fundamentadas* exclusivamente en la prueba tarifada legalmente para poder controlar al juez desde el poder central y no como seguridad de los ciudadanos (en rigor, súbditos o siervos de un determinado territorio) involucrados en el litigio, sea como imputados del delito o como víctimas de él. El príncipe puede así tener injerencia, por sí o mediante interpósita persona, en la administración de justicia respecto de aquellas causas que particularmente tienen algún interés político, económico, social o personal para la Corona.

El juez cumple una función de carácter administrativo-judicial, y no constituye un control de la actividad de otros poderes estatales, como sucede en los estados con división tripartita del poder como sistema de contrapesos y controles recíprocos, por lo que estipulativamente se prefiere aquí, hablar de juez (inquisidor) y no de tribunal, en el sentido institucional que adquiere en las repúblicas democráticas. Es un funcionario permanente remunerado por el gobierno y, regularmente, con conocimientos técnicos en derecho, pero no necesariamente especializados (científica o lógicamente) en la reconstrucción conceptual de hechos.

Más allá del legalismo del sistema de designación y remoción del juez (que nunca prevé participación ciudadana directa de elegir y ser elegido para la función pública), su legitimidad reposa en su proximidad ideológica a la persona del poseedor del poder político (llámese príncipe, presidente, gobernador, primer ministro, etc.), y su complacencia con el orden instaurado al que es funcional, ya que su función es "pronunciar sentencia dentro de lo vigente, adaptándolo al caso", lo cual sucede desde los albores de la organización de la "administración" y del sistema de resolver conflictos judicialmente.

Los jueces funcionales a la monarquía depuesta por la Revolución Francesa (1789) no pudieron ser reemplazados totalmente, por lo que, desde la idea del jurado inglés y su sistema de valoración probatoria, se diseñó el escabinado, utilizando a los jueces técnicos (ideológicamente comprometidos con *l'ancien regime*) para dotar de técnicos en derecho y administración a los nuevos tribunales que fueron integrados con mayoría de escabinos ideológicamente comprometidos con la revolución triunfante.

Lo anterior justifica, por nuevas razones, la desconfianza revolucionaria hacia los jueces realistas, portadores de una epistemología judicial que podía transformarse en el talón de Aquiles de este

insurgente cuerpo social francés blindado en el ideal de la soberanía popular. En este momento de la historia de los sistemas de administración de justicia (primera república francesa), la idea de "legalidad" penetra la de "jurisdiccionalidad", hasta su minimización evocada por la expresión "el juez boca de la ley". El control de la constitucionalidad jurídico-política de la ley está a cargo de la Corte de Casación; el "desvío" de la jurisdiccionalidad, también. *Todo atado y bien atado.*

5.2. Intima convicción

Por contraposición al de la tabulación probatoria, este sistema de valoración de la íntima convicción pone el acento en *reglas formales,* neutras en su valor convictivo, de controles recíprocos de los sujetos procesales (modelo adversarial e intersubjetivo) para que sea el peso de las pruebas, en su significación fáctica, el que decante el veredicto de culpabilidad o no culpabilidad.

El juzgador de los hechos es el jurado popular, que tiene carácter de cuerpo colegiado integrado por ciudadanos que son pares del ciudadano penalmente perseguido y del ciudadano víctima del delito. Será según el acuerdo logrado por los jurados, obrando de conformidad a su *leal saber y entender*, como el juzgador logra su estado de convicción, sin que exista la obligación de explicitar los fundamentos de la decisión jurisdiccional adoptada.

Este sistema tiene como ventaja técnica, sobre el de la prueba legal, no atar la convicción del tribunal a formalidades preestablecidas, permitiendo una adecuación de los jurados a las circunstancias en las que se habrían desarrollado los hechos de la causa reflejados por la acusación. Constituye una significativa forma de participación ciudadana en la administración de justicia. A los ciudadanos integrados en jurado popular les corresponde decidir si la persona acusada por el fiscal es no culpable o culpable, y será (en caso de veredicto de culpabilidad) un juez oficial, técnico e inamovible, el que determinará la consecuencia jurídica de tal veredicto, aportando la calificación legal, mensurando la pena estatal de conformidad a pautas y a una escala fijada por el legislador, pena que será ejecutada por agentes de la administración (poder ejecutivo), o por el contrario (veredicto de no culpabilidad), ordenando la cancelación de las cauciones prestadas por el acusado, la inmediata libertad, en caso de que el acusado estuviere en prisión durante el juicio, etcétera.

Presenta como debilidad la eventual arbitrariedad del veredicto, que no explicita públicamente los fundamentos de lo decidido, arbitrariedad que no se excluye en los otros sistemas aun cuando se expongan extensas fundamentaciones poco comprensibles para el común de los ciudadanos. La reexaminación del fallo está limitada a la inobservancia de determinadas reglas y formalidades, siendo soberano el jurado para determinar la culpabilidad o no del acusado, y con ello la utilización por parte del Estado de su poder de penar personas. Determinar la culpabilidad presume aceptar la existencia material del hecho, limitando la competencia del juez técnico a la aplicación de la ley sustantiva sobre la base de lo decidido por el jurado.

El jurado tiene competencia reconocida por la constitución política del país y no delegada por el monarca. Intervenir en la administración de justicia es una potestad ciudadana y no una graciosa concesión de Su Majestad. Su función es transitoria y limitada al caso, según las "instrucciones" que la fiscalía y la defensa han concertado para que el juez informe al jurado los puntos a considerar y sobre los que debe resolver según su propia conciencia.

El estándar convictivo para emitir un veredicto de culpabilidad es el estar convencidos *más allá de toda duda razonable.* Su legitimidad para decidir soberanamente sobre la culpabilidad o no

culpabilidad de una persona del pueblo reside en que el jurado es parte del pueblo al que representan *ad hoc*, y que no ha sido rechazado por el imputado, constituyéndose en un auténtico "termómetro social" de la existencia o no del injusto contenido en la acusación.

La participación ciudadana en el órgano de decisión jurisdiccional constituye una modalidad democrática en los actos de gobierno que le aporta transparencia y confiabilidad social al sistema de administración de justicia, sin perjuicio de que existan casos que se consideren "mal" resueltos a criterio de la opinión publicada, la opinión pública, de organizaciones intermedias no gubernamentales, etc., o intrasistemáticamente por una corte de grado que anule o corrija el fallo.

Tal vez lo más significativo de este sistema de valoración probatoria (y el modelo procesal y de organización política que representa) sea acotar con reglas formales las bizantinas discusiones que en torno a cuestiones de "justicia sustantiva"[14] cada caso penal puede plantear. El sistema aspira a obtener soluciones jurídicas que toman por unidad de medida de valoración fáctica la "dimensión humana de justicia", lograda desde la acumulación democrática de voluntad jurisdiccional, por consenso entre los jurados y no en torno a una idea de justicia fundada sobre la base de una axiología atemporal válida para toda sociedad y persona en todo tiempo y lugar.

5.3. Sana crítica racional

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los sujetos que integran los tribunales, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se lleguen sean el fruto racional de las pruebas en que se las apoye.

Explicitar y tornar público los fundamentos de un acto de gobierno es una obligación política y no sólo jurídica en la república cuando quien lo ejecuta no es el soberano, sino quien delibera y gobierna en su representación.

En este sistema, el tribunal es regularmente un juez técnico (unipersonal o colegiado) con funciones permanentes y una serie de garantías más para quien ocupa el cargo para posibilitar su independencia respecto de los otros poderes estatales o privados.

No obstante lo anterior, existen antecedentes en los que se combinan el juez técnico con ciudadanos comunes de actuación *ad hoc*. Así, el instituto del escabinado francés surge como adecuación instaurada por la Revolución Francesa en la que *mixtura* el sistema de juez inquisidor del antiguo régimen y el jurado inglés, de manera tal que conforma un órgano colegiado de doce miembros (3 jueces técnicos y 9 escabinos). El Código de Instrucción Criminal (1808) napoleónico representa un significativo ingreso de postulados del sistema angloamericano en el modelo continental europeo y, a la vez, la aparición del sistema mixto de procedimiento penal. Las variantes del sistema mixto han sido numerosas desde entonces.

Tradicionalmente se ha sostenido que el estado de convicción y su fundamentación consecuente debe obtenerse respetando los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Tres conjuntos de reglas que pueden sintetizarse en dos: las pertenecientes a las ciencias formales (lógica) y a las ciencias empíricas.

[14] Véase en el cap. 2 de este manual.

En la **lógica** formal se aceptan —y también en la jurisprudencia— los siguientes principios:
- Identidad.
- No contradicción.
- Tercero excluido.
- Razón suficiente.

No obstante resultan, de plena aplicación los desarrollos logrados por la lógica jurídica, disciplina en la que se utilizan los operadores deónticos (lógica deóntica). Esto último sólo posee un ínfimo desarrollo en la jurisprudencia y la doctrina, lo cual marca una de las muchas limitaciones de los niveles de entrenamiento técnico de los operadores del sistema jurídico.

Las **reglas de la experiencia común** no se encuentran compiladas en ningún manual o instructivo, sino que genéricamente se alude a ellas como los conocimientos surgidos de las ciencias empíricas que son aceptados por el común de los hombres sin exigir un conocimiento especializado. En este orden de ideas, las ciencias empíricas constituyen la órbita del conocimiento desde la cual se generan leyes científicas basadas en la experimentación, primer tamiz que ha de sobrepasar el razonamiento judicial (se excluyen actos de conocimiento adivinatorio, sueños, revelaciones, etc.). El segundo tamiz lo constituye el hecho de tratarse de un conocimiento con algún grado de difusión en el contexto social, en el sentido de que tenga algún grado de aceptación por el común de los ciudadanos.

Estipulativamente utilizamos la expresión "experiencia común" para referirnos al conjunto de reglas estudiadas por las ciencias empíricas y que, a la vez, son conocidas por el común de los hombres. Por ejemplo, que los metales con el calor se dilatan, que los cuerpos liberados a su peso caen de arriba hacia abajo por imperio de la ley de gravedad, etc. De lo que se trata no es de efectuar en una sentencia un desarrollo newtoniano del por qué tal maceta cayó de tal balcón y no se dirigió hacia tal terraza, sino de que existe un sustento científico aceptado por el común de los ciudadanos.

Bajo las reglas de la lógica y de la experiencia común se requiere la concurrencia de dos *operaciones intelectuales*:
- La **descripción** del elemento probatorio (vgr., el testigo dijo tal o cual cosa, el informe pericial expresa tal cuestión).
- Su **valoración** crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en tal desarrollo (silogismo) se apoya (por ejemplo, los dichos del testigo son consistentes con el informe pericial en el sentido de que el acusado no pudo comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones, y no existe en la causa elemento de prueba alguno que determine lo contrario; se puede concluir en que el acusado se encontraba en un estado de inimputabilidad.

5.4. Relaciones: sistemas de valoración y sistemas políticos

Nota de semejanza se encuentra entre el sistema de la sana crítica con el sistema de la íntima convicción, en el sentido de que la reexaminación de la sentencia definitiva está limitada a la inobservancia de determinadas reglas y formalidades (recurso de casación), ya que es el tribunal de sentencia "soberano"[15] para determinar la plataforma fáctica de la causa (existencia del hecho y participación responsable del imputado).

[15] Según gusta decir la jurisprudencia cordobesa, lo cual exige alguna licencia concedida por el lector de tal *juris-pruentia*, ya que será imprudente pensar en la utilización del concepto jurídico de "soberanía" en sentido técnico con los alcances referidos en el texto.

El sistema de la prueba legal (regularmente procedimiento escrito e inquisitivo) acepta múltiples instancias recursivas por vía de la apelación hasta llegar al príncipe.

Con lo desarrollado hasta aquí se puede establecer una relación muy directa entre los sistemas de valoración de la prueba los sistemas procesales que resultan compatibles con ellos, sistemas de organización jurídico-política de un Estado, y el carácter del juzgador que opera el sistema. Exponemos tales relaciones en el siguiente cuadro:

Sistemas de valoración

Sistema Probatorio	Sistema Procesal	Sistema político	Carácter del juzgador	Estándar convictivo
Prueba legal	Inquisitivo	Autocrático	Juez delegado del príncipe	Plena prueba
Íntima convicción	Acusatorio	Democrático	Jurado popular y juez inamovible	Fuera de toda duda razonable
Sana crítica	Mixto	Republicano	Juez inamovible/ escabinado	Certeza positiva

Las expresiones utilizadas en las diversas columnas aluden a categorías técnicas que regularmente los movimientos históricos se han obstinado en vincular entre sí. No obstante, conviene aclarar que lo sustantivo que se pretende poner de resalto es la vinculación y no las categorías, que nunca se presentan en forma absolutamente pura sino con un sinnúmero de peculiaridades. Así, por ejemplo, se alude al sistema político "autocrático" para indicar organizaciones de tipo monárquicas, oligárquicas, autoritarias, etc., o al sistema procesal mixto cuando *"[...] el proceso mixto puede variar, casi diría al infinito, según que una de sus formas se aproxime al orden inquisitorio o al acusatorio." "En todos los países donde este proceso mixto está en vigor, tiene particularidades tales que confrontándolo en los diversos países, con dificultad se encontrarían dos sistemas uniformes"* [16].

Las vinculaciones establecidas precedentemente tienen un sentido pedagógico y no pretenden cristalizar en forma lineal, progresiva, absoluta ni definitiva lo que, en el desarrollo histórico del procedimiento penal, ha presentado diversos matices y conminaciones, no siempre evolutivas, y que son exhibidas en las diversas legislaciones positivas y en las formas de organización social que las receptaron.

Así, por ejemplo, el sistema acusatorio romano (*iudices iurati*) se desarrolló durante la República, lo cual implica algún grado de democratización del poder, pero también (o precisamente por ello) en la época imperial se pugnó por la publicidad del derecho como forma de racionalizarlo.

Si bien la organización democrática y la republicana no se implican necesariamente, tampoco se excluyen, y a más del precedente de Grecia y Roma, ha sido paradigmática la conformación de repúblicas democráticas en Europa (Suiza) y en América (EE.UU.), y no muy luego Francia,

[16] Cfr. Carrara, Francesco, *Programa...*, *Parte general*, t. II, Bs. As., Depalma, 1944, § 859.

las Provincias Unidas, Alemania, Brasil, etc. Democracia y república son categorías solidarias entre sí, sin perjuicio de que la génesis de muchas de las instituciones pueda encontrarse en períodos con organización social distinta, por ejemplo, el jurado como producto del racionalismo regio [17].

Si bien monarquía y república se excluyen recíprocamente, no sucede lo propio con la democracia respecto de ellas, pese a que la cuestión de quién es *el soberano* (el pueblo o el rey) marca una tendencia de acentuación de la participación ciudadana en favor de la república. República y monarquía operan asignando valor simbólico o carismático a la familia real (de modo tal que el rey reina y el primer ministro gobierna) respecto del parlamento o del presidente respecto de los representantes. Ejemplo de lo anterior lo constituyen las monarquías europeas (Inglaterra, Bélgica, España, etc.), o el hecho de que el pueblo no delibera ni gobierna si no es por medir de sus representantes, como sucede en las repúblicas de América (EE.UU., México, Argentina, etc.). Pero la racionalidad de la participación ciudadana en el sistema de administración de justicia es tan diversa en la justicia real como en la justicia republicana.

En rigor, todos los sistemas tienen, cuando menos en parte, algo de otro. Así, por ejemplo, en el caso de la sana crítica racional, la prueba del estado mental del imputado está tasada, exigiéndose dos peritos; el estado civil de las personas se establece por remisión al Código Civil, por todo lo cual este desarrollo de la parte general de la prueba en el proceso penal se reflejará en la reglamentación concreta de los medios de prueba en particular, que a continuación se desarrollan.

*** Pruebas en particular: parte especial**

El principio de la libertad probatoria habilita a la utilización de diversos medios probatorios, respecto de los cuales el CPP (Libro Primero, Título VII, Capítulos II a V) reglamenta en forma explícita los principales medios de pruebas, los cuales involucran la inspección y custodia de lugares, levantamiento de cadáveres y su autopsia (que es una especie del género pericia), registro y requisa, allanamientos, interceptación de correspondencia y otras comunicaciones; testigos, peritos (lo que incluye a traductores e intérpretes), reconocimientos de personas y de objetos y, careos; no obstante, no se trata de una ejemplificación taxativa, pudiendo existir otros, los que se realizarán de conformidad a la medida probatoria que guarde mayor analogía. Una vez que se haya optado por el medio de prueba análogo, se deberán respetar sus reglas (CPP, 199, segundo párrafo).

En forma implícita se captan otros que se pueden derivar del contexto del CPP y con anclaje positivo en normas específicas, como sucede con la prueba indiciaria en observancia de las reglas de la sana crítica racional (CPP, 202).

Tratamiento separado (Libro Segundo, Capítulo III) recibe la declaración del imputado en el CPP, desde que es considerado como un medio de defensa y no de prueba. No obstante, un medio de defensa presume algún nivel de sustentación fáctica y jurídica, por lo que la declaración del imputado puede tener un impacto probatorio relevante para el desarrollo ulterior del proceso.

[17] Cfr. Weber, Max, *Economía y sociedad, ob. cit.*, ps. 520 y 525, o la génesis de la ley como derecho por razón del cargo; así (p. 524) la "*Lex rogata* era aquel edicto del magistrado al que la aprobación del ejército ciudadano otorgaba un carácter de inviolable, haciéndolo obligatorio sólo para los ciudadanos y, en su virtud, para el mismo sucesor del magistrado. La fuente originaria del concepto actual de ley debe, pues, buscarse en la disciplina y en las peculiaridades del ejército romano".

Por su relevancia práctica, se ha preferido metodológicamente, en el presente, escoger para su desarrollo, sólo algunos de los medios antes indicados, y ellos son: la prueba testimonial y la pericial.

6. La prueba testimonial

La prueba testimonial es el más antiguo medio de prueba junto con la confesión. Hoy en día la prueba más común en los procesos penales sigue siendo la testimonial, ya que en el procedimiento penal generado en torno al juicio oral será siempre un acto de habla jurídicamente relevante el que introduzca en el proceso (cuando menos inicialmente) todo elemento de prueba.

El testigo, por regla general, percibe y narra un fragmento de vida social, un episodio de convivencia humana que las partes y el tribunal habrán de reconstruir conceptualmente, pudiendo apartarse razonablemente de la versión del testigo.

6.1. Concepto y caracteres

*El **testimonio** es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por **percepción de sus sentidos** sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de éstos.*

Queda excluida del concepto la declaración del imputado, pero se incluye a la víctima, al acusador privado y al actor civil en el campo de los testigos, sin perjuicio del rol de partes que le quepa en el proceso penal.

La comparecencia del testigo al proceso se logra mediante *citación* como regla, pero se admite que *se presente espontáneamente,* lo que se hará constar (CPP, 230), y en caso de no comparecer tras ser citado será conducido por la fuerza pública (CPP, 154, 233 y 329).

La declaración debe producirse *dentro del proceso.* Las manifestaciones extrajudiciales (ante sujetos procesales, la prensa, etc.) no son testimonio en sentido propio (salvo que sean ratificadas, hipótesis en las que el acto relevante procesalmente es la ratificación y no la declaración extrajudicial, que por sí sola es irrelevante procesalmente). Si se realizaron por escrito, podrán eventualmente constituir prueba documental.

El testigo declarará lo que conozca sobre los *hechos investigados* o *juzgados* cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad (CPP, 198, 272, 304, 330, 375, etc.), es decir:

- Sobre el *hecho delictivo*, a las *circunstancias* que lo agravan, atenúen, justifiquen o influyan en su punibilidad, y el *daño* que hubiese ocasionado (CPP, 272).
- Sobre los posibles *autores, cómplices o instigadores* del delito. y las *condiciones* personales y sociales de éstos, los *motivos* que hubieren podido determinarlos a delinquir, etc. (CPP, 272).

La declaración podrá también versar sobre *otros hechos* de interés para la investigación (como por ejemplo, si para controlar la veracidad de otro testigo se interroga al declarante sobre las relaciones de aquél con el imputado, o entre testigos).

El conocimiento que pueda tener el testigo sobre los hechos investigados lo deberá haber adquirido **antes** de ser llamado y por ***percepción sensorial***: expresará lo que vió, oyó, olió, gustó o tocó. En cambio, si previo encargo judicial refiere conclusiones a las cuales ha arribado

por sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos, no se tratará propiamente de un testigo, sino más bien de un perito.

Al testigo se lo convoca, examina y contraexamina porque las partes en juicio *esperan* obtener de él algún dato útil para descubrir la verdad de lo que ellos "sepan sobre un delito" (CPP, 226), es decir **idóneo** para proporcionar conocimientos sobre los hechos investigados y, eventualmente, juzgar sobre su *reconstrucción conceptual*. Esta finalidad probatoria es característica del testimonio, el que no perderá su condición de tal por el mero hecho de que el declarante no aporte ningún dato de interés (pues su declaración fue recibida con dicho propósito).

6.2. Capacidad del testigo

La ley hondureña se ocupa de establecer una regla general según la cual *toda persona será capaz de atestiguar*, y su *credibilidad* sólo será motivo de valoración *posterior* al testimonio.

En principio, entonces, solamente carecería de capacidad para ser testigo quien por deficiencia física o psíquica no esté *absolutamente* en condiciones de *percibir* por sus sentidos, o pudiendo percibir, no pueda *transmitir* sus percepciones del modo previsto en la ley. Sólo se excluyen "los absolutamente incapaces" (CPP, 226). No cualquier incapacidad física (sobreviniente con posterioridad o permanente) inhabilita a la persona para declarar, lo que en ciertos casos sólo representará una modificación del trámite para la recepción de su declaración (CPP, 232).

También cuentan con trámite especial las personas que ocupan los puestos referidos en el CPP, 227, pero declaran, y están bajo la carga pública del testimonio.

Según las disposiciones de los arts. 331, 268, 309, y cc. del CPP se deduce que podrán testificar los *menores de edad* (aun cuando no presten juramento: CPP, 331), los *sordos,* los *mudos y* los *sordomudos* (aunque no sepan leer ni escribir: CPP, 125), y los *ciegos* (CPP, 125). También podrán hacerlo los *ebrios* y los *dementes* (a quienes se los excluye *sólo* como testigos de actuación —actas—), pues "la enfermedad mental no siempre quita o altera toda facultad intelectual, y se puede localizar en determinados centros de la actividad psíquica, dejando más o menos inmunes a los demás" y, en consecuencia, será materia de valoración de su mayor o menor fuerza convictiva en función de la mayor o menor verosimilitud del testigo.

Con respecto al *acusador privado* que actúa en los casos de delitos de acción penal pública, se establece que no sólo puede ser testigo sino que requerido por el órgano competente debe prestar declaración o cumplir con el desarrollo de cualquier otro medio de prueba. (CPP; 100, segundo párrafo) so pena de que se decrete su abandono de la causa por el tribunal.

Los *empleados de la Policía Judicial* tienen capacidad para testificar, con respecto a sus actuaciones, en relación a los hechos, y no respecto de circunstancias procesales. Por ejemplo, de circunstancias procesales diversas de los hechos de la causa, la declaración del imputado y demás de las que hubiere tomado conocimiento con motivo de sus funciones judiciales en la causa, que cae bajo la regla de la incompatibilidad de los funcionarios judiciales.

6.2.1. Funciones incompatibles con el rol de testigo

6.2.1.1. Funcionarios judiciales

La condición de juez, fiscal o secretario, resulta incompatible con la de testigo en el *mismo* proceso.

Si al conocimiento sobre el objeto de investigación lo han adquirido *en virtud* de su intervención funcional, no podrán luego declarar como testigos en *ese mismo* proceso.

También son incompatibles los funcionarios judiciales que intervinieran en forma accidental por oficio o comisión encomendada al órgano que corresponda (CPP, 146 y ss.)

6.2.1.2. El defensor

Si asumió el cargo **sin tener conocimiento anterior** no podrá ser testigo acerca de lo que haya conocido con posterioridad, a consecuencia del secreto profesional, más aún, si lo hace delinque por violación del secreto profesional (CP, 215).

Si conoció el hecho antes de ser nombrado defensor, entran en pugna el interés público del Estado, por insertarlo en el proceso como testigo por un lado, y por el otro el interés individual del perseguido penalmente, de confiar su defensa a determinado abogado (y, eventualmente, el interés profesional del letrado). La disyuntiva se resuelve mayoritariamente en favor del interés público, debiendo el "defensor" declarar como testigo, de modo tal que en ningún caso podrá *acumular simultáneamente* la condición de abogado defensor, patrocinante o mandatario, y a la vez testigo.

6.2.1.3. El imputado

Desde que es *sospechoso* queda relevado de la carga pública de declarar, y menos aún en contra de sí mismo (CR, 88 y CPP, 286 y ss); se proscribe así que alguien tenga el doble rol procesal de ser imputado y a la vez testigo de cargo en su perjuicio. La garantía constitucional se extiende a los parientes próximos.

Tampoco está obligado a declarar un *coimputado*, aunque no se trate del mismo delito sino de otro conexo. Pero si hubiese sido *sobreseído* o *absuelto* con anterioridad sí podrá asumir el carácter de testigo, porque en virtud del principio *nom bis in idem*, su testimonio carecerá de toda potencialidad autoincriminante.

Los "*condenados como partícipes del delito* que se investiga o de otro conexo" pueden declarar, pero no se les exige juramento (CPP, 227).

6.2.2. Prohibición de declarar

* Secreto profesional o de Estado

El ***deber de abstenerse*** de declarar se impone respecto de los hechos secretos que hubieran llegado a conocimiento del testigo *en razón del propio estado, oficio o profesión*. Es que "un interés no menos elevado que el de la justicia misma" se puede oponer en estos casos "a que el depositario, por su profesión, dé un secreto, lo revele a la justicia cuando es citado como testigo".

Esta reserva se halla judicialmente tutelada por los arts. 214 y 215 del Código Penal que castigan su violación, y frente a ella cede el deber de testimoniar. La situación se presenta en los casos de:

- *Los ministros de un culto admitido*, en atención a su *estado* religioso (*sigillium confessionis*). Existe una contradicción entre el CP, 215 y el CPP, 228, segundo párrafo que debe constitucionalmente (CR, 82, 88 y 77) resolverse a favor del CP, y por tanto el secreto confesional es un caso de prohibición de declarar y no de declaración facultativa como en el caso de los parientes.

- *Los abogados, procuradores y escribanos,* para mejor tutela de una eficaz defensa de la persona y de los derechos (CR, 88 y 82; CPP, 15 y 101), desde que para ello se los ubica en la condición de depositarios de confidencias íntimas.
- *Los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar,* como dentistas, fonoaudiólogos, ópticos, etc., pues su reserva tutela la libertad del enfermo para resguardar su salud. Pero si el hecho no debiera mantenerse en secreto, esos profesionales no sólo deberán prestar su testimonio, sino que, además, tendrán obligación de denunciarlo (CPP, 269, inc. 2).
- *Los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado* (políticos o militares). La seguridad y defensa del Estado son colocadas por encima del interés en el descubrimiento de la verdad. (CPP, 228, último párrafo).

La testimonial tomada en violación de lo anterior estará viciada de *nulidad* (CPP; 165 y ss.).

En el caso secreto de estado sobre el que a criterio del juez haya dudas de que sea tal, el órgano jurisdiccional no podrá resolver la remoción del obstáculo procesal, sino después de haber oído en forma confidencial al testigo y de haber adquirido la convicción de que no se trata de un secreto de Estado (CPP; 229, último párrafo).

6.2.3. Facultad de abstención por parentesco

Se prohíbe obligar (es facultativo) a testificar **en contra** del imputado, de manera que podrán abstenerse de testificar en contra de éste su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien convive en aparente matrimonio (CR, 88 y CPP, 228 inc. 1). Se equiparan las situaciones del adoptante/adoptado y del guardador/pupilo (CPP; 228 inc. 2 y 3).

Si el órgano jurisdiccional estima que el testigo invoca indebidamente el derecho de abstenerse de brindar declaración o de mantener reserva sobre una confidencia o secreto, ordenará su declaración mediante resolución motivada (CPP, 229).

6.3. Obligación de testificar

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley (CPP, 226).

6.3.1. Deber de comparecer

La obligación rige plenamente respecto del testigo *que **reside** en la ciudad* asiento del tribunal y también para los que no, aunque tiene un trámite especial (CPP, 231 y 235).

Si el testigo no se presentare a la primera citación, podrá ser conducido al tribunal por la fuerza pública (CPP, 233 y 239) si notificado por segunda vez, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública, no comparece.Esto eventualmente dará lugar a otro proceso por desobediencia (CP, 346).

Si careciera de domicilio o haya temor fundado de que se oculte o fugue, podrá ordenarse su inmediato arresto, medida que "durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, y que

nunca excederá de veinticuatro horas" (CPP, 234). El fiscal podrá ordenar este arresto por un plazo máximo de seis (6) horas. Se trata de una medida cautelar no regulada en la parte respectiva del CPP.

6.3.2. Excepciones al deber de comparecer personalmente

- Las personas *físicamente impedidas* (enfermedad, vejez, etc.) podrán ser examinadas en *su domicilio* y las que *por legítimo impedimento* no pudieren concurrir, podrán ser examinadas *en el lugar donde se hallasen* (CPP, 232).
- "[...] a) El Presidente de la República y los Designados; b) Los Secretarios y Subsecretarios de Estado; c) Los Diputados al Congreso Nacional; d) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y las autoridades judiciales jerárquicamente superiores al órgano jurisdiccional que deba recibir la declaración; e) El Arzobispo, los Obispos y los Vicarios generales o capitulares de la Iglesia Católica y las personas de rango comparable de otras iglesias legalmente reconocidas en Honduras; f) Los representantes ante el Tribunal Nacional de Elecciones; g) Los Diputados al Parlamento Centroamericano; h) Los Magistrados de la Corte Centroamericana; y i) Los demás que determinen las leyes especiales.

  Dentro de estos últimos se incluyen los diplomáticos acreditados en Honduras. El privilegio es renunciable (CPP; 227).

La excepción se funda en la jerarquía de la *investidura pública* del sujeto.

Estas personas prestan declaración en su casa de habitación u oficina, previa cita o por oficio urgente. La declaración deberá producirse dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud. Las partes personadas en el procedimiento serán citadas y podrán asistir a la recepción del testimonio y formular en el acto, las preguntas que no sean declaradas inadmisibles por el Juez o por el presidente o miembro del Tribunal de Sentencia que se designe (CPP, 227).

6.3.3. Deber de declarar

Nos remitimos a lo dicho en referencia a los arts. 233, 226, 230, y 329.

6.3.4. Otras obligaciones

Las personas tienen además otras obligaciones tales como presentar objetos o documentos relacionados con el delito, sujetos a confiscación o que puedan servir como medios de prueba; o someterse a inspecciones o requisas (CPP, 206), pericias (CPP, 239 y ss.), reconocimientos de cosas (CPP; 251 y 259) o personas (CPP, 253) careos (CPP, 255), reconstrucciones (CPP, 262), etc.

6.4. Procedimiento de la declaración

6.4.1. Ofrecimiento

Durante la Etapa Preparatoria (EP): las partes proponen diligencias probatorias. El imputado da su declaración (CPP; 290, segundo párrafo). El fiscal, director protagónico de esta etapa, no sólo tiene a su cargo colectar evidencias para "investigar la verdad" (CPP, 272) y dar base fundada a sus requerimientos (CPP, 284 y 285) mediante elementos probatorios de cargo como de descargo (CPP, 93 segundo párrafo). Los elementos de descargo pueden ser citados

durante la declaración del imputado, lo que vincula al fiscal interviniente para que evacúe tales citas (evacuación de citas) probatorias de hechos de interés para la defensa de conformidad a lo establecido por el CPP; 287 inc. 4.

La policía, como parte de las autoridades investigativas, puede citar testigos, practicar inspecciones, realizar pericias y adoptar las medidas de preservación probatoria (CPP, 273 y 278, segundo párrafo) que consideres por propia iniciativa (CPP, 279) de acuerdo con las orientaciones generales impartidas por el fiscal.

El MP y las partes pueden solicitar al órgano jurisdiccional que "practique anticipadamente cualquier medio de prueba" que considera de imposible o dificultad extrema su práctica durante el debate (CPP, 277).

En la etapa de **juicio** y previo al debate las partes cuentan con un auténtico *derecho a ofrecer prueba*. La regla es su aceptación, la excepción el rechazo fundado en: impertinencia, inutilidad o desproporción –superabundancia-. El ofrecimiento deberá realizarse por escrito, mediante la presentación de una *lista* de testigos con indicación del nombre, profesión y domicilio, y los *hechos* sobre los cuales serán examinados durante el debate (CPP, 317).

Ya en la fase del **debate,** las partes pueden proponer nuevos medios de pruebas, lo que eventualmente podrá generar un incidente (CPP, 320), lo que será resuelto por el pleno del tribunal y "no cabrá recurso alguno" (CPP; 305). Pero el tribunal puede ordenar, a pedido de parte interesada, y aún de oficio, la recepción de un nuevo medio de prueba para *"mejor proveer"* (CPP, 333).

Durante la fase de **deliberación y sentencia** no se puede producir prueba para completar el cuadro probatorio de la sentencia, la que sólo se podrá basar en la prueba incorporada al debate y de conformidad a las reglas de la sana crítica racional (CPP, 336).

6.4.2. Recepción

Se prevén declaraciones separadas para evitar que la deposición de un testigo influya en el otro, restándole sinceridad y espontaneidad (CPP, 328). Así, **en el debate**, antes de declarar los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencias. Después de hacerlo, el tribunal dispondrá si continuarán incomunicados en la antesala.

6.4.3. Publicidad y secreto de los testimonios

Durante la Etapa Preparatoria:

A) antes de la declaración del imputado, se hará en forma ***secreta*** y sólo a disposición de las autoridades investigativas (CPP, 278) hasta tanto el MP decida (conforme a derecho) presentar sus resultados al órgano jurisdiccional.

   Los agentes encargados de practicar las intervenciones de comunicaciones telefónicas (u otro tipo) "mantendrán en secreto su contenido y en caso de incumplimiento incurrirán en la correspondiente responsabilidad penal" (CPP, 223, ante último párrafo).

B) después de jurisdiccionalizado el proceso, sólo si el juez de letras hubiere ordenado la secretividad de las actuaciones (CPP, 255 y 101 inc. 2), no serán públicas para las partes (publicidad restringida o publicidad de partes). Se exceptúa el caso del testigo y en general

de toda medida probatoria "adelantada" al juicio (CPP; 277), ya que el acto sería irreproductible y al no poder examinarse al testigo la defensa quebraría el contradictorio que ha de regir el debate del juicio.

En el juicio la recepción de los testimonios deberá ser ***pública*** (CPP, 310), no sólo para las partes que examinan y contraexaminan al testigo, sino también para cualquiera del pueblo (CPP, 308), salvo que la publicidad afecte la moral o la seguridad públicas y otras hipótesis previstas por el CPP, 308 (caso en el que deberá recibírselo a puertas cerradas). Esto último sucede, generalmente, en los casos de delitos sexuales.

Quienes intervengan en una audiencia "celebrada en forma privada" (audiencia a puertas cerradas) o en parte de ella, serán advertidos por el Presidente del tribunal de que habrán de "mantener secreto de los hechos en los que hayan participado o tomado conocimiento" (CPP, 308 in fine).

6.4.4. Oralidad

El testigo es interrogado y responde oralmente tanto durante la Etapa Preparatoria como en el Juicio (CPP, 130), con la salvedad de la prueba anticipada del CPP, 277 y 311 inc. 1, y en general los casos de incorporación del elemento de prueba por su "lectura autorizada" (CPP; 311), lo que incluye las declaraciones de testigos durante la EP para marcarle contradicciones con lo manifestado en ese acto del debate (CPP, 311, inc. 4). La numeración es taxativa (CPP; 311 in fine) por lo que los testimonios obtenidos mediante "atenta comunicación al órgano jurisdiccional" (CPP; 231) sólo podrán ingresar con una laxa interpretación jurisprudencial del confuso inc. 3, segunda hipótesis del art. 311, eventualmente y con mejor criterio, de presentarse la hipótesis de imposibilidad de asistencia al debate del testigo (CPP, 314) el tribunal deberá constituirse en el lugar del territorio hondureño en que se encuentre el testigo (CPP, 126) con la debida convocatoria de las partes.

6.5. Trámite de la declaración

6.5.1. La advertencia sobre falsedad y el juramento

A la advertencia sobre falsedad la efectúa el tribunal informando al testigo sobre todas las consecuencias penales y procesales del caso (CPP, 129; CP, 385), debiendo responder el testigo mediante la fórmula: «Prometo decir la verdad, sólo la verdad y nada más que la verdad» (CPP,129). Están relevados de jurar por sus creencias *los menores de quince años* (CPP, 331), en razón de su inmadurez psíquica y su consecuente inimputabilidad penal.

A los efectos jurídicos, la negativa a jurar es asumida por el CPP, 129 in fine como juramento requerido para el "falso testimonio" del tipo penal del CP, 385 ante "autoridad competente".

Terminada la exposición del testigo, si fuere menester, se lo interrogará "sobre cuanto conozca del asunto", lo que será documentado en acta (CPP; 131). Durante la EP el MP podrá prescindir de una exhaustiva transcripción de lo manifestado por el testigo, siendo suficiente con un resumen (CPP, 130, último párrafo), ya que se trata de colectar rápidamente evidencias y no de preconstituir pruebas.

Las modalidades del interrogatorio podrán variar según la etapa del juicio en que se reciba el testimonio.

Durante la EP, luego de que el investigador formule las preguntas que estime convenientes, podrán también hacerlo (por intermedio de éste y previa autorización) las partes que estuvieren presentes.

En el **debate**, el juramento y la declaración será recibida por el presidente del tribunal (CPP, 129 y 304), quien invitará al testigo a que exponga cuanto supiere y le fuere preguntado por la parte que lo propuso primero en interrogatorio directo, luego las restantes partes en contrainterrogatorio; finalmente lo hará el presidente y vocales del Tribunal de Sentencia.

El presidente rechazará toda pregunta inadmisible (CPP, 130). La resolución podrá ser recurrida sólo ante el pleno del tribunal (CPP, 305) planteando un recurso de reposición con las formalidades del CPP, 353, segundo párrafo.

En todo caso, **se prohíben las preguntas capciosas o sugestivas**. Debe tolerarse, en cambio, el interrogatorio severo en pro del descubrimiento de la verdad.

6.5.2. Documentación del acto

En la EP se elabora un **acta** que da cuenta del acto y resume el contenido de las manifestaciones del testigo durante el **acto** (CPP, 130 in fine), es lo que la doctrina denomina como procedimiento "*verbal y actuado*".

Durante **el juicio** sólo se dejará constancia en el acta del debate el nombre y apellido del testigo, con mención del juramento (CPP, 346, inc. 4) o de aquella parte de la declaración que el fiscal o las partes privadas soliciten, o el tribunal disponga (CPP, 346, inc. 6).

El secretario resumirá al final de cada declaración la **parte sustancial** que se deba tener en cuenta. También podrá ordenarse la filmación, grabación o versión taquigráfica del testimonio (CPP, 346 ante último párrafo).

El secretario entregará a cada parte una copia fiel del acta elaborada durante cada día de audiencia (CPP, 131, segundo párrafo).

6.5.3. Sujetos de recepción

Ya se ha visto que la recepción de testimonios está a cargo de los fiscales o los jueces encargados del adelanto probatorio, y de los tribunales de juicio (Tribunal de Sentencia).

La Policía Judicial tendrá la atribución de interrogar a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad, pero si no fuera judicialmente ratificada no podrá ser incorporada al debate para su lectura.

6.6. Valoración del testimonio

- ***Necesidad***: frente a la comprobada *fragilidad* de la prueba por testigos, la tarea valorativa resulta de *imperiosa necesidad*.
- ***Sistemas***: a más de la regla general que rige para toda prueba (CPP, 202, 336, 338 segunda parte inc. 2), expresamente el CPP reitera la necesidad del análisis crítico del testimonio, aplicando las reglas de la *sana crítica racional*.

- ***Pautas***: los autores generalmente acuerdan en que para considerar verdadero y no mendaz un testimonio hay que partir de dos presunciones: a) de que los **sentidos** *no han engañado* al testigo, y b) de que el **testigo** *no quiere engañar*. La reflexión de las partes y del tribunal han de recaer, cuando menos, sobre estos dos extremos, y para ello ha de considerar:

A) Por un lado:

a) *el desarrollo y calidad* de las facultades mentales y sensoriales del testigo concreto de que se trate[18];

b) las *condiciones* **externas** en que se produjo su conocimiento (luz, distancia, etc.) y **psíquicas** (atención, miedo, ira, etc.) que puedan afectar la fidelidad;

c) las características del *objeto percibido*; así la percepción del tiempo, distancia y volumen suelen ser poco exactas, y

d) *el tiempo* transcurrido, que bien puede determinar que la evocación de lo percibido sea *fragmentaria*, con el consecuente peligro de su complementación con juicios, deducciones, versiones de otros testigos o noticias periodísticas. También la *forma* de las preguntas, la *confrontación* con otros testigos, etc., podrán deformar la deposición.

B) Por el otro:

a) es preciso descubrir si no existe algún *interés* personal. También será importante verificar sus hábitos en relación a su sinceridad y franqueza,

b) el ***control interno*** de la declaración resulta sumamente eficaz para evaluar la veracidad del testigo. El relato *dubitativo* (me parece...), *contradictorio* o producido por medio de un *discurso premeditado*, por aquello de *mendax in uno, mendax in totum.*

Será necesario, además, luego de la valoración *individual* de cada testimonio, cotejarlo con el *resto de las pruebas* reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria.

7. La prueba pericial

7.1. Aproximación

La pericia es el ***medio probatorio*** con el cual se intenta obtener, para el proceso penal, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba. No se trata, en consecuencia, de un medio para auxiliar a uno o más de los sujetos procesales (juez, fiscal, imputado, etc.), supliendo la deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no podrá evitarse su realización, aun cuando estos sujetos procesales posean los conocimientos especializados necesarios.

Explica el Prof. Cafferata que el carácter eminentemente técnico de este medio de prueba lo torna procedente cuando, para descubrir o valorar un elemento de prueba, fuese necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica (CPP, 231), con lo cual **no se requerirá la intervención del perito** para la realización de *meras comprobaciones materiales* (por ejemplo, una llave que funciona en determinada cerradura).

[18] Cfr. Cafferata Nores, José I., *La prueba..., ob. cit.*, p. 126. Cafferata explica que suelen encontrarse algunas constantes —aunque con no pocas excepciones—, como por ejemplo, que las mujeres perciben mejor los detalles, que hay recuerdos que se conservan más claros que otros (vgr., los recuerdos gratos), o que ante la carencia de un sentido los restantes tienden a agudizarse en el intento de suplir la deficiencia (es proverbial la agudeza auditiva del ciego).

Pero debe dejarse bien sentado, desde ya, que el perito no es "el tribunal de los hechos", como quizá se ha pretendido. Al contrario, su opinión no vincula al tribunal, y será tomada en cuenta como una prueba más, y valorada tanto individualmente como en el conjunto probatorio general. Y si de tal ponderación surgen motivos para descalificar el dictamen, el magistrado podrá prescindir de él, e inclusive arribar a una conclusión contraria (previo haber agotado las instancias por aclararlo, completarlo y aun renovarlo), siempre que no pretenda sustituir al perito.

7.2. Los peritos

7.2.1. Cantidad de peritos y carácter de sus actuaciones

La designación judicial, por regla, recae sobre el perito único, salvo que el órgano judicial o las partes privadas consideraran indispensable que sean más.

Cada parte podrá proponer otro perito legalmente habilitado a su costa. Es el llamado perito contralor.

7.2.2. Incompatibilidades

Es incompatible la simultánea o sucesiva actuación de una misma persona en una condición bifuncional, inconcebible en el marco de un mismo proceso, de forma tal que no podrán actuar como peritos en la causa quienes hubieran intervenido en ella como jueces, fiscales, abogados, testigos, etc.; de allí la remisión del art. 243 del CPP a la forma de excusaciones y recusaciones establecidas para los jueces.

Tampoco podrán ser peritos los menores de edad, los insanos, los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido citados como tales, los condenados y los inhabilitados (CPP, 241).

7.2.3. Actuación de los peritos

Pesa sobre el perito ***el deber de comparendo y aceptación jurada del cargo***, entendido como un verdadero **deber cívico** y bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública y pagar las costas que causare (CPP, 249), y, por otra parte, impuesto bajo amenaza de sanción penal (CP, 285). Sólo bajo la invocación de un "grave impedimento", que justifique su incumplimiento, se faculta al tribunal para no actuar las normas referidas.

La obligación del desempeño fiel de su encargo importa para el perito *actuar con sometimiento* a las directivas que le imparta el órgano que ordenó la medida (CPP, 242), reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación, claro está que conserva su *libertad científica* respecto de la tarea pericial, salvo que "fuere necesario destruir o alterar los objetos analizados", en cuyo caso deberán informar al órgano judicial antes de proceder, quien decidirá en definitiva si se aplica el trámite del adelanto probatorio (CPP, 277).

A modo de ***sanciones*** se otorga al órgano que ordenó la medida probatoria la atribución de "corregir con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño del perito, y aun sustituirlo, sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran corresponderle si en su informe "afirmase una falsedad o negase o callase la verdad, en todo o en parte".

Perciben ***honorarios y reembolso de gastos*** desde que prestan un servicio. Como por regla general, el Estado anticipa los gastos (CPP, 549), sin perjuicio de que luego pueda repetirlos del condenado en costas. Los peritos contralores podrán cobrar honorarios directamente de la

parte que los propone o del condenado en costas (CPP, 393, inc. 3).

No tendrán ese derecho los peritos "que tengan sueldo por cargos oficiales (salvo que actúen como contralores) en cualquiera de los poderes estatales, municipales, entes autárquicos, etc.

El **perito contralor** es propuesto por la parte que ejerce la facultad que confiere el art. 237 del CPP, en atención a estar legalmente habilitado para que practique las operaciones periciales juntamente con el oficial (CPP, 240) y produzca luego su dictamen (común o separado del de éste).

Con ello la parte trata de hacer efectivo **el principio contradictorio**, ya que si el contradictorio traslada su marco de discusión a sectores técnicos del saber, resulta indispensable estar acompañado (o representado) por un especialista —de su elección— en la materia de que se trate, para poder contradecir o no la pericia.

En última instancia, tiene su fundamento primero y último en el principio constitucional de la libre defensa en juicio de la persona y de los derechos.

El **trámite de la pericia** está integrado por la ***designación del perito y la proposición de cuestiones***, las que si bien es posible que se fijen con posterioridad, es conveniente que lo sean en *ab initio, **restringir los interrogantes propuestos al perito*** sólo a aquellos puntos que sean propios de su ciencia, arte o técnica[19], sin que las preguntas sean capciosas ni sugestivas.

Las partes podrán proponer otros puntos de pericia cuando éstos hayan sido fijados de oficio. Si el tribunal agrega otras cuestiones a las originariamente propuestas, deberá notificar al Ministerio y a las partes privadas antes de disponer su ejecución, para asegurar el contradictorio a ese respecto.

Se exige ***notificación previa a las partes***, tratándose de un acto definitivo e irreproductible que anticipa prueba al juicio (CPP, 277) que se impone **bajo pena de nulidad**, permitiendo a éstas el efectivo ejercicio del contradictorio, al garantizarles el *conocer de antemano* acerca de su realización, y el *derecho de asistir*, esto es, como facultad de estar presentes y proponer perito de confianza de la parte, que controle la cientificidad del acto.

7.2.4. Excepciones

Se desplazan al sistema de la notificación previa; sólo se presentan cuando haya suma urgencia, o cuando la indagación sea extremadamente simple. Las reglas de citación son comunes con la de los testigos (CPP, 244).

Finalmente, el o los peritos habrán de elaborar **el dictamen pericial** conceptualizado como *el acto procesal emanado del perito designado, en el cual, previa **descripción** de la persona, cosa o hechos examinados, relaciona detalladamente las **operaciones** practicadas, sus resultados y las **conclusiones** que de ellas se deriven, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica* (CPP, 242).

Podrá expresarse oralmente o por escrito, el CPP, 245 establece:

"En la etapa preparatoria, el informe pericial se rendirá por escrito, sin perjuicio de que el perito pueda ser requerido para aclararlo o completarlo personalmente o también por escrito".

" En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito".

7.2.5. Dictamen

- La *descripción* a veces es el único paso contenido en la pericia (por ejemplo, para dictaminar sobre el tiempo de curación de una lesión que surge de su descripción).
- La relación detallada de las *operaciones* que se practicaron, que es fundamental para la **valoración** crítica de las conclusiones.
- Las ***conclusiones*** que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica (CPP, 245), aportando las respuestas específicas respecto de las cuestiones sometidas a su consideración. Podrán tener carácter afirmativo, dubitativo o negativo. También podrán ser omitidas cuando los expertos carezcan de los elementos necesarios para sus tareas.

7.2.6. Motivación

Configurará el elemento lógico de vinculación entre las operaciones que practicó y las conclusiones a que el perito arribó.

7.3. Recepción de la prueba pericial

Durante la EP, el Ministerio Fiscal y los defensores *tendrán derecho* a asistir a las pericias, salvo que su presencia pueda obstruir el "buen éxito" de la pericia (CPP, 242, último párrafo).

Cuando asistan, podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen convenientes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad (CPP, 242 in fine).

Se podrá *permitir* la asistencia del imputado o del ofendido cuando sea útil para esclarecer los hechos, o necesaria por la naturaleza del acto.

En el *juicio*, el Ministerio Fiscal, las partes privadas y sus defensores tendrán derecho a participar en la recepción de la prueba pericial, ofrecida por ellos u ordenada de oficio, pudiendo también formular preguntas a los peritos.

7.4. Valoración de la prueba pericial

Desde un punto de vista *subjetivo*, se efectúa la valoración *ético-psicológica* de la personalidad del perito.

Desde el punto de vista *objetivo*, se valora el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia, arte o técnica, y si el dictamen es preciso o indeciso, coherente o contradictorio, concluyente o inconcluyente.

7.4.1. Eficacia probatoria

7.4.1.1. La cuestión de la obligatoriedad del dictamen

La opinión del perito no obliga al tribunal, quien es libre de aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. Pero al hacerlo debe *fundamentar* su aceptación o rechazo, observando en el razonamiento respectivo las reglas de la sana crítica racional, lo que permitirá su control por vía del recurso de casación.

La hipótesis del rechazo presume el ***agotamiento de instancias previas*** como lo son la *aclaración* (para *confirmar aclarar* o *rectificar* sus dictámenes), la *ampliación* (cuando hayan surgido nuevos puntos a investigar no propuestos antes) o la *renovación* (cuando fuera anulada la anterior, o "discreparen fundamentalmente" los dictámenes de los peritos entre sí, sean oficiales o de contralor, o haya más de una pericia con puntos discordantes).

7.4.1.2. Pericia Fiscal e informe técnico policial

La pericia ordenada por el Fiscal durante la EP, regularmente de naturaleza esencialmente *descriptiva* y *preservativa*; no aspira a **descubrir** ni **valorar** como la pericia. Sólo puede ser incorporado para su lectura al debate, si se ha seguido el procedimiento de prueba anticipada (CPP, 277), lo que es una forma de jurisdiccionalizar la pericia.

PN-ACR-123

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE HONDURAS

MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL HONDUREÑO

TOMO II

DINAMICA PROCESAL

Proyecto de Apoyo al Sector Justicia
DPK Consulting bajo contrato USAID - HONDURAS

Honduras, C.A., 2002

-214-

Se prohibe la reproducción total o parcial de este Manual de Derecho Procesal Penal sin la autorización respectiva de los autores.

El contenido de esta obra no refleja necesariamente la opinión de: la Corte Suprema de Justicia, la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, DPK Consulting, ni de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Las opiniones y enfoques aquí vertidos son responsabilidad de sus autores.

2149

PRESENTACION

El presente documento es una propuesta jurídica - analítica -, de un grupo de profesionales del sector justicia, con el fin de facilitar la interpretación del nuevo Proceso Penal en Honduras.

Cada aspecto del Proceso Penal ha sido programado y delineado en forma cuidadosa con el fin de apoyar la aplicación de la normativa legal puesta en vigencia a partir del 20 de febrero del año 2002 dentro del marco de la modernización judicial, tomando en consideración las características del funcionario al cual va dirigido, constituyéndose en un importante apoyo para los estudiosos de la materia. Son estos los objetivos que fundamentan esta producción en su afán de dotar al profesional jurídico de técnicas, habilidades y conocimientos orientados a la óptima aplicación de las diferentes etapas del procedimiento penal y la crítica - reflexiva - que ello genere.

La producción recoge el aporte de Profesionales nacionales e internacionales de las Ciencias Jurídicas, con el apoyo técnico y financiero del Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ USAID-HONDURAS, cuyo estímulo y acompañamiento agradecemos.

Se persigue también contribuir al fortalecimiento del Poder Judicial, ya que toda acción de enseñanza - aprendizaje - en materia procesal penal, debe encarar con responsabilidad este hecho. Es importante contar con variadas fuentes de información - formación - bibliográfica que aunado al proceso de formación permanente del recurso humano se constituyen en los ejes sobre los que se sustentará un eficiente sistema de justicia.

Ofrece las técnicas y conocimientos orientados a un adecuado análisis de las figuras que el Código Procesal Penal propugna, con el deseo de despertar en los lectores la motivación e interés por profundizar los conocimientos, brindando los estímulos conceptuales para promover y facilitar el trabajo de los operadores, en el marco del aprender haciendo.

Nuestro esfuerzo es puesto a su consideración.

Los Autores:

Jaime Banegas
Douglas Bonilla
Jacobo Cálix
María Fernanda Castro
Inés Yadira Cubero
Rigoberto Flores
Gina González
Carlos Salas
Joel Serrano
Gustavo Vivas, Coordinador

INDICE

CAPITULO VI

ETAPA PREPARATORIA E INTERMEDIA

(DINÁMICA PROCESAL)

Objetivos 216
Bibliografía 217
Introducción 218
1. Antecedentes históricos 219
1.1. Después de la democracia griega y la república romana 220
1.2. Modelos de sistemas procesales 222
1.2.1. Modelo Inquisitivo 223
1.2.2. Modelo Mixto 223
1.2.3. Modelo Mixto Pro-Acusatorio 224
1.2.4. Modelo Acusatorio 224
2. Etapa Preparatoria 226
2.1. Fundamentos de la reforma 228
2.2. Políticas de persecución penal 229
3. La Investigación de Parte Interesada 229
3.1. Actos iniciales de la investigación fiscal preparatoria o EP 232
3.2. La denuncia 233
3.2.1. Forma y contenido 234
3.2.2. La obligación de denunciar y sus excepciones 235
3.3. Prevención Policial 235
3.3.1. Composición y subordinación 236
3.4. Iniciativa del Ministerio Público 237
3.5. Acusación Privada 237
4. Archivo Administrativo 238
5. Requerimiento Fiscal 239
5.1 Modalidades 239
5.1.1 Procedimiento a partir de una denuncia o de una acusación privada 239
5.1.2 Procedimiento a partir de la prevención policial sin detenido 239
5.1.3 Procedimiento a partir de la prevención policial con detenido 240
5.1.4 Requerimiento con persona ausente del territorio nacional 240
5.2. Forma y contenido 241
5.3 Declaración de imputado 242
5.3.1 Información de derechos 242
5.3.2 Desarrollo de la declaración 243
5.3.3 Decisión jurisdiccional 243

214

6. Audiencia inicial 244
6.1 Desarrollo de la audiencia 244
6.2 Decisión jurisdiccional 244
6.2.1. Sobreseimiento definitivo 244
6.2.2. Sobreseimiento provisional 245
6.2.3 Auto de prisión 245
6.2.4 Declaratoria de reo 246
6.2.5 Otros requerimientos 246
7. Procedimiento de Disconformidad 246
8. Etapa Intermedia 247
8.1. El control de la pieza acusatoria 248
8.2. Audiencia Preliminar 248
8.2.1. Formalización de la acusación 249
8.2.2. Contestación de la acusación 249
8.2.3. Auto de apertura del juicio 250

CAPITULO VII

JUICIO COMUN

Objetivos 252
Bibliografía 253
Introducción 254
1. Contexto procesal 257
1.1. El Orden Constitucional 257
1.2. El Proceso Penal 259
1.3. El Juicio 261
2. Los actos preliminares 262
2.1. Preparación del debate 262
2.2. Relación con los principios generales del juicio 262
2.3. Los actos preparatorios del debate en particular 264
2.4. Presupuesto para estar en debate con plena posibilidad de hacer valer las ..... pretensiones de parte en juicio previo 266
2.4.1. Juez Natural o Tribunal Propio 266
2.4.2. Intervención Probatoria 267
2.4.3. Reglas Generales 267
2.4.4. Actividad de las partes en juicio 269
2.4.5. Investigación Suplementaria 270
2.4.6. Acumulación y Separación de Juicios 271
2.4.7. Designación de Audiencia de Debate 272
3. La Cesura del debate 273
4. El debate de las partes 274

4.1. Principios fundamentales del debate y su repercusión práctica 276
4.1.1. Dirección del debate y poder disciplinario del Tribunal de Sentencia 276
4.1.2. Inmediación, continuidad, publicidad y oralidad 278
4.1.2.1. Excepciones a la publicidad 280
4.1.2.2. Excepciones a la continuidad 282
4.1.3. Roles de los sujetos procesales en juicio previo 284
5. La Sentencia 285
5.1. Deliberando 286
5.1.1.La formación de la voluntad jurisdiccional 288
5.2. Sentenciando 290
5.2.1.Requisitos formales de la sentencia 290
5.2.2.La plataforma fáctica de la sentencia 292
5.2.3.Requisitos lógico-jurídicos de la sentencia 294
5.2.4.Pronunciamiento del derecho aplicado al caso 295
5.3. El control de la sentencia 296
5.3.1.Los vicios de la sentencia y su control 297
5.3.2. Vías Impugnativas (remisión) 297

CAPITULO VIII
MEDIDAS CAUTELARES Y COERCION PROCESAL

Objetivos 300
Bibliografía 301
Introducción 302
1. Parte general 303
* Coerción procesal y coerción material 303
* Ius punendi y tipos procesales de coerción 303
* Tipos coercitivos 304
1.1. Caracteres de las medidas cautelares 305
1.2. Coerción del imputado 306
1.2.1. Concepto 306
1.2.2. Diseño normativo 306
1.2.2.1. Libertad de circulación 306
1.2.2.2. Estado de No Culpabilidad y necesidad cautelar 308
1.2.2.3. Mínimo de evidencias 308
1.2.3. La reglamentación del CPP como sistema de legitimación 309
1.2.3.1. Jurisdiccionalidad 309
1.2.3.2. Escalonamiento coercitivo 309
1.2.3.3. Prensidibilidad 310
1.2.3.4. Menor perjuicio 310
1.2.3.5. Presupuestos de legitimación 311

1.2.3.6. Reglamentación exhaustiva de interpretación restrictiva 311
1.3. Fundamentos 312
1.3.1. Relación medio a fin 312
1.3.2. La rebeldía como obstrucción al trámite del juicio previo 312
1.3.3. La eventual ejecución de la sentencia 312
1.4. Tipicidad coercitiva 313
1.4.1. Bien jurídico procesal protegido 313
1.4.2. Tipos de Medidas Cautelares que afectan al imputado 314
2.Parte Especial: tipos de medidas cautelares 315
2.1. Presentación voluntaria 315
2.2. Citación 316
2.3. Aprehensión y otras medidas iniciales 317
2.3.1. Aproximación 317
2.3.2. Aprehensión en flagrancia 318
2.3.3. Regulación legal 319
2.4. Detención 321
2.4.1. Detención Preventiva 322
2.4.2. Detención Judicial 324
2.5. Prisión preventiva 325
2.5.1. Justificación dialéctica del encarcelamiento presentencial 326
2.5.2. Caracteres 328
2.5.3. Ubicación institucional y desvío ideológico 330
2.5.4. Presupuestos de la prisión preventiva 332
2.5.4.1. Procedencia de la prisión preventiva 333
2.5.4.2. Peligrosidad procesal 334
2.5.5. Trámite y Forma 335
2.5.6. Ejecución de la prisión preventiva 336
2.5.7. Prisión preventiva de cumplimiento domiciliario 337
2.5.8. La Incomunicación como agravamiento de la Prisión Preventiva 337
2.5.9. Finalización de la prisión preventiva 338
2.5.9.1. Terminación definitiva 338
2.5.9.2. Terminación provisional 338
2.6. Incomunicación 338
2.7. Caución y otras medidas alternativas a la prisión preventiva 340
2.7.1. Caución 340
2.7.1.1. Caución personal 341
2.7.1.2. Caución real 341
2.7.2. Efectividad y cancelación de las cauciones 341
2.8. Internación provisional 342
2.9. Registro domiciliario 342
2.10. Secuestro 342
2.11. Embargo 344
2.12. Coerción procesal y Derecho Civil, Penal y Procesal 344
2.12.1. Diligencias previas a la demanda civil en sede penal 345
2.12.2. El embargo y las medidas provisionales del juicio ejecutivo ex delito 346

214 F

CAPITULO IX

COERCION MATERIAL

[EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y DE LA PENA]

Objetivos 351
Bibliografía 352
Introducción 353
1. Los derechos fundamentales de los reclusos 353
2. El principio de legalidad en la ejecución penal 355
2.1. Significado y alcances del principio de legalidad 355
2.2. La judicialización de la ejecución penal 357
3. Las funciones del Juez de Ejecución 358
3.1. La libertad condicional 359
3.2. Las multas 361
3.3. La inhabilitación 361
3.4 La interdicción civil 362
3.5. El indulto 362
3.6. Perdón del ofendido 362
4. Habeas corpus correctivo 362

CAPITULO X

LAS VIAS IMPUGNATIVAS

Objetivos 369
Bibliografía 369
Introducción 370
1. Las sanciones procesales 371
1.1. La inadmisibilidad 372
1.2. La ineficacia probatoria 372
1.3. La caducidad 372
1.4. La preclusión 372
1.5. La nulidad 373
2. Los remedios procesales 376
2.1. La aclaración 376
2.2. El pronto despacho 376
2.3. La revocatoria 377
2.4. El saneamiento 377
3. Otros controles judiciales 377
3.1. La queja 378
3.2. La disconformidad 378
4. Disposiciones generales y comunes a todo recurso 379
4.1. Generalidades 379

4.2. Aproximación conceptual 379
4.3. Caracteres del acto 380
4.4. Finalidad del derecho recursivo 380
5.Fundamento del derecho a los recursos 381
5.1. Fundamentos de orden legal 381
5.1.1. En la Constitución de la República 381
5.1.2. En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos 382
5.1.3. El derecho a la tutela judicial efectiva 283
5.2. Fundamentos técnicos 384
5.2.1. Error in Procedendo 384
5.2.2. Error in iudicando 385
6. El derecho recursivo y recursos en particular 386
6.1. Principios generales 387
6.1.1. Principio de taxatividad de las impugnaciones 387
6.1.2. Principio dispositivo 387
6.1.3. Principio del efecto parcialmente de volutivo 387
6.1.4. Principio de la no reformation peius 387
6.2. Alcances del derecho recursivo 389
6.2.1. Impugnabilidad subjetiva 389
6.2.2. Impugnabilidad objetiva 390
6.2.3. Procedimientos recursivo 391
6.2.4. Efecto de los recursos 392
7. Parte especial: los recursos en particular 394
7.1. La reposición 395
7.1.1. Concepto y Naturaleza jurídica 395
7.1.2. Impugnabilidad objetiva en la reposición 396
7.1.3. Procedimiento de la reposición 396
7.2. La apelación 397
7.2.1. Concepto y caracterización 397
7.2.2. Impugnabilidad objetiva en la apelación 398
7.2.3. Procedimiento de la apelación 399
7.2.4. Efectos de la apelación 401
7.3. El recurso de hecho 401
7.4. La casación 402
7.4.1. Concepto, características y naturaleza jurídica 403
7.4.2. Objeto impugnable 405
7.4.3. Finalidad del recurso 405
7.4.4. Motivos de casación 406
7.4.4.1. Motivo de casación por infracción de precepto constitucional 407
7.4.4.2. Motivo de casación por Infracción de Ley o de doctrina legal 411
7.4.4.3. Motivo de casación por quebrantamiento de forma 416
7.4.5. Trámite del Recurso de Casación 429
7.4.5.1. De la preparacion del recurso 429
7.4.5.2. La individualización de los motivos 430
7.4.5.3. En cuanto a la casación de la forma 431
7.4.5.4. Continuación del trámite 432

7.4.5.5. Audiencia oral 433
7.4.5.6. Prueba 434
7.4.5.7. Resolución del recurso 435
7.5. La revisión 436
* Consideraciones preliminares 436
7.5.1. Concepto y naturaleza jurídica 436
7.5.2. Objeto impugnable 438
7.5.3. De los motivos de revisión 438
7.5.4. Recurribilidad subjetiva en la revisión 439
7.5.5. Procedimiento para la revisión 439
7.5.5.1 De la preparación de la acción 439
7.5.5.2. Audiencia y trámite 439
7.5.5.3. Resolución de la acción 440

TOMO II

DINAMICA PROCESAL

2145

CAPITULO VI
ETAPA PREPARATORIA E INTERMEDIA
(DINÁMICA PROCESAL)

Carlos Salas Montes *

INDICE

Objetivos 216
Bibliografía 217
Introducción 218
1. Antecedentes históricos 219
1.1. Después de la democracia griega y la república romana 220
1.2. Modelos de sistemas procesales 222
1.2.1. Modelo Inquisitivo 223
1.2.2. Modelo Mixto 223
1.2.3. Modelo Mixto Pro-Acusatorio 224
1.2.4. Modelo Acusatorio 224
2. Etapa Preparatoria 226
2.1. Fundamentos de la reforma 228
2.2. Políticas de persecución penal 229
3. La Investigación de Parte Interesada 229
3.1. Actos iniciales de la investigación fiscal preparatoria o EP 232
3.2. La denuncia 233
3.2.1. Forma y contenido 234
3.2.2. La obligación de denunciar y sus excepciones 235
3.3. Prevención Policial 235
3.3.1. Composición y subordinación 236
3.4. Iniciativa del Ministerio Público 237
3.5. Acusación Privada 237
4. Archivo Administrativo 238
5. Requerimiento Fiscal 239
5.1 Modalidades 239
5.1.1. Procedimiento a partir de una denuncia o de una acusación privada 239
5.1.2. Procedimiento a partir de la prevención policial sin detenido 239
5.1.3. Procedimiento a partir de la prevención policial con detenido 240
5.1.4. Requerimiento con persona ausente del territorio nacional 240
5.2. Forma y contenido 241
5.3. Declaración de imputado 242
5.3.1. Información de derechos 242

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales *Summa Cum Laude* con Orientación en Derecho Penal, UNAH, 2001. Profesor adscripto de Derecho Penal, Presidente del Equipo de Apoyo Académico (periodos 1999 - 2000) y Coordinador de Comunicaciones del Postgrado en Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho de la UNAH. Capacitador de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia. Secretario General de la Mesa Nacional de Decanos de Derecho de Honduras. Ha publicado diversos artículos sobre la reforma judicial. Actualmente, Consultor Nacional del Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ DPK Consulting/ USAID-Honduras.

5.3.2. Desarrollo de la declaración 243
5.3.3. Decisión jurisdiccional 243
6. Audiencia inicial 244
6.1. Desarrollo de la audiencia 244
6.2. Decisión jurisdiccional 244
6.2.1. Sobreseimiento definitivo 244
6.2.2. Sobreseimiento provisional 245
6.2.3. Auto de prisión 245
6.2.4. Declaratoria de reo 246
6.2.5. Otros requerimientos 246
7. Procedimiento de Disconformidad 246
8. Etapa Intermedia 247
8.1. El control de la pieza acusatoria 248
8.2. Audiencia Preliminar 248
8.2.1. Formalización de la acusación 249
8.2.2. Contestación de la acusación 249
8.2.3. Auto de apertura del juicio 250

OBJETIVOS

Al concluir el desarrollo de la unidad, se pretende que el lector esté en capacidad de:

- Definir la investigación fiscal preparatoria.
- Enunciar los requisitos de la acusación.
- Definir el sobreseimiento.
- Recordar la forma y los alcances procesales de la denuncia.
- Determinar la función de la Policía frente al ilícito penal.
- Describir las tareas del Ministerio Público.
- Enunciar la finalidad y el objeto de las Etapas Preparatoria e Intermedia.
- Organizar las tareas investigativas durante las Etapas Preparatoria e Intermedia.
- Describir las tareas valorativas durante la investigación fiscal preparatoria.
- Diagramar y descomponer una pieza acusatoria.
- Determinar la procedencia de la investigación fiscal preparatoria o de la investigación jurisdiccional.
- Describir el trámite de la clausura de la investigación fiscal preparatoria.
- Contextualizar la investigación fiscal preparatoria dentro de la garantía constitucional del debido proceso legal.
- Contextualizar la etapa intermedia dentro de la garantía constitucional de juicio previo.
- Ordenar cronológicamente los actos procesales que pueden darse durante la EP&I.
- Vincular las causales de sobreseimiento con los elementos de la teoría del delito.
- Establecer la relación entre acusación y sentencia.
- Caracterizar, comparar y valorar los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo, mixto y acusatorio.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de DPP*, Córdoba, 1999; Alvarez, Alejandro y AAVV, *Manual del Juez de Letras*, Corte Suprema de Justicia, PASJ/ USAID-Honduras, 2002; Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1984; Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993; Avila, Félix, *"Los nuevos roles del Juez y del Ministerio Público en el Código Procesal Penal"*, Talleres de Litocom, Honduras, 2001.

Introducción

En el procedimiento, los diversos sujetos procesales, interactuando según los roles legalmente distribuidos, conforme a las reglas de juego (normas procesales), hacen valer las pretensiones mostrando el correlato fáctico del objeto de estudio, lo cual permite observar en pleno movimiento: el proceso penal.

El ordenamiento procesal vigente en Latinoamérica establece seis fases principales en las que se agrupan los diversos actos procesales que construyen "el proceso penal", considerado en su integralidad dinámica. Estas fases guardan entre sí estrecha relación, y las leyes regulan las facultades que le asisten a los sujetos procesales intervinientes.

Cada ordenamiento procesal determina, con mayor o menor precisión, las fases y actividades que le son propias:

• La **prevención policial**, a cargo de la Policía de Investigación —en su defecto, la policía preventiva cumple funciones investigativas—; se trata de un momento previo o "preprocesal", estrechamente vinculado a la investigación.

• La **investigación fiscal preparatoria** (instrucción[1]), etapa preparatoria o fase investigativa y preparatoria de la "acusación", —como principal cometido—, o del "sobreseimiento", cuando existiere certeza negativa sobre los extremos de la imputación. Es la primera estación procesal realizada en el seno de los órganos judiciales.

• La **etapa intermedia**, clausura de la investigación penal preparatoria o fase crítica y analítica de la investigación, cuya función esencial consiste en controlar la legalidad y pertinencia de la investigación penal preparatoria que ha dado base a la *acusación* con la que se eleva una causa a juicio previo a pena estatal.

• El **juicio** propiamente dicho, donde en igualdad de posiciones las partes harán valer sus pretensiones, acusando una y defendiéndose la otra. Se trata del momento procesal más importante e imprescindible para poder imponer la pena estatal sin violar el sistema de garantías constitucionales.

• Los **recursos**, en donde se controla lo decidido durante el proceso, especialmente lo resuelto por el juez encargado de controlar la etapa investigativa (juez de letras) y las resoluciones del tribunal de juicio (Tribunal de Sentencia).

• La **ejecución de sentencia** es finalmente una última fase, en la que se da cumplimiento a la sentencia dictada por el tribunal de juicio, eventualmente controlada por vía de los recursos.

A grandes rasgos, estas son las etapas principales en las que se divide cualquier proceso penal[2]. "No todos los sistemas procesales organizan estas fases del mismo modo: algunos entregan la instrucción y el juicio a un mismo juez, y otros a jueces diferentes; algunos realizan todo el procedimiento por escrito y otros realizan una instrucción escrita y el juicio oral; cada código de procedimientos organiza las fases de distinto modo aunque [...] existen ciertos modelos básicos de estructuración de los sistemas procesales (inquisitivo, acusatorio, escrito, oral, etc.) a los que responden los distintos sistemas normativos" [3].

[1] En Honduras, no corresponde dogmáticamente referirse a juez de instrucción con base en el CPP, aunque ocupe un espacio temporal equivalente al de la actual Etapa Investigativa e Intermedia en relación al hecho investigado ahora por el MP. Con ello cambia el paradigma procesal que se refleja en la nomenclatura de los Códigos pro-acusatorios, como el CPP Honduras 2002.

[2] Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, p. 207.

[3] *Ibid*, p. 208.

La panorámica del proceso penal, en su faz dinámica efectúa un aporte [4] –pedagógico–, con indicaciones concretas a normas procesales vigentes y especial referencia al Código Procesal Penal de Honduras y a la Constitución de la República.

En esta primera exploración dinámica del derecho procesal penal y su ubicación en el contexto jurídico y social, corresponde aclarar que el "**derecho procesal penal**" es una disciplina con objeto de estudio preponderantemente normativo (de carácter deóntico, o mundo del deber ser), en tanto que el "**procedimiento penal**" tiene como objeto preponderante de estudio, la actividad o tarea que efectivamente se verifica en la praxis judicial (de carácter óntico, mundo del ser), diferenciación sobre la que se profundiza en el capítulo 2.

Debajo de estas categorías se encuentra el "**trámite procesal**", que refleja el flujo de pasos, operaciones o transacciones procesales que determinan el desarrollo (comienzo, avance y fin) de la causa penal genéricamente considerada. De manera tal que el DPP es más que un "diagrama de flujo" que visualiza las diversas estaciones procesales del Código Procesal Penal, o su aplicación a una causa penal individualmente considerada (causa concreta). Posteriormente se irá dotando de contenido a las categorías aquí referidas"[5].

La Etapa Preparatoria (**EP**), la etapa anterior –prevención policial– y la Etapa Intermedia (**EI**), todas con intervalos integrativos, es Dinámica Procesal I. En el presente capítulo se focalizarán los movimientos del JUEZ DE LETRAS como tercero imparcial de la EP, sin perjuicio de permitir al lector interactuar sus actuaciones con los otros sujetos procesales de acuerdo a las etapas.

1. Antecedentes históricos[6]

La EP reconoce en la instrucción su precedente. La instrucción, de arraigada tradición en las comunidades jurídicas inquisitivas, ofrece una escabrosa evolución hasta desembocar en la actual EP; por lo que es conveniente revisar ligeramente los **antecedentes históricos**[7], modificados actualmente sobre todo en lo que a la estructuración conceptual se refiere.

[4] En este orden de ideas, Alberto Binder, en la obra citada, refiere que "Una explicación básica como la que pretendemos realizar tiene el efecto benéfico, a nuestro juicio, de permitir comprender la lógica de *cualquier* sistema procesal. Muchas veces se obliga al estudiante a prestar atención a problemas menores o de detalle, y no se le enseñan los conceptos fundamentales que le permitirán orientarse en la necesaria profundización que deberá realizar en su preparación universitaria". Los conceptos que más adelante se desarrollan están dirigidos a aportar "herramientas" conceptuales que "servirán para analizar con mayor profundidad nuestro Código Procesal Penal. Esperamos también que sirvan para criticarlos, para descubrir sus fallas y para comprender lo que hemos dicho al principio de esta introducción: la organización del proceso no es algo distinto de la vigencia de las garantías y principios básicos; al contrario, muchas veces ellas sucumben ante las reglas de organización procesal". Agregamos, por nuestra parte, que desde tal compresión se comienzan a usar los textos legales como primer peldaño del perfeccionamiento profesional permanente.

"La práctica de los tribunales y el ejercicio de la abogacía tienden a darle la mayor importancia al conocimiento de esa organización. En realidad, es común que se llegue al extremo de considerar que lo único importante es conocer tal plazo, tal requisito de los escritos que se deben presentar, los modos de interponer recursos, en fin, todos los detalles de la concreta estructuración de los procedimientos. No es nuestra intención afirmar que ese conocimiento no tiene ninguna importancia; lo que sí queremos destacar es que ese conocimiento no garantiza el conocimiento del proceso penal ni mucho menos del derecho procesal penal. Si el profesional desea convertirse en un mero práctico, un 'tramitador' que conoce al dedillo los requisitos de la decadencia universitaria, dedíquese a 'leer el Código', ya que seguramente allí encontrará el 'saber' que está buscando".

"Sin embargo, no crea que con ese conocimiento ha comprendido lo que es el proceso penal. Muy por el contrario, posiblemente anule, de ese modo, su capacidad para captar la esencia del fenómeno procesal".

[5] Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit. T° 1, p. 104.

[6] Con base en el acápite Antecedentes Históricos del Capítulo 7, La Investigación Penal Preparatoria, del Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II de Gustavo Vivas Ussher.

[7] A sabiendas de la incompletitud de este desarrollo como planteo historiográfico, para profundizar sobre el tema se remite a los autores citados en este apartado.

Grecia y Roma estructuraron sendos modelos de enjuiciamiento en los que la *participación ciudadana* y la *publicidad en la administración* fueron de gran importancia en el diseño de sistemas procesales con jurado y, consecuentemente, sistemas procesales acusatorios [8]. La CR refleja muchas de tales ideas democráticas y republicanas para diseñar el modelo de enjuiciamiento penal hondureño.

1.1. Después de la democracia griega y la república romana

La instrucción reconoce sus orígenes históricos en la **Roma imperial**; precisamente, en la *cognitio extra ordinem* del Imperio romano "se encuentran los primeros gérmenes del proceso inquisitivo, consecuencia del régimen gubernamental ponen en relieve la íntima conexión que existe entre las ideas políticas imperantes y el sistema de enjuiciamiento penal"[9].

"La justicia penal es un factor político de primera magnitud en la conformación de la ideología del grupo social sobre el cual opera y en el cual está inserta" [10]... "los sistemas de administración del derecho (en general) y los procedimientos especiales (en particular) pueden ser caracterizados por la combinación de las diversas variables (rol de los sujetos intervinientes en el proceso, poderes conferidos, racionalidad de medios utilizados, celeridad del trámite, etc., los que, a su vez, resultan indiciarios del ideario político del Estado que los instaura)"[11].

En la época del Imperio, y luego que Roma degradara las formas jurídicas de participación ciudadana propias de la República, se detecta la simiente inquisitiva, pero el desmoronamiento del sistema inquisitivo se evidenció durante la Baja Edad Media. En esta última etapa, la lucha por el poder se localiza entre la iglesia, los nobles y la monarquía. Los vencedores instauran su régimen político y jurídico: el absolutismo monárquico, que supo trasvasar de la inquisición lo *útil* para lograr la consolidación del Estado-nación, en torno a una alta concentración de poder en cabeza del monarca [12].

En el **enjuiciamiento penal canónico**[13] se abandona paulatinamente (siglos XII a XVI) el tipo de procedimiento *acusatorio* para establecerse el inquisitivo, al que le es propio la instrucción como sistema idóneo para alcanzar los fines propuestos. En el siglo XIII se crea el Tribunal de la Inquisición (o Santo Oficio), tristemente célebre "*por la gravedad de sus penas y la arbitrariedad*

[8] Cfr. Maier, Julio, (*ob. cit.*, ps. 269 ss.). El autor caracteriza al enjuiciamiento griego con elementos configurativos tales como tribunal popular (soberanía del pueblo), acusación popular, igualdad entre acusador y acusado, publicidad y oralidad del juicio, admisión de la tortura y los juicios de Dios como medios de prueba, íntima convicción y votación depositando un objeto que daba a conocer el sentido del sufragio, y decisión popular inimpugnable; en tanto que el enjuiciamiento de la República romana desplazó el poder decisorio de los magistrados de la monarquía anterior hacia los *comicios centuriales*, (justicia centurial), integrados por patricios y plebeyos, ante quienes se ejercía la acción penal mediante la *provocatio ad populum* (excluyendo a las mujeres, extranjeros y personas sin "libertad"); en las postrimerías de la República opera la evolución hacia un poder jurisdiccional ejercido por los *iudicis iurati* (jueces jurados) que cumplían la función como carga pública, asumiendo el cargo bajo juramento, y ante quienes se ejercía la acción penal mediante el sistema de *acusación popular*, permitiendo que cualquier ciudadano pudiera ejercer la función de acusar (no sólo el directamente ofendido por el delito, ya que el delito era pensado como un atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad), lo que condicionaba al poder jurisdiccional en materia penal para que el tribunal procediera de oficio y sin actor penal (*ne procedat iudex ex officio —nemo iudex sine actore*). La pluralidad de ciudadanos postulándose para acusar dinamizó el sistema pero requirió seleccionar la *postulatio* del pretendiente penal, por parte del pretor bajo determinadas reglas de admisibilidad, quedando los demás pretendientes como *suscriptores*. "Una de las principales funciones atribuidas al acusador era la de colectar los elementos de prueba que demostraran la veracidad del hecho que fundaba su pretensión y, así, la sinceridad de su acusación [...] Es interesante consignar la comparación entre esta verdadera 'instrucción de parte' y la actualmente llamada *instrucción sumaria, citación directa* o *procedimiento* (*investigación fiscal preparatoria*), instrucción que practica el Ministerio Público por sí mismo (reemplazando al juez de instrucción).

[9] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, p. 93.

[10] Cosacov, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1988, p. 31.

[11] Cfr. Vivas, Gustavo, en *Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, AA. VV., Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1993, p. 217.

[12] En el régimen del absolutismo monárquico, el rey concentra el poder legislativo, judicial y administrador del Estado.

[13] La jurisdicción eclesiástica aparece como un instrumento para defender los intereses de la Iglesia y sustraer a los clérigos de la jurisdicción secular. Después se torna en atributo de dominación para menoscabo de la autoridad real (Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, p. 94).

de sus procedimientos"[14], con el fin de "*reprimir la herejía, el sortilegio, la adivinación, etc.*"[15], expandiéndose luego a otras "figuras" o "tipos" abiertos, o bien encontrando en muchos delitos "*un ataque directo a los intereses de la Iglesia*"[16]; en última instancia, el Tribunal de la Inquisición y sus pares constituyeron el "brazo justiciero" destinado a lograr la "*afirmación de la autoridad de la Iglesia*"[17], no sólo en el plano extra-temporal.

Todo ello sucede en un período en el que la Iglesia Católica era la única autoridad regional [18] de una Europa atomizada[19] en señoríos feudales. Época en la que **delito** y **pecado** se fundían y confundían, sin distinguirse claramente las diversas normas —jurídicas, penales o religiosas— vulneradas por cada transgresión, sin perjuicio de que pudieran concurrir en determinados casos (*mixti fori*).

Rodeadas de buenas intenciones iniciales[20], tanto la Iglesia como la instrucción de la Inquisición conocieron no pocos excesos, producto de lo deficitario del sistema para evitarlos, excesos que resultaron auténticos contrasentidos para el ideal humanista integrativo de su discurso de justificación. En "su lucha por la catequización y por la universalización, que incluso tornó necesario el combate armado con otras religiones no cristianas, la razón de fe avaló el nacimiento de la ***inquisitio***"[21].

Se elaboró así un procedimiento opuesto al acusatorio que la propia Iglesia conoció y practicó con anterioridad. El procedimiento inquisitivo quedó estructurado como "una investigación cumplida por un inquisidor, en **secreto** y por **escrito**, transformándose al acusado en un sujeto

[14] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.*, p. 56, nota 65.

[15] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, p. 96.

[16] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, p. 97.

[17] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.*, p. 57.

[18] Explica Max Weber (*ob. cit.*, ps. 1048 y 1049) que "El formalismo mágico del proceso germánico se adaptaba al formalismo del derecho romano, y aquél fue interpretado en el sentido de éste. Contribuyó a tal resultado la monarquía francesa mediante la creación del instituto de los defensores (abogados), cuya misión consistía ante todo en pronunciar las fórmulas judiciales correctamente; pero luego también el derecho canónico. La grandiosa organización administrativa de la Iglesia necesita formas fijas, con fines disciplinarios frente a los legos, pero también para la propia disciplina interna. Ni ella ni la burguesía podían satisfacerse con el juicio gemánico de Dios. Lo mismo que esta última no podía conformarse con que se decidieran las acciones jurídico-mercantiles por medio de un desafío, y se hacía por consiguiente documentar por doquiera la libertad con respecto a la obligación del desafío jurídico y del juicio de Dios, así también la Iglesia, después de haber vacilado inicialmente en su actitud, acabó por sostener que tales medios eran paganos y no podían por consiguiente tolerarse, plasmando el derecho canónico racionalmente, en la medida posible. Esta doble racionalización del proceso, por parte laica y eclesiástica, se extendió a continuación por todo el mundo occidental".

[19] Dirección contraria a la que hoy presenta Europa, por vía de su integración como bloque que reasigna significación a sus fronteras, primero desde lo político ("equilibrio europeo"), avanzando luego a lo económico (Comunidad Económica Europea), y la consecuente estructuración jurídica mediante sistemas de producción y aplicación de normas supranacionales de una comunidad regional (Comunidad Europea), e instrumentos normativos tendientes a proteger los derechos humanos (*Convención Europea sobre Salvaguarda de los Derechos Humanos del Hombre y las Libertades Fundamentales* —de 1950—).

[20] Cooperar con (y disciplinar a) los clérigos (Maier, Julio, *ob y lug. cits.*, citando a Hélie) caídos en tentaciones pecaminosas (de pensamiento, palabra, obra y omisión), pero cuando el argumento se proyecta no sobre *intraneus* como miembros de la organización administrativa, sino a *extraneus*, las consecuencias que presenta la historia son de origen sistémico y no una perversidad congénita de los operadores de tal sistema. Explica Zaffaroni (*ob. cit.*, p. 110) que las sanciones administrativas tienen carácter reparador y no preventivo, respecto del daño que con la inconducta se ha causado a la organización administrativa, y "la prohibición de que el derecho disciplinario alcance al *extraneus* proviene del derecho constitucional liberal, basándose en que el ciudadano no tiene un especial deber de fidelidad al 'Señor' o al Estado, similar al que tiene para con la administración quien a ella pertenece". Pero esta idea sancionadora del pensamiento en manos del Estado no tiene límite y, consecuentemente, es absolutista. Sostiene Zaffaroni que el derecho disciplinario es derecho administrativo, por lo que es "posible la aplicación de una sanción disciplinaria en sede administrativa y una sanción en sede judicial, lo que de otro modo sería inadmisible, pues violaría el principio del *non bis in idem*". La encerrona que implica el sistema inquisitivo en su versión plena o reformada (sistema modo), trae hasta nuestros días y región, sino ya el *mix fori* sí su epistemología. Por lo demás, queda claro que la dialéctica inquisitiva tiene manifestaciones que van más allá de lo cognoscitivo, al punto que, por ejemplo, la reiteración torturador-torturado pervierte a uno y otro en sentido opuesto al de sus intenciones originarias, y deslegitima el sistema judicial temporal (sea que se base en la costumbre —tradición—, el *don de gracia* —carisma— o el estatuto legal —'servidor del Estado'—). "Aquí nos interesa, ante todo, el segundo de los tipos en cuestión, o sea la dominación en virtud de la devoción de los dominados al 'carisma' puramente personal del 'caudillo'. Tiene aquí sus raíces la idea de la devoción en su expresión suprema. La devoción al carisma del profeta o del caudillo en la guerra o del gran demagogo en la asamblea (ekklesia) o el parlamento, significa que éste pasa por el conductor interiormente 'llamado' de los hombres, que éstos no se le someten en virtud de costumbre o estatuto, sino porque creen en él. Sin duda, él mismo, si es algo más que un vano limitado advenedizo, vive su propia causa, 'persigue su misión' " (Cfr. Weber, Max, *ob. cit.*, p. 1057).

[21] Cfr. Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 291.

del procedimiento que enfrentaba a otro que lo acusaba, en un **objeto** de la investigación"[22], en una investigación en la que el sujeto cognoscente —el inquisidor— podía (y hasta debía) obtener del objeto —una persona— su **confesión** —como elemento de prueba— para alcanzar los fines de la batalla procesal, ya que "el verdadero objetivo de la batalla era la conciencia del individuo; así como el delito era su pecado y la sanción su penitencia, la confesión representa para la inquisición el precio de la victoria, así como la sanción representaba la penitencia"[23].

Para obtener tal "victoria" se construyen diversos instrumentos conceptuales (como sucede en la actualidad pero con otro contenido ideológico-político distinto al de la Constitución jurídica y política) con los que se autoriza la aplicación de los "instrumentos" de tortura, bajo determinadas reglas, "[...] incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos, y se exige que la confesión bajo tormentos sea ratificada sin ellos —instrumentos de tortura— al día siguiente, para apreciarla como válida, acto que, al mismo tiempo, pretendía corroborar la perseverancia en la contradicción"[24].

La utilización física y/o psíquica de métodos cruentos, es una fuerte nota caracterizante de la institución en época de apogeo, sería muy superficial el análisis si no se repara en los instrumentos conceptuales que le dan sustento teórico, reduciendo la costosa experiencia de la "civilización" a un catálogo[25] de métodos vejatorios, humillantes y repugnantes a la condición humana.

En su estructuración conceptual —y por contraposición con el sistema acusatorio—, el procedimiento instructorio de la inquisición se caracteriza por fundir y confundir los roles de perseguir, defender y decidir, con lo cual funden en una sola mano los poderes de acción, excepción y jurisdicción.

1.2. Modelos de sistemas procesales

La construcción de modelos o "tipos ideales" [26] de procedimiento ayudan a comprender la utilización de la violencia estatal canalizada por vía del proceso penal. En esta construcción se toma como aristas caracterizantes las funciones procesales y los poderes procesales correlativos, para no muy luego observar extender la vinculación hacia el órgano encargado de cumplir la función [27] y el control, que es -a su vez- otra función.

[22] *Idem.*

[23] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, *ob. cit.*, p. 99, citando a Longhi, *Commento al C. di P. Penale*, Torino, 1921, V, ps. 6 ss.

[24] Cfr. Maier, Julio, *ob. cit.* p. 293. Maier explica que los "instrumentos" de tortura y su aplicación fueron materia de regulación específica para evitar los "excesos" como forma de garantía del inquirido y su cuerpo.

[25] El catálogo es bastante más extenso de lo que aquí se explicita, y que apenas sirve de ejemplificación. Se recomienda la lectura de los autores citados para mayor desarrollo del tema.

[26] Cf. Weber, Max, *Economía y sociedad*, cit. p. 6 y ss.

[27] Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., ps. 161 y ss., en especial 164, en donde se afirma que *"Cuando en un orden normativo ciertas funciones determinadas no pueden ser desempeñadas, conforme al orden, por cualquier individuo sujeto al mismo, sino solamente por ciertos determinados individuos calificados, tenemos una división funcional del trabajo. Sólo en cuanto se trata de funciones, determinadas por el orden jurídico, desempeñadas mediante división del trabajo, es decir, por determinados individuos calificados, las mismas son atribuidas a la comunidad jurídica, y sólo los individuos que actúan mediante división del trabajo, es decir, determinados individuos calificados, son denominados 'órganos' en sentido estricto. Las comunidades que cuentan con 'órganos' son denominadas comunidades 'organizadas' aquellas que funcionan conforme a una división del trabajo"* [jurídicamente regulada]. [...].

FUNCION PROCESAL	PODER PROCESAL
➢ Perseguir y Acusar	➢ Acción
➢ Defenderse de la Acusación	➢ Excepción
➢ Decidir	➢ Jurisdicción

Las numerosas experiencias históricas de enjuiciamiento penal se suelen agrupar en tres sistemas: inquisitivo, mixto y acusatorio, según sea la nitidez con que se verifique la división de *funciones* y *poderes* procesales.

1.2.1. Modelo Inquisitivo

FUNCION PROCESAL	PODER PROCESAL	ORGANO ENCARGADO	CONTROLADO POR
Perseguir y Acusar	Acción	Juez Inquisidor	Juez Inquisidor
Defenderse de la Acusación	Excepción	Juez Inquisidor	Juez Inquisidor
Decidir	Jurisdicción	Juez Inquisidor	El Príncipe

Bajo este modelo el detentador del poder controla al que decide, y con ello controla la decisión. Controlando la función de decidir, se controlan los poderes procesales penales y con ellos la utilización monopólica de la violencia como forma de control social.

1.2.2. Modelo Mixto

Por conquistas políticas y para atenuar procesalmente esta concentración de poder, se amplían las funciones procesales involucrando a la persona bajo riesgo de pena permitiéndole contar con un defensor de su confianza y estratificando el escalafón judicial con un tribunal de alzada (o Corte de Apelaciones). La "mixtura" consiste fusionar dos etapas procesales, una inquisitiva (la instrucción) y la otra (pro)acusatoria (el juicio). Resultado: inquisitivo reformulado.

FUNCION PROCESAL	PODER PROCESAL	ORGANO ENCARGADO	CONTROLADO POR
Perseguir y Acusar	Acción	Juez de Instrucción	Juez Inquisidor
Defenderse de la Acusación	Excepción	Defensor	Juez Inquisidor
Decidir	Jurisdicción	Juez de Instrucción	Tribunal de Alzada

La diversificación de los órganos jurisdiccionales encargados de decidir y controlar lo decidido implica un aumento de la calidad del servicio público de administración de justicia en forma directamente proporcional al grado de independencia política de los jueces, de lo contrario sólo se agregan más segmentos a un escalafón administrativo (desde la administración en el poder judicial), resultando cualitativamente irrelevante la cantidad de órganos y denominaciones con las que se maquille de JUECES a "tinterillos" de oficina funcionales al poder.

1.2.3. Modelo Mixto Pro-Acusatorio

El mixto pro acusatorio es el modelo al que más se aproxima el sistema hondureño y en el que los jueces (en la medida de su independencia interna y externa al poder judicial) personifican Tribunales que –a su vez- operan como un contra-poder garantizador de los derechos de víctima y victimario. Los protagonistas sociales del conflicto penal ejercen su derecho de petición ante los Tribunales de la República bajo la expectativa de que el poder del Estado esté balanceado por un contrapoder jurisdiccional (Estado de Derecho). Con jueces dependientes del poder, tal contrapoder es nulo y en consecuencia, resulta inevitable la arbitrariedad en el servicio publico de administración del derecho, degradando su actividad a un acto más de la administración política del estado leviatánico.

FUNCION PROCESAL		PODER PROCESAL	ORGANO ENCARGADO	CONTROLADO POR
Perseguir y Acusar		Acción	Ministerio Público y Acusador Privado	Juez
Defenderse		Excepción	Defensor particular	Imputado y Juez
Decidir	Ir a juicio	Jurisdicción	Juez	Corte de Apelación
	Juicio		Tribunal de Sentencia	Corte de Casación

1.2.4. Modelo Acusatorio

El modelo angloamericano ha perfeccionado un modelo acusatorio, que no llega a ser pleno por la ausencia de la víctima como sujeto procesal, no obstante lo cual en relación con: a) la aprobación de la acusación asigna la función a un Gran Jurado y b) la determinación de los hechos en juicio, asigna la función a un tribunal integrado por pares del imputado y víctima (jueces jurados). Esta participación ciudadana en la función decisoria representa una conquista de alta intensidad democrática y disipa los temores de la arbitrariedad judicial del estado leviatánico, o al menos los traslada.

FUNCION PROCESAL			PODER PROCESAL	ORGANO ENCARGADO	CONTROLADO POR
Perseguir			Acción	Ministerio Público	Juez de Garantías
Acusar				Ministerio Público	Gran Jurado
Defenderse			Excepción	Defensor particular	Imputado y Juez
Decidir	Ir a juicio		Jurisdicción	Juez Administrador	Juez de Sentencia
	Juicio	Hecho		Jueces Jurados pares	Tribunal Apelativo (Limitadamente)
		Derecho		Juez de Sentencia	
		Pena		Juez de Sentencia	

Este largo periplo representa una evolución encaminada hacia la reconquista de un pacto sobre las formas de enjuiciamiento, en donde la evolución tiende más a regresar a los orígenes, corrigiendo la desviación, que a instaurar una versión superadora del modelo constitucional no alcanzado hasta la fecha.

Así, "lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna en lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la posición de inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, confundiendo las actividades del juez y del acusador; por su parte, el acusado pierde la condición de verdadero sujeto del proceso y se convierte en objeto de una dura persecución"[28].

Dentro de las aulas universitarias como en el ejercicio de la profesión del Derecho, se ha discutido la aplicabilidad constitucional de determinadas normas procesales conforme al Código de Procedimientos Penales de 1984. Sin lugar a dudas, la mayoría de estudiosos de las ciencias jurídicas han reconocido ampliamente que la ley procesal penal derogada respondía a un sistema mixto, que en palabras de Gustavo Vivas Ussher[29] corresponde a un tipo "proinquisitivo", más que a un modelo inquisitivo.

En cuanto al derecho de defensa, la norma no reconocía el ejercicio técnico y material del mismo, pues no permitía la comunicación del imputado con el abogado desde el momento que pendía sobre él ligera sospecha de la comisión de un hecho delictivo. Aun cuando la Carta Magna (art. 82 CR) y los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Honduras (art. 8 CADH) le concedían el pleno de la defensa, el Código de Procedimientos Penales *proinquisitivo*, además de una cultura inquisorial, no permitía la defensa con todas las armas procesales que otorga el Código Procesal Penal.

Luego que Honduras acepta que la legislación secundaria no corresponde con la norma primaria y supranacional, se decide a través de un nuevo orden procesal penal, establecer un sistema que corresponde al régimen político imperante de corte republicano y democrático, donde el eje fundamental del proceso es la persona humana (CR, 59).

Actualmente se cuenta con un proceso mixto proacusatorio, donde los roles procesales están constitucionalmente distribuidos: la función de juzgar corresponde única y exclusivamente al juez y la de investigar al fiscal. El *"juez policía"* encargado de investigar todo hecho que incriminara al imputado, desaparece con el nuevo sistema, procurando así la realización de un juicio oral y público con todas las garantías para los sujetos procesales.

La reforma del proceso penal en Honduras, en marcha desde el veinte de febrero de dos mil dos, permite que la población afectada en determinado proceso pueda gozar desde los actos iniciales, en la etapa intermedia, y el juicio, de todas las garantías y derechos procesales, enfrentándose al proceso en igualdad de condiciones ante jueces que deben decir el derecho y no ante "monarcas jurisdiccionales"[30], cuya altísima concentración de poder generó terribles violaciones a los derechos humanos de imputados, reos y procesados.

[28] Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, p. 99.
[29] Cf. *La Confesión Transaccional y el Juicio Abreviado*, Córdoba, 1992.
[30] Cfr. Salas Montes, Carlos, *Reforma del Liderazgo en el Sistema de Justicia Penal*, Opinión Editorial de Diario "El Heraldo", Honduras, 2001.

La idea de la Constitución jurídica y política es que los ciudadanos ceden su poder de coacción en favor de organizar un Estado poderoso, pacífico y justo, único autorizado para utilizar el (monopólico) poder de coacción estatal (como único uso legal de la violencia física). Para que el naciente Estado no termine por hacer a un lado a quienes lo crean y sostienen, el poder constituyente exige garantías, entre ellas, que para cercenar los derechos constitucionalmente reconocidos de un ciudadano (pena estatal) haya un juicio, en el que se garantice la defensa. A todos los seres humanos sometidos a enjuiciamiento criminal se les debe garantizar que no se impondrá pena estatal que conculque la *inviolabilidad de la defensa de sus derechos en juicio*, se promete que quien acuse no juzgará, y quien juzgue no acusará (principio acusatorio y de juez natural), motivo por el cual la garantía de defenderse en juicio no es compatible con el modelo inquisitivo desde que su implementación está vinculada a las calidades personales del juez inquisidor (sistema de contrapeso entre los sujetos procesales). Cuando se corrompe este sistema se desnaturaliza el sistema de garantías. En este orden de ideas se ha dicho —con acierto— que *quien tiene al juez por fiscal, necesita a Dios por defensor.*

2. Etapa Preparatoria

Durante el abordaje de las garantías constitucionales, se puso en relieve la importancia del juicio previo (CPP, 1) para la imposición de cualquier pena o medida de seguridad. El epicentro del proceso penal lo constituye el juicio, determinando la naturaleza y alcances de dicho instituto jurídico.

Para llegar (o no) a juicio, es necesario que, previo a él, se realice la investigación que permita obtener los elementos de prueba para considerar que la causa amerita ser sometida a debate, existiendo, también, vías alternas que dan solución al conflicto, previstas por el Código Procesal Penal.

Para poder realizar la investigación penal, se ha establecido una etapa previa al juicio que se conoce como Etapa Preparatoria (Título II, Libro Segundo CPP), cuyo objeto es doble[31]:

a) Determinar la existencia del hecho delictivo y los elementos o circunstancias que componen la *imputación objetiva procesal.*

b) Determinar la imputación subjetiva, es decir, identificar a los responsables y establecer su grado de participación en el hecho.

La CR, 92, distingue dos momentos de mérito, aunque con nomenclatura de legislaciones inquisitivas ("*Semi-Plena Prueba*")[32]. La ley procesal establece un puntilloso sistema de realización de las tareas investigativas. Este sistema de investigación penal preparatoria está destinado a evitar las desviaciones del órgano público dispuesto a gerenciar la investigación, lo cual comulga con los principios constitucionales de la administración —de justicia— de la República.

El fin básico del sistema penal es solucionar conflictos sociales (V. Cap. 2), sin perjuicio de que en la práctica asistamos a algunas malas *praxis* profesionales de los sujetos procesales que enlazan el proceso penal a fines subalternos. Los fines genéricos del proceso penal son el legal descubrimiento del hecho histórico y la actuación de la ley sustantiva.

[31] Alvarez, Alejandro y AAVV, *Manual del Juez de Letras*, Tegucigalpa, 2002, ob. cit. p.73.

[32] Ver Capítulo 8, para el desarrollo de problemas dogmáticos sobre la relación CR/CPP y la pluralidad de nomenclaturas propias de al menos tres sistemas.

La tarea probatoria de la instrucción se explicita en el CPP de manera general en los siguientes rubros:

• **Comprobar si existe o no, en grado de probabilidad, el hecho imputable**, a cuyo fin deberán practicarse todas las diligencias útiles para el descubrimiento de la verdad respecto de él y de sus circunstancias, para orientar la posible acusación.

• **Encuadrar penalmente** la conducta imputada y demás elementos fácticos que la integran, para determinar la responsabilidad del imputado con sus atenuantes y agravantes genéricos y específicos, las causas de justificación, "exculpación" o excusa, y demás que influyan en la punibilidad para excluirla, limitarla o ampliarla, todo para orientar la crítica instructoria.

• **Individualizar a los probables partícipes** en los diversos grados, lo que significa concretar el **elemento subjetivo** de la imputación. A este respecto, el instructor no está vinculado por el acto imputativo básico.

• **Determinar la personalidad de los posibles partícipes**, verificando sus condiciones personales, su proyección social y familiar, y otros antecedentes genéricos y específicos relacionados con la persona del imputado y con el hecho que se le atribuye, para determinar su peligrosidad y condiciones de su tratamiento procesal y penal.

• **Comprobar el daño causado por el hecho** en la naturaleza y extensión, aunque no se hubiere ejercido la acción civil, como elemento para graduar la pena y salvaguardar los intereses de los afectados.

• **Asegurar y conservar las fuentes de convicción y los medios de prueba**, la persona de los imputados y los bienes de los responsables, también documentar la actividad cumplida, todo a los fines de preparar el posible juicio.

Sin duda que la investigación instructoria participa de los fines de toda investigación preparatoria para hacer posible (acusación) o de evitar (sobreseimiento) el juicio propiamente dicho, pero específicamente tiende a proporcionar los elementos suficientes para que se produzca el mérito en uno u otro de esos dos sentidos antagónicos.

Durante toda la investigación se debe tener presente esa bilateral finalidad a concretarse en la crítica instructoria, elementos de juicio suficientes para acusar o para fundamentar un sobreseimiento.

En la etapa preparatoria o fase de instrucción, la investigación está a cargo del Ministerio Público, quien, de acuerdo a los resultados de la misma, presenta al juez de letras el requerimiento fiscal, archiva el caso o toma otras decisiones previstas en la ley.

De acuerdo a Alberto Binder[33], se realizan cuatro tipos de actividades: actividades puras de investigación; decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento; anticipos de prueba (prueba anticipada, art. 277 CPP); y decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.

Esta etapa de construcción creativa de los elementos de prueba, para sustentar una posible acusación o sobreseer un proceso, conlleva la realización de una serie de actividades en las cuales el fiscal debe coordinar la investigación. El artículo 92, CPP, establece que corresponde

[33] Binder Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Argentina, 1999, ob. cit. p. 236

la investigación de los hechos punibles y la promoción de la acción penal pública en representación de la sociedad.

En dicha investigación, el juez es un tercero imparcial, la intervención está limitada al control de legalidad, para evitar la vulneración de los derechos fundamentales. Por ello, es importante establecer que la función de coordinación de la etapa investigativa está a cargo del fiscal con la colaboración de los órganos y funcionarios auxiliares y la de control corresponde al juez de letras.

La reforma llevada a cabo en Honduras para superar el proceso penal con "instrucción judicial" reconoce no pocos argumentos, tanto de orden práctico como de orden teórico y la importancia radica en el reordenamiento de los roles procesales y en la garantía, mediante ello, de los derechos de las partes sujetas al proceso penal. Analizaremos, en primer lugar, los fundamentos que impulsaron el cambio y luego la regulación del procedimiento.

2.1. Fundamentos de la reforma

En la reestructuración del proceso penal, varias fueron las ideas que inspiraron la derogación del Código de Procedimientos Penales y la aprobación del Código Procesal Penal, pudiendo esbozar cinco ejes centrales: a) ajustar los roles del juez y del fiscal a la verdadera naturaleza de la potestad que ejercitan; b) facilitar la implementación de políticas de persecución penal; c) dar más agilidad y eficacia a la investigación preparatoria, acordando al fiscal atribuciones autónomas de investigación y de coerción, con garantía de los derechos del imputado; d) personalizar la responsabilidad por la investigación y flexibilizar su infraestructura de personal; y, e) recuperar, para el juicio plenario, el papel central dentro del proceso.

Bajo una óptica puramente técnica o científica, se puede señalar que el desempeño de tareas de investigación que cumplía el juez de instrucción no correspondía con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Si bien históricamente la investigación fue puesta a su cargo buscando mayores garantías para el sospechoso, los resultados, en este aspecto, no han sido precisamente paradigmáticos. La triple función asignada al juez de instrucción (investigador del imputado, contralor de la observancia de las garantías de éste y evaluador del mérito probatorio de su propia investigación) fue menos una **utopía institucional** que una **práctica hipócrita**[34].

Además, parecía artificial que el fiscal basara su acusación en pruebas que no eran recibidas por él y para cuya selección carecía de toda iniciativa vinculante, pues sólo podía proponer diligencias que el juez cumplía si, a su exclusivo criterio, resultaban pertinentes y útiles. A criterio de Félix Avila[35] con la etapa sumarial (Código de Procedimientos Penales de 1984) la intervención del fiscal no era tan necesaria, puesto que el juez tenía todas las facultades para investigar por su propia cuenta, sin la intervención del fiscal.

[34] Explica Cafferata (*Introducción al nuevo Código Procesal Penal, ob. cit.*, p. 65, nota 68) que "El juez de instrucción incumplió 'la utopía institucional del control propio'; dice Maier, Julio B., *Exposición de Motivos del anteproyecto* [...] cit., *Doctrina Penal*, año 11, Nº 42, p. 343. Además, el que "había reunido las pruebas sólo raras veces estaba en condiciones de apreciar su resultado en forma imparcial"; Baumann, Jürgen, (*Derecho procesal penal*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 49). "La imparcialidad de un juez o de cualquier órgano pesquisidor es un estado que la psiquiatría ha rotulado como esquizofrenia [...]". Rodríguez, Mariano, "Los sujetos procesales", en *Semanario Jurídico*, 30/XI/89".

[35] Cfr. Avila, Felix, "Los nuevos roles del Juez y del Ministerio Público en el Código Procesal Penal", Talleres de Litocom, Honduras, abril 2001, p. 30.

2.2. Políticas de persecución penal

Siguiendo al Dr. Cafferata, dentro de los aspectos que integran la política criminal, se halla el referido a la persecución penal.

La persecución penal está regulada en el ejercicio de las acciones penales, donde el sistema legal vigente establece claramente que ciertos delitos serán perseguidos sólo si el ofendido ha decidido hacerlo (acción privada: CPP, 27), otros deberán serlo únicamente si el ofendido lo permite (acción pública dependiente de instancia particular: CPP, 26) y la gran mayoría deberán ser perseguidos en todos los casos (acción pública promovible de oficio: CPP, 25), no admitiéndose excepciones. Es el llamado principio de legalidad, que importa la necesidad de que todo hecho delictivo sea investigado, juzgado y castigado.

Sin embargo, hoy somos muchos los que pensamos que el principio de legalidad está en crisis, tanto porque nunca ha podido ser cumplido fielmente en la práctica, como porque de él no se han obtenido los frutos esperados. Creemos, en cambio, que dicho principio debería tolerar excepciones que autoricen la elaboración de políticas de persecución penal, permitiendo a la vez una utilización racional de los recursos humanos y técnicos afectados a ella.

Aquellos sistemas procesales que siguen el modelo inquisitivo encargan la investigación o desarrollo del sumario al *juez de instrucción*[36]. Una vez que termina de reunir las pruebas, le envía el sumario al fiscal para que sea él quien requiera la apertura a juicio (previa formulación de la acusación). Aun aquellos sistemas que no siguen plenamente el sistema inquisitivo sino el modelo llamado "mixto" o "inquisitivo reformado", le entregan la investigación al juez para que realice una *instrucción formal* y, luego, sobre la base de ese sumario, el fiscal requiera la apertura de un juicio oral y público. Otros sistemas que se acercan más al modelo acusatorio le entregan la investigación preliminar o instrucción directamente al *fiscal*, quien se convierte en el encargado de preparar la acusación que él mismo presentará y pretenderá hacer valer en juicio.

Pero para que la pretendida evolución no se consuma en un mero cambio de nombres (enroque de fiscal por juez) habrá que observar la estructura y el funcionamiento de tales sujetos procesales, y sus actividades en el sistema procesal.

Partiremos por enumerar los actos con los cuales se compone la etapa preparatoria:

a) denuncia, cuando procede;
b) investigación preliminar;
c) requerimiento fiscal; y,
d) audiencia inicial.

3. La Investigación de Parte Interesada

El sentido de toda investigación preparatoria o preliminar, mediante una investigación sumaria, es dirimir si se lleva a juicio —o no— al imputado. Tanto en los delitos de acción penal privada como en los de acción penal pública la regla es que el actor penal investiga en forma previa al "juicio previo".

En los códigos mixtos *proacusatorios* (CPP, Honduras 2002) se instaura la investigación penal preparatoria a cargo del MP. La estructura normativa es, en apariencia, similar a la de procesos

[36] Cfr. Maier, Julio, (*ob. cit.*, p. 355, nota 136).

con juez de instrucción (Modelo Mixto –o inquisitivo reformado-), pero las diferencias prácticas y conceptuales son de importancia extrema, tanto como tener o no al tribunal como tercero imparcial, especialmente de cara a la reglamentación del diseño constitucional que es acusatorio y con juicio por jurados.

Modelo Hondureño 2002

FUNCION PROCESAL		PODER PROCESAL	ORGANO ENCARGADO	CONTROLADO POR
Perseguir y Acusar		Acción	Ministerio Público y Acusador Privado	Juez
Defenderse		Excepción	Defensor particular	Imputado y Juez
Decidir	Ir a juicio	Jurisdicción	Juez	Sala de Apelación
	Juicio		Tribunal de Sentencia	Corte de Casación

En el modelo hondureño (Decreto N° 9-99-E), el MP cuenta con facultades autónomas de investigación, dirección y coerción —con algunas contadas excepciones surgidas mayoritariamente de la Constitución y del propio CPP—, de manera tal que las tareas de *control de legalidad* y *juzgamiento* propiamente dicho quedan en la órbita de la competencia del tribunal personificado por el Juez de Letras.

Puede lograrse un modelo procesal penal diametralmente opuesto en su significación jurídico-política (inquisitivo, mixto, acusatorio) con la modificación de pocos artículos de un código dado; y, obviamente los modelos mixtos proacusatorios se acercarán más a la arquitectura acusatoria constitucional, sin llegar a satisfacerla totalmente.

Veamos ahora en un sistema normativo en concreto —Código Procesal Penal de Honduras— cómo funciona esta fase procesal denominada Etapa Preparatoria (EP). Está construida legislativamente como regla general de investigación preparatoria al juicio propiamente dicho, pero que como toda regla, tiene sus excepciones.

La EP, en cuanto etapa del proceso, ***no es esencial***, desde que existen determinados casos en los que puede llegarse a juicio sin que se haya procedido por el trámite de la EP (así, por ejemplo, en el caso de juicio por delitos de acción privada [37] —**querella**—, previsto en los arts. 405 y ss. del CPP. Aclaramos que si bien no existe instrucción formal, tampoco se realiza una investigación preparatoria a cargo del fiscal del MP ni del Juez de Letras, ya que tal actividad queda en manos del actor penal privado (el ofendido), salvo los supuestos del CPP, 407, en que el "interesado" (el ofendido) solicite que el fiscal realice algunas investigaciones preparatorias [38].

[37] CPP, 27.

[38] CPP, 407, **Investigación preparatoria para intentar una querella.** Cuando para intentar una querella sea imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar por no haber sido posible identificar al querellado o determinar su domicilio o residencia, o cuando sea necesario establecer en forma clara y precisa el hecho punible, el interesado le solicitará al Ministerio Público que haga las investigaciones correspondientes para, oportunamente, intentar la querella respectiva.

La etapa no es esencial pero sí ***fundamental***, ya que cuando está prevista por los códigos, en la integración del trámite investigativo de los delitos de acción pública, no puede omitírsela sin incurrir en la nulidad de todo lo actuado.

Órganos característicos de la EP son el fiscal accionando y el juez de letras controlando. En todos los casos el órgano investigador es distinto (como institución y en su integración personal) al tribunal de juicio (Tribunal de Sentencia).

La agencia investigativa (fiscalía) está dotada legalmente de amplias atribuciones de gobierno e investigación, pero sus atribuciones decisorias no son tan plenas para garantizar la desconcentración del poder. La afirmación responde a que no se puede incriminar definitivamente (condenar), sólo se puede *acusar* —el fiscal—, *elevar la causa a juicio* —el juez de letras—, y *sentenciar* —el tribunal de juicio previo—.

En lo desincriminatorio, el juez de letras está facultado por ley para cerrar definitiva e irrevocablemente el proceso respecto del imputado, cuando exista certeza negativa sobre los extremos de la imputación delictiva (CPP, 296), dictando el *sobreseimiento*. El sobreseimiento, al igual que todas las resoluciones definitivas, son jurisdiccionales.

La **finalidad** específica de la EP es dar base a la acusación o al sobreseimiento; con mayor precisión puede decirse que la finalidad es obtener elementos de convicción suficientes (evidencias)[39] para enjuiciar al imputado promoviendo la acción penal (CPP, 92) o para evitar definitivamente[40] su enjuiciamiento, cuando no fuere posible fundar una acusación en los términos exigidos por el CPP, 302 como contenido del auto de apertura a juicio.

El CPP prevé también que la EP tenga por finalidad impedir que el delito ya cometido produzca consecuencias ulteriores (CPP, 279, 5to. Párrafo)[41], función que es cumplida, incluso, por la Policía (CPP, 273), a cuyos efectos se autorizan "medidas cautelares" como la aprehensión (CPP; 175, inc. 2).

Así, en su finalidad o **función**:

- **negativa** la EP impide llegar a acusaciones infundadas, injuriantes o calumniosas, evitando juicios inconducentes e innecesariamente lesivos para el ciudadano perseguido penalmente, a más de significar un gasto económico y funcional significativo para las arcas del Estado. Las energías persecutorias habrán de racionalizarse siguiendo pautas de política criminal que maximicen los resultados, tanto en la cantidad como en la calidad de causas llevadas a sentencia tras juicio previo.
- **positiva** proporciona los elementos necesarios[42] para **la acusación como única base del juicio**. En lo fáctico, la acusación representa un techo fáctico o límite *ad quem*, por aplicación del principio de congruencia positivizado en el CPP, 337.

[39] Probanzas pertinentes y útiles. Véase reseñas de clases sobre prueba.

[40] Mediante el dictado del sobreseimiento (CPP, 296, 294 inc. 1; 302 *in fine*) el que será apelable 354 inc. 1. Lo mismo sucede en caso de conciliación en los delitos de acción privada (CPP, 408) o cuando hubiere perdón, retractación y explicación satisfactoria del ofensor (CPP, 412) o desistimiento expreso de la querella (CPP, 413), pero en estos casos a cargo del Tribunal de Sentencia.

[41] "*En los casos a que se refieren los dos párrafos precedentes, la Policía Nacional o el Ministerio Público según corresponda, sólo podrán actuar de oficio para impedir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación*".

[42] Con fundamento en evidencias seleccionadas y conservadas que deberán confrontarse con el contralor y discusión de las partes (contradictorio) al recibirse en la audiencia de debate, para alcanzar el rango de "pruebas" sobre el tema fáctico delimitado en la acusación.

La acusación se apoya convictivamente en las *evidencias* logradas con un limitado control de las partes durante la EP, en tanto que la sentencia sólo puede basarse en las pruebas (sometidas a la examinación cruzada —*cross examination*— de las partes en juicio) producidas durante el debate abierto mediante la pieza acusatoria.

El adelanto probatorio de los denominados actos definitivos e irreproductibles es una forma de "exportar" pruebas (no ya evidencias) de una etapa (EP) a otra (juicio). De este modo, los actos definitivos e irreproductibles cuya recepción durante la IFP constituya un verdadero *anticipo de prueba* (CPP, 277), dada la imposibilidad de reproducirlos en el debate (CPP, 311), implican necesariamente dotar a las partes —durante la EP— de todas las posibilidades que tendrían en juicio para examinar y contraexaminar los elementos de convicción que habrán de constituirse en prueba (prueba preconstituida) para el debate y la sentencia en juicio (CPP, 277, cuarto párrafo).

Si bien la sentencia sólo puede basarse en los actos del debate oral (CPP, 311 y 338, cuarta regla, numeral 2), algunos elementos de la EP pueden introducirse por vía de la lectura en los casos previstos como "lecturas autorizadas" taxativamente ya que *ningún otro elemento de prueba podrá introducirse por su lectura a juicio* y en la práctica bien pueden constituir una importante fuente de "importación" de elementos de convicción, de donde el tribunal de sentencia los toma para poder deliberar y sentenciar con base en ellos.

El sistema se desnaturaliza (se corrompe) cuando la impronta de la investigación sobre el juicio es tal que se vacía de contenido el juicio propiamente dicho, y de este modo se rodea el derecho de defensa aplicándole una suerte de *by pass*, todo lo cual significa una importante incidencia de la EP sobre el juicio y, consecuentemente, del inquisitivo sobre el acusatorio. Cuando esto último sucede se desmerece seriamente el procedimiento penal que pretende ser reglamentario del modelo constitucional.

La EP, como reacción estatal frente al delito, representa un eficaz resorte de la política criminal del Estado, particularmente cuando la investigación está a cargo del MP, como sucede en Honduras que es uno de los órganos encargados de fijar la política criminal en el Estado de Derecho.

3.1. Actos iniciales de la investigación fiscal preparatoria o EP

Los órganos de investigación (MP, Policía) requieren tomar conocimiento de un hipotético hecho delictivo. Este conocimiento proviene del conocimiento directo del oficial de la agencia o del producido por una denuncia.

Son diversas las situaciones que pueden plantearse según sea la institución de que se trate. Fiscales y jueces nunca intervienen en causas cuyos hechos hayan conocido en forma directa, ya que en tal caso serán testigos en un proceso en el que no podrán asumir el constitucionalmente repugnante "doble rol", motivo por el cual se prevé expresamente como causal de excusación o recusación (CPP, 83, 95), evitando este doble rol de juez y testigo, fiscal y testigo, todo lo cual no impide que el funcionario efectúe la denuncia correspondiente ante el órgano competente. El juez o fiscal que conoce el hecho como simple ciudadano no está obligado legalmente a denunciar, acto que le es facultativo.

En rigor, los jueces integran tribunales (aún los unipersonales) y la función de estos es decidir *sobre* lo investigado, no investigar, y menos aun decidir sobre lo investigado por ellos, actividad

que es propia del *pesquisidor* (**juez inquisidor**). Investigar es propio de fiscales (y policías), querellantes, actores civiles o la defensa, quienes piden ante los tribunales para que éstos digan el derecho (*iuris diction*) aplicable al caso concreto según la ley dada por el legislador.

El CPP no prevé la posibilidad de denunciar ante el juzgado, debiendo el denunciante concurrir ante la agencia que corresponde: Ministerio Público o Policía Nacional (CPP, 267). La agencia receptora por antonomasia de la *notitia criminis*, que permitirá formar un proceso penal, es la fiscalía, por ser el órgano estatal predispuesto para la persecución penal y el titular de la acción penal.

En la ley se prevé (y en la práctica sucede con mucha frecuencia) que el proceso penal comience con la actividad de la Policía, al tener conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, sin embargo, por su rol de dependiente funcional en materia de investigación al MP, debe comunicar a este a la brevedad (lo antes posible y sin dilaciones) la recepción de la información de cada delito de que tengan noticia.

Tanto la prevención o información policial como el requerimiento fiscal de instrucción pueden haberse originado en la *notitia criminis* traída por la denuncia de un particular. La ley (CPP, 268) le otorga la facultad de denunciar un hecho punible a todo el que haya presenciado o tenga conocimiento directo de la comisión de un delito o falta de acción pública.

El **gerenciamiento investigativo** está a cargo del fiscal. Insistimos aquí en que el proceso es una serie de actos y no las actas —que describen aquellos actos— acumuladas en un legajo llamado "expediente". Lo sustantivo es gobernar el proceso, *gerenciar la actividad investigativa* y no poseer la resma de actas (expediente), sin perjuicio de que en la práctica los operadores jurídicos siguen asociando la posesión del expediente con la detentación del poder judicial. Esto es tan erróneo como confundir el edificio donde funciona una institución con la institución misma, criterio según el cual las mejores universidades serían aquellas de mejor infraestructura, o afirmar que la administración de justicia de un Estado es buena, regular o mala en función de la ornamenta edilicia.

3.2. La denuncia

Para que comience la actividad investigativa se requiere la afirmación —cuando menos hipotética— de un hecho, y que ese hecho sea típico, es decir, que los órganos estatales predispuestos (policía, fiscal) para la tarea investigativa tomen conocimiento de un hipotético hecho delictivo, sea que lo conozcan directamente o que reciban noticia de él —*notitia criminis*— por un particular que denuncia el hecho conflictivo inicial.

Quien trae esta noticia incriminante es el *denunciante*, quien puede tener o no un interés directo en el esclarecimiento del hecho que denuncia, el que puede haber conocido directamente (testigo) o sólo tener referencias de él (testigo de oídas que trae para la investigación de dichos hechos).

De manera que **denunciante puede ser** *cualquier persona*, aunque no esté vinculada al hecho, pero ese **hecho debe ser posiblemente delictuoso y perseguible por acción de ejercicio público**. Sin embargo, cuando el delito *dependa de instancia privada* sólo podrá denunciar *quien tenga el derecho de instar* (CPP, 27, 268).

Denunciante es la persona que produce la denuncia. Se trata de la persona física que, asumiendo responsabilidad por su acto, transmite la *notitia criminis* a la autoridad predispuesta para recibirla, desencadenando la persecución penal al dársele curso. Su intervención se agota con el acto de la denuncia, por cuanto con **ese acto no ejerce la acción penal** ni se vincula con el futuro del proceso, como tampoco se le confiere la calidad de parte —en sentido técnico— en el proceso.

La **denuncia penal** es la comunicación presentada a la agencia investigativa competente, cumplida con las formalidades de la ley, sobre el *conocimiento directo* o *indirecto* que el denunciante tiene acerca de un hecho que se describe como típicamente delictivo y obligatoriamente perseguible por el Ministerio Público.

Los ciudadanos no están obligados a denunciar los hechos presuntamente delictivos, aunque se pueda considerar deseable que lo hagan. Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un Estado policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante —agente— del orden: tal sociedad totalitaria no es recomendable, ni respondería a los principios republicanos de nuestra Constitución.

Por regla es una colaboración facultativa, pero hay casos en que se prohíbe y otros en los que se impone. Puede formularla cualquiera que "*tenga noticia de un delito cuya represión sea perseguible de oficio*", ante el fiscal (CPP, 268). Las formalidades que la ley prevé para el acto tienden a impedir el anonimato, y por ende la delación, *asegurando la responsabilidad del que la formula* en casos de falsedad o calumnia (CPP, 271), ya que de lo contrario no incurriría en "responsabilidad alguna". No se prevé que cargue con las costas ni otro tipo de responsabilidad.

3.2.1. Forma y contenido

La denuncia puede presentarse en forma verbal o escrita (CPP, 270), sin la participación necesariamente de un abogado. Las denuncias verbales deberán asentarse en acta (verbalidad actuada) que se levantará al efecto de lo referido oralmente por el denunciante. Deberá contener la firma del denunciante y de la autoridad que haya levantado el acta.

La denuncia no puede ser anónima. La ley (CPP, 270, numeral 2) establece que se debe dejar constancia del nombre, apellidos y domicilio del denunciante y la identificación plena del funcionario que toma la denuncia. El nombre del denunciante puede mantenerse en reserva y no constar en el texto de la denuncia, en casos justificados, tomando en cuenta que no aplica respecto del fiscal y del juez y no le exime de responsabilidad por denuncia falsa.

La denuncia ha de **contener** (CPP, 270) la indicación del lugar y fecha; el nombre, apellidos y domicilio del denunciante (debiendo consignarse el documento de identificación personal); la relación circunstanciada del hecho; la indicación del nombre, apellidos y domicilio de cuantas personas hayan intervenido en el hecho o puedan proporcionar información sobre lo sucedido (o, en caso de que esos datos no fueren conocidos, deberán indicarse cualesquiera otros que puedan servir para la identificación y localización de tales personas); y, la firma del denunciante y de la autoridad que haya levantado el acta.

La denuncia puede presentarse ante cualquier autoridad de persecución penal. La ley establece que la denuncia puede presentarse ante la policía (sin especificar) o ante cualquier otra autoridad competente (CPP, 268). Con base en dicha referencia, la Policía Preventiva, la Dirección General de Investigación Criminal, Ministerio Público y Jueces de Paz (cuando no exista otra autoridad o no esté disponible por alguna razón) pueden recibir la denuncia.

Con la denuncia, el fiscal asignado al caso deviene obligado a tomar una decisión en torno al hecho punible. Puede iniciar la investigación si considera que el hecho tiene apariencia delictuosa, o decide no perseguir y declarar su archivo administrativo (LOMP, 40; CPP, 28).

3.2.2. La obligación de denunciar y sus excepciones

Como norma general, cualquier persona **puede** denunciar un hecho delictivo de acción pública (CPP, 268), sin embargo, **deben** hacerlo, por obligación emanada de la norma procesal, las siguientes personas (CPP, 269):

a) los funcionarios o empleados públicos que tengan conocimiento de los mismos, en ocasión de sus funciones;

b) los médicos, farmacéuticos, estudiantes de medicina u odontología, enfermeros, paramédicos, parteros y demás personas relacionadas con el ejercicio de profesiones, oficios o técnicas vinculadas con la salud, que tengan conocimiento de acciones u omisiones penales durante el ejercicio de actividades; y,

c) los representantes de las personas naturales, los gerentes, administradores o representantes legales de las personas jurídicas y en general, quienes tengan bajo su cuidado bienes ajenos, que tengan conocimiento de delitos cometidos en perjuicio de los intereses con los que estén relacionados.

Si nos atuviéramos al principio acusatorio en su formulación ortodoxa los órganos receptores típicos deberían ser el Ministerio Fiscal y la policía, en cuanto dependiente de la primera a esos fines, a través del funcionario que actúa ante el instructor, o sea el fiscal de instrucción, para que en base a ella promueva la acción penal, si fuere procedente.

Lo más frecuente sigue siendo la presentación de la denuncia ante la autoridad policial (CPP, 267). La denuncia será la base de la prevención policial y el contenido de la comunicación policial al fiscal de instrucción, quien dirigirá a la policía para que investigue antes de remitirle el sumario conteniendo las diligencias ordenadas por el fiscal.

Su **admisión** *vincula al órgano receptor*, que debe actuar conforme a los imperativos legales. Este es el verdadero valor del acto, cualquiera fuere la intención del denunciante, el que, por tanto, *no puede impugnar su desestimación*. Su facultad se agota con el acto de denunciar, quedando sólo vinculado sustancialmente para el caso de falsedad. En el curso del proceso ya no será denunciante sino testigo.

Su rechazo se denomina desestimación, e implica el archivo de las actuaciones labradas hasta el momento, sin perjuicio de continuar con las tareas de inteligencia e investigación que permitan reflotar la vocación persecutoria en función de la obtención de nuevas evidencias. (Ver inciso 4, Archivo)

3.3. Prevención Policial

La prevención policial es "la intervención primaria que realiza la policía preventiva cuando se presenta en el lugar donde se ha cometido el delito".[43] Ante cualquier noticia que parezca verosímil,

[43] Diagramas de Flujo del Código Procesal Penal, Comisión Interinstitucional de Justicia Penal (CIPJ)/ UTR del Poder Judicial/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ DPK Consulting/ USAID-Honduras, p. 16.

la ley establece que la policía debe intervenir directamente con el objeto de evitar que el hecho se consuma, que tenga mayores consecuencias o para asegurar los elementos de investigación.

También debe identificar y evitar la fuga de los presuntos responsables. El CPP, enumera (art. 273), a modo de ejemplo, las atribuciones de la policía, pudiendo realizarlas autónomamente, siempre que la ley no establezca la necesidad de orden judicial:

a) Citar a cualquier persona que pueda aportar datos relacionados con el hecho que se investiga y recibirle la correspondiente declaración.
b) Practicar inspecciones oculares en archivos, registros contables, documentos o sitios que formen parte de oficinas públicas, o de oficinas o locales privados abiertos al público.
c) Realizar pericias en todos los campos de la criminalística y de la Medicina Forense.
d) Adoptar las medidas urgentes y necesarias para preservar los elementos de prueba susceptibles de perderse.

La prevención policial puede darse con detenido o sin detenido, en ambos casos, la policía debe comunicar de inmediato al Ministerio Público que ha intervenido o que ha comenzado la investigación de un hecho (6 horas). La Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) debe enviar un informe sobre la investigación y poner a disposición del fiscal los objetos secuestrados en un plazo máximo de tres días (CPP, 283).

El acta de la prevención policial es un documento regido por las reglas de la prueba documental. Luego de recibida por el Ministerio Público la prevención policial, está obligado a tomar una decisión sobre la acción penal: no ejercerla y ordenar el archivo o continuar la investigación del caso.

3.3.1. Composición y subordinación

Se tiende a la consolidación de una formación jurídica y cívica de los integrantes de la policía para proveer a la actuación ceñida al derecho vigente y alejada de sus excesos, extralimitaciones que no pocas veces cuentan con el consentimiento expreso, tácito o sistemático de operadores de encumbrada ubicación institucional.

Originariamente, con el surgimiento del Ministerio Público se previó la subordinación funcional, en materia de investigación, de la Policía a dicha institución. De hecho, un avance democrático en Honduras para la consolidación del principio acusatorio lo constituyó el surgimiento de la DGIC como un brazo técnico del MP.

Sin embargo, con la creación de la Secretaría de Seguridad, se transfirió la DGIC a dicha dependencia estatal. Aun así, la Ley Orgánica de la Policía Nacional (art. 33) prevé la sujeción funcional y la actuación técnico- jurídica a cargo de la Fiscalía.

El CPP establece que *"En el cumplimiento de sus funciones, los miembros de la Dirección General de Investigación Criminal (DIGC) actuarán por propia iniciativa, de acuerdo con las orientaciones generales impartidas por los Fiscales y ejecutarán las ordenes de actuación concreta que de ellos reciban, en relación con el hecho investigado, cumpliendo sus cometidos de modo de que se alcancen los fines perseguidos por aquellos"* (CPP, 279, primer párrafo).

La inversión de roles en el proceso investigativo demanda la coordinación interdisciplinaria y el fortalecimiento de los órganos en las funciones emanadas del Código Procesal Penal. En ese sentido, la importancia que posee la investigación *científica* en el proceso penal, requiere que la prueba técnica, la evidencia física y todo elemento conducente al esclarecimiento de un hecho, implica necesariamente la dirección de un órgano con la formación *científica* para conducir la investigación, como es el Ministerio Público en estrecha relación funcional con la policía.

La documentación que respalde la actividad cumplida debe ser fiel, concreta y precisa, para lograr la cadena de custodia de las evidencias, su seguimiento probatorio y fijación del hecho, y permitir su calificación legal.

3.4. Iniciativa del Ministerio Público

La iniciativa del Ministerio Público "es la iniciación de la investigación por decisión del fiscal en virtud de cualquier información que haya obtenido que le permita pensar que se ha cometido un delito" [44].

Con la desjudicialización de la etapa de investigación, el Ministerio Público asume el control de las averiguaciones previas al juicio, debiendo por ley (CPP, 92) investigar los hechos punibles en representación de los intereses jurídicos de la ciudadanía, con absoluta objetividad y velando por la correcta aplicación de la ley (CPP, 93).

Conocido un hecho delictivo, a través de medios confiables, la Fiscalía debe registrar el caso y practicar los actos de investigación concernientes al mismo, pudiendo ordenar a la DGIC la realización de otros que sean necesarios (CPP, 279). Puede hacerlo en virtud que, como responsable del ejercicio de la acción penal pública, la oficiosidad para la investigación de los hechos (CPP 1984) ya no corresponde al juez de letras sino al fiscal (CPP, 25).

Recibida la información de la policía, el fiscal dejará constancia del contenido de ella y de la forma en que esta ha llegado a su conocimiento. Si procede, el MP decide continuar la investigación.

3.5. Acusación Privada

La acusación privada *"es el acto por el cual la víctima de un delito solicita ser reconocida como parte en el proceso penal. La ley garantiza el derecho a la víctima de participar en el proceso penal y de promover la persecución penal pública. La presentación de la acusación privada no obliga al fiscal a presentar el requerimiento fiscal*[45].

Luego que la víctima recurre ante el abogado, presenta la acusación privada ante el juez de letras, quien recibe y registra los requisitos de admisibilidad. Si están completos, resuelve admitirlo como parte y remite las actuaciones al Ministerio Público.

Recibidas las actuaciones, el MP recibe, registra y asigna un fiscal para el caso. Posteriormente decide continuar la investigación o no ejercer la acción.

[44] Diagramas de Flujo del Código Procesal Penal, CIJP / UTR del Poder Judicial/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia-DPK Consulting-USAID-Honduras. p. 30.
[45] Diagramas de Flujo del Código Procesal Penal, CIPJ / UTR del Poder Judicial/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia-DPK Consulting-USAID-Honduras. p. 32.

El CPP (art. 99) contempla los requisitos que debe contener la acusación privada:

a) establecer la suma y la designación del Tribunal, contentiva del delito por el cual se acusa;
b) el nombre, apellidos y demás generales de quien se propone actuar como Acusador Privado;
c) una relación sucinta de los hechos;
d) el nombre, apellidos y demás generales del imputado, si los conoce el acusador;
e) indicación precisa de las pruebas con que cuente o de las que tenga noticia;
f) la petición concreta de ser tenido como parte; y,
g) manifestación expresa del poder que le confiere el profesional del Derecho que lo asista y la firma del acusador.

4. Archivo Administrativo

Recibida la denuncia, la prevención policial o una acusación privada, el fiscal debe tomar una decisión: realizar la investigación y presentar el requerimiento fiscal o no ejercitar la acción penal y archivar el caso.

El archivo - administrativo- es el estado pasivo de los casos ordenados por el Ministerio Público, manteniendo, en algunos casos, la posibilidad de ser reactivados en el futuro.[46]

Conforme al principio de legalidad procesal, el Ministerio Público debe iniciar la persecución de todo hecho con apariencia de delito para su juzgamiento en caso de comprobarse la responsabilidad penal de una persona. Este concepto, que implica la inevitabilidad de la promoción de la acción penal, está en crisis, porque los resultados sociales de las decisiones judiciales emanadas de la aplicación de dicho principio, ponen al descubierto una realidad que demuestra que el ejercicio de la acción penal pública para todo hecho no ha sido pragmáticamente eficaz[47].

Por esa razón y muchas otras que se discuten, el Estado de Honduras al aprobar el Código Procesal Penal, para resolver el congestionamiento de procesos que no ameritan el gasto técnico y económico del poder penal, previó la aplicación de una excepción: el principio de oportunidad. Dentro de las medidas de oportunidad para la abstención (total o parcial) del ejercicio de la acción penal, se estableció el criterio de oportunidad (CPP, 28).

Esta y otras razones permiten el archivo administrativo en sede fiscal. Podemos enumerarlas:

a) Por la aplicación del criterio de oportunidad (CPP, 28 y ss.).
b) Cuando no se ha podido identificar al presunto responsable (LOMP, 40).
c) Cuando resulte de las investigaciones que no se ha cometido un delito (LOMP, 40).
d) Cuando exista un obstáculo a la persecución penal.

Es importante establecer que el archivo administrativo en sede fiscal no cierra el caso, la investigación puede reiniciarse, si el MP considera que hay méritos para proceder, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. Sin embargo, la aplicación del criterio de oportunidad genera la extinción de la acción penal (CPP, 42, numeral 2).

[46] Diagramas de Flujo del Código Procesal Penal, CIPJ / UTR del Poder Judicial/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia-DPK Consulting-USAID-Honduras, p. 38.
[47] Cfr. Cafferata Nores, José, Introducción al Derecho Procesal Penal, Marcos Lerner Editora, p. 32.

Además del archivo, una vez finalizada la investigación, el fiscal si no encuentra razones para archivar el caso, puede presentar ante el juez los siguientes requerimientos (CPP, 284):

a) Suspensión condicional.
b) Procedimiento abreviado.
c) Sobreseimiento definitivo.

Si el fiscal encuentra elementos racionales de gran probabilidad para creer que el imputado podría tener alguna participación en el caso y que se desarrollaría el debate, continúa con la acción penal presentando el requerimiento fiscal al juez de letras.

5. Requerimiento Fiscal

De acuerdo al Código Procesal Penal, Félix Ávila conceptualiza el requerimiento fiscal de la manera siguiente: "es aquel acto del proceso penal, mediante el cual, una vez concluidas las investigaciones iniciales, el Ministerio Público, calificando provisionalmente los hechos, y con gran probabilidad de que la persona investigada es la autora del hecho, hace una formal imputación, e interesa del órgano jurisdiccional el formal procesamiento del investigado[43].

Presentada la denuncia, la acusación privada o una prevención policial, se pone en marcha el proceso. Efectuadas las *investigaciones iniciales*, de las cuales se desprenda plena prueba de la comisión de un hecho delictivo e indicio racional de la participación del imputado en el mismo, el fiscal puede presentar el requerimiento fiscal, por considerar los méritos para dictar el auto de formal procesamiento. El procedimiento varía según el caso.

5.1 Modalidades

5.1.1 Procedimiento a partir de una denuncia o de una acusación privada

Con la denuncia o la acusación privada, el fiscal inicia las investigaciones y con ellas puede presentar el requerimiento fiscal y simultáneamente puede:

a) Solicitar al juez de letras que fije fecha para la declaración del imputado y que lo cite.
b) Solicitar al juez que libre orden de captura contra el imputado.

Al finalizar la declaración de imputado o después de haber decidido abstenerse de declarar, el Juez deberá decidir si decretará la detención judicial o las medidas cautelares sustitutivas (CPP, 292).

5.1.2 Procedimiento a partir de la prevención policial sin detenido

El procedimiento es similar al de denuncia o acusación privada. Puede ser que el fiscal haya iniciado de oficio la investigación o haya puesto en libertad a la persona por no estar justificada la detención judicial.

[43] Avila Ortiz, Felix Antonio, "Los nuevos roles del Juez y del Ministerio Público en el Código Procesal Penal", Talleres de Litocom, Honduras, abril 2001, p. 87

Continúa la investigación y si considera la presentación del requerimiento fiscal, solicitará al juez de letras fije la fecha y hora para la declaración del imputado. Si considera que no existen las causas justificativas para la detención judicial por el término de ley, deberá expresarlo (CPP, 285, numeral 2).

Si el MP estima que concurren tales circunstancias, solicitará al juez que se libre orden de captura (CPP, 285, numeral 2).

5.1.3 Procedimiento a partir de la prevención policial con detenido

Cuando la persona ha sido detenida por la policía, esta lo comunica dentro del plazo de 6 horas al fiscal de turno y al juez competente (CPP, 175 último párrafo). La policía entregará el acta de detención y el informe del procedimiento policial. Con ello, el fiscal debe decidir[49]:

a) Si considera que la detención se realizó sin las formalidades de ley o que no existe mérito para presentar un requerimiento fiscal, el fiscal pondrá fin inmediatamente a la detención de la persona y ordenará a la policía que los ponga en libertad. Seguidamente archiva el caso (LOMP, 40).

b) Si considera que existen razones para pensar que el detenido cometió el delito, pero aun no hay elementos suficientes para presentar el requerimiento fiscal, podrá ordenar la libertad del detenido y continuar la investigación hasta reunir los elementos para la presentación del requerimiento fiscal. Luego, el trámite continúa como cuando no hay detenido y la presentación del requerimiento fiscal no está sujeta a plazo.

c) Si considera que es posible una solución distinta al requerimiento fiscal, como el criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal, sobreseimiento definitivo, procedimiento abreviado, así lo ordenará (criterio de oportunidad) o lo solicitara (demás casos). Si el fiscal no logra la aplicación de cualquiera de ellos y decide ejercer la acción penal, sigue el trámite como cuando no hay detenido.

d) Si considera que el informe policial brinda suficientes elementos para fundar el requerimiento fiscal, lo presentará en un plazo no mayor de 24 horas, junto con el detenido para que se le tome declaración ante el juez.

5.1.4 Requerimiento con persona ausente del territorio nacional

Dentro del proceso, alguna persona involucrada en los hechos puede abandonar el país o por alguna razón encontrarse fuera. El fiscal, con el fin de solicitar su extradición, presentará el requerimiento fiscal de acuerdo a los procedimientos supra mencionados, conforme a las leyes y tratados que regulan la materia (CPP, 285, numeral 3).

[49] Álvarez, Alejandro y AAVV, Manual del Juez de Letras, Corte Suprema de Justicia/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ DPK Consulting/ USAID-Honduras, Honduras, 2002, ob. cit. p. 83 y 84.

5.2. Forma y contenido

La reforma en el proceso implica el cambio de paradigmas en cuanto al desarrollo, fundamentación y decisiones judiciales. La importancia que tiene la investigación en la definición de las causas, requiere ineludiblemente la motivación de las decisiones de los órganos investigativos y jurisdiccionales.

Es importante que la fundamentación del relato fiscal sobre las investigaciones se haga prioritariamente sobre los *hechos investigados* que sirvan al juez para fundar veridicamente los *hechos probados*. Es necesario que la exposición de los hechos sea precisa y sobre las cuestiones fácticas, no sobre las actuaciones policiales y fiscales[50].

La regulación de la forma de presentación del requerimiento fiscal, más que un asunto de mera formalidad es un asunto de contenido sobre la finalidad del proceso. La investigación de los hechos requiere la participación de todos los sujetos procesales con respeto a sus garantías y derechos. Además de servir para las pretensiones del MP y para las decisiones jurisdiccionales, el requerimiento fiscal es la base sobre la cual el imputado puede defenderse; he allí la importancia de la claridad y precisión de su contenido.

Los requisitos del requerimiento fiscal son (CPP, 293):

a) el nombre y apellidos del imputado;
b) la relación sucinta de los hechos;
c) el delito que se imputa;
d) la relación de las pruebas mediante las cuales pretenda acreditar la existencia del delito y la participación del imputado en la comisión de aquel;
e) la petición que, según las circunstancias, proceda conforme a derecho; y,
f) el lugar, fecha, firma y sello del Fiscal.

La participación del juez de letras en el requerimiento fiscal se basa en la ley. El CPP (art. 58, numerales 1 y 2) señala la competencia de los jueces de letras, debiendo conocer las peticiones y *requerimientos* planteados por el Ministerio Público conforme a lo prescrito en el Código y sustanciar los asuntos propios de la etapa preparatoria.

En este momento, en forma general, el juez deberá controlar la legalidad de la *investigación preliminar*. Deberá tomar decisiones como la admisibilidad del recurso, procedencia de medidas cautelares, tomar declaración del imputado.

Al recibir el requerimiento fiscal, el juez de letras debe[51]:

a) verificar las condiciones de admisibilidad del requerimiento;
b) ordenar la recepción de la declaración del imputado; y,
c) si el fiscal solicitó que se dicte la orden de captura, examinar los argumentos del fiscal y los elementos de prueba que le han sido aportados y comprobar si existe peligro que el imputado no concurra a la citación a declarar y se dé a la fuga. Si concurren, debe dictar la orden de captura; si no es necesaria denegará el pedido, fijará la fecha y hora para la declaración del imputado y lo citará.

[50] Avila, Felix, "Los nuevos roles del Juez y del Ministerio Público en el Código Procesal Penal", Talleres de Litocom, Honduras, abril 2001, p. 93
[51] Álvarez, Alejandro, Manual del Juez de Letras, Honduras, 2002, ob. cit. p. 86.

Si el imputado se encuentra detenido, o no encontrándose detenido pero existe peligro de fuga, el juez dictará inmediatamente el auto que da curso al requerimiento fiscal. En los demás casos, se resolverá dentro de los tres días hábiles siguientes a su presentación (CPP, 143).

5.3 Declaración de imputado

La declaración del imputado es el momento en el cual el imputado toma conocimiento de la imputación y tiene la posibilidad de declarar en su defensa. Se realiza en presencia del juez de letras y del defensor[52].

El juez recibe al imputado y le consulta si tiene defensor, si piensa nombrar uno o se le nombra defensor público. Teniendo defensor, el imputado se entrevista con el defensor (público o privado) y le asiste si es necesario.

5.3.1 Información de derechos

En la judicatura, el juez le informa, entre otros, los siguientes derechos (CPP, 101, 287):

a) Conocer los hechos constitutivos de delito que se le atribuyen.
b) Que se le permita comunicar de manera inmediata el hecho de su detención y el lugar en que se encuentra detenida, a la persona natural o jurídica que él desee.
c) Ser asistida, desde su detención o llamado a prestar declaración, por un Profesional del Derecho.
d) A entrevistarse personalmente con su defensor desde el inicio de su detención.
e) A abstenerse de declarar sin que esta decisión sea utilizada en su perjuicio.
f) A que no se empleen en su contra, medios que de cualquier forma lastimen su dignidad personal.
g) A no ser sometida a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad.
h) A que no se empleen medios que impidan su movilidad durante la realización de las actuaciones procesales.
i) Contar con la presencia de un traductor si su idioma materno no es el castellano o si no lo maneja con solvencia.
j) No jurar decir la verdad.
k) Proponer prueba.

La información de los derechos implica poner en conocimiento del imputado los derechos consagrados, no solo en la ley procesal penal, sino también los derechos que le confiere la Constitución de la República y los instrumentos jurídicos internacionales que forman parte de nuestro derecho interno, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (leyes de orden superior al Código Procesal Penal, CR, 18).

[52] Diagramas de Flujo del Código Procesal Penal, CIPJ / UTR del Poder Judicial/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia-DPK Consulting-USAID-Honduras, p. 98.

5.3.2 Desarrollo de la declaración

Es importante que la declaración del imputado cumpla los fines que persigue, insistiendo en que la misma debe servir para darle a conocer la imputación en su contra y pueda servirle como un medio de defensa. No debe pretender convertirse en un juicio para determinar su responsabilidad penal.

Si se persigue esa finalidad, es importante que el sujeto procesal cuya participación en la declaración es el eje de la misma, reciba la información en forma clara, sencilla, sin términos técnico-jurídicos que limiten el ejercicio real de su derecho a defenderse de lo que se le imputa.

Informado de sus derechos el imputado, el juez verifica la presencia de las partes, le comunica la actitud que debe adoptar en el juzgado y le pregunta si desea declarar. Si este decide declarar, el juez le informa sobre los hechos imputados y los medios de prueba en su contra, pidiéndole declarar sobre los hechos y aportar prueba en su caso.

El imputado, pudiendo consultar con su defensor, declara sobre los hechos que se le imputan y propone medios de prueba en su caso; el juez luego le concede la palabra, por su orden, al fiscal y al defensor para el interrogatorio. Si el imputado decide no declarar, se omite también la participación del fiscal y del defensor.

Al finalizar el interrogatorio, el juez dará la palabra al fiscal con el objeto de plantear si considera necesario se dicte la detención judicial (plazo máximo de 6 días), se dicte otra medida cautelar o se cite al imputado a la audiencia inicial.

El juez le permitirá al defensor, imputado y acusador privado (si lo hubiere) a manifestarse sobre la solicitud del fiscal. Habiendo ocurrido esto, el juez levanta el acta (por medio del secretario), la cual firman las partes y, ordenando a las partes abandonar el despacho, procede a preparar la resolución.

5.3.3 Decisión jurisdiccional

Desarrollada la declaración (o no), el juez debe tomar una decisión:

a) Ordenar la detención judicial.
b) Ordenar otras medidas cautelares sustitutivas por 30 días máximo.
c) Ordenar libertad por falta de méritos.

Dictando su resolución, el juez debe señalar fecha y hora de la audiencia inicial, dentro de un plazo que no exceda de seis (6) días si el imputado queda detenido o dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días (calendario) si no queda detenido. Debe ordenar citar a las partes.

6. Audiencia inicial

La audiencia inicial es provocada por el requerimiento fiscal, en la cual se debe determinar si es necesario aplicar al imputado una medida de coerción. En una aproximación conceptual, se puede definir como: *"la fase de la etapa preparatoria que se efectúa ante el órgano jurisdiccional a requerimiento del Ministerio Público a fin de que se decida de acuerdo a los argumentos y prueba que allí se produzca, la procedencia del auto de prisión o declaratoria de reo"*[53].

Entre el requerimiento fiscal y la audiencia inicial, el MP puede continuar investigando. En la audiencia inicial, última fase de la etapa preparatoria, se deben manifestar, como en el debate, todos los principios que rigen el sistema procesal penal vigente, como oralidad, publicidad, inmediación y contradicción[54].

6.1 Desarrollo de la audiencia

Con la presencia del fiscal, defensor, acusador privado e imputado, tendrá lugar la audiencia, en el día y hora señalados por el juez (CPP, 294). La ausencia de los dos últimos no impide la celebración de la audiencia.

Abierta por el juez la audiencia inicial, el secretario comprueba la presencia de las partes. Verificada la presencia, se concede la palabra, por su orden, al fiscal, defensor e imputado.

El fiscal (y el acusador privado) explica y fundamenta su requerimiento, pudiendo el MP solicitar el sobreseimiento del imputado y eventualmente otros requerimientos. El defensor plantea la defensa del imputado pudiendo, también, solicitar el sobreseimiento del imputado y el imputado puede intervenir en su defensa.

El juez le concede la palabra a los intervinientes y resuelve de inmediato y el secretario levanta y lee el acta, sirviendo como notificación. Las partes firman la misma, pudiendo eventualmente recurrir en su caso.

6.2 Decisión jurisdiccional

Concluida la audiencia inicial, el juez debe dictar una resolución:

a) sobreseimiento definitivo,
b) sobreseimiento provisional,
c) auto de prisión,
d) declaratoria de reo, o,
e) admisión de otros requerimientos.

6.2.1. Sobreseimiento definitivo

El sobreseimiento definitivo se dictará cuando (CPP, 296):

[53] Palacios Mejía, José María; Fernández Entralgo, Jesús (Coordinadores), Código Procesal Penal Comentado de Honduras, Talleres de Litocom, Honduras, p. 480.
[54] Cfr. Avila, Felix, "Los nuevos roles del Juez y del Ministerio Público en el Código Procesal Penal", Talleres de Litocom, Honduras, abril 2001, p. 100.

• Resulte probado que el hecho no ha existido o que no está tipificado como delito o que el imputado no participó en su comisión.
• No existan fundamentos suficientes para decretar auto de prisión o declaratoria de reo y no hayan motivos para sospechar que el imputado tuvo participación en el delito.
• Se ha extinguido la acción penal.

Una vez dictado y firme el sobreseimiento definitivo, cierra el caso y adquiere el carácter de cosa juzgada respecto de quien se dicta. Si es parcial, la investigación continúa respecto a los demás hechos o imputados.

El sobreseimiento definitivo puede ser dictado en cualquier momento de la etapa preparatoria o intermedia, de oficio o a petición de parte. Conforme al principio acusatorio, no es consecuente dictar un sobreseimiento provisional cuando el MP solicita el sobreseimiento definitivo; si el juez no está de acuerdo con el fiscal puede promover el procedimiento de disconformidad (CPP, 299).

6.2.2. Sobreseimiento provisional

El sobreseimiento provisional se dictará cuando (CPP, 295):

• Exista certeza de que el hecho ocurrió y de que se trata de un delito.
• A pesar de que se tengan sospechas de la participación del imputado en el hecho, las pruebas no sean suficientes para acusar a una persona y exista una prueba que se piensa poder incorporar.

En este caso, conforme al principio acusatorio, será necesario, si hay nuevos elementos para reactivar el proceso penal, esperar el impulso del MP (o acusador privado) para proseguir la acción penal. No es posible que el juez, de oficio, reactive la causa (CPP, 295 último párrafo).

Si dentro de los cinco años siguientes al sobreseimiento provisional no se reabre la investigación se extinguirá la acción penal (CPP, 42 numeral 5, 295 último párrafo).

6.2.3 Auto de prisión

Cuando no proceda el sobreseimiento definitivo ni el provisional, el juez podrá, de acuerdo al caso, dictar auto de prisión (se dicte o no la prisión preventiva) cuando se reúnan los elementos siguientes (CPP, 297 numeral 1):

a) Cuando existe plena prueba de que el hecho existió y de que es un delito.
b) Cuando el juez llegue a la convicción de que el imputado ha participado en el hecho.

Con el dictado del auto de prisión, el juez puede resolver dictar cualquier medida cautelar, no necesariamente la prisión preventiva (Ver capítulo de Medidas Cautelares). En este caso, el juez tampoco podrá dictar la prisión preventiva sino es solicitada por el fiscal, solo una medida más leve.

6.2.4 Declaratoria de reo

Si no procede el sobreseimiento definitivo ni el provisional, otra opción es dictar la declaratoria de reo cuando concurran los elementos siguientes (CPP, 297 numeral 2):

a) Cuando se trate de un delito castigado con pena no privativa de libertad.
b) Cuando exista plena prueba de que el hecho existió y de que es un delito.
c) Cuando llegue a la convicción de que el imputado ha participado en el hecho.

6.2.5 Otros requerimientos

Durante la audiencia las partes pueden acordar la aplicación de otra figura procesal como:

a) Conciliación.
b) Procedimiento abreviado.
c) Suspensión condicional de la persecución penal.

El fiscal puede cambiar su requerimiento y solicitar que se apliquen dichas figuras. El juez puede ordenar la suspensión de la audiencia inicial si considera que el nuevo requerimiento sea preparado y presentado.

El acta de la audiencia inicial debe contener la decisión judicial motivada con el relato de lo ocurrido. Lo relatado no debe convertirse en la transcripción de lo acaecido, porque lo más importante no es el documento que surja sino la audiencia misma, cuyo valor procesal radica es la oralidad (CPP, 298).

7. Procedimiento de Disconformidad

La disconformidad *"es el mecanismo que permite al juez manifestar ante superior jerárquico del fiscal del caso, su opinión en el sentido de que no se encuentran reunidas las condiciones para aplicar el procedimiento requerido por el fiscal. El superior jerárquico del fiscal, decidirá si es acertada la apreciación del juez o si ratifica lo solicitado"*[55].

Una vez solicitado por el fiscal procedimiento abreviado, suspensión condicional de la persecución penal o sobreseimiento definitivo, el secretario recibe y registra la petición. Si el juez no está de acuerdo con la solicitud, envía el desacuerdo al fiscal superior jerárquico.

Al recibir, registrar y analizar el desacuerdo judicial, el fiscal superior los analiza y debe pronunciarse dentro de los cinco días hábiles siguientes (CPP, 299). Si está de acuerdo con el juez, le asigna el caso a otro fiscal y este formula requerimiento o continua la investigación.

Si el fiscal superior está en desacuerdo con el juez, se lo comunica. Este debe resolver de la manera siguiente:

a) En el caso del sobreseimiento, debe dictarlo.
b) En el caso de la suspensión condicional de la persecución penal, debe señalar la audiencia.
c) En el caso del procedimiento abreviado, debe señalar la audiencia.

[55] Diagramas de Flujo del Código Procesal Penal, CIPJ/ UTR del Poder Judicial/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia-DPK Consulting-USAID-Honduras, p. 118.

8. Etapa Intermedia

En el amplio arco doctrinario y legal contemporáneo en el que se captan desde los diversos sistemas procesales mixtos —en un extremo— hasta los diseños acusatorios en su antípoda, se verifica constantemente alguna forma de análisis crítico de lo actuado durante la etapa investigativa.

Las regulaciones que materializan esta idea procesal, de efectuar un control de legalidad de lo actuado en la faz investigativa, son por demás heterogéneas e incluyen la denominada etapa intermedia (Ordenanza Procesal Alemana, CPP Modelo para Iberoamérica), crítica instructoria (modelo italiano), clausura de la instrucción, control del gran jurado (sistema angloamericano).

No en todos los modelos normativos (códigos o reglas de procedimiento) se asigna un tratamiento nítidamente diferenciado de la etapa precedente (etapa preparatoria) y del juicio. No obstante, los códigos que no le dan tratamiento autónomo se reservan algún título para referirse, cuando menos, al trámite de cierre de la etapa investigativa y eventual elevación a juicio de la causa. Aunque se regule expresamente o no el control de la legalidad investigativa, éste se lleva a cabo inexorablemente y es siempre un momento procesal intermedio, que se da entre la investigación y el juzgamiento.

La etapa intermedia no se limita a la sola indicación de cuál es el *trámite* que ha de seguirse para llevar a juicio o sobreseer al ciudadano perseguido penalmente por el Estado. No se trata de un manual de procuración tribunalicia ni de un recetario de seguimiento irreflexivo; todo lo contrario, se trata de un momento de reflexión y valoración de lo actuado, un corrector de las oscilaciones y desviaciones en que se pudo incurrir durante la investigación fiscal preparatoria.

En rigor, el trámite procesal es la manifestación externa de cómo se harán valer las pretensiones y derechos de las partes, para minimizar así el margen de error. Errores que la etapa investigativa regularmente genera en el frenesí de encontrar evidencias que autoricen la acusación o funden el sobreseimiento.

La etapa intermedia constituye un auténtico tamiz destinado a evitar acusaciones infundadas o fundadas ilegalmente. El filtro procesal pretende, con igual intensidad, impedir que prosperen solicitudes de sobreseimiento que no alcancen los requisitos de ley.

La seguridad jurídica y la dignidad de los ciudadanos (sean justiciables, víctimas, victimarios, ciudadanos a secas, operadores jurídicos, etc.) se ven tan comprometidas cuando se acusa sin fundamentos de ley como cuando se sobresee sin el examen jurisdiccional impuesto por el rito procesal.

La valoración jurisdiccional que se efectúa durante la etapa intermedia se dirige a objetos distintos según que la tesis jurisdiccional propuesta por la parte sea desincriminatoria o requirente. Cuando es desincriminatoria (sobreseimiento) se valoran las evidencias como si se tratasen de pruebas —ya que pierde sentido el contradictorio, al no haber contradicción—; por el contrario, si el pedido es requirente (acusación) se han de controlar las posibilidades de defenderse de la acusación, el control recae, en consecuencia, sobre la observancia de los requisitos mínimos exigidos por ley para toda acusación permitiendo la defensa por refutación de la acusación (contradictoriedad).

El Código Procesal Penal expresa taxativamente (CPP, 263) la existencia de una *etapa intermedia* dentro del proceso ordinario, la cual comprende los siguientes actos: formalización de la

acusación, contestación de cargos y auto de apertura a juicio. Esto sucede dentro de la audiencia preliminar (CPP, 300).

8.1. El control de la pieza acusatoria

La etapa intermedia es siempre **eventual** —ya que requiere el pedido de parte (CPP, 300)— y de carácter **jurisdiccional**, efectuando el control el juez de letras.

El sistema de control, previsto por la etapa intermedia, funciona armónicamente con el contrapeso de intereses (o división de poderes procesales), ya que el gerenciamiento investigativo ha estado a cargo de Ministerio Público, en tanto representante de la comunidad aparentemente lesionada por el hipotético delito. Al dirigir las tareas investigativas ha dado (en mayor o menor medida) intervención a las restantes partes constituidas en el proceso, todo lo cual expone un marco de controles recíprocos de las partes y la habilitación de las vías recursivas en determinados casos.

De manera tal que de existir una desviación en la investigación fiscal preparatoria parece oportuno destinar el control de legalidad de lo actuado por las partes a un tercero imparcial, esto es, el juez de letras (juez de control), que cumple funciones de contralor de la investigación y no funciones investigativas. Así, el juez goza de la imparcialidad requerida por el concepto mismo de juez.

El control de la acusación, implica cinco aspectos a seguir en la resolución judicial[56]:

a) El control de admisibilidad.
b) El control sobre las condiciones de perseguibilidad.
c) El control sobre las circunstancias de hecho.
d) El control sobre la calificación jurídica del hecho.
e) El control sobre el mérito de la investigación.

8.2. Audiencia Preliminar

La audiencia preliminar es el espacio procesal que tiene por fin determinar si existen méritos para someter a juicio oral y público al imputado. Durante la misma, el fiscal y el acusador privado deben formalizar su acusación, la defensa tiene el derecho de manifestarse al respecto y el juez decidir[57].

La etapa intermedia, sobre todo la audiencia preliminar, es una fase de corrección o saneamiento de los actos investigativos y requerimientos fiscales, donde el control jurisdiccional de legalidad procesal adquiere su máxima expresión. Cumple, sin lugar a dudas, la función de discusión o *debate preliminar* sobre la etapa preparatoria[58].

Al finalizar la audiencia inicial, el juez debe fijar la fecha de celebración de la audiencia preliminar, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en que quede firme el auto de prisión o la declaratoria de reo (CPP, 300, primer párrafo). Convocada la audiencia preliminar por el fiscal o el acusador privado, el Secretario recibe y registra la solicitud.

[56] Cfr. Álvarez, Alejandro y AA.VV., *Manual del Juez de Letras*, Honduras, 2002, cit. p. 155.
[57] Cfr. Diagramas de Flujo del Código Procesal Penal, CIPJ/ UTR del Poder Judicial/ Proyecto de Apoyo al Sector Justicia, DPK Consulting/ USAID-Honduras, p. 129.
[58] Cfr. Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, Argentina, 1999.

Abierta la audiencia, el juez verifica la presencia de las partes y concede, por su orden, la palabra al fiscal y/o acusador privado, al defensor e imputado. Es el momento en el cual el MP procede a formular la **acusación**.

8.2.1. Formalización de la acusación

La acusación es el acto por el cual el MP, y el acusador privado, en su caso solicitan al juez que dicte el auto de apertura y con ello permita llevar al imputado al debate[59]. Con ella, el fiscal reafirma la legalidad de las investigaciones preparatorias y la calificación previa realizada en el auto de prisión.

La formalización de la acusación debe contener los siguientes requisitos (CPP, 301):

a) Una relación breve y precisa de las acciones u omisiones en que se funda la acción.
b) La expresa mención de los aspectos más relevantes de la investigación realizada en torno de dichas acciones u omisiones.
c) La calificación de los hechos, conforme a lo dispuesto por el Código Penal o la ley penal de que se trate.
d) La participación que en las acciones u omisiones tuvo el imputado.
e) El mínimo y el máximo de las penas que considere deban aplicarse al indiciado o indiciados según resulte de su participación en el delito.

La formalización de la acusación, no constituye una lectura de los requisitos según el caso, debe ser la exposición *oral* de sus pretensiones, con alta probabilidad de condena, en cumplimiento a los requerimientos legales conforme a lo investigado.

8.2.2. Contestación de la acusación

Luego de la formalización de la acusación, donde el defensor toma conocimiento de la misma, este contesta los cargos. Al igual que la formalización, la contestación se realiza en forma oral y aunque la ley no enumera los requisitos de la misma, el defensor podrá hacerlo conforme a lo formulado por el fiscal (CPP, 301 último párrafo).

Finalizada la contestación, el juez clausura la audiencia, el secretario levanta el acta, donde debe consignarse todo lo sucedido, con lo dicho por el fiscal y el defensor. Deben firmar el acta las partes.

Puede suceder que, clausurada la audiencia, el fiscal/ acusador privado y el defensor soliciten, en caso de prueba compleja o difusa, la prórroga del plazo para presentarse al Tribunal de Sentencia hasta por un (1) mes. La petición deberá presentarse antes que se dicte el auto de apertura a juicio (CPP, 302, penúltimo párrafo).

[59] Cfr. Álvarez, Alejandro y AA.VV., Manual del Juez de Letras, Honduras, 2002, ob. cit. p. 151.

8.2.3. Auto de apertura del juicio

Dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el juez deberá emitir su resolución (CPP, 302), dictando el auto de apertura a juicio o decretando la no apertura del mismo.

Si el juez decide que el caso debe ir a juicio, el secretario notificará la resolución a las partes y remitirá al Tribunal de Sentencia las actuaciones, la documentación y pondrá a su disposición las piezas de convicción y/o ejecución, con la indicación del lugar en que se encuentra.

El auto de apertura a juicio debe contener:

a) La identificación de las partes.
b) La descripción de las acciones u omisiones por las cuales se acusa.
c) La orden de que se tramiten separadamente las acciones que no puedan acumularse o que se acumulen las conexas.
d) El plazo para el emplazamiento a las partes a efecto se personen ante el tribunal de sentencia, dentro de 5 días a partir de la última notificación.
e) La orden de remitir las actuaciones al tribunal de sentencia correspondiente.

Si decide no ha lugar la apertura a juicio, puede tomar dos decisiones:

- Dictar sobreseimiento provisional.
- Dictar sobreseimiento definitivo.

En el caso de dictar el sobreseimiento definitivo, el secretario notificará a las partes, en la cual ordenará libertad del imputado y cesación de medidas cautelares. Una vez firme el sobreseimiento definitivo se archivará el caso.

CAPITULO VII

JUICIO COMUN

María Fernanda Castro Mendoza*

INDICE

Objetivos 252
Bibliografía 253
Introducción 254
1. Contexto procesal 257
1.1. El Orden Constitucional 257
1.2. El Proceso Penal 259
1.3. El Juicio 261
2. Los actos preliminares 262
2.1. Preparación del debate 262
2.2. Relación con los principios generales del juicio 262
2.3. Los actos preparatorios del debate en particular 264
2.4. Presupuesto para estar en debate con plena posibilidad de hacer valer las pretensiones de parte en juicio previo 266
2.4.1. Juez Natural o Tribunal Propio 266
2.4.2. Intervención Probatoria 267
2.4.3. Reglas Generales 267
2.4.4. Actividad de las partes en juicio 269
2.4.5. Investigación Suplementaria 270
2.4.6. Acumulación y Separación de Juicios 271
2.4.7. Designación de Audiencia de Debate 272
3. La Cesura del debate 273
4. El debate de las partes 274
4.1. Principios fundamentales del debate y su repercusión práctica 276
4.1.1. Dirección del debate y poder disciplinario del Tribunal de Sentencia 276
4.1.2. Inmediación, continuidad, publicidad y oralidad 278
4.1.2.1. Excepciones a la publicidad 280
4.1.2.2. Excepciones a la continuidad 282
4.1.3. Roles de los sujetos procesales en juicio previo 284
5. La Sentencia 285
5.1. Deliberando 286
5.1.1. La formación de la voluntad jurisdiccional 288
5.2. Sentenciando 290

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales con Orientación en Derecho Penal y Especialista en Derechos Humanos por la UNAH. Entre sus obras figuran "Los Derechos de la Víctima", "Mujeres Privadas de Libertad y Derechos que les asisten", ha participado en la elaboración de Módulos Instruccionales para capacitación de funcionarios judiciales y en el Manual de Juez de Letras. Capacitadora de la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia. Se ha desempeñado como Defensora Pública, Juez de Letras de lo Penal y actualmente es Juez de Tribunal de Sentencia en Tegucigalpa.

5.2.1.Requisitos formales de la sentencia 290
5.2.2.La plataforma fáctica de la sentencia 292
5.2.3.Requisitos lógico-jurídicos de la sentencia 294
5.2.4.Pronunciamiento del derecho aplicado al caso 295
5.3. El control de la sentencia 296
5.3.1.Los vicios de la sentencia y su control 297
5.3.2. Vías Impugnativas (remisión) 297

OBJETIVOS

Al concluir el desarrollo de la unidad, se pretende que el lector este en capacidad de:

- Definir el juicio.
- Describir los actos preliminares al debate.
- Enumerar los requisitos formales de la sentencia.
- Bosquejar los requisitos lógico-jurídicos de la sentencia.
- Explicitar la finalidad del debate.
- Fundamentar los caracteres del debate (público, contradictorio, oral y continuo).
- Enunciar los presupuestos y causales del sobreseimiento durante los actos preliminares al debate.
- Describir los alcances del planteo de excepciones durante el juicio.
- Relacionar los roles de los sujetos procesales durante el juicio.
- Desarrollar la intervención probatoria de las partes en juicio.
- Ejemplificar sobre la utilización de las facultades disciplinarias del tribunal y la dirección del debate.
- Ejemplificar situaciones en las que procede la investigación suplementaria.
- Exponer el procedimiento para el desarrollo de los alegatos.
- Enumerar los contenidos del acta del debate.
- Describir la intervención probatoria de las partes respecto de los medios de prueba en particular.
- Contextualizar el juicio común en relación a las garantías constitucionales de debido proceso legal y juicio previo.
- Relacionar el hecho acusado con el hecho que el tribunal estima acreditado.
- Relacionar la dirección de los alegatos de las partes con la teoría del delito y la teoría de la pena.
- Relacionar el orden de la deliberación del tribunal de sentencia con la teoría del delito y la justificación de la pena.
- Establecer los alcances del principio de congruencia entre acusación y sentencia.
- Diferenciar las hipótesis de ampliación de la acusación y las de hecho diverso.
- Ordenar cronológicamente las diversas fases y actos procesales del juicio común de conformidad al CPP.
- Validar la reglamentación que hace el CPP del juicio común, en función de las garantías constitucionales.
- Evaluar la reglamentación que efectúa el CPP para la integración del Tribunal de Sentencia

con jurados.

- Contrastar las "facultades probatorias extraordinarias" del Tribunal de Sentencia con el diseño constitucional de enjuiciamiento penal.
- Argumentar sobre la relación existente entre los alegatos de las partes y las etapas previas del proceso penal.
- Discutir la reglamentación que hace el CPP del derecho del imputado a declarar durante el debate y las garantías constitucionales explicitadas.
- Vincular la cesura del debate con la determinación judicial de la pena.

BIBLIOGRAFIA

Núñez, Ricardo, *Código procesal penal anotado*, 2ª ed., Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2000; Vivas Ussher, G. *Manual* de *Derecho Procesal Penal,* cit, T° 2, Córdoba, 1999.

Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Pilato y reconoció que era rey, dijo: "Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo". Y Pilato preguntó: "¿Qué es la Verdad?" El procurador romano esperaba una respuesta a esta pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de justicia, la justicia del reino de Dios, y por esta justicia murió en la cruz. Por tanto, tras la pregunta de Pilato, "¿Qué es la Verdad?", se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: ¿Qué es la Justicia? Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas.

Hans Kelsen[1]

Introducción

La evolución del iluminismo hacia un sistema penal acusatorio, basado en una *pieza acusatoria* dotada de los requisitos referidos en el capítulo anterior, es considerada en la actualidad como la forma de garantizar la *defensa eficaz* y la *jurisdiccionalidad imparcial*. Arribar a esta manifestación de la plataforma fáctica de la sentencia fundada ha representado un largo camino en el reconocimiento estatal de los derechos del *ciudadano* por ser tal —primero—, luego de los *habitantes* y actualmente de las *personas* por el solo hecho de ser tales (derechos humanos), sea o no -la persona enjuiciada- ciudadano del Estado que ejerce la jurisdicción como manifestación de la soberanía[2].

La fundamentación de la sentencia no siempre fue requerida en la historia del procedimiento penal. En la organización monárquica el poder jurisdiccional ejercido por el funcionario ("juez"), delegado del Príncipe, no siempre establecía fundamentar la sentencia; si ésta era recurrida por el justiciable, el "juez" le devolvía la jurisdicción (efecto devolutivo de algunos recursos) a quien se la había delegado transitoriamente, esto es, al soberano. La soberanía reside en el monarca por el origen divino de los reyes en su función temporal.

La justicia monárquica (realista o regia) no fue incompatible, —o en rigor, debió tolerar y coexistir— con la *justicia de pares*. Así, en 1215, la Carta Magna inglesa refleja la imposición de los lores que, respaldados por la fuerza de la razón y la razón de la fuerza (económica, militar, etc.) impusieron al rey (Juan sin Tierra) que si ellos (los lores) debían ser juzgados, el poder jurisdiccional lo ejercerían los pares del justiciable. Debuta de este modo la justicia de pares y la institución procesal del jurado, en donde a un lord lo juzga un jurado integrado por doce de sus pares y no un mandadero del Rey.

[1] Comienzo de la conferencia de despedida del autor como miembro activo de la Universidad de California, pronunciada en Berkeley, el 27 de mayo de 1952. Cfr. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, traducción de Albert Calsamiglia sobre la base *What is Justice?* de 1971, Barcelona, Planeta, 1993, p. 35.

[2] V. Capitulo 3, nota 48, para diferenciar la relación "JURISDICCIÓN"/"Soberanía" de "COMPETENCIA"/"Soberanía".

Claro está que tal calidad de justicia no le correspondía a todo justiciable sino sólo a los lores (fueros personales), con lo que se patentizaba una elitista justicia de pares (derecho estamental). El estándar de calidad de la justicia de pares se aplicaba en igualdad para los iguales, en donde la nota caracterizante para acceder a ella era ser un "lord"[3].

La institución del jurado progresó en Inglaterra[4] (sus dominios y fuera de ellos), disminuyendo las exigencias y, en consecuencia, ampliando la cantidad de sujetos aceptados como justiciables de la mejor categoría, y recibiendo el servicio de administración de justicia de pares (igualación por lo alto)[5].

En 1776 el ideario iluminista francés se materializa en América a través de la independencia de los Estados Unidos de América que adopta una forma republicana y no ya monárquica. La soberanía ya no reside en el monarca sino en el pueblo (CR, 4). La organización estatal americana se apoya en la división y contrapeso de poderes, destinando uno de ellos a la función jurisdiccional[6].

La Constitución estadounidense no acepta los fueros personales ni los títulos de nobleza como categoría jurídica para acceder a la justicia de la República, sino que basta con ser habitante de ésta. El instituto del jurado americano, se complace en su integración con ciudadanos con derechos políticos.

[3] Representa un emergente democrático, en el sentido de que se amplía la base de sustentación del poder y el ejercicio de los derechos, cuya titularidad no se detenta monopólicamente por persona alguna y se comienza a horizontalizar la facultad jurisdiccional como uno de tantos emergentes sociales. La CR (1982), art. 60, avanza más allá la mera estructura lógico formal [del racionalismo jurídico, Weber, *cit.* p. 641 . Kelsen, H.,] y da contenidos negativos a la no discriminación (por "*sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana*") como derecho subjetivo reflejo (Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., en especial, p. 156) frente a la autolimitación estatal co-relativa. Este surgimiento de los ***derechos de no discriminación***, implican un cambio de paradigma (Pintos, M., *Temas de Derechos Humanos*, cit., "De las libertades individuales a los Derechos Humanos", p. 1 y ss., en especial 13 y 12, en el sentido de que "[...] La universalidad no puede sino conducir a la igualdad [CR, 60], esto es, a la idea de que la calidad humana da [algunos] iguales derechos sin perjuicio de que luego la ley se encargue de otorgar igual protección a quienes se encuentran en igual situación [igualdad para los iguales], señalando una diferencia importante entre la noción de igualdad como principio informante entre la noción de derechos humanos [CR, 60, 2do párrafo], y la igualdad ante la ley [CR, 60, 1er párrafo], como principio general del derecho (del racionalismo jurídico ilustrado, en términos de Weber, *cit.*, p. 641 y 642, que fija su anclaje conceptual (tipos ideales) en la " 'teoría del pacto' y de modo muy particular en su forma individualista. Todo derecho legítimo descansa sobre un estatuto y el estatuto se apoya en última instancia en un convenio racional de voluntad", *ibid.*, para describir y explicar ((en *términos* de tipos ideales) "El tipo más puro de la primera especie [condiciones formales de legitimación iusnaturalista del derecho positivo, por contraposición a condiciones materiales], con génesis epistemo-lógica en la "*oposición contradictoria* [de los], *axiomas iusnaturalistas del racionalismo jurídico y sólo estos pueden dar origen a normas de tipo formal por lo cual y con toda razón, por derecho natural sólo se entiende* a potiori *el conjunto de esos axiomas*". *ibid*) aquellos tipos formales ("que guardan una relación íntima con el orden económico" y jurídico -derecho privado-; con lo) que contactan (por vinculación de imputación objetiva) la violencia legítima en el sentido técnico de derecho subjetivo, "consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación " (Kelsen, *cit.* 147).

[4] *Birthright*; derecho de nacimiento. Como canon y/o *standar* (sea, corriente o estándar, establecido, clave o fundamental o *Tax* impuesto.

[5] Idea solidaria con el concepto de "Derechos de No-Discriminación"[D-D], en la medida en que ambas comparten una espacio epistemológico coextenso ocupado por la idea de superación. Sobre el concepto de "solidaria", se utiliza en el sentido técnico, esto es, de que se está facultado para sugerir la existencia de esa categoría en que un *einsteiniano* (relativista) le consulta un piagetiano (constructivista) si: la idea de: A) intuición subjetiva de tiempo en el niño y B) la de velocidad, son solidarias (obvio por contexto que) más allá de la concepción de la física *en* Newton que relacionar las categorías Kantianas de Espacio/Tiempo [Piaget, Jean, *La epistemología genética* (título y edición originales: *L'épistémologie génétique*). Presses Universitaires de France, 1970. Ed. Debate, Traducción y Prólogo de Juan Delval, Madrid, 1986, p. 24, n. 3: " {"Prologo" [...] "La obra epistemológica" [...] }, *Por ejemplo, su trabajo sobre* El desarrollo de la noción de tiempo en el niño *(1946) surgió de una sugerencia de Albert Einstein respecto a si la intuición subjetiva de tiempo es primitiva o derivada, y si es solidaria de la velocidad.*". Sobre constructivismo, v. Piaget, Jean, cit. ps. 153 ss.; Sobre la "Relación entre modelo didáctico y modelo jurídico", v. Vivas Ussher, G, *Manual*..., cit., T° 1, p. 21 y ss;. Sobre pluralismo metodológico y ciencia de base y aplicada al DPP, v. Vivas Ussher, G, *Manual*..., cit., T° 1, p. 37 y ss;. Sobre sus consecuencias en la prisión presentencial, v. Cap. 8, 10.1.) Justificación Dialéctica del encarcelamiento presentencial, en especial nota 45 y 10.7.) La Incomunicación como agravamiento de la Prisión preventiva, en especial nota 56.

[6] Por contraposición a la organización inglesa que tenía y tiene en la actualidad sólo dos poderes estatales, uno que legisla y otro que ejecuta lo legislado, y —en algún sentido— sobre ellos el monarca, de manera tal que el Parlamento legisla, el primer ministro gobierna y el rey reina.

En el derecho prerevolucionario francés (hasta 1789) no se exigía la fundamentación de las sentencias. Con la revolución triunfante se restablece en Europa la organización republicana, reciclando una serie de estructuras políticas y jurídicas que reconocen su génesis en las culturas griega y romana, a las cuales agregan un programa de encendido humanismo (libertad, igualdad y fraternidad) que se encamina decididamente hacia la república democrática unitaria.

En lo referente al poder jurisdiccional, no es sólo la idea de horizontalizar el poder y los derechos de las personas lo que dirige el curso de la historia jurídica[7] de Francia hacia el jurado, sino también un condicionante de autopreservación de la revolución[8] que podía —a criterio de quienes la lideraban— verse traicionada por el poder judicial; poder judicial que, irrumpiendo en la escena del poder estatal como un tercer poder que balanceaba a los restantes, en su integración personal, alistaba a los "jueces" que pertenecían al antiguo régimen y, en consecuencia, militaban —cuando menos en su íntima convicción— por la monarquía ya depuesta.

En este contexto surge el *escabinado*, de manera tal que en el tribunal colegiado acompañarían a los jueces técnicos (de *l'ancien régimen*) los habitantes de los burgos o ciudades, burgueses no letrados pero comprometidos (verificado en su militancia armada) con los idearios de libertad, igualdad y fraternidad.

Los términos de referencia del plan revolucionario en materia jurisdiccional pueden simplificarse del siguiente modo:

- La regla para conformar la voluntad jurisdiccional: por mayoría de votos.
- La regla para integrar los colegios jurisdiccionales: tres (3) jueces técnicos y nueve (9) escabinos.
- Sistema de valoración de la prueba: sana crítica racional.
- Forma de resolver jurídicamente: sentencia fundada.
- Producto esperado; revolución no desnivelada jurisdiccionalmente, con justicia de noble calidad y políticamente controlada.
- Corrector interno de oscilación ante la sentencia adversa al régimen: recuso de casación ejercido por una corte integrada con jueces técnicos, políticamente complaciente con el nuevo régimen.

La historia jurídica francesa se mantiene en plena evolución (ya no en revolución), habiendo dejado su huella también por aquí.

En el modelo inquisitivo español monárquico y los códigos que se nutrieron de tal modelo, las resoluciones debían ser fundadas, pero no como manifestación del derecho de defensa, sino para garantía del soberano que podía controlar recursivamente si se había observado o no la tasación probatoria establecida por ley; esto es, se imponía el sistema de la tarifa legal para seguridad del "señor jurisdiccional" (el monarca).

El modelo español no fue superado en sus colonias sino hasta mucho tiempo después de que la corona española cayera en manos de José Bonaparte, lo que para las colonias hispanas en América significó la facilitación de su independización y no una transformación política y jurídica similar a la de las colonias del norte de América, que sólo se alcanzaría en la Confederación

[7] Lo que sería racional conforme a valores, desde una perspectiva Jurídico Sociológica como, la de Weber, M., *Economía y Sociedad*, cit., p. 20, aquí seguida.

[8] Lo que sería racional conforme a fines, desde una perspectiva política tendiente hacia el **racionalismo del derecho**, como la de Weber, cit. , *ob. cit.*, p., 658; y, en términos políticos no tan estrictos, la propia perspectiva franco iluminista.

Argentina a través de un largo, sangriento y doloroso período que desembocó en la Constitución Nacional (1853) como pacto jurídico y político que consagrara la idea fundacional "*[...] por la que lucharon los franceses en 1789, y antes los americanos del norte, y después se desangraron los argentinos durante cuarenta años*"[9].

En este sentido, la independencia hispanoamericana es hija de la revolución francesa, pero como resultado del debilitamiento de la corona española más que por espontánea ejecución de aquel ideario. Concluidas las gestas libertadoras no estaba tan claro qué clase de Estado y sistema judicial se habría de instaurar en la naciente república democrática federalizada.

En el orden local hondureño, al no contar con un jurado, la valoración de la prueba corresponde únicamente al Tribunal de sentencia, quien debe regirse, al tenor del Código Procesal Penal, bajo las reglas de la sana crítica [10].

1. Contexto procesal

1.1. El Orden constitucional

El orden constitucional presume una constelación de reglas (derecho procesal constitucional) cuyo análisis excede el marco de este Capítulo, por lo cual sólo proponemos un cuadro sinóptico enumerándoles y remitiendo al Capítulo 1, donde desarrollamos el tema de las Bases Constitucionales del Procedimiento Penal y para la cinemática procesal puede consultarse el Diagrama de Flujo del Código Procesal Penal[11].

GARANTIA CONSTITUCIONAL	SIGNIFICACION POLITICA	MANIFESTACION PROCESAL
DEFENSA EN JUICIO	• INTERVENCION EN JUICIO • AUDIENCIA ANTE EL TRIBUNAL	• IMPUTACION NECESARIA • INTERVENCION PROBATORIA • ASISTENCIA TECNICA • IGUALDAD DE POSICIONES
JUEZ NATURAL	TRIBUNAL TECNICO	SIN COMISIONES ESPECIALES SIN JUECES EXPOSTFACTO
JUICIO PREVIO	LEY, HECHO, PROCESO SENTENCIA Y EVENTUAL EJECUCION	PENA ESTATAL CON SENTENCIA FIRME
DEBIDO PROCESO	ACUSACION -DEFENSA- PRUEBA-SENTENCIA Y RECURSO.	
NON BIS IN IDEM	PROHIBIDO PERSEGUIR MAS DE UNA VEZ POR EL MISMO HECHO	
ESTADO DE INOCENCIA	• CONSIDERADO INOCENTE • TRATADO INOCENTE • INDEBIDO PRO REO	CARGA DE LA PRUEBA A QUIEN ACUSA
PLAZO RAZONABLE	•FUNCION JURISDICCIONAL JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO •DOTACION DE CONDICIONES QUE FACILITAN DICHA FUNCION	•FINALIDAD DEL PROCESO: REALIZACION PRONTA Y EFECTIVA DE LA JUSTICIA PENAL •PRECLUSION SOBRESEIMIENTO ARCHIVO

[9] Véase Núñez, Ricardo C., *El origen bastardo de una reforma*, *op. cit.*, p. 32.

[10] Cód.. Proc. Penal. Art. 336 : Normas para la deliberación y la votación. El Tribunal, para resolver, sólo tendrá en cuenta las pruebas que se hayan ejecutado durante el debate, las que serán apreciadas en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

[11] Producción de la Comisión Interinstitucional de Justicia Penal y el Proyecto de Apoyo al Sector Justicia/ DPK Consulting/ USAID-Honduras. Tegucigalpa, 2002.

Resulta claro en la dogmática procesal penal que es durante el juicio cuando brillen en plenitud estas garantías constitucionales, y consecuentemente, no se las debe perder de vista en el estudio que se desarrolla más adelante.

La impronta constitucional en el juicio es total, imponiendo un diseño que pivotee sobre diversas garantías (enfoque parcial) y conjuntos de esas mismas garantías interrelacionadas (enfoque integrado), ya que la indivisibilidad y la interdependencia de las garantías constituyen características definitorias del modelo garantista.

Regularmente se pone el énfasis en el enfoque parcial de cada garantía, aspecto que no perdemos de vista pero que, a los efectos del desarrollo del juicio, efectúa un análisis globalizante que nos permite observar el procedimiento no sólo como un trámite dado, sino como la concreción del enfoque integrador de los diversos mandatos constitucionales puestos en movimiento. Por ello podremos observar como una variante en el trámite puede significar la alteración de determinada garantía en particular, y el debilitarse en su aplicación concreta alguna de estas garantías, se resiente el modelo todo.

De manera tal que, o todas las garantías constitucionales se verifican como no afectadas en el procedimiento concreto, o no estamos en presencia del debido proceso legal, sino ante un proceso aparente.

La violación de estas garantías permitirá techar el procedimiento por inconstitucional y abrirá las puertas a los remedios procesales de subsanación del vicio por vía de las sanciones procesales o los recursos específicos. Los diferentes grados de comprensión global e integrada de las estructuras fundacionales primero, y luego de las cuestiones instrumentales, permiten visualizar entre tres aspectos:

- El mero trámite procesal,
- el procedimiento penal constitucional y
- el Derecho Procesal Penal.

Para el enfoque de este tema cabe acentuar la garantía del juicio previo, cuyo principal garante lo constituye el Tribunal de Sentencia cuando el Código Procesal Penal reglamenta la garantía constitucional del juicio previo[6].

Las manifestaciones de las garantías del juicio previo son:

- Político procesal.
- Lógico volitivo.
- Como acto jurídico procesal (sentencia).
- Secuencia cronológica de legitimación.

En su aspecto político procesal se prescribe la actuación mediata de la ley penal, de manera que entre la afirmación de la comisión del hecho (T 1) y la imposición de una pena estatal (T 2) transcurre un intervalo de tiempo, intervalo que esté ocupado por el proceso penal.

Se puede representar gráficamente en la siguiente línea temporal:

[6]Art. 1 CPP, Juicio Previo: Ninguna persona podrá ser condenada a una pena si sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Trat. Int. de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respecto estricto de los Derechos del imputado.

INVESTIGACION		JUZGAMIENTO			CONTROL	EJECUCION
ETAPA PREPARAT.	ETAPA INTERMEDIA	PREPARA-CION DEL DEBATE	JUICIO	DELIB. Y SENTENCIA	RECURSOS	SENTENCIA

1.2. El Proceso Penal

El Proceso Penal, como todo proceso, es solidario a la idea de tiempo, entendiéndose como una serie gradual y progresiva de actos procesales orientadas a obtener una solución justa en Derecho. Tal solución debe darse de conformidad al ordenamiento jurídico concebido como un todo, dentro del cual el "tiempo razonable" es un componente.

Y este componente trate, en esencia, de un derecho ordenado al proceso cuya finalidad específica radica en la garantía de que el proceso judicial, incluida la ejecución de las resoluciones, se ajuste en su desarrollo a adecuadas pautas temporales que fortalezcan la efectividad de la tutela judicial.

El proceso puede ser visto como el camino que avance en dirección a los fines que el Derecho Procesal determine como meta, y cuyos actos fundamentales de tal serie están considerados unos con otros, de modo tal que los primeros son el presupuesto formal y sustantivo de los siguientes.

Toda esta serie de actos unidos por fines comunes no queda al arbitrio del Tribunal o de los otros sujetos actuantes en el proceso, sino que están disciplinados singular y colectivamente por el derecho procesal; éste prescribe las formas que se deben observar en la ejecución de cada uno de ellos, y el orden de proceder, o sea una especie de plan o método de actuación.

De esto resulte que, salvo vicios o defectos sustanciales amenazados con sanciones procesales o con recursos, el procedimiento no puede retraerse a una fase anterior una preclusión automática lo impide (Artículo 167 Código Procesal Penal).

La injerencia de órganos públicos predispuestos por el derecho enfatice la posición activa que el Estado asume en materia penal, generalmente distinta de la casi exclusivamente arbitral que ocupe en el orden civil. Analizaremos esa serie gradual enfocada desde el Código Procesal Penal.

Desde el punto de vista de la preparación del caso penal presentado en juicio, puesta en manos del Ministerio Público, se realicen actos tendientes a lograr la colección de evidencia, que tornen probable la existencia de la comisión de un hecho delictivo afirmado como existente, y la participación responsable de una o más personas sindicadas como responsables.

Este poder de acción se encuentra al margen de la actividad jurisdiccional de los tribunales salvo que deben realizar una actividad que implique ingresar a la esfera de reserva que la Constitución le garantice al ciudadano, y sólo con autorización jurisdiccional podrá ser removido el vallado de protección constitucional.Por ejemplo, un allanamiento de morada (CR, 99).

La actividad pesquisidora del Ministerio Público y sus auxiliares continuará acumulando evidencias tendientes a proponer su tesis jurisdiccional punitiva ante un tribunal de juicio previo, para que imparcialmente valide, en todo o en parte, la acusación fiscal. Esta etapa procesal es denominada como investigación Penal preparatoria. Esta actividad procesal se realiza con el fin que el Ministerio Público presente sus actos conclusivos. El acto conclusivo paradigmático del órgano

acusador público lo constituye durante la etapa de investigación, la acusación prevista por el artículo 301 del Código Penal Procesal y durante el juicio, sus conclusiones, tal y como lo prevee el artículo 334, CCP.

Se pueden seguir realizando actos procesales, a los efectos de esta exposición vamos e imaginar incriminatorios para poder expositivamente continuar con el desarrollo, y de este modo se siguen acumulando elementos que persuaden enfáticamente al Fiscal de la causa, que puede llevar el caso por ante un Tribunal de Sentencia y plantear el acto procesal paradigmático de la función requirente del Ministerio Público.

La Acusación

Según el artículo 301, CPP, la acusación debe contener:

1) una relación breve y precisa de las acciones u omisiones en que se funda la acción;
2) la expresa mención de los aspectos más relevantes de la investigación realizada en torno de dichas acciones u omisiones;
3) la calificación de los hechos;
4) la participación que en las acciones u omisiones tuvo el imputado; y
5) el mínimo y el máximo de las penas que considere deban aplicarse al indiciado o indiciados según resulte de su participación en el delito.

En los casos de investigación fiscal preparatoria, el Ministerio Público remitirá al Juez de Instrucción con la acusación contenida en el requerimiento de elevación a juicio (artículo 300 relacionado con el 303 CPP) las actuaciones y medios de investigación materiales que tenga en su poder.

Este acto jurídico procesal característico del Ministerio Público es el que en definitiva resulta ser eje de todo el proceso penal, ya que en él se encuentra la máxima explicación fáctica del hecho reputado como delictivo. Sobre ese hecho y sobre ningún otro dirán el Derecho los jueces del Tribunal de Sentencia, y eventualmente continuará la etapa recursiva en que intervengan otros órganos jurisdiccionales de mayor grado. Este rol preeminente es donde se explicita de qué se acusa a un ciudadano para que el acusado pueda defenderse plenamente, ya que "mal puede defenderse quien no sabe de qué se le acusa". De allí el eje y la denominación del sistema acusatorio.

Conviene insistir en que desde el enfoque de los hechos considerados delictivos, la voluntad requirente se integra básicamente con los hechos descritos en la acusación, pero que pueden ser "completados" mediante la ampliación de la acusación, prevista por el CPP, en el artículo 321, pero siempre manteniendo el núcleo táctico de la acusación. El otro correctivo es de carácter jurisdiccional: el auto de elevación a juicio (artículo 302, CPP) con el que se cierra el período de la etapa intermedia como fase previa al juicio, y de haberse elevado la causa a juicio por auto que resolvió la oposición planteada por el defensor a la acusación originaria (artículo 301, CPP, párrafo último), este auto será la pieza acusatoria.

Suponiendo que la acusación supera la crítica de la investigación que le da base, en la llamada etapa intermedia, entonces y sólo entonces se ha de llegar a juicio.

Ya en la etapa de juzgamiento, se distinguen, según la regulación del Libro Segundo del CPP, tres centros de atención, dividiendo el debate de las partes, en dos secciones referidas a la estética. (preparación del debate) y a la dinámica del debate (sustanciación del juicio).

Será sobre estos componentes del juicio, en su enfoque individual y conjunto, sobre lo que habremos de concentrar nuestro análisis: actos preparatorios del debate, audiencias, sustanciación del juicio, debate, acta del juicio oral y público, la deliberación y la sentencia.

La etapa recursiva (Libro Tercero del CPP) tiene preponderancia fuerte sobre el juicio, desde que es la fase de control de los poderes desplegados en él. La relación entre poder y control es el delicado equilibrio que define un juicio tramitado de conformidad a los mandos Constitucionales, considerados desde un enfoque integrado. Este control es jurídico y jurisdiccional, y sólo a través de él se podrá efectuar una validación o descalificación de lo actuado durante el juicio.

El juicio representa el cenit del procedimiento penal hondureño; no obstante, como toda manifestación del Poder ha de ser controlable, aunque el control jurisdiccional será limitado a los motivos taxativamente enumerados para los recursos extraordinarios con los que se puede controlar lo actuado en juicio.

En rigor de verdad, no todo lo actuado en juicio es controlable. La impugnabilidad objetiva recae sobre la sentencia en tanto que producto final del juicio.

Los recursos extraordinarios que pueden plantearse en contra de la sentencia del juicio son los de casación, inconstitucionalidad y revisión. El órgano encargado es la Corte Suprema de Justicia.

Si se impone una pena como conclusión del juicio (previo) ella será ejecutada de acuerdo a las reglas de la ejecución de la sentencia que la disponga (Libro Cuarto), que representa el producto final del Procedimiento Penal pensado como sistema de resolución de conflictos sociales de alta intensidad. Se trata del último punto judicial[7] de la línea de producción social de tratamiento de las personas perseguidas penalmente por el Estado. También se trata la ejecución de la sentencia firme en lo que a la parte civil (ejecución civil) se refiere.

1.3. El Juicio

El juicio es la etapa del proceso penal que tiene por fin establecer si se acreditan o no, total o parcialmente, los extremos argumentados fáctica y jurídicamente en la acusación (querella, etc.), con certeza positiva fundada en la prueba examinada y contraexaminada por las partes y recibida por el Tribunal, que declara por sentencia la relación jurídico sustantivo basada en el debate realizado en forma pública, oral, continua y contradictoria.

En este orden de ideas es que se requiere del debate y de la sentencia. A su vez, el debate presume actos preparatorios para que no se frustre por razones que previstas pudieron evitarse. El acto de la audiencia es el registro de lo sucedido durante el juicio oral y público (en que las partes debaten) y la deliberación (sesión secreta del Tribunal).

Así, el primer momento es de carácter preparatorio (actos preliminares) y el otro es confrontativo: el debate de las partes en pie de guerra procesal frente al tribunal sentado para decidir sobre las tesis jurisdiccionales propuestas por las partes para resolver el *Themo decidendum* mediante la síntesis jurisdiccional (sentencia).

[7] Esto representa la judicialización de la etapa de ejecución; hasta la entrada de vigencia del Decreto 9-99-E, ésta era ámbito exclusivo del Poder Ejecutivo.

2. Los actos preliminares

2.1. Preparación del debate

Reiteramos, que para que el debate pueda ser un auténtico marco de discusión de las partes en igualdad, en donde un tercero imparcial habrá de decidir primero sobre los incidentes que eventualmente se planteen durante su desarrollo, para finalmente decir por sentencia definitiva el derecho aplicable al caso concreto, se torna imperioso crear todas las condiciones necesarias (no siempre suficientes) para que el campo de batalla en el que habrá de realizarse el duelo judicial, esté despejado de interferencias que objeten los caracteres constitucionales y legales que se le asignan al debate de las partes en juicio.

La afectación de los caracteres propios del debate puede originarse en numerosas situaciones, por lo tanto sólo ensayaremos una de ellas para ejemplificar.

En relación con los caracteres de continuidad y concentración, ellos se resienten (son vulnerados) si durante el debate éste se suspende para darle trámite a un incidente de recusación. La previsión procesal consiste en provocar a las partes para que se manifiesten sobre los eventuales recusaciones en el momento en que son citados, justo después de recibir las actuaciones provenientes del juzgado que conoció de las primeras dos etapas (artículo 316,CPP). Oportunidad que se repite en la propia audiencia de debate, una vez abierto el mismo, en caso de que lo solicite cualquiera de las partes (artículo 320, CPP).

Lo propio sucede respecto a las excepciones (artículo 46, CPP) y las nulidades (artículo 166, CPP) basadas en hechos nuevos a que haya lugar.

Limitaciones fácticas pueden impedir el pleno desarrollo de las estrategias de parte (por ejemplo, la declaración de un testigo que no podrá concurrir a las audiencias de debate, o una pericia psicológica que no podrá practicarse en ellas) las que previstas, pueden solucionarse (Artículo, 314, CPP) y maximizar los resultados esperados de la costosa concentración de las audiencias de debate.

Así la preparación del debate es el momento procesal en el juicio destinado a la profundización de todos las condiciones necesarias para lograr un desarrollo del debate legitimado constitucionalmente, eficaz jurisdiccionalmente y eficiente como servicio público de administración de justicia.

2.2. Relación con los principios generales del juicio

En este apartado se analizan los principios con los que tradicionalmente se caracteriza la etapa de juicio, para poner de resalto hasta que punto los principios de "inmediación, continuidad, concentración, contrariedad y publicidad"[8], caracterizan el debate, según el CPP.

Como se observa, normativa y prácticamente, el debate es el núcleo del juicio[9] , y por ello desde y hacia el debate pueden observarse las relaciones de impacto procesal, esto es, hacia el debate desde la fase previa (actos preliminares), y desde el debate hacia la fase consecuente que es la deliberación y sentencia en la que se vuelca jurisdiccionalmente lo actuado en el debate como producto final relevante jurídicamente: la sentencia definitiva en el sistema de "Instancia Única".

[8] Cfr. Cafferata Nores, Jose I., Introducción al Derecho Procesal Penal. Cit. Ps. 201 ss.
[9] Idem

En este orden de ideas, y como se dijo, se contextualizan los actos preliminares (y preparatorios) del debate como fase previa y preparatoria, pero que no necesariamente ha de compartir todas las características del debate. Así se ha de tener en cuenta que la naturaleza de los actos preliminares es diferente a la de los actos del debate.

En rigor conceptual, sólo el contradictorio y la responsabilidad probatoria de la parte acusadora han comenzado a brillar con la misma intensidad que mantendrán en el debate, en tanto que los demás principios fundamentales del juicio no tienen aplicación impuesta por ley en esta fase procesal, sea porque ello se justifica en el caso, sea por que no es conveniente para la finalidad de tales actos.

Ni la publicidad externa ni la oralidad son impuestas por el CPP, para la realización de estos actos preliminares del debate, y no existiendo publicidad externa ni oralidad ceden en su basamento fuerte la concentración (o continuidad temporal), ya que ésta sirve para lograr la publicidad y la inmediación (contacto directo y simultáneo entre todos los sujetos procesales y los órganos de prueba). La inmediación es, precisamente, una de las derivaciones principales de la oralidad y su método, del mismo modo que la oralidad es una derivación del juicio.

El contradictorio, en cambio, rige plenamente en todos los casos en que la discusión entre las partes aparece como necesario, sea desde el enfoque fáctico probatorio, sea desde el enfoque jurídico interpretativo. Lo primero se da regularmente así porque dentro de esta fase preparatoria se realizan actos que implican o pueden implicar un verdadero anticipo de lo que debería suceder en el debate (anticipo de prueba por vía de la investigación suplementaria: artículo 277, CPP, párrafo cuarto) por lo que se debe asegurar a las partes que aquellos se cumplirán con las mismas garantías que gozarían en el debate, siendo el contradictorio pleno, tal vez la más importante garantía para las partes. Lo segundo, por determinadas cuestiones de interpretación jurídica (generalmente vinculadas al trámite y no a cuestiones de derecho sustantivo); la forma implica el fondo a tratar.

En este sentido rigen (o debieran regir) todas las garantías propias del debate (publicidad, oralidad, continuidad), salvo casos excepcionales (caso del testigo enfermo al que debe tomársele declaración en su domicilio). La regla debería imponer estas garantías, al menos para los casos de anticipo de prueba, más allá de las lógicas excepciones basadas en cuestiones operativas y no jurídicas; la interpretación es restrictiva y a favor de la vigencia de los principios generales.

Distinta es, en cambio, la situación, por ejemplo, de los planteos de excepciones, inhibiciones o recusaciones. Aquí puede decirse que es indispensable el contradictorio, que la publicidad se satisface internamente, y que no es absolutamente imprescindible la oralidad, o cuando menos su necesariedad sistemática es de menor grado que en las categorías anteriores. Por lo general este tipo de planteo reviste un carácter técnico de cierta complejidad en el que el interés (público) del público por saber cómo se resuelve el incidente sólo está satisfecho indirecta y parcialmente por la aceptación intersubjetiva de las partes a lo resuelto por el tribunal.

En verdad el mayor o menor interés del público lo decide el público mismo, que está controlando como los operadores jurídicos actúan su sistema de administración de justicia. Sea en forma directa o mediatizada (medios de comunicación), los ciudadanos se forman "estado de opinión" sobre lo actuado por las partes y el tribunal, y de todos ellos en conjunto. Esta es una consecuencia necesaria de la organización republicana y del control democrático de los actos de gobierno.

Ahora bien, la necesidad de que el contradictorio rija con todo su vigor durante la concreta realización de casi todos los actos que se realizan dentro de este momento procesal, no ha impedido a los códigos procesales. Entre ellos el de Honduras (Art. 333 y 342 CPP) otorgar al Tribunal importantes facultades autónomas de investigación (actuación de oficio en orden o recobrar y producir prueba), que constituyen un mantenimiento, ideológicamente inconstitucional, del principio inquisitivo en mengua del acusatorio que se impone para el juicio. Creemos que esto constituye un error, que es como quedó dicho, tales facultades inquisitivas vulneran, en verdad, el contradictorio y, por lo tanto, la garantía de defensa en juicio. No deberían autorizarse ni en el debate ni en la preparación de éste.

El llamado "principio de investigación integral" (facultades probatorias autónomas del tribunal" o "facultades extraordinarias", que según la doctrina es el que justifica estas facultades otorgadas a los jueces del juicio, no puede tener primacía respecto de una garantía constitucional como la defensa en juicio, pues la meta de averiguación de la verdad histórica es una garantía del imputado, que impone la necesidad de investigar integralmente para no imponer penas estatales más allá del hecho determinado en abstracto por el legislador (ley previa), y no para justificar al tribunal como justiciero orgánico que desborda el debido proceso para juzgar en juicio previo.

Es decir, las partes investigan y los tribunales juzgan; las partes nunca juzgan y el tribunal nunca investiga, salvo que tal investigación de la verdad histórica sea para mejor proveer a la defensa del imputado, es decir, concibiendo la verdad histórica como garantía o límite al poder punitivo del Estado (principio de ley previa) y no como justificativo para subsidiar al actor penal bajo la ideología de la verdad "real".

Esto es así aun cuando los estatutos procesales reglamentarán la Constitución mediante la invocación de la verdad a secas, ya que no tendría base constitucional y sería solamente un principio que surge de una ley procesal concreta, que estable ese fin para el proceso, que podría ser cualquier otro si al legislador común se le ocurriese cambiarlo.

Lo que el legislador no puede cambiar por sí es la Constitución misma, pero siendo éste el principio (verdad real) legalmente establecida como regla, no se puede interpretar en aislada vocación justiciera que aparezca como mesiánico retribución del tribunal que excluye a las partes, al sistema acusatorio y a la Constitución de la República misma.

2.3. Los actos preparatorios del debate en particular

Vamos a referirnos únicamente a los principales actos preparatorios del debate, porque una exposición detallada de todos ellos excedería el espacio al que debe limitarse este trabajo. Para nosotros estos actos son la comparecencia a juicio, el ofrecimiento de prueba y el anticipo de ellos. La unión y separación de juicios es censura del debate o división del debate único, será analizada infra en un punto específico.

Así, el primer acto de importancia en este momento procesal lo constituye la comparecencia de las partes al tribunal de sentencia a donde fuera ordenada la remisión de actuaciones por parte del juez que conociera de las primeras dos etapas del proceso, en base a las reglas de competencia ya establecidas. La comparecencia de las partes al tribunal presume:

- La aceptación del tribunal de su competencia.
- La existencia de una pieza acusatoria con las formalidades de ley (Artículo 301 o 302 CPP).
- La convocatoria a las partes mediante el decreto de citación para audiencia de preparación del debate, que el propio tribunal de juicio dicta para convocar a las partes.

En otros modelos procesales, como el que rige en Guatemala, ese decreto es dictado por el juez del procedimiento intermedio, y por lo tanto no pertenece todavía a la etapa del juicio, en su momento de preparación del debate. El acto de determinación del juez natural es jurisdiccional.

Al comparecer, las partes deben constituir un domicilio para recibir las notificaciones y así vehiculizar el diálogo procesal con el tribunal, (Artículo 152, CPP) que hasta allí se satisface mediante el envío de cédulas de notificación a la dirección postal indicado por cada parte o mediante la notificación oral directa en las oficinas en donde habitualmente se desempeña el tribunal, debiendo dejarse constancia de ello en una diligencia en el expediente (Artículo 151, CPP).

Garantizadas las vías de comunicación procesal, las partes validan o no lo actuado desde la etapa procesal precedente (clausura de la investigación penal preparatoria o etapa intermedia) hasta su aparición ex novo por ante el juez natural de la causa.

El Juicio es el momento procesal exclusivo y excluyente en la significación constitucional del enjuiciamiento penal hondureño por lo que solo una idea burocrática y asociada al expediente, más que al proceso penal, puede querer ver el juicio como la continuación de lo actuado durante la investigación penal preparatoria, o lo que es peor a la misma investigación penal preparatoria como una primera parte del juicio, un adelanto del juicio o un prejuicio. En el desatino general que ello significa, tal vez esta último sea lo más estimado.

Por nuestra parte adelantamos que es un momento procesal absolutamente nuevo e independiente de los momentos procesales precedentes, teniendo por único punto de contacto la hipótesis fáctica contenida en la pieza acusatoria.

Por ello, creadas las vías de comunicación preprocesal, las partes pueden y deben analizar y objetar todo aquello que, enfocado constitucionalmente, fue mal reglamentado o erróneamente implementado en el caso concreto. Así, por ejemplo, podrán plantear objeciones acerca de la integración del tribunal mismo e interponer las recusaciones nulidades y excepciones que estimaren pertinentes.

Como manifestación de la igualdad de las partes en juicio (igualdad de armas en el duelo judicial), el vencimiento del plazo para plantear las objeciones referidas procedentemente sucede para todas las partes en el mismo momento, desde que es un plazo común[10] Fenecido dicho plazo la relación jurídico procesal queda perfeccionada.

[10] Código Procesal Penal de Honduras. Decreto 9-99-E. Artículos 47,86 y 167.

Acto Jurídico Procesal	Actividades de Parte en Juicio Previo	Resolución del Tribunal de Juicio Previo
Citación a juicio previo de las partes.	Comparecencia a las oficinas del Tribunal para examinar actuaciones, documentos, cosas secuestradas, plantear recusaciones, excusas y/o nulidades.	Resuelve planteamiento por vía de Incidente en audiencia señalada al efecto.
Intervención Probatoria.	Proposición de prueba para el debate	Admisión y rechazo de prueba.
Excepciones no planteadas	Planteo de excepciones CPP, 46,316.	Resuelve plantear por vía de incidente.
Acumulación o separación de juicios.		
Designación de audiencia.		
Sobreseimiento.		
Restitución, reparación de daños materiales o morales y la indemnización de perjuicios.	Plantean demanda ante el juez de ejecución, 432 CPP, acuden a audiencia de conciliación, 438, CPP.	Dicta la resolución definitiva o provisional de restitución, reparación o indemnización, o rechaza la demanda. 436,438.CPP.

Perfeccionada la relación jurídico procesal las partes están en condiciones de plantear al juez natural y demás partes todas las circunstancias que le permitan estar en debate con plena posibilidad de hacer valer sus pretensiones de parte en juicio; así por ejemplo, habrán de ofrecer pruebas, solicitar unión o separación de juicios, etc. Al respecto véase la tabla anterior.

2.4. Presupuesto para estar en debate con plena posibilidad de hacer valer las pretensiones de parte en juicio previo

2.4.1. Juez Natural o Tribunal Propio

Como exigencia del modelo acusatorio, la primera actividad del órgano jurisdiccional es controlar si la pieza acusatoria con la que se pretende iniciar el juicio previo, satisface las exigencias formales de legalidad establecidas por el Artículo 301 CPP. Se trata de un control de las formalidades extrínsecas del instrumento requirente como legitimativo ad procesum, no de la viabilidad de la pretensión en él contenida (legitimativo ad causam).

Si la respuesta es negativa, el Tribunal dictará un auto de anulación de la pieza acusatoria y la remitirá a quien le dictó para que la reformule con las exigencias de ley. Por el contrario, si la pieza acusatoria satisface las exigencias del Artículo 301, el trámite continúa hacia la personificación del tribunal propio (juez natural) que dictará sentencia en la causa abierta mediante una acusación formalmente admitida.

En función de la integración del tribunal la opción de acceso a la jurisdiccionalidad en el juicio común es única, ya que los tribunales de sentencia han sido previamente constituidos como tribunal colegiado de 3 miembros y de acuerdo a la ley no existe posibilidad de que se instituya algún otro tipo de tribunal.

2.4.2. Intervención Probatoria

El principio de inviolabilidad de la defensa en juicio posee diversas manifestaciones dentro de las cuales se destaca la de intervenir probatoriamente en el proceso penal. Particularmente esta intervención probatoria alcanza su esplendor en el juicio, y será en el debate donde el contradictorio se luce en torno a lo fáctico, pudiendo las partes examinar la propia prueba y contraexaminar lo extraño.

Para que ello suceda corresponde que previamente al debate se tomen ciertos recaudos que permitan, bajo el principio de concentración, reunir todo el plexo probatorio, permitiendo a cada parte:

- Proponer la prueba propia.
- Controlar la prueba de la contraparte.
- Valorar, fáctica y jurídicamente, la prueba común producida durante el debate.

No obstante, el equilibrio de las partes ha sido roto por la Constitución de la República en perjuicio del Ministerio Público y a favor del imputado (favor rei). Esta es una toma de posición axiológica del constituyente que deposita la carga de la prueba, en el actor penal público, modelo constitucional en donde el único que sin pruebas vence es el imputado. O mejor dicho, sin pruebas suficientes para alcanzar la certeza positiva sobre los extremos de la acusación solo el imputado vence, ya que no necesita convencerse de la inocencia de la que goza constitucionalmente.

2.4.3. Reglas Generales

Lo anterior genera la llamada responsabilidad probatoria del actor penal público, reglamentada por el CPP, y que la ley del Ministerio Público habilita en su operativización concreta mediante formas de actuación de los funcionarios que integran el cuerpo judicial que detenta la titularidad de la acción penal pública. Suele decirse que se trata de una "magistratura de pie".

En este orden de ideas, el Ministerio Público actúa a través de funcionarios concretos para cada caso (Fiscalía de Apelación, Fiscalía de Casación, Fiscalía de Juzgados, Fiscalía de Crimen organizado, del Medio Ambiente, de la Mujer, etc.) y el Fiscal General imparte directivas (instrucciones generales) para minimizar los (eventuales errores y maximizar los potenciales) resultados deseados.

En este contexto conceptual el Ministerio Público puede ser pensado como un gran estudio jurídico que actúa bajo los principios de legalidad[11], imparciabilidad[12], unidad de actuación[13] y dependencia jerárquica[14], y con numerosas oficinas en todo el país, cuyo cliente monopólico es la comunidad afectada por el delito.

Para hacer valer en juicio las pretensiones de la comunidad afectada por el delito (su cliente único) existen diversas normas que evidencian la política criminal del Estado local que pone la responsabilidad probatoria en cabeza de la magistratura de pie.

[11] Tradicionalmente suele conceptualizarse al principio de legalidad como la obligación que pesa sobre los órganos estatales predispuestos para la función persecutoria estatal de los delitos, consistente en el "debe de ejercer la acción pública de acuerdo, en todo caso, con la ley penal, es decir, siempre que aparezca cometido un delito, sin que puedan inspirarse en criterios políticos de conveniencia o utilidad social", en tanto que la interactabilidad es el imperativo legal según el cual "una vez promovida la acción penal, su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar.

[12] Por aquello de que el Ministerio Público es parte en sentido formal, y no un acusador a ultranza.

[13] Ley del Ministerio Público.

[14] Ley del Ministerio Público.

De entre tales normas destacamos aquí la del Artículo 92 párrafo segundo del CPP, que establece:

(El Ministerio Público) "Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación sino también las que sean causa de exención o de atenuación de responsabilidad al imputado; asimismo, deberán formular sus requerimientos conforme a ese criterio, aún a favor del imputado".

El Fiscal General podrá impartir las instrucciones que estime pertinentes o disponer la sustitución del Fiscal.

La idea de considerar al Ministerio Público como un gran estudio jurídico es muy edificante para acentuar la concepción de "pauda de armas" de las partes en juicio, y con ello acceder a un contradictorio pleno, desocupando a los jueces del compromiso que pueden experimentar tentados por su simpatía con el cliente monopólico del Ministerio Público de subsidiar la eventual inactividad o impericia en juicio del Ministerio Público, so pretexto de los intereses puestos en juego en el proceso, tema sobre el que ya se abundó en el Capítulo 2 y a donde se remite. Con esto el rol del Tribunal se fortalece en lo que es su nota distintiva como tercero imparcial llamado a decidir la controversia de partes que hacen valer sus pretensiones en juicio.

Lo que resulta poco edificante a los fines del párrafo anterior es la estructuración del órgano acusador (MP) en forma refleja a la del poder jurisdiccional del que no forma parte. Se trata de una lógica organizacional de simetría de los órganos requirentes con las decisiones y a la inversa.

Esta simetría es tanto estructural como funcional, y en su ejecución procesal es cumplida por funcionarios "reversibles" que durante la carrera judicial han ocupado una u otra estructura (fiscal o jurisdiccional).

Esto es, que frente a o en cada juzgado, tribunal o Corte de Apelaciones, existe radicada una oficina y/o un funcionario (Fiscal), que resulta poco menos que la proyección edilicia, conceptual y operativa, de un modelo inquisitivo que no se anima a morir a favor del acusatorio.

La crítica posible a la idea de un estudio jurídico de dimensión nacional y con cliente monopólico en la sociedad afectada por el delito de acción penal pública reside en que el cliente (víctima del delito) no eligió el estudio jurídico (electividad de los fiscales) que habrá de representarlo. Su origen de vinculación, y consecuente legitimación, surge por expropiación e la reacción frente al conflicto social) y no por elección.

El fiscal materializa parte de la política criminal del Estado, que se evidencia normativa y judicialmente. Así, la representación que ejerce el Estado al expropiar a los particulares (ciudadanos victimizados) de la capacidad de reaccionar frente al delito oficiosidad no se agota en la representación en juicio, sino en sus manifestaciones para perseguir el delito y ejercer la acción penal (pública) son amplias y diversas. Estas manifestaciones pueden ser vinculadas en su trayectoria hacia la consecución de objetivos de política criminal, pero no pueden evadir la jurisdiccionalidad.

Y tan pronto como se traza esta trayectoria se dibuja la "política criminal" del Estado en su enfoque para el caso concreto llevado a juicio previo. Esto es en definitiva lo que establece la Ley del Ministerio Público al asignar las funciones del Fiscal General, así como de los Agentes Fiscales.

Ejerciendo esta responsabilidad, que incluye la probatoria, el Ministerio Público habrá de ofrecer las evidencias colectadas durante la investigación preliminar y todo ofrecimiento probatorio que considere conducente.

2.4.4. Actividad de las partes en juicio

Perfeccionada la relación jurídico procesal, esto es, después de vencido el plazo de citación a juicio sin que se hayan planteado incidentes o planteados se hayan resuelto, ese tribunal, integrado, estará legitimado para dirigir las actividades del juicio en su marco externo y garantizador del pleno contradictorio.

El Presidente del Tribunal notifica a las partes para que puedan ofrecer pruebas que apoyen fácticamente sus pretensiones, que harán valer en juicio y ante el Tribunal de Sentencia.

Las partes en juicio gozan de un plazo de diez (10) días para ofrecer pruebas, intervalo de tiempo que será computado a partir de la última notificación para que el manejo burocrático no impacte negativamente sobre la igualdad de posiciones en que deben encontrarse las partes en juicio; llega así la fecha de la audiencia para que las partes oral y públicamente ofrezcan la prueba que consideren pertinente (artículo 317, CPP).

Se ha dicho que el plazo para el ofrecimiento de pruebas no determina el único momento en que las partes pueden proponer actividad probatoria, sino el lapso [15] durante el cual tal proposición tiene efecto vinculante para el tribunal.

El carácter de vinculante responde más a la practica jurisprudencial de los tribunales de sentencia que al modelo normativo, ya que el ofrecimiento de pruebas propuesto por las partes puede ser rechazado.

El rechazo no puede ser viacional, y sólo podía ser ordenado por auto motivado, cuando el tribunal considere que son manifiestamente impertinentes, inútiles o es proporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita. Estas causales de rechazo de las diligencias probatorias son taxativas (CPP, 317 párrafo último) y de interpretación restrictiva (CPP, 14), desde que el ofrecimiento de prueba representa una de las principales manifestaciones del derecho de defensa en juicio, en tanto que actividad indicativa de la intervención probatoria.

La impertinencia, desproporcionalidad o inutilidad la decide el tribunal, de oficio y no a pedido de parte; no existe un trámite incidental (propio ni remitido), pero se imponen al tribunal las formalidades de un auto motivado que fundamente el porqué del rechazo ex ante debate.

Por lo anterior se afirma que la prueba ofrecida dentro del plazo previsto especialmente para ello tiene mayor probabilidad de ser aceptada que la extemporánea, porque en relación a la primera son más rígidas las exigencias para el rechazo (CPP, 317 párrafo último); en cambio respecto de la última son más rígidas las exigencias para la admisión (CPP, 320 párrafo tercero).

Lo anterior indica, como sistema de interpretación, que en el caso del ofrecimiento oportuno de pruebas de parte la regla es la aceptación y la excepción el rechazo; por el contrario, en el ofrecimiento extemporáneo la regla es el rechazo y la excepción es la aceptación.

[15] Ejemplos de otros momentos de proposición probatoria de las partes en juicio lo constituyen los llamados "nuevos medios de prueba", previstas por el Artículo 320 párrafo tercero del CPP, pero el tamiz de aceptabilidad es más restrictivo que el del Artículo 317, ya que se exige que puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio".

De este modo, para ordenar la recepción de la prueba ofrecida en la oportunidad prevista por el artículo 317 del CPP, basta con la dirección de mero trámite que cumple el Presidente del Tribunal, en cambio, para rechazar la prueba ofrecida por la parte en juicio se requiere la voluntad jurisdiccional del tribunal, órgano colegiado que determinará, en el caso concreto, si la actividad probatoria propuesta carece de pertinencia o es desproporcionada o inútil (317, CPP).

En efecto, para rechazar la prueba ofrecida dentro del plazo correspondiente, el tribunal tiene que fundar un juicio de certeza respecto de la circunstancia que amerite el rechazo, o bien constatar su ineficacia probatoria o ilegalidad (CPP, 317). En cambio para admitir la prueba nueva, durante el debate, la parte penal que la proponga deberá demostrar si no alterar el juicio en sí, lo que sucede cuando "puedan practicarse sin necesidad de suspender las sesiones del juicio" (CPP, 320).

Por último, en relación al ofrecimiento de prueba (temporaria o extemporánea), cabe reiterar aquí las críticas ya expresadas a la posibilidad de que tal ofrecimiento pueda ser "complementado" de oficio por el tribunal. En efecto, la prueba nueva sólo puede ser pedida por las partes penales en juicio (fiscal, querellante o imputado), excluyéndose a los otros sujetos procesales (tribunal y partes civiles).

Desde el punto de vista del trámite, la ley establece que las partes presentarán la lista de los testigos y peritos con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta y señalarán los hechos sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate.

- Pericial: constituye una opción, para la parte que lo propone, manifestar su voluntad de conformarse con la lectura de la prueba pericial realizada durante la investigación preliminar. La contraparte o la coparte puede no conformarse con tal trámite y solicitar que comparezca el o los peritos para esclarecer los alcances de la pericia (CPP, 246), lo que se deberá manifestar en el propio escrito de ofrecimiento de prueba. En todos los casos ha de tratarse de prueba pericial realizada de conformidad con las reglas de anticipo de prueba, y no de informes periciales que no hayan soportado o podido soportar el contradictorio, como suele suceder con los informes técnicos de la policía científica u otra actividad equivalente realizada antes del juicio previo.
- Testimonial: las partes consignarán, en su escrito de ofrecimiento de prueba, una lista de testigos. La ratio legal es posibilitar tanto la examinación como la contraexaminación del órgano de prueba, en un pie de igualdad de las partes en juicio.

Ya sea que los testigos hayan o no declarado durante la investigación preliminar, deben ser referenciadas, al igual que los peritos, con indicación de sus nombres y apellidos, profesión u oficio y dirección exacta, así como los extremos fácticos sobre los que deberán ser examinados y contraexaminados; ya que las partes que quieran ejercer sus facultades de contraexaminación podrán haberse preparado para ejercer tal facultad desde que conocen sobre qué declarará el testigo o perito.

2.4.5. Investigación Suplementaria

Otra actividad sumamente importante dentro de la preparación del debate es el anticipo de prueba, esto es, y como ya fuera indicado (Capítulo 5), la posibilidad de practicar, antes del

debate precisamente en el momento de su preparación, actos que deberían realizarse durante el desarrollo de aquel, pero que por diversas razones que veremos enseguida conviene adelantar.

Esta función de anticipar prueba al debate, pero ya en el juicio, obedece a que las partes, en un pie de igualdad, consideran dificultoso, inconveniente o imposible realizar durante el debate determinada actividad probatoria, por lo cual se lo solicitan al Tribunal de Sentencia, en juicio y antes del debate. No obstante el concepto ha sido fundido y confundido con las tareas investigativas previas al juicio, como si éstas pudieran invadir la esfera del juicio desnaturalizando (corrompiendo) el diseño institucional de instancia única, en donde el juicio ocupa el lugar de mera continuación de la tramitación instructoria. La confusión encierra un grave peligro para el servicio jurisdiccional.

La fusión y confusión de etapas procesales se verifica en diversos códigos de procedimiento penal mixtos proinquisitivos y en no pocos operadores jurídicos de códigos procesales mixtos proacusatorios. Lo primero enfoca al legislador y lo segundo al intérprete de la norma (jueces y partes), pero ambas razones se explican por razones vinculadas a la cosmovisión de la justicia penal no siempre atendibles desde la ideología constitucional de cada Estado de Derecho[16].

Enfocando los códigos que regulan el adelanto probatorio en forma proacusatoria (CPP, Guatemala, CPP, modelo para Iberoamérica, etc.) se observa que se regula nítidamente el instituto del adelanto de prueba en juicio para el debate (por contraposición al adelanto probatorio en la etapa investigativa).

En el caso de Honduras no existe una norma que establezca expresamente la posibilidad de investigación suplementaria, y será en todo caso la jurisprudencia, la que determine el alcance del artículo 277, cuando otorga posibilidad al "órgano jurisdicción" de realizar anticipo de prueba, cada vez que ruega la inquietud de que éste anticipo ocurra en juicio para el debate.

2.4.6. Acumulación y Separación de Juicios

Todo lo visto hasta aquí constituyen diligencias de las partes en juicio y decisiones del tribunal (o su presidente) tendientes a preparar en juicio el debate, entendido el debate como momento procesal de conocimiento público en pleno contradictorio y resolución de la causa penal concreta. En este sentido, los "actos preliminares" del debate tienen por único objetivo que no fracase el debate en el que actúa el servicio de administración de justicia de conformidad a las pautas constitucionales.

Lo anterior puede relatinizarse hasta tomar ilusiones muchas de las garantías contenidas en la Constitución o en la ley procesal si varían los alcances del concepto de "juicio" o el de juicio de la "causa penal concreta" en la que la o las personas enjuiciadas jurídicamente deben defenderse.El Artículo 321 párrafo último autoriza al tribunal a separar "juicios" bajo diversas condiciones.

La primera hipótesis es la de acumulación de procesos la que exige, como condición necesaria (no suficiente), que en la causa penal concreta que es el insumo justiciable que, por razones de competencia le llega al Tribunal de Sentencia (artículo 70, CPP):

[16] En rigor de verdad, el problema de interpretación de los operadores del sistema jurídico penal, se verifica en aquellos sujetos que integren generaciones de transición de modelos mixtos o modelos acusatorios, ya que quienes sólo han sido operadores de sistemas acusatorios se resisten a creer que la confusión pueda plantearse.

- Haya varios imputados.
- Existen diversas acusaciones/ delitos conexos.
- No se determine un grave retardo.

Todo esto da la impresión de que la "causa penal concreta" se encuentra delimitada por la pieza acusatoria como objeto procesal de discusión en juicio, debiendo integrarse la idea procesal con los conceptos constitucionales y legales de la defensa en juicio, dentro de los cuales se encuentran, entre otros, las cuestiones de jurisdicción y competencia.

La acumulación de procesos debe ser resuelta por el órgano jurisdiccional correspondiente (juez o tribunal en pleno), a pedido de parte o aún de oficio, pero siempre con los alcances antes indicados, acotando así la zona de discreción jurisdiccional de distribución temporal del trabajo. La interpretación sistemática acota así la aparente laxitud de la expresión legal si ha de producir un grave retraso en el trámite de alguno de ellos.

El artículo 70 también impone una limitante a la acumulación de procesos, se trata de aquellos cuya acción no es idéntica, es decir que no cabe posibilidad alguna para unir un delito de acción pública, con otro de acción privada.

La separación de juicios se encuentre regulada, como antes señalábamos, en el artículo 321 párrafo último de la siguiente manera:

- Descubrimiento de hechos nuevos, independientes.
- Conexos o no con el hecho objeto del juicio.
- Que puedan constituir delito.

Lo que no agrega ni quita nada, o sea que es jurídicamente irrelevante, es que se trate de una causa penal en la que haya "uno o varios imputados" porque en un caso u otro la solución es la misma. Talvez su justificación se encuentre en los alcances docentes que pueden poseer los textos legales.

La resolución ha de ser tomada mediante sentencia interlocutoria dictada por el tribunal en el que, además de explícita la condición necesaria de única acusación y pluralidad de hechos acusados, se fundamente sobre las razones que inclinan al tribunal de juicio a sentenciar separadamente sin que se vulneren las normas de competencia que reglamentan las normas constitucionales de "juicio previo" y "defensa en juicio".

La resolución es recurrible por vía de apelación, siendo la norma misma o la sentencia agraviante el objeto de recurso, ya no el auto que separó la causa penal concreta en "varios juicios".

2.4.7. Designación de Audiencia de Debate

Cumplimentadas las diversas actividades descriptas más arriba sólo resta fijar día, hora y lugar para la realización de la primera audiencia del debate.

Por regla el lugar será la sala de audiencias (CPP, 309) . Si no hubiere sala de audiencias el tribunal podrá indicar el lugar que se habilitará al efecto[17].

[17] No se deben confundir las instituciones con los edificios (o las oficinas) donde ellas funcionan. El Tribunal de Sentencia es un órgano jurisdiccional (órgano función que no se identifica con las oficinas y despachos donde determinados funcionarios (órganos – persona) concurren a realizar sus tareas constitucionales, pudiendo realizarse el debate en otro lugar, otra sala de audiencias, un auditorio de la Facultad de Derecho, un salón de teatro, el aula de una escuela, etc. Regularmente la reiteración rutinaria hace que ante el silencio del tribunal al fijar la primera audiencia de debate, las partes asuman que se realizará en la sala de audiencias del tribunal convocante, pero nada impide que pudiera suceder en otro lugar que por la proximidad de la prueba, la cantidad de partes u otras razones hicieran recomendable utilizar otro espacio físico para cumplir una única función: debatir constitucionalmente.

La determinación temporal posee pautas que aparecen como meramente ordenatorias, pero detrás de las cuales subyacen cuestiones de importancia. Así, para no vulnerar la preparación de las partes en juicio para el debate, la primera audiencia no podrá ser fijada repentinamente, debiéndose garantizar por lo menos diez (10) días de cumplidos los actos preparatorios del debate; pero tampoco podrá fijarse con excesiva dilación o sine die, debiendo suceder en un plazo no mayor de treinta (30) días, prorrogables únicamente – y por auto motivado – hasta por quince (15) días más.

Esto significa que la ley está proponiendo que la primera audiencia se realice en el rango que va desde los diez (10) a los treinta (30) días contados desde que se hayan vencido los plazos para cumplir los actos preparatorios del debate, regularmente el vencimiento del plazo de ofrecimiento de prueba.

El artículo 318 establece: "*Señalamiento de fecha y hora para el debate. Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución relativa a la admisión de las pruebas presentadas, el Presidente del Tribunal de Sentencia, fijará la fecha y la hora en que se iniciará el juicio oral y público. Dicha fecha deberá estar comprendida entre los diez (10) y los treinta (30) días siguientes. Excepcionalmente el Tribunal podrá prorrogar este plazo por auto motivado, hasta por quince (15) días más*".

Una vez que esto ha sucedido comienza le cuenta regresiva para iniciar el debate y descargar en el arsenal convictivo y jurídico con que cada una de las partes cuenta para desarrollar sus estrategias y hacer valer en juicio sus pretensiones.

3. La Cesura del debate

La división del debate único (dentro del juicio único) es una alternativa contemplada expresamente por el CPP, 342. La cesura del debate en su función principal, vincula normas de derecho penal sustantivo y procesal, esto es, la determinación judicial de la pena estatal.

Esta división del debate único es lo que en la doctrina se conoce como "cesura del debate", instituto en el que se asigna un primer momento del debate al conocimiento y decisión de responsabilidad penal del hecho delictivo (determinando la existencia del hecho acusado y la participación responsable del acusado en el hecho calificado como delito), emitiéndose una sentencia de responsabilidad penal, y en un segundo momento- si se ha contestado afirmativamente a las cuestiones de responsabilidad – se reabre el debate para concentrar la actividad judicial en la determinación judicial de la pena (mensuración de la pena: CP, 68 y 69), y entonces se dicta sentencia en la que concretamente, se impone ésta o una medida de seguridad, acto con el cual se manifiesta la voluntad jurisdiccional del Estado que ejerce el derecho de castigar (*ius punendi*).

En relación al CPP, que establece normas de la deliberación previa al dictado de la sentencia, se estratifican diversos momentos sucesivos y continuos: primero, la determinación del hecho, seguidamente la participación del acusado (tanto en su materialidad externa como en su elemento animico – dolo o culpa -), luego la calificación legal y, finalmente, la determinación de la pena para el ciudadano concreto que ha sido declarado culpable. Esto último, en una audiencia al efecto (CPP, 342).

En rigor de verdad, los pasos intelectuales seguidos por el juzgador[18] son los mismos en los modelos procesales que poseen cesura del debate (EE.UU. de Norteamérica; CPP, Guatemala, 353; CPP, modelo para Iberoamérica, 287; Honduras, 342) que en aquellos otros códigos o *equivalentes*[19] que no la poseen; la diferencia está dada en el diferimiento de la(s) audiencia(s) del debate sobre la pena o la medida de seguridad a imponer. El diferimiento es de tal forma que está vinculado a un reposicionamiento estratégico de las partes, que sólo discutirán sobre la determinación judicial de la pena o medida de seguridad, para lo cual pueden producir prueba.

No obstante que los pasos intelectuales (análisis del delito y análisis de la pena) sean los mismos en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, acompañarlos con el trámite procesal representa una edificante manera de dotar de mayor precisión y posibilidades de racionalidad a una tarea nada despreciable (como cuotaparte de poder) en el sistema de administración de justicia penal, como es la cuantificación de la pena misma a imponer o la determinación de una medida de seguridad.

En rigor, de lo que se trata es de que en la determinación judicial de la pena se pueda contar con algunas pautas que racionalicen el máximo instrumento estatal de direccionamiento de las conductas humanas[20].

4. El debate de las partes

Ya se dijo que el juicio es la etapa del proceso penal que tiene por fin establecer si se acredita o no, total o parcialmente, los extremos argumentados fáctica y jurídicamente en la acusación (o en el auto de elevación a juicio), con certeza positiva fundada en la prueba examinada y contraexaminada por las partes y recibida por el tribunal que declara por sentencia la relación jurídico-sustantiva basada en el debate realizado en forma pública, oral y continua.

Preparación, debate y sentencia, son los tres momentos de la secuencia del Juicio. El primer momento es de carácter preparatorio – actos preliminares-, y en el otro se da el conocimiento de la cuestión, por parte del tribunal, en función de la discusión de las partes; este momento es el debate.

Quienes debaten son las partes procesales en juicio previo; lo hacen en público y públicamente. Esto último significa la presencia de terceros ciudadanos en la audiencia, sean 5, 10, 50 o ninguna persona (participación ciudadana indirecta –observadores-); el acto de debatir es

[18] Sobre la voluntad del juzgador, v. Vivas Ussher, G., *Manual ..., cit.*, T° 2, Cap. 8 El Juicio, "5.1.1. La Formación de la voluntad jurisdiccional", p. 409.

[19] Sobre el modelo estadounidense, Cfr. Hendler, Edmundo, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Bs. As., Ad Hoc, 1996, p.125 ss. Este autor explica (p.130) que "*El procedimiento del dictado de la sentencia supone también la celebración de una audiencia, posterior obviamente a aquella en que tuvo lugar el juicio, y se pronunció el veredicto, en la que el acusado mantiene el derecho a ser asistido por su abogado. También tiene oportunidad de manifestarse personalmente sobre el tema, lo que se considera un derecho basado en la tradicional interrogación del juez al condenado sobre si desea agregar algo antes de su sentencia*".

[20] Cafferata explica (*Introducción...* ob. cit., ps. 217 y 218) que la motivación de la llamada individualización de la pena, aspecto que no ha tenido el mismo desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia que el vinculado a la participación culpable del acusado, a pesar de que las leyes requieren idéntico tratamiento para ambos.

Hoy se enfatiza en la necesidad de evitar todo atisbo de arbitrio judicial, en la elección de la calidad o cantidad de la pena a aplicar, a través del diseño de pautas teóricas más o menos firmes que en el proceso de individualización de la pena y circunscriban los límites que no es posible traspasar.

Para un mejor cumplimiento de tan importante expresión de la tarea jurisdiccional se ha propuesto separar el debate sobre la culpabilidad del debate sobre la pena: es la llamada cesura del juicio. Este segundo y diferenciado momento evitaría que se mezclen – como ocurre hasta ahora – pruebas y alegaciones sobre la culpabilidad cuando ésta puede resultar finalmente no probada (con el inútil desgaste de actividad procesal inherente y el perjuicio que acarrearía al acusado absuelto el ventilar en público aspectos negativos de su personalidad que sólo serían útiles para la fijación de la pena); permitiría un tratamiento específico sobre tan significativo aspecto, jerarquizándolo como corresponde y daría un marco propicio para soluciones alternativas a la pena, con participación de la víctima (cuando estas posibilidades se legalicen).

realizado bajo la idea de que se trata de un acto (actos) para la administración de la cosa pública (res-pública), susceptible de ser comunicado a la amplia mayoría de la comunidad a través de medios de comunicación masivos o especializados (participación ciudadana remota).

La administración de justicia, mediante la jurisdiccionalidad sin jurados, es estatal, con participación ciudadana indirecta y remota que satisface las exigencias de la justicia republicana.

La administración de justicia democrática presume participación ciudadana directa en el acto de gobierno mediante diversas actividades de participación ciudadana en los diversos extremos de la relación jurídico-procesal (tribunal, actor penal e imputado), lo cual se logra, por ejemplo, integrando el tribunal con jueces jurados, permitiendo la amplia participación de la víctima y el acusado en la solución del conflicto, la electividad ciudadana de sus representantes judiciales –Ministerio Público, jueces inamovibles-, el control legal del ejercicio liberal de la profesión de los abogados que representan en juicio previo a los protagonistas del conflicto social, etcétera.

En este contexto se advierte que nuestro sistema de administración de justicia es republicano y limitadamente democrático, característica definitoria –entre otras- de la justicia latinoamericana. El sistema de administración del derecho ubica a la jurisdiccionalidad como función nítidamente diferencial a toda otra función de gobierno y no es absolutamente estatal[21], permitiendo algún grado de participación ciudadana (vista pública) en esta jurisdiccionalidad que evalúa el debate de las partes en juicio previo.

Los extremos penales serán discutidos por los adversarios procesales (sistema adversarial): uno, tratando de demostrar todos los extremos de la acusación (Ministerio Público), el otro tratando de rechazar, total o parcialmente, esos extremos (imputado y su defensor), y el tribunal será quien diga *(iuris diction)* a cual de las partes le asiste el derecho.

Todo ello se desarrolla en el marco de lo que se denomina juicio oral, que no es sólo oralidad, sino que es también el juicio moderno según el actual estado de desarrollo jurídico-cultural de Latinoamérica[22].

El pleno contradictorio de las partes, vehiculizado mediante la oralidad, conlleva las más salientes notas caracterizantes del sistema acusatorio, en el que el examen cruzado de las partes despeja el eventual sobredimensionamiento que las partes quieran asignarles a sus medios convictivos[23].

Los elementos de convicción en que se apoyan las alegaciones de las partes serán debidamente justipreciados –mediante la sana crítica racional- por el tribunal de sentencia; se perfila así el rol

[21] Ni debe serlo, ya que de lo contrario se trataría de un acto más de administración a secas, cumplido por un órgano (poder judicial en su aspecto de organismo jurisdiccional) diferenciado de la administración ejecutiva, pero funcional a ella, con lo cual los justiciables (en acto o en potencia), sean víctimas, acusados o terceros ciudadanos, guardan una compostura de subordinación y acatamiento al tribunal, como la que guarda el administrado respecto de la administración central, el "contribuyente" respecto de los "impuestos", etc.; el sistema penal se decolora en sistema administrativo de disciplinamiento. Por la competencia (poder) del tribunal para decir el derecho en el caso concreto, como tercero imparcial e independiente, ha de ser y parecer, a estos efectos, superior socialmente a los otros poderes del Estado; de lo contrario se desvanece bajo los lacerantes rayos del poder (estatal o extraestatal), rayos de los que sólo cubre el capitolio constitucional y, fuera del cual, el tribunal no es tal, sino un delegado del Príncipe.

[22] Caferatta Nores, José I., Introducción al derecho procesal penal, ob. Cit., ps. 202 y 203. Enseña este autor " que, como en tantos otros ámbitos de la vida, se nomina a un objeto, no por la suma o síntesis de sus caracteres, sino por una de sus particularidades, a veces a la que más se destaca. La oralidad es, en realidad, sólo un procedimiento, un medio para posibilitar la vigencia de los más notables caracteres del juicio penal moderno, para hacer efectivas las virtudes individuales y combinadas a la publicidad, la inmediación, la concentración, el contradictorio, y la identidad física del juzgador. Por estar vinculado a la mejor actuación de todas éstas, por ser una especie de común denominador, es que tiñe el juicio con su color, imponiéndole su nombre. La alocución 'juicio oral' se utiliza, de ahora en adelante, como un valor entendido, en el que se incluye la convicción que, en verdad, no comprende a todo el juicio, sino sólo a su núcleo que es el debate.
Ahora bien, la oralidad en sentido propio significa que toda la actividad procesal (instancia y alegación de las partes, introducción de pruebas y decisiones del tribunal) se desarrolló en forma verbal, sin que puedan quedar registros documentados, salvo algunas excepciones".

[23] Tras el modelo adversarial subyace la idea de Heráclito según la cual *"de la lucha entre los contrarios surge la mayor de las armonías"*.

de cada uno de los sujetos procesales esenciales: el fiscal comenzando con su afirmación acusatoria (tesis), la defensa, excepcionándose mediante su antítesis defensivas y el tribunal, en su rol arbitral, como sintetizador mediante el dictado de la sentencia.

Pero si bien el rol fáctico-probatorio del tribunal de sentencia es, por regla, actividad decisoria y pasividad investigativa, desde el punto de vista de la interpretación jurídica procesal y sustantiva es intensa, a lo que se le debe agregar que también cumple funciones de dirección y disciplina del debate, esto es, garantizando la observancia de las reglas de juego bajo las cuales las partes debaten.

El sistema controversial se legitima en tanto y en cuanto representa un modelo de enjuiciamiento penal democrático y republicano para resolver conflictos sociales de alta intensidad, en el que el acento está puesto en las partes contendientes antes de que en el tribunal, alcanzando este último su excelencia declarando el derecho aplicable al caso concreto, sin abandonar su rol arbitral.

Respecto a las actividades, roles y estrategias de las partes ya se desarrolló el tema debidamente y por separado al tratar en el capítulo 3, a donde se remite. Existe una evaluación de las partes como actividad conclusiva del debate, a lo que el artículo 334 del CPP denomina "Discusión final", oportunidad en que las partes plantean sus respectivas hipótesis jurisdiccionales o "alegatos"; pero para arribar a ello existen algunas pautas de cómo discutir entre partes y la ley procesal confiere la facultad de dirección y disciplina del debate al sujeto procesal que es un tercero imparcial.

4.1. Principios fundamentales del debate y su repercusión práctica

4.1.1. Dirección del debate y poder disciplinario del Tribunal de Sentencia

El debate significa, en un lenguaje más sencillo, que dos o más partes no están de acuerdo sobre algunos puntos y que discutirán, siguiendo algunas reglas (ley procesal), para dirimir el conflicto. Va de suyo que quien resuelve debe ser un tercero imparcial[24] (Tribunal de Sentencia) y no uno de los contendientes. En este sentido puede verse al debate como una discusión bajo reglas procesales, *una discusión racionalmente reglada.*

Y es muy probable, como de hecho sucede, que las partes discutan hasta las propias reglas de discusión, por lo que el legislador otorga al tribunal el carácter de autoridad de aplicación de las reglas de dicción, y para ello le confiere un doble poder:

*Dirección del debate.

*Poder de disciplina.

Estas facultades se le otorgan al tribunal, y están dirigidas hacia la consecución de **un fin,** que es establecer si se acredita o no, total o parcialmente, los extremos de la acusación fundada en la prueba recibida en forma oral, pública, continua y examinada con el pleno contradictorio de las partes, que hacen valer sus derechos constitucionales, observados primariamente por él.

[24] La **independencia** externa (otros poderes estatales o privados) e interna (poder judicial) del tribunal de sentencia es una condición necesaria pero no suficiente de la imparcialidad.

Impone la ley que tal poder no sea para generar un doble acusador (fiscal y tribunal) o para multiplicar la defensa (defensor y tribunal), sino que, muy por el contrario, los poderes de dirección y disciplina se ejercen "[...] sin coartar los derechos de las partes de manera que las intervenciones conduzcan al esclarecimiento de la verdad" (CPP, 304) y cuya interpretación es restrictiva.

Las cuestiones de mero trámite se ponen en cabeza del presidente del tribunal, en tanto que aquellas otras que representan un interés mayor, por afectar a las partes en juicio, deberán ser ordenadas al menos por la mayoría.

Tales poderes se ejercen no sólo sobre las partes sino toda persona vinculada al debate (testigo que no comparece), con especial referencia a los presentes en la sala de audiencias (público en general).

Las normas del artículo 304 y cc. establecen que el presidente:

* *Dirigirá la audiencia* (tendiente a la ejecución de los actos propios del trámite legal).
* *Hará las advertencias legales* (dirigidas a las partes o a las personas que, como testigos, peritos o intérpretes, intervienen en el juicio, explicitando derechos y obligaciones).
* *Recibirá los juramentos* (tomará juramento a los obligados a ello, aclarándoles a quienes no deponen bajo esa condición, como en el caso del imputado o sus parientes).
* *Mantendrá el orden en la sala de justicia* (tendiente a que se guarde silencio mientras se desarrolla la audiencia, que no se produzcan roces que alteren los ánimos dentro de la sala, frecuencia de ingresos y egresos, del público en general que pueda provocar distracción, etc.).
* *Moderará las discusiones* (sin coartar los derechos de las partes y de manera que las intervenciones conduzcan al esclarecimiento de la verdad).
* *Dispondrá la vigilancia y cautela necesarias* (para impedir la fuga del imputado o que cometa o sea víctima de agresiones verbales o físicas o cualquier otro acto de violencia -CPP 307-).

La enumeración es ejemplificativa y no taxativa.

El presidente ejerce un auténtico **poder de policía y disciplina durante** todas las audiencias que se realizan para integrar el debate; el sentido de ello es mantener el orden de las audiencias, como presupuesto para el natural desarrollo del contradictorio.

Sólo el tribunal en pleno podrá:

* *Decidir que el imputado sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones* (ante la reiteración de una conducta inconveniente, a pesar de las advertencias del presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local.La celebración de las sesiones continuarán en su ausencia con la presencia de su Abogado defensor -CPP, 307párrafo segundo-).
* *Ordenar la conducción del imputado, por medio de la fuerza pública, a la audiencia, o bien su detención* (para asegurar el debate o un acto particular del mismo –CPP, 307 párrafo tercero-).
* *Variar las condiciones a que esté sujeta la libertad del imputado o imponerle medidas cautelares adicionales a las que se halla sujeto.*(CPP, 307, párrafo último).
* *Disponer la suspensión del debate, por resolución fundada, cuando alguna catástrofe o hecho extraordinario imposibilite o haga difícil su continuación.* (CPP, 312).

* *Disponer motivadamente, que el juicio se realice total o parcialmente en forma privada para salvaguardar bienes jurídicos protegidos* (honor, intimidad personal, vida, secreto oficial o privado que amerite protegerse, orden público, niñez y adolescencia). (CPP, 308).

4.1.2. Inmediación, continuidad, publicidad y oralidad

Con avances y retrocesos, la gradual evolución de la administración de justicia penal viene exhibiendo una creciente demanda de participación de la ciudadanía en la gestión de gobierno. En ese orden de ideas controla formal o informalmente el funcionamiento del sistema de justicia penal, control que se amplifica por la creciente injerencia de los medios masivos de comunicación, que por momento instalan una suerte de "justicia mediática" de alto impacto social.

Así, hoy en día, la **publicidad** es la característica más sobresaliente del modelo de enjuiciamiento penal hondureño. La administración de justicia es un acto de gobierno, y como tal está sujeto a las reglas generales propias de todo acto de gobierno de la república; de tales reglas emerge la publicidad (CPP, 308).

Lo que las constituciones fundantes de un Estado de Derecho y los pactos internacionales exigen es la "publicidad" del juicio, tanto en sentido político (publicidad de los actos de gobierno) como técnico (realización del debate a puertas abiertas). En algunos casos ello se dice expresamente (vgr.,CADH, 8 y 5); en otros se deriva indubitablemente del principio de democracia participativa en que ha de sustentarse el gobierno (CR, 5), que implica la participación de todos los sectores y esta participación no puede garantizarse, en lo que a resolución de conflictos penales se refiere, si los mismos no se desarrollan en un ambiente eminentemente público.

De las dos acepciones, la política es, sin duda, la determinante del principio, pero la técnica es la que asegura la realización de la práctica. Desde este último punto de vista, la publicidad trae aparejada una serie de consecuencias en cuanto a la organización del juicio (oralidad, inmediación, etc.)[25].

La publicidad[26] representa el más intenso medio disuasivo en contra de las potenciales interferencias (órganos de prueba mentirosos, jueces arbitrarios) para los fines del juicio, de manera tal que los sujetos procesales viven la presión que imprime o puede imprimir el público, observando como los intervinientes en el juicio coadyuvan a la administración del derecho en el caso concreto. Así, los testigos eventualmente mentirosos encuentran límite a la contraexaminación pública; las partes convencen al tribunal; el tribunal no puede hacer lo que quiere, sino lo que debe, etcétera.

[25] Pérez Barberá, Gabriel, Debate: principios fundamentales, texto de análisis presentado en el Programa de Capacitación Profesional realizado por el Colegio de Abogados y Notarios de la República de Guatemala y el Centro de Apoyo al Estado de Derecho CREA-USAID, Guatemala, C.A., 1996. Para este autor "[...] sólo a través de un sistema que asegure la publicidad de los actos de los órganos representantes del poder estatal podrá el ciudadano ejercer un efectivo control, tanto de la legalidad como de la legitimidad política de aquéllos. En materia penal, concretamente, sólo de esta manera puede el sistema asegurarle a la persona (en tanto le cede a ella misma el control) que la coacción –tanto cautelar como material-puesta en práctica no ha sido tiránica, sino sometida a las reglas previamente establecidas por el orden jurídico mayoritariamente aceptado.
La publicidad del juicio, por lo tanto, constituye, ante todo una garantía a favor de las personas. Que a la vez, en su concreción práctica, sea funcional al logro de algunos de los objetivos de la persecución estatal, por cuanto, por ejemplo, favorece el descubrimiento de la verdad histórica, puede verse como una consecuencia, si se quiere ventajosa, pero no como motivo que, a manera de un principio fundamental, determine su necesidad".

[26] Los modelos normativos que incluyan, implícita o explícitamente, cláusulas que exijan la publicidad de los actos del poder público deben ser reglamentados, por lo menos en materia procesal penal, por leyes procesales que aseguren un juicio *público*, con todas sus consecuencias, ya que si así lo hicieren, los reglamentos procesales se vuelven corruptores del ordenamiento fundacional, desde que lo desnaturalizan.

En este orden de ideas se ha dicho[27]:

"Dadme el juez que queréis, mi mayor enemigo si os place, con tal de que no pueda verificar acto alguno sino en público".

La **publicidad de los debates** es regulada como la posibilidad de que cualquier persona pueda presenciar su desarrollo total, y conocer luego los fundamentos de la sentencia.

Esta característica es derivada del principio de la publicidad de los actos de gobierno, propio del sistema republicano, y permite el *control* popular sobre la administración de justicia.

La publicidad del juicio penal es altamente beneficiosa para lograr un fallo ajustado a derecho, y evitar posibles arbitrariedades judiciales. El acceso libre del conocimiento público, por medio de los presentes en el debate o a través de la prensa, pone a salvo a los jueces de eventuales presiones de otros poderes, o de grupos de presión (partidos gobernantes, grupos de poder económico, militar, etc.) y de las suspicacias que pueden acechar a la justicia cuando ésta actúa entre "sordas y mudas paredes"[28].

La oralidad, que exige la continuidad, permite que la atención pública le dé seguimiento al juicio, pues el debate se inicia y concluye en un breve lapso, en el cual se habrá de respetar a pie juntillas la oralidad, evitándose que cualquier prueba útil pueda ser incorporada al debate por la lectura del acta que la documentó durante la investigación preparatoria, evitándose así la imposición legal de su producción personal en el juicio, que es el momento en el que brilla la pública examinación cruzada de la prueba. En la medida en que esto se vulnera se habrán vulnerado las posibilidades de que la ciudadanía efectúe su control republicano de los actos de gobierno.

Y en este orden de ideas, el momento paradigmático en que un juez, particularmente los integrantes del tribunal de sentencia se gana su rol en la república democráticamente organizada, es al sintetizar ese debate en un acto de conocimiento y autoridad, en el juicio penal pensado como acto saber-poder al que se hace referencia en el capítulo 2.

A ese acto de conocimiento y autoridad concurren las facultades intelectivas de los tres miembros del tribunal de sentencia, y es durante la deliberación propia del órgano colegiado en donde se espera, que habrá de constituirse la manifestación de voluntad jurisdiccional a través de la cual el Estado enlaza una solución individual a un conflicto social concreto (sentencia). Por ello se impone que ese órgano colegiado que decide en nombre del pueblo de la república sobre la libertad, honra y bienes de un ser humano, elabore y redacte la sentencia, y no sólo sea quien la firme, ya que se plasma en ella la esencia de su función jurisdiccional[29].

[27] Mirabeau, citado por Cafferata Nores, José I.,en Introducción al derecho procesal penal, ob. Cit., nota 23, p 207.

[28] Cfr. Cafferata Nores, José I.,ob cit., p. 208. Por otra parte, la participación ciudadana, muy restringida en el proceso penal ya que se limita a los roles descriptos en el capítulo 3, a donde remitimos, tiene su primer punto de contacto para dar base a un análisis crítico sobre el sistema, claro está que no es para lograr el consenso de las mayorías demagógicamente a lo que se aspira, sino antes bien, y en pleno acatamiento del orden jurídico – institucional a vivir las reglas de la res-pública, exhibiendo cómo se administra justicia. Así, la presencia del público, que ve como se aplica el derecho en aras de la justicia y la difusión por los medios masivos de la comunicación, contribuye a restablecer el concepto de la seguridad ciudadana, disminuido no pocas veces por los hechos delictivos, otros por los engorrosos sistemas de administración del derecho, otras por las no siempre bien intencionadas campañas de las empresas de la comunicación social, etc. Regularmente todos estos factores juegan simultáneamente, y la mayor o menor sensación de la propia seguridad del ciudadano no depende exclusivamente de ninguno de ellos sino del conjunto, en consecuencia será responsabilidad de cada quien cumplir correctamente con el rol encomendado en la república para horizontalizar la base de apoyo del poder ciudadano en un ejercicio democrático del poder que cada quien posee y le es reconocido constitucionalmente.

[29] Cfr. Cafferata Nores, José I., Introducción...ob.cit., p. 210.

Así, los jueces que fueron impactados por la prueba rendida en plena contradicción y escucharon los alegatos del fiscal, la defensa y las partes son quienes, sin solución de continuidad, pasan –ante los ojos de la ciudadanía- de la sala de audiencia a la de deliberaciones –secreta- para dictar allí la sentencia, y luego retornan ante el público para dar a conocer lo sentenciado a las partes, al público y al propio Estado.

4.1.2.1. Excepciones a la publicidad

El principio de máxima intensidad cede a favor de las excepciones taxativamente enumeradas en el artículo 308 del CPP, respondiendo a diversas razones.

La modalidad restrictiva consiste en realizar el debate a puertas cerradas, con lo cual se impone la publicidad restringida o publicidad de partes. Ello significa que en ningún caso se podrán realizar debates "in audita parte". La realización a puertas cerradas se podrá disponer por el tribunal respecto de todo o sólo parte del debate, según las características del caso. La evaluación de si el debate –o parte de él- debe realizarse a puertas cerradas se encuentra en la zona de discrecionalidad del Tribunal de Sentencia, quien lo resuelve motivadamente, previa audiencia con las partes y en forma oral, de lo cual se dejará constancia en el acta del debate.

Así, el artículo 308 establece que *"el juicio será público, sin embargo, excepcionalmente el Tribunal de Sentencia de oficio o a petición de cualquiera de las partes y previa audiencia de éstas, podrá resolver motivadamente, que se realice total o parcialmente en forma privada[...]".*

Las causas pueden conocerse con anterioridad al debate o durante su desarrollo. En ambas situaciones se resolverá inmediatamente después de haberse declarado abierto el debate. Desaparecida la causa que fundaba la tramitación a puertas cerradas, la medida se habrá agotado y cumplido su efecto, por lo cual se hará saber al público que el debate continuará a puertas abiertas, debiendo el presidente efectuar una síntesis informativa estrictamente descriptiva (no valorativa) sobre lo sucedido, de forma tal que la ciudadanía pueda seguir con la mayor integralidad posible el desarrollo del debate.

La posición en que se ubica a los ciudadanos que concurren al debate público es la de "observadores", debiendo acomodar sus conductas a determinadas pautas para no interferir en el desarrollo del conocimiento y decisión de lo actuado en las audiencias, por lo que: *"[...] en la sala de audiencias no podrán hacer acto de presencia las personas menores de quince (15) años que no vayan acompañadas de un adulto responsable, quienes usen distintivos partidistas o gremiales, se encuentren en notorio estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas o estupefacientes o que aparezcan con síntomas de desequilibrio mental, que puedan perturbar el orden en la sala. Sólo los miembros del personal que tengan encomendadas oficialmente las funciones de vigilancia y seguridad de la sede del órgano jurisdiccional, podrán permanecer armados en la sala de audiencias. El número de personas que asista a presenciar las audiencias, estará limitado por el número de asientos disponibles para las mismas."* (CPP, 309).

Para que la publicidad del debate sea aprehensible por jueces, partes en juicio y ciudadanos, habrán de verificarse los caracteres de oralidad, inmediación y continuidad.

La inmediación es el contacto personal y directo de los jueces, las partes y los defensores con el imputado y los órganos de prueba, es decir, con los portadores de los elementos de prueba que van a dar base a la sentencia que valida en todo o en parte, o invalida la acusación.

Y nadie duda que el procedimiento más conveniente para hacer efectiva la inmediación es la oralidad, porque ésta es el medio de comunicación originario entre los seres humanos, el más natural y el más completo[30].

El idioma alcanza el clímax como manifestación cultural que transporta a otra de las más excelsas construcciones de la cultura humana: el derecho para la administración de justicia. El legislador ha establecido que los actos procesales sean cumplidos, bajo pena de nulidad, en el idioma oficial (CPP, 125), por regla, pero cuando uno de los sujetos intervinientes en el proceso no maneje o se exprese con dificultad en idioma español, se le brindará la ayuda necesaria mediante traductor, para que el acto se pueda desarrollar de conformidad a las reglas de la ley procesal.

Se impone la traducción o interpretación (CPP, 250) como presupuesto de validez para sujetos que ignoren el idioma oficial o se expresen en un idioma distinto, o sordomudos que no sepan darse a entender por escrito. Lo propio sucede con los documentos o grabaciones en lengua distinta al español, o en otra forma de transmisión de la información que pueda representar un conocimiento relevante jurídicamente para el proceso penal.

La oralidad no sólo viabiliza la inmediación entre sujetos procesales y órganos de prueba, sino que en realidad la impone, ya que si las alegaciones, planteos de parte, examinación probatoria, etc., se están realizando en forma (oral y) audible por los sujetos procesales, se presume su concurrencia física simultánea en un espacio –físico- común. Y así, al no quedar documentados en actas los elementos de prueba (como tampoco los alegatos), los propios jueces que van a dictar sentencia serán quienes necesariamente deberán tener este contacto personal con los elementos de convicción y las argumentaciones de las partes en juicio.

Corresponde prevenir sobre lo excepcional que ha de ser la utilización de las medidas de incorporación por su lectura de actas y documentos, ya que por vía de excepciones a la oralidad (CPP, 311) en verdad se afecta también la inmediación (la incorporación de testimonios rendidos en la investigación penal preparatoria mediante la lectura de las actas que dan cuenta de tales actos procesales ya realizados ante otros sujetos procesales).

Así, el debate se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces llamados constitucionalmente a dictar la sentencia, del Ministerio Público, del acusado, de su defensor y de las demás partes o sus mandatarios (CPP, 306).

Ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones, por parte de funcionarios judiciales, se impone la comunicación al tribunal superior y al fiscal general a los efectos disciplinarios correspondientes.

El imputado, al ser notificado de la fijación de primera audiencia (CPP, 318), conoce de su obligación de presentarse pero " [...] Si el imputado se halla en libertad y no se presenta a la audiencia, el Tribunal de Sentencia ordenará su conducción por la fuerza pública o su detención. Si no es posible la conducción oportuna del imputado, se suspenderá el debate hasta que sea habido o se presente voluntariamente. En el mismo caso, dicho tribunal podrá variar las condiciones a que esté sujeta la libertad del imputado o imponerle medidas cautelares adicionales a las que se haya sujeto" (CPP, 307).

[30] Dejamos desde ya hecha la aclaración de que sociedades donde existe un pluralismo lingüístico amplio, como sucede en diversos países de Latinoamérica, sectores de apoyo como lo constituyen los traductores (CPP 125) e intérpretes (CPP 250), representan un engranaje esencial para legitimar el sistema y declarar todas sus bondades, ya que de lo contrario se desestructura todo el andamiaje conceptual en que se apoya el diseño del enjuiciamiento penal.

Si el defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del tribunal, se tendrá por abandonada la defensa. Si el imputado no designa de inmediato otro defensor de su confianza, el Tribunal de Sentencia le nombrará un defensor público (CPP 306 párrafo tercero).

Si el representante del acusador privado no concurre a la audiencia o se aleja de ella sin autorización del tribunal, dejará de tenérsele como parte sin perjuicio de que la persona del acusador privado podrá ser obligado a comparecer cuando deba declarar como testigo (CPP 306 último párrafo)[31].

La **continuidad,** por su parte, requiere la mayor aproximación temporal posible entre los momentos en que se produce la prueba, se argumenta sobre su resultado y se dicta la sentencia.

De allí que los códigos orales exigen que el debate (núcleo del juicio) se desarrolle durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias para su terminación (CPP, 306, primer párrafo).

Esta forma de inmediación (temporal) se obtiene obligadamente con la oralidad, pues si las pruebas se registran sólo en la memoria de los jueces y partes, deben tomarse sin solución de continuidad entre ellas para prevenir olvidos. Por la misma razón, los alegatos deben producirse inmediatamente después de recibidas aquellas y, con mayor razón todavía, no puede distanciarse temporalmente a la sentencia de ambas actividades.

La oralidad impone la concentración de los actos procesales para la resolución del caso, evitando la dispersión de la actividad procesal, el incumplimiento de los plazos para recibir la prueba, producir alegatos, dictar oralmente los decretos y autos –dejando constancia en el acta del debate-, y finalmente dictar sentencia por escrito.

4.1.2.2. Excepciones a la continuidad

La ley procesal impone las audiencias consecutivas, admitiendo como únicas excepciones las de los casos taxativamente enumerados por el art. 312 del CPP. El CPP presume iure et de iure que se corrompe el diseño procesal y en consecuencia cae el andamiaje jurídico garantista, sin continuidad, por lo que aún en las excepciones del art. 312 del CPP, la suspensión del debate no puede durar más de quince (15) días, bajo pena de nulidad de lo actuado.

Así, la presencia de las causales taxativamente estipuladas por el CPP habilitan a que el tribunal pueda suspender el debate **por un plazo máximo de quince (15) días.** Tales causales son:

* deba resolverse alguna cuestión que por su naturaleza, no pueda decidirse inmediatamente;
* deba practicarse alguna diligencia en lugar distinto de aquel en que se celebre la audiencia;
* no comparezcan los testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable y no hayan pruebas que puedan evacuarse;

[31] Artículo 100. Separación y abandono de la acción privada. El acusador privado podrá en cualquier momento, apartarse expresamente o abandonar el proceso.
La separación se hará mediante manifestación en ese sentido ante el órgano jurisdiccional competente.
El abandono se producirá cuando citado para prestar declaración o para la ejecución de cualquier medio de prueba, para cuya práctica sea necesaria su presencia, el acusador privado no comparece sin justa causa o se niega a colaborar para la práctica de la diligencia. La justa causa se acreditará antes de que se decrete el abandono.
El abandono será declarado de oficio, a petición del fiscal o de partes.
La separación y el abandono impedirán toda posterior participación en el proceso, pero en ambos casos, éste continuará con la intervención del Ministerio Público.

* si un perito no puede ser localizado por la fuerza pública, el juicio continuará prescindiendo de esta prueba, salvo el caso de que la prueba pueda ser evacuada por otro perito;
* alguna de las partes o un miembro del tribunal de sentencia pueda continuar interviniendo en el juicio, salvo que pueda ser sustituido inmediatamente, conforme a lo dispuesto en el CPP;
* alguna revelación o retractación inesperada produzca alteraciones sustanciales en la causa;
* el defensor solicite después de ampliada la acusación, siempre que por las características del caso, el debate no pueda continuarse de inmediato;
* el imputado incurra en rebeldía durante el debate;
* al imputado le sobrevenga una enfermedad o trastorno físico, que le impida la asistencia al acto del juicio hasta su restablecimiento, o un trastorno mental que limite gravemente su capacidad de comprensión de los actos del proceso y la posibilidad de obrar conforme a ese entendimiento; y,
* se ponga de manifiesto que la defensa del imputado resulta ineficiente a juicio del tribunal.

La suspensión la decide el tribunal de sentencia[32], y el presidente anunciará el día y la hora en que continuará la audiencia; ello valdrá como citación para los que deban intervenir (CPP, 312 párrafo cuarto). Antes de comenzar la nueva audiencia, el presidente del tribunal resumirá brevemente los actos cumplidos con anterioridad.

Si la audiencia no se reanuda el día y la hora señalada por el tribunal, la sustanciación del juicio deberá iniciarse de nuevo.

Párrafo aparte merece la causal del inciso 6 del artículo 312, que no soporta el menor análisis sistemático y que, en consecuencia, se contradice con todo el andamiaje proacusatorio estructurado hasta aquí y en adelante. La norma expresa, como causal de suspensión, la hipótesis de:

"[...] 6) Alguna revelación o retractación inesperada produjere alteraciones sustanciales en la causa;[...]".

La revelación o retractación inesperada parece estar vinculada a la plataforma fáctica de la causa, y no a una cuestión de puro derecho. Sabemos que no se trata de una ampliación de la acusación, que está regulada en forma autónoma ni de un hecho nuevo (CPP, 321), tampoco de un nuevo delito o de un delito cometido en la audiencia (CPP, 315).

En rigor, da la impresión de que se trata de una forma encubierta de dar paso a las facultades probatorias extemporáneas de las partes, o autónomas del tribunal, inadmisibles en cualquier caso.

El carácter de **contrariedad** impone diversos roles procesales a cada uno de los sujetos que intervienen en el juicio, y ello como consecuencia de la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio de los derechos y de las personas.

"Con el principio de contradicción lo que se asegura es que las partes privadas (imputado, víctima), intervinientes en el debate, puedan desarrollar sus respectivas actividades en igualdad de condiciones, entre sí y con los órganos del Estado. Respecto de estos últimos, esta proposición no se refiere únicamente al Ministerio Público, sino también a los jueces, pues les impone

[32] Si lo decreta el presidente, esta resolución es recurrible por reposición que resuelve por mayoría el Tribunal de Sentencia (CPP 305)

fundamentalmente, un deber de abstención en relación a la demostración de las pretensiones de las partes (incluido aquí el Ministerio Público); de lo contrario, si colabora con alguna de esas pretensiones, inevitablemente colocará en desventaja a la contraria y con ello violará el contradictorio por haber quebrado la igualdad de condiciones señaladas. Por lo tanto, considerado en sentido estricto –que es la forma en que debe considerarse por tratarse de un principio derivado de una garantía constitucional-, entendemos que el contradictorio impone un juez meramente controlador de la legalidad y el buen desenvolvimiento formal (en cuanto al orden, disciplina, etc.) del debate, y a la vez prohíbe un juez con facultades autónomas de investigación, tanto en la recolección como en la producción de la prueba".[33]

4.1.3. Roles de los sujetos procesales en juicio previo

El rol arbitral del tribunal se patentiza garantizando el contradictorio y decidiendo en consecuencia. Arbitral no significa arbitrario, significa no tener injerencia en las estrategias de los contendientes, respecto de lo cual las partes son soberanas, partes que en el trazado de sus estratagemas reconocen como único marco limitativo las reglas de "juego" (ley procesal); garantizar que tales reglas se cumplan constituye la forma de intervención del árbitro, al que sólo le resta declarar con su imperio el resultado (score) del "juego".

Este rol arbitral exige la igualdad plena entre las partes para sostener probatoriamente sus pretensiones procesales, garantizando la posibilidad de que las pruebas que vayan a fundar la sentencia sean ofrecidas por el MP, el imputado, las demás partes y sus defensores, y que ellas sean recibidas por el tribunal con el control cruzado de los adversarios (cross examination)[34] que luego deberán tener derecho a argumentar sobre sus implicaciones, esto es su impacto convictivo y repercusión jurídico-penal, de manera tal que la sentencia reconozca como fuente inmediata la intervención probatoria de las partes, la que se materializa con:

*La producción de la prueba propia.
*El control de la prueba de la contraparte, examinándola en exhaustiva contradicción.
*La valoración fáctica y jurídica de la prueba legalmente obtenida e incorporada al debate.

Recibida la prueba recién nacida –y continuando con el orden cronológico-, insistimos en que la recepción se lleva a cabo nítidamente por medio de la audición y la observación directa –captando la entonación, posturas, gestos y contextualización global- de las manifestaciones de los imputados, testigos y peritos, o de la lectura y examen de los documentos y la exhibición de los informes y cosas secuestradas, lo que posibilita lograr aclaraciones, precisiones o destacar coincidencias o contradicciones, credibilidad interna y correlación de los órganos de prueba, etc.

Claro está que las posibilidades de prever mediante pliegos de preguntas preconcebidas difícilmente puedan extraer del órgano de prueba toda su riqueza cognoscitiva, y esto concebido desde lo individual de cada órgano o sujeto de prueba, pero las posibilidades de oscilación

[33] Pérez Barberá, G., Debate: principios fundamentales, Ob. Cit.

[34] El contradictorio ha de trascender la mera promesa del legislador o la proclama del claustro académico, para transformarse en derecho actuado, efectivamente actuado, y ya se ha dicho que el medio más idóneo para hacer efectivo el contradictorio en el juicio es la oralidad, ya que la pluralidad intersubjetiva de controles recíprocos de cada una de las partes, sobre la prueba en el momento en que es producida, controlada y valorada por ellas constituye la aparición de los datos de conocimiento (elementos de prueba), que en su conjunto impactan en la mente de los juzgadores, modelando la reconstrucción conceptual del hecho justiciable y la atribución de una consecuencia jurídico penal. Queda un momento de depuración más aun antes de dictar sentencia en nombre del Estado: la deliberación (CPP 335) entre los tres miembros del Tribunal de Sentencia, aspecto que se desarrollará *infra* al tratar la construcción de la voluntad jurisdiccional.

aumentan tan pronto como se empiezan a interrelacionar entre ellas conforme se desarrolla el debate.

Las altas posibilidades de que haya oscilaciones de lo que las partes preveían que iba a suceder durante el debate, imponen un alto grado de destreza procesal de parte de los litigantes para operar como correctores de oscilación que les permita sostener su pretensión convenciendo de ello al tribunal, o precisamente la parte pondrá su énfasis estratégico en generar un nuevo direccionamiento del debate que revierta la inclinación que originariamente aparentaba. Todo esto es cuestión de las partes y ajeno a la injerencia del tribunal que no ha de subsidiar la negligencia, impericia o malicia de tal o cual parte, ni contrarrestar sus destrezas y preparación previa del debate, so pena de ser tachado de parcial y, por tanto, renunciar a su rol de árbitro.

La ley (CPP, 317) sólo exige que en el momento del ofrecimiento de pruebas las partes señalen "*los hechos sobre los cuales deberán ser examinados durante el debate*", requisito que se satisface con la enunciación de los extremos fácticos respecto de los cuales el testigo o perito posee algún dato de conocimiento de relevancia e interés para la parte que lo ofrece. Existe una presunción de que el ofrecimiento obedece a una estrategia en la que la parte ha enrolado su apuesta procesal, no pudiendo el tribunal rechazarlo más que por las causales taxativamente enumeradas por el art. 317 del CPP (impertinencia, inutilidad, desproporcionalidad, dilatorios o ilícitos). **"Estrategia procesal"** no es una especulación antijurídica, sino el presupuesto de juricidad en todo el sistema adversarial, en el que el tribunal conoce la prueba en la forma en que las partes se la presentan, sin perjuicio de lo examinado y contraexaminado que sea el órgano de prueba, "*[...]los miembros del tribunal podrán interrogar al testigo después de que lo hayan hecho las partes. [...]*" (CPP, 330).

Ahora bien, una vez ofrecida la prueba el ofrecimiento es irretractable y rige el principio de la comunidad probatoria, de manera que lo ofrecido habrá de producirse y una vez producida la prueba se adquiere para el proceso.

Como se observa, todo ello entra en contradicción con las formas esclerosantes de la confección de pliegos de preguntas que impiden un auténtico sistema de interrogación y contra interrogación, lo cual a su vez puede dar base para repreguntar, sin que ello habilite a formular preguntas repetidas, impertinentes, capciosas o sugestivas. Esto no significa no planear el debate o dejar de elaborar materiales que sirvan para focalizar correctamente el desarrollo del mismo, minimizando las oscilaciones adversas que pueden significar una derrota en juicio.

5. La Sentencia

La sentencia puede caracterizarse como la decisión que declara la relación jurídico-sustantiva de uno o más habitantes del país a consecuencia de una petición planteada por el actor penal a través de su acusación (o querella) aceptada o rechazada, total o parcialmente, por el tribunal de juicio que, luego de oír al imputado, recibidas las pruebas producidas mediante el debate de las partes, y escuchados los alegatos del Ministerio Fiscal y las partes, resuelve en forma definitiva sobre el fundamento de la acusación, condenando o absolviendo al acusado. De haberse planteado también la acción civil, la demanda será aceptada o rechazada, total o parcialmente, por la sentencia.

Las leyes reglamentan los requisitos que deben observarse en la deliberación, previa al dictado de la sentencia, la estructura de la misma y su necesaria correlación fáctica con la acusación.

Ya se dijo (cap.1) que la garantía del **juicio previo** era captada por las constituciones en relación a la sentencia firme (como producto final del juicio previo) y que con ello se establecía que sólo el **juez natural** —tribunal propio—puede imponer una pena estatal y no puede hacerlo sin que se haya realizado un **debido proceso** (concluido por jurados) que culmine con una declaración fundada de culpabilidad. Ello requiere mínimamente, como lo enseña Cafferata, la fijación legal de un programa de carácter general e inalterable para la investigación y juzgamiento de delitos en el que se resguarde la observancia de formas relacionadas con la acusación, defensa, prueba, sentencia y recursos.

Por *sentencia* se entiende la resolución definitiva de la situación del acusado dentro de un término razonable. La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (art. 7, inc. 5), en debate oral y público; la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) consagra el derecho del imputado a ser oído "públicamente" por un tribunal, para el examen de cualquier acusación en materia penal (art. 10). "El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia", reza el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y mediante el dictado de un fallo (absolución o condena) que se funde en la consideración razonada de las pruebas recibidas en ese acto y la ley.

En el último momento esencial del proceso, la sentencia, es donde se evidencia con toda su amplitud el principio *in dubio pro reo*, pues el sistema jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder dictar una condena, logre obtener, de la prueba reunida en el juicio, la *certeza* de la culpabilidad del acusado. De ello se sigue que en caso de incertidumbre, éste deberá ser absuelto: *in dubio pro reo*.

5.1. Deliberando

Con los insumos probatorios producidos durante el debate, e inmediatamente cerrado éste, cada vocal del Tribunal de Sentencia está en condiciones de comenzar a incidir en la construcción de la ***voluntad jurisdiccional***, la voluntad del órgano colegiado dirigida a decir el derecho aplicable al caso concreto. En definitiva, esa decisión es lo sentenciado, más allá de que luego se redacte en forma escrita la sentencia o la lectura de los fundamentos (o entrega de copias de la sentencia por secretaría) se difiera por algún tiempo –hasta por 5 días- (CPP, 340).

La concentración impone que inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces que intervengan pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el Secretario (CPP, 335 y 137). Los vocales deliberarán hasta que haya una decisión sobre todas las cuestiones planteadas en el debate; suspender el acto representa la nulidad de dicho acto y la reiteración del debate con otros jueces.

Tal y como durante el debate, donde las partes siguen reglas para racionalizar la discusión, durante la deliberación los vocales cuentan con algunas pautas para deliberar sobre las diversas cuestiones que el caso suscite.

El derecho sustantivo (penal, y eventualmente civil) y el sistema de valoración de la prueba constituyen el marco inexorable del análisis de los vocales al tiempo de deliberar, por lo que, al texto de la ley sustantiva y a las reglas de la sana crítica racional, habrán de sumar las herramientas conceptuales, tanto de las construcciones de la doctrina (teoría del delito, de la pena y, eventualmente, de la responsabilidad civil —extracontractual—) como de la jurisprudencia,

para orientar la toma de posición jurídica individual de cada cuestión, sin perjuicio de que todos los vocales acuerden la misma posición en una o más cuestiones a resolver.

De lo que se trata es decir el derecho (*iuris diction*) aplicable al caso concreto, y las **fuentes del derecho**, para el dictado de la norma individual (sentencia), podemos sintetizarlas en los siguientes puntos:

- Normas constitucionales y tratados internacionales.
- Ley sustantiva.
- Sana crítica racional.
- Doctrina.
- Jurisprudencia (lo que incluye la "doctrina legal" de CPP, 360).

El CPP, 336, propone a los vocales del Tribunal de Sentencia, por un lado, un orden de tratamiento de las cuestiones a resolver, que debe ser seguido; por el otro, les impone que resuelvan "todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio" (*non liquen*), pudiendo existir otras cuestiones diferidas para previo pronunciamiento en el orden de tratamiento.

El orden sucesivo[35] de las cuestiones a resolver es:

a) las cuestiones relativas a la procedencia de la acción penal;
b) las incidentales que hubieran sido diferidas;
c) las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes;
d) la participación del imputado;
e) la calificación legal;
f) la sanción aplicable;
g) la restitución o indemnización demandada;
h) las costas procesales.

El diseño de enjuiciamiento impone el tratamiento de las cuestiones de previo y especial pronunciamiento jurisdiccional (procedencia de la acción e incidentes diferidos) para autovalidar la competencia de ese tribunal en ese caso penal compuesto de las siguientes cuestiones principales:

PRIMERA: existencia de hecho y participación responsable del imputado (culpable / no culpable);
SEGUNDA: subsunción;
TERCERA: pena. En esta fase sólo se determina el rango (mínimo y máximo) de la calificación declarada. La determinación judicial en concreto de la pena se precisa en otra fase de la etapa juicio, esto es, tras la cesura y nuevo debate sobre la pena (CPP, 341).

Se observa aquí una secuencia concéntrica desde la órbita descrita por la acusación (CPP, 337); luego las excepciones u otras cuestiones incidentales (CPP, 336 inc. 1), y el análisis según los estratos de la teoría del delito (ordenados secuencialmente a su vez, CPP, inc. 2 primera frase); luego la aplicación jurisdiccional de la teoría de la pena al rango punitivo del caso concreto (CPP, 336, inc. 2, segunda frase, 343 y cc), la reparación civil de los daños y perjuicios del hecho delictivo (CPP, 432 y ss.) y los gastos ocasionados procesalmente para acceder al sistema estatal de administración del derecho (CPP, 338, No. 3, Cuarta, 436 y cc.). Sólo la

[35] La respuesta de la precedente condiciona la consecuente; por ejemplo, si a la primera cuestión planteada (*¿Existió el hecho acusado?*) se responde negativamente, no corresponde al Tribunal de Sentencia tratar la tercera respecto a la calificación legal de un hecho que no existió (o no se acreditó en el debate), tomándose abstracto que el tribunal conjeture la calificación que le habría dado al hecho si lo hubiese considerado acreditado. No obstante, sí debería expedirse sobre la cuestión referente a las costas.

cuestión referida a las costas conserva cierta autonomía respecto de las cuestiones previas ya que ellas existirán con prescindencia de que se haga lugar o no a tal o cual excepción, que se acredite o no el hecho acusado, concurra o no una causa de justificación, etc., pero no a la inversa.

Las decisiones se adoptarán por mayoría de votos. El miembro del Tribunal que disienta, emitirá voto particular razonado (CPP, 336), la voluntad jurisdiccional la constituye la decisión y fundamentos de la mayoría, resolviendo sobre:

"1) las relativas a la procedencia de la acción penal y las relacionadas con los incidentes que se hayan diferido para este momento;

2) las relativas a la existencia del hecho, su calificación y demás circunstancias del delito, a la participación que en él haya tenido el imputado y a los casos de concurso de leyes o de delitos; y,

3) en su caso, el mínimo y el máximo de la pena aplicable".

5.1.1. La formación de la voluntad jurisdiccional

La disidencia se exhibe en la toma de decisión de los vocales y no en los fundamentos para llegar a la decisión de la cuestión planteada, ya que por caminos argumentales diferentes pueden arribar a la misma conclusión, caso en el que no hay disidencia.

El voto de la mayoría vincula a la minoría a que vote las cuestiones subsiguientes, aun cuando represente una contradicción individual —pero no del cuerpo colegiado— para el vocal que votó en disidencia a la cuestión previa. Este (el disidente) debe emitir opinión sobre la cuestión consecuente (por ejemplo, calificación legal), al quedar vinculado al voto de la mayoría al tratar la cuestión precedente (existencia del hecho) que él negó en su voto.

Esto demuestra que la voluntad del órgano jurisdiccional no necesariamente se identifica con la voluntad de alguno de los jueces, ya que —por lo menos en la combinatoria— es posible que se genere una voluntad diferenciada de la de sus constructores. Aclaramos que el desarrollo está dirigido a exhibir la construcción diferenciada de la voluntad jurisdiccional del órgano función, más que a describir lo que sucede en la praxis jurisdiccional.

Damos un ejemplo: caso 1, considerando un Tribunal de Sentencia integrado sólo por jueces técnicos (tres: vocales A, B y C) y donde se plantean tres cuestiones a resolver, las estrictamente vinculadas al derecho penal sustantivo, esto es:
Primera cuestión: ¿existió el hecho acusado y tuvo participación en él el acusado?
Segunda cuestión: en su caso, ¿qué calificación corresponde dar a la conducta desplegada?
Tercera cuestión: en su caso, ¿qué pena corresponde imponer?
El vocal A votó afirmativamente sobre la existencia del hecho (primera cuestión), hecho que consideró, en la segunda cuestión planteada, atípico, pero al tratar la tercera cuestión debió imponer pena, ya que la mayoría tipificó el hecho como estafa.
El vocal B votó afirmativamente a la primera y segunda cuestión, calificando el hecho como estafa, pero no compartió la pena impuesta por la mayoría, votando en disidencia a la tercera cuestión.
El vocal C votó negativamente respecto de la existencia del hecho acusado (primera cuestión), pero vinculado por la mayoría debió aceptar el hecho fijado por sus pares y votó afirmativamente a la calificación legal (segunda cuestión) de estafa, y en la tercera cuestión compartió la pena propugnada por el vocal A.

Mayorizamos la información del texto en la siguiente tabla de contenido:

Formación de la voluntad jurisdiccional en el Tribunal Colegiado

	Primera Cuestión	Segunda Cuestión	Tercera Cuestión
Vocal "A"	Sí	No	Sí
Vocal "B"	Sí	Sí	No
Vocal "C"	No	Sí	Sí
TRIBUNAL	SI	SI	SI

En el ejemplo, la primera cuestión se resuelve afirmativamente con el voto de los vocales "A" y "B"; la segunda cuestión, con los votos de "B" y "C"; la tercera cuestión (única susceptible de ser prorrateable[36] en casos de penas divisibles) no acepta en la oportunidad prevista por el CPP, 336, la búsqueda de un término medio, por lo que no se transforma en una cuestión de grado. Tampoco lo prevé el CPP, 343, para la determinación en concreto de la pena, aunque en este caso nada impide la negociación entre los vocales de lo que el tribunal ha de considerar como justo y equitativo para el caso concreto (prevención especial).

"Aunque la discusión sobre la naturaleza, fundamento y fin de la pena se renueva permanentemente entre los teóricos, en la práctica daría la impresión que el máximo de la escala penal conminada para un delito, opera como límite a la mentada finalidad de *retribución*, en relación con la culpabilidad del agente; el mínimo de la escala parece el límite por debajo del cual la pena no satisfacería su asignado propósito de *prevención general*, pues una pena ridícula ante los ojos de la gente en lugar de disuadir podría estimular al delito, poniendo en crisis la idea de conveniencia de no violar la ley; y el espacio existente entre ambos topes sería el ámbito para que la pena cumpla su postulada función de *prevención especial*, evitando la reincidencia, ya sea por la falta de impulso del agente tras el escarmiento de las rejas (pena absolutamente predominante) o por la resocialización que el tratamiento penitenciario operó con su persona"[37].

Tanto en relación a la segunda cuestión como –especialmente- a la primera cuestión, la cláusula de cierre más importante es que **la duda no perjudica al acusado**, a quien la duda le basta para vencer en juicio previo a pena estatal.

En el tratamiento de las cuestiones de hecho por el tribunal, la duda favorece (mejor dicho, no puede perjudicar) al acusado. La cláusula de cierre consiste en que, por aplicación del principio de prohibición del *non liquet* y el carácter contradictorio del juicio, los tribunales deben resolver con los elementos de prueba desarrollados por las partes en el debate y que de existir dudas sobre los hechos de la causa o las condiciones para mensurar la pena, no se podrá perjudicar a la persona llevada a juicio, debiendo en consecuencia estarse a lo más favorable para ella.

[36] El CPP Córdoba, 406, no establece respecto de la pena, de no existir mayoría se aplicará el término medio, esto es mediante una operación aritmética en la que se suman las penas propuestas en cada voto y se dividen por la cantidad de votos, una suerte de prorrateo para determinar el *quantum* de la pena e imponerla en el caso concreto. El sistema tiene por fin establecer una cláusula de cierre para la cuantificación de la pena sobre la que se delibera. Claro está, el sistema sólo funciona en los casos de penas divisibles por cantidad de tiempo de prisión o reclusión, inhabilitación o multa, y no en las de pena única (prisión o reclusión perpetua). Este solo sistema pone de manifiesto que la voluntad jurisdiccional del órgano colegiado puede no identificarse con la de los miembros que personifican al órgano jurisdiccional.
La norma establece que "*[...] Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio [...]* (CPP Cba, 406).

[37] Cafferata Nores, José, *Introducción al Derecho procesal penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1994, ps. 41 y 42.

Es lo que la doctrina denomina como *indubio pro reo* (CPP, 339), corolario del estado de no culpable (CR, 89 y CPP, 2) derivado del principio de juicio previo (CR, 94 y CPP, 1 y cc.), tradicionalmente concebido por la doctrina y legislación extranjera en el sentido de que e*n caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable al imputado.* Con menor extensión, en el derecho comparado se registra también la aceptación de la fórmula en cuestiones de derecho, bajo la expresión: la duda favorece al acusado (sin distinguir cuestiones de hecho o de derecho).

La fórmula del CPP, 339, expresa que *"si el Tribunal considera que no hay pruebas suficientes para condenar* [con certeza] *al imputado, dictará sentencia absolutoria; asimismo, será absuelto en caso de* ***duda razonable***".

La expresión capta, de mínima, las cuestiones de hecho. No es descabellada la tesis amplia sobre cuestiones de derecho.

5.2. Sentenciando

El acto de sentenciar es un acto complejo en el que existe una secuencia para fallar con fundamentación lógica y jurídica (CPP, 141), de modo que sea el pronunciamiento del derecho aplicado al caso concreto.

Existen cuatro estudios conexos de una única tarea: sentenciar. Así, en la tarea sentenciante, se verifican las siguientes operaciones:

- La toma de decisión estatal mediante la construcción de la voluntad jurisdiccional en el tribunal propio de la causa, mediante el debate de las partes y la deliberación de los jueces. (apartado 5.1).
- La redacción de lo sentenciado bajo determinadas pautas que establecen contenidos mínimos, requisitos formales o extrínsecos (apartado 5.2.1, "Requisitos formales de la sentencia").
- La intangibilidad de la plataforma fáctica contenida en la acusación (apartado 5.2.2, "La plataforma fáctica de la sentencia").
- La explicitación del itinerario lógico-jurídico seguido por el tribunal para sentenciar (apartado 5.2.3, "Requisitos lógico-jurídicos de la sentencia").

5.2.1. Requisitos formales de la sentencia

La sentencia es una especie dentro del género de las resoluciones jurisdiccionales, y al ser una resolución que pone término al proceso (CPP, 139) debe contener una serie de requisitos que se agregan a los propios de todo acto procesal —idioma, fecha, espacio y tiempo de cumplimiento, firma, etc.— (CPP, 145 y cc.).

Los requisitos extrínsecos constituyen un mínimo legal del acto jurisdiccional, pudiendo existir otras formas de estructuración, redacción, estilo y consideraciones que vuelquen en papel lo sucedido en el debate de las partes y la deliberación del tribunal. La deliberación concluye con una toma de decisión que se transcribe en el "resuelvo" de la sentencia, todo lo cual es —a su vez— el reflejo de lo sucedido en el debate, más la asignación de valor jurídico que el tribunal le ha impreso al caso penal conocido en juicio, lo cual debe ser fundamentado bajo pena de nulidad (CPP, 338 y 141).

La estructura que regularmente asume la sentencia penal es la que divide tres momentos de tratamiento:

✓ Los **vistos** (o "preámbulo", CPP, 338, segunda regla; o también "antecedentes procesales"), en los que se efectúa una relación de la causa y el tema a resolver (que es la validación o no de la acusación). Planteamiento formal del juicio previo mediante indicación concreta de la convocatoria al poder jurisdiccional para decidir entre la tesis requirente (penal y, eventualmente, civil) y la (anti) tesis defensiva o excepcionante. Se corresponde con la segunda y tercera de las reglas del art. 338 del CPP.

✓ Los **considerandos**, en los que se plantean los ***fundamentos*** de las cuestiones a resolver por cada uno de los jueces, posición asumida por la defensa (penal y civil), descripción de la prueba producida durante el debate, valoración de la prueba descripta y manifestación de la voluntad de cada juez respecto de cada cuestión, con indicación del hecho que el tribunal estima acreditado (de capital importancia para observar la correlación entre acusación y sentencia prevista por el art. 337 del CPP). Se corresponde con la cuarta regla del art. 338 del CPP.

✓ El **resuelvo** (o parte resolutiva), que es la parte dispositiva en la que se manifiesta la voluntad jurisdiccional para el caso concreto, aplicando la ley general mediante una norma individual (sentencia). Se corresponde con la quinta regla del art. 338 del CPP.

Se debe agregar, a esta estructura, el sello y orden que en el protocolo del tribunal esta resolución ocupa, número de sentencia, fecha y lugar del dictado, firmas correspondientes a los jueces y del fedatario de la agencia jurisdiccional que pronuncia el derecho (CPP, 338, sexta regla).

Así, el CPP, 338, establece como "Requisitos de la Sentencia" las siguientes reglas:

"Primera: *Se dictarán en nombre del Estado de Honduras".*

"Segunda: *En su preámbulo se expresarán:*

1) *el Tribunal que la dicte, los nombres y apellidos de sus miembros y el lugar y la fecha de la sentencia;*
2) *los delitos o faltas objeto de la acusación;*
3) *los nombres y apellidos del Fiscal, si hubiere intervenido en el juicio, y, en su caso, del acusador y del apoderado, si lo tuvieren;*
4) *el nombre y apellidos de la persona acusada, edad, filiación, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, lugar de nacimiento y el de su domicilio o residencia; así como el número de tarjeta de identidad o cualquier documento legal o auténtico que lo identifique, lo mismo que el nombre y apellidos de su Defensor".*

"Tercera: *Como antecedentes procesales, se consignarán, en párrafos separados y numerados, las conclusiones finales de la acusación y de la defensa".*

"Cuarta: *Se consignará la fundamentación del fallo de la manera siguiente:*

1) Declaración de hechos probados

En párrafos separados y numerados, se hará declaración expresa y terminante de los hechos que se consideran probados, descritos con claridad, precisión y coherencia, sin emplear conceptos que, por su exclusivo carácter jurídico, predeterminen el fallo que haya de dictarse.

*2) **Valoración de la prueba***

Seguidamente, se expresarán las pruebas tenidas en cuenta para declarar probados esos hechos, justificando, según las reglas de la sana crítica, el valor que se haya dado a las practicadas en juicio y, en su caso, el razonamiento utilizado para obtener conclusiones por presunción a partir de indicios, igualmente declarados probados.

*3) **Fundamentación jurídica***

En párrafos también separados y numerados se consignarán, de forma clara, sucinta y precisa, con indicación de los preceptos o doctrina legal aplicables, los fundamentos legales de la calificación de los hechos que se hubiesen tenido para cada uno de los procesados; de las causas de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal, en caso de que concurra alguna de ellas; y de las penas que se impongan, en caso de condena; así como, los fundamentos doctrinales y legales de la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido las personas acusadas u otras sujetas a ella; del pronunciamiento sobre las costas; y de las disposiciones que puedan adoptarse sobre el destino de los objetos secuestrados".

*"**Quinta**: En la parte resolutiva, se absolverá o condenará a las personas acusadas, con pronunciamientos separados respecto de cada una de ellas, y de cada uno de los delitos de los que hayan sido acusados, determinando, en caso de condena, la pena correspondiente a cada una de ellas y por cada infracción.*

La parte resolutiva contendrá, además, el pronunciamiento que corresponda en materia de costas.

Asimismo, en la parte resolutiva se dispondrá lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos y efectos del delito".

*"**Sexta**: Al final, pondrán su firma autógrafa todos los miembros del Tribunal y el Secretario, quien dará fe de la autenticidad de las firmas que constan al pie de ella".*

*"**Séptima**: El miembro del Tribunal que discrepe con la mayoría, hará constar su voto particular disidente, que firmará, inmediatamente después de las firmas a que se refiere la regla anterior.*

De la misma manera hará constar su voto particular concurrente, cuando se encuentre conforme con el contenido de la parte resolutiva, pero disconforme con todo o parte de los argumentos aceptados por la mayoría".

5.2.2. La plataforma fáctica de la sentencia

Los hechos acusados constituyen el piso y —a la vez— el techo fáctico de la sentencia. Ya concluido el debate, el tribunal en la sentencia no puede resolver sobre un *hecho diverso* (CPP, 321, último párrafo) al contenido en la acusación. No vulnera el principio de congruencia (CPP; 231) la autorización para *ampliar la acusación* (CPP, 321), ya que se trata del mismo núcleo fáctico contenido en la acusación originaria (CPP, 301 y 302) ampliada durante el debate (CPP, 321) y sostenida por el acusador en el momento de los alegatos (CPP, 334).

El tratamiento de las hipótesis del 321, en el momento de sentenciar ya se ha cristalizado la plataforma fáctica desde la que el MP plantea su reclamo punitivo; es el hecho acusado a que se refiere el CPP, 338, tercera regla. De este modo se niega todo corrector de oscilación fáctica al tiempo de sentenciar: el Tribunal de Sentencia sólo es competente para decir el derecho

respecto de los hechos contenidos en la pieza acusatoria con la que el acusador concluyó el debate (CPP, 334) para no violar el principio de congruencia al que están sometidos debate y sentencia (CPP, 337).

Se establece así la plataforma fáctica contenida en la acusación como único hecho sobre el cual pueda sentenciarse en el caso que el Tribunal los considere probados (CPP, 338, cuarta regla, No.1).

El legislador en su tarea reglamentaria ha querido enfatizar en su tutela del derecho de defensa en juicio, y en alusión al derecho de defensa, ya dijimos que mal puede defenderse quien no sabe de qué se lo acusa, y peor aún podrá defenderse quien es distraído con una acusación y es sentenciado respecto de otra no explicitada en el proceso previo al Juicio Previo. El control, por vía de casación, del principio de congruencia se hará comparando la simetría entre los contenidos de la regla tercera con la cuarta: hecho acusado ha de ser idéntico (igual) al hecho sentenciado condenatoriamente. Esta protección a la inviolabilidad de la defensa (CR, 89) en juicio (CR, 94) es lo que le da nombre al ***sistema acusatorio***.

Para proteger a las personas de la sorpresa de que el tribunal condene por un hecho distinto al descrito por la acusación en forma clara, precisa, circunstanciada y específica, debe existir una constante en el proceso penal, y particularmente en el juicio, que es la *plataforma fáctica acusatoria intangible*. Por ello, el CPP, en su art. 337, establece el **principio de congruencia** entre acusación y sentencia.

El hecho acusado describe el marco fáctico de la competencia del Tribunal de Sentencia que decide en instancia única. Ya se dijo que el derecho de defensa impone el modelo y el sistema acusatorio (*nemo iudex sine actore*), en donde el poder de acción condiciona al poder jurisdiccional.

Claro está que la vinculación fáctica que el actor penal ejerce, mediante su acusación sobre el tribunal, no impide que el órgano jurisdiccional estime por acreditado un hecho (CPP, 338, regla cuarta, No.1) distinto al hecho acusado (CPP, 338, regla tercera), pero no debe sentenciar sobre el hecho no acusado (aunque lo estime acreditado con certeza positiva), sino que debe sentenciar sobre el hecho efectivamente acusado y absolver al imputado si este hecho no fue acreditado.

Corresponderá también que se giren las actuaciones al Ministerio Público para que promueva la acción penal por el otro hecho que no comparte ni siquiera el mismo núcleo fáctico (nuevo delito: CPP, 321, último párrafo).

La vinculación fáctica de la acusación tampoco impide que el tribunal —cuando considere acreditado el hecho— subsuma la conducta delictiva en la calificación legal que considere ajustada a derecho, con prescindencia de la calificación propuesta por el actor penal (o la defensa). Esta discrecionalidad jurídica, que le compete al Tribunal de Sentencia en la calificación legal del hecho acusado, puede aparejar que al tratar la cuestión de la pena a imponer, esa pena sea superior a la solicitada por el propio actor penal (*ultra petita*), violando el sistema acusatorio[38], de modo tal que *nunca podrá el Tribunal de Sentencia condenar al imputado si el Ministerio Público no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida*, aunque sí dar otra calificación legal (*iuria curia novit*). Con esto queda claro que, en los casos por delitos de acción

[38] Cfr. Cafferata Nores, José I., "*Cuestiones actuales sobre el procedimiento penal*", reproduciendo nota a fallo publicada en *La Ley*, 28-02-97. Bs. As., Editores del Puerto, 1997, ps. 115 ss.

penal pública, como así también en los de acción privada, el tribunal extiende su competencia para construir su voluntad jurisdiccional:

• Fácticamente, hasta donde la acusación lo determina (primera cuestión).
• Jurídicamente, sin otro límite para la calificación legal que el propio criterio (segunda cuestión)[39].
• Para imponer una pena (tercera cuestión), hasta (como máximo) lo solicitado por el acusador.

De lo contrario, no se advierte la coherencia constitucional del sistema acusatorio en los delitos de acción privada y limitadamente acusatorio para los delitos de acción pública, despojando de la iuris diction al tribunal y confiriéndosela al Ministerio Público, lo que es inconstitucional, a más de habilitar sentencia *ultra petita* bajo calificación jurídica inaceptada –en lo íntimo- por el tribunal. Repetimos que en la república democrática la justicia no se dispensa (como gracia del monarca) sino que se pide, y que quien pide no es quien resuelve).

5.2.3. Requisitos lógico-jurídicos de la sentencia

Arribar a esta manifestación de la plataforma fáctica de la **sentencia fundada** ha representado un largo camino en reconocimiento de los derechos del ciudadano por ser tal —primero—, y luego de la persona por el solo hecho de ser tal (derechos humanos), sea o no la persona ciudadano de un Estado que ejerce la jurisdicción como manifestación de la soberanía. La cuestión se plantea a nivel de la motivación de la sentencia.

Para la mayoría de las legislaciones que siguen el modelo continental europeo, la motivación de la sentencia es un requisito para su validez.

La fundamentación de la sentencia exige, desde el punto de vista fáctico-probatorio, dos requisitos:

• La **descripción** del material probatorio (elementos de prueba) en el que se fundan las conclusiones a que se arriba.

• La **valoración** (merituación) de los elementos de prueba, exhibiendo una concatenación (itinerario lógico) con la que se pretende demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en la sentencia.

"Ambos aspectos deben concurrir simultáneamente para que pueda considerarse que hay motivación. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectivo) la privará [a la sentencia] de la debida fundamentación"[40].

La descripción del material probatorio pretende exhibir la autosuficiencia de la sentencia, en orden al arsenal conviccional en que se basa, ya que sin premisas, o con premisas no verdaderas, las conclusiones a las que se arribe no serán necesariamente verdaderas.

La valoración pretende exhibir el camino seguido por los jueces (que conforman la mayoría) del tribunal para arribar a una conclusión, estableciendo vínculos entre elementos de prueba descriptos y a los que cada juez les asigna determinado valor convictivo en su individualidad y en conjunto.

[39] Rige el principio *iuria curia novit*, según el cual el juez sabe derecho, de modo tal que se pide a las partes que digan los hechos que el juez sabe derecho, lo cual excluye, por cierto, la confutación jurídica (refutación de los argumentos de puro derecho), lo que eventualmente podrá ser discutido por vía de casación, etapa en la que el principio rige limitadamente, Cf. Vivas Ussher, G. *Manual* ..., cit. T° 2, p. 420 y 518, en donde se ilustra sobre el origen de la célebre expresión, en el sentido de *La Enciclopedia Jurídica Omeba* (t. XVI, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1962, p. 937) fijando su posible origen histórico "en forma de advertencia, casi diríamos de exabrupto que un juez, fatigado por la exposición jurídica de un abogado, le dirigiría: *Venite ad factum. Iura novit curia*, o lo que es lo mismo: "Abogado: pasad a los hechos; la Corte conoce el derecho".

[40] Cfr. Cafferata Nores, José I., *Introducción al derecho procesal penal, ob. cit.*, p. 216.

El derecho de defensa exige que se pueda controlar como se asociaron los hitos probatorios surgidos en el debate, el impacto convictivo que provocaron en el juzgador y la asociación que con ellos se intentó. La asociación será satisfactoria del criterio legal si no se violaron las reglas de la sana crítica racional.

Con todo esto el problema se traslada al análisis del sistema de valoración y particularmente a la observancia de las reglas de la lógica.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia habrá de exhibir también el enlace de determinada acción o situación con una consecuencia jurídica. Esto excede la subsunción legal, en el sentido de que no sólo se habrá de mostrar por qué se ha considerado que tal conducta encuadra en determinada figura penal y no en otra, sino que se categorizará los hechos para decir, por ejemplo si concurren en forma ideal o material; se mensurará la pena en base a determinadas circunstancias establecidas por el tribunal, si con tal monto de pena y demás requisitos de ley se trata de un caso susceptible del otorgamiento de la condenación condicional o de cumplimiento efectivo, la utilización de una pena alternativa a la de encierro —si corresponde la interdicción civil del penado—, etc.; todas las cuestiones referentes a la reparación del daño causado por el delito, desde el punto de vista del derecho civil, en el caso de que tal acción se haya hecho valer en el juicio penal, con determinación y cuantificación de los diversos rubros reclamados, aceptados o rechazados por el civilmente demandado, la distribución de costas causadas por la litis según las pautas de determinación establecidas por ley, la indemnización del imputado absuelto, etcétera.

5.2.4. Pronunciamiento del derecho aplicado al caso

La respuesta jurisdiccional de la sentencia opera mediante un sistema binario de absolución o condena (prohibición de la aplicación del principio *non liquet*), o enfocado desde la acusación, convalidación o descalificación de la acusación.

Regularmente este sistema binario, que resulta muy sencillo respecto de los juicios abiertos con base en acusaciones en donde sólo existe un hecho, un acusado y una calificación legal posible, suele adquirir cierta complejidad cuando se multiplican los hechos acusados, existen pluralidad de imputados, diferentes calificaciones, etc., porque, respecto de determinado imputado la sentencia puede ser absolutoria, y no para un coimputado, respecto de quien resulta condenatoria; o puede absolverse respecto de los hechos nominados como "primero", "segundo" y "cuarto", pero condenarse por el nominado como "tercero", etcétera.

De lo que se trata es de que para cada hecho acusado, respecto de cada persona acusada, la parte resolutiva de la sentencia se expida en forma nítida, declarando la relación jurídico-sustantiva: no culpable (absolución), o autor culpable de tal delito, con tal pena concreta para el acusado.

Así, **la sentencia absolutoria** no sólo representa una declaración de no culpabilidad[41], sino que a la vez impone:

- La libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente[42].
- La restitución del objeto del delito, si fuere el caso.

[41] Técnicamente, una ratificación de la no culpabilidad que constitucionalmente posee como estado toda persona (CR, 89).

[42] *Mientras la sentencia no adquiera el carácter de firme, el Tribunal a instancia de parte, podrá mantener todas o algunas de las medidas cautelares a que se encuentre sujeto el reo o imponer otras, con el propósito de garantizar que el imputado permanezca a la orden del Tribunal, siempre que no impliquen privación de libertad* (CPP, 339, *in fine*).

- La aplicación de medidas de seguridad, que es una forma de la coerción material, se considera, en consecuencia, como una de las formas de sentencia condenatoria.
- La indemnización o reparación demandada, implica una atribución de responsabilidad civil que presume la declaración de conformidad al CPP, 432, ss y cc.

Si la sentencia es condenatoria, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencia y notificara el interlocutorio de culpabilidad y anunciará la fecha y hora de la audiencia para la determinación judicial de la pena (cesura del debate único, CPP, 342), tras lo cual se dictará sentencia y cuando ella quede firme, representará la declaración de culpabilidad (y consecuentemente la pérdida del estado de inocencia) y la adquisición del carácter de penado, debiendo el Tribunal sentenciante ordenar (CPP, 344):

- El cumplimiento de la pena fijada o de las medidas de seguridad que correspondan.
- El pago de las costas, de la forma en que hayan sido cargadas.
- La restitución del objeto material del delito.

La indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones, se realiza mediante el procedimiento especial especificado el CPP, 432.

En lo relativo a la redacción, lectura y notificación de la sentencia condenatoria, se estará a lo prescrito en los artículos 338 y 340, en lo procedente (CPP, 344), con los alcances de la sentencia absolutoria, esto es, que:

Concluida la *redacción* de la sentencia sólo resta *oralizarla*, protocolizarla para memoria institucional del acto jurisdiccional y agregar copia foliada en el expediente del proceso.

Para oralizarla "*[...]el Tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias y, después de asegurarse de la presencia de las partes, dará a conocer verbalmente lo resuelto por medio de su Presidente. Acto seguido, el Secretario entregará a las partes, o a sus apoderados, fotocopia de la sentencia, lo que equivaldrá a la notificación de ésta. [...]*" (CPP, 340).

Siempre se leerá la parte resolutiva, pero en algunos casos puede diferirse la redacción hasta por 5 días para la celebración de la audiencia de notificación de los fundamentos. El CPP, 340, lo establece en los siguientes términos:

"*[...] si por razones de tiempo o por la complejidad de los asuntos no pueda cumplirse lo anterior, la redacción y firma deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes. En tal caso, el Presidente del Tribunal señalará la fecha y hora en que se celebrará la audiencia de notificación.*"

5.3. El control de la sentencia

Tal vez sea deseable pensar que el sistema de administración del derecho produce siempre resoluciones *infalibles*, aunque enfocado desde el ordenamiento jurídico como sistema, éste nunca ha pretendido que sus resoluciones sean infalibles sino **válidas definitivamente**. En su faz de control social, el derecho requiere fijar algún límite autoritativo a la discusión sobre el conflicto social[43].

[43] Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, cit. p. 33.

5.3.1. Los vicios de la sentencia y su control

Los potenciales vicios o defectos de la sentencia pueden agruparse en vicios de actividad procesal (*vicios in procedendo*) y vicios lógico-jurídicos (*vicios in judicando*).

El proceso penal en tanto que serie gradual y progresiva de actos establece una secuencia en la que la inobservancia de algunas actividades procesales genera la invalidación de sentencia que en ellos se nutre. Por ejemplo, son *vicios in procedendo* que afectan la sentencia la ausencia (o presencia defectuosa) de la declaración del imputado, el auto de apertura a juicio, la violación del principio de congruencia, la ausencia de los hechos que el tribunal estima acreditados, etc.

Los vicios *in judicando* pueden recaer sobre:

a) los hechos (vicios *in iudicando in facti*), en casos en los que la reconstrucción conceptual es defectuosa por inobservar las reglas de la sana crítica racional (el vicio anida en el mérito de los elementos de prueba); o

b) sobre el Derecho sustantivo (vicios *in iudicando in jure*), errores de subsunción o de condiciones de punibilidad.

Una tercera clase de vicios la constituye la violación directa de preceptos constitucionales.

En todos los casos no es la nulidad, sino la casación, la vía de control prevista por el CPP, 362, 360 y 361. Se corresponden a los vicios *in procedendo*, *in judando in jure* y por violación a precepto constitucional, respectivamente.

5.3.2. Vías Impugnativas (remisión)

Remitimos al Capítulo 10 sobre Dinámica Procesal V, con especial referencia al recurso de casación.

CAPITULO VIII
MEDIDAS CAUTELARES Y COERCION PROCESAL[1]

Douglas Bonilla[*] y
Gustavo Vivas Ussher

INDICE

Objetivos 300
Bibliografía 301
Introducción 302
1. Parte general 303
* Coerción procesal y coerción material 303
* Ius punendi y tipos procesales de coerción 303
* Tipos coercitivos 304
1.1. Caracteres de las medidas cautelares 305
1.2. Coerción del imputado 306
1.2.1. Concepto 306
1.2.2. Diseño normativo 306
1.2.2.1. Libertad de circulación 306
1.2.2.2. Estado de No Culpabilidad y necesidad cautelar 308
1.2.2.3. Mínimo de evidencias 308
1.2.3. La reglamentación del CPP como sistema de legitimación 309
1.2.3.1. Jurisdiccionalidad 309
1.2.3.2. Escalonamiento coercitivo 309
1.2.3.3. Prescindibilidad 310
1.2.3.4. Menor perjuicio 310
1.2.3.5. Presupuestos de legitimación 311
1.2.3.6. Reglamentación exhaustiva de interpretación restrictiva 311
1.3. Fundamentos 312
1.3.1. Relación medio a fin 312
1.3.2. La rebeldía como obstrucción al trámite del juicio previo 312
1.3.3. La eventual ejecución de la sentencia 312
1.4. Tipicidad coercitiva 313
1.4.1. Bien jurídico procesal protegido 313
1.4.2. Tipos de Medidas Cautelares que afectan al imputado 314
2.Parte Especial: tipos de medidas cautelares 315
2.1. Presentación voluntaria 315

[*] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la UNAH. Dentro de su experiencia profesional, se destacan sus trabajos para la Secretaría de Gobernación y Justicia, como Asesor Jurídico del Departamento Administrativo de Inquilinato y de la Dirección de Asesoría y Asistencia Técnica Municipal. Actualmente es Asesor Legal Externo de Banco FICOHSA y Procurador del Buefete J.R. Paz & Asociados-Abogados.

[1] Con base en Vivas Ussher, G., *La Prisión Presentencial en Honduras*, en "Revista Justicia Penal", Unidad Técnica de la Reforma Penal (UTR), Corte Suprema de Justicia de Honduras, *inédito* y Bonilla, Douglas, *Responsabilidad Civil ex Delito en Honduras, inédito.*

PREVIOUS PAGE BLANK

2.2. Citación 316
2.3. Aprehensión y otras medidas iniciales 317
2.3.1. Aproximación 317
2.3.2. Aprehensión en flagrancia 318
2.3.3. Regulación legal 319
2.4. Detención 321
2.4.1. Detención Preventiva 322
2.4.2. Detención Judicial 324
2.5. Prisión preventiva 325
2.5.1. Justificación dialéctica del encarcelamiento presentencial 326
2.5.2. Caracteres 328
2.5.3. Ubicación institucional y desvío ideológico 330
2.5.4. Presupuestos de la prisión preventiva 332
2.5.4.1. Procedencia de la prisión preventiva 333
2.5.4.2. Peligrosidad procesal 334
2.5.5. Trámite y Forma 335
2.5.6. Ejecución de la prisión preventiva 336
2.5.7. Prisión preventiva de cumplimiento domiciliario 337
2.5.8. La incomunicación como agravamiento de la prisión preventiva 337
2.5.9. Finalización de la prisión preventiva 338
2.5.9.1. Terminación definitiva 338
2.5.9.2. Terminación provisional 338
2.6. Incomunicación 338
2.7. Caución y otras medidas alternativas a la prisión preventiva 340
2.7.1. Caución 340
2.7.1.1. Caución personal 341
2.7.1.2. Caución real 341
2.7.2. Efectividad y cancelación de las cauciones 341
2.8. Internación provisional 342
2.9. Registro domiciliario 342
2.10. Secuestro 343
2.11. Embargo 344
2.12. Coerción procesal y Derecho Civil, Penal y Procesal 344
2.12.1. Diligencias previas a la demanda civil en sede penal 345
2.12.2. El embargo y las medidas provisionales del juicio ejecutivo ex delito 346

OBJETIVOS

1. Caracterizar la coerción del imputado.
2. Describir los fundamentos de las medidas cautelares.
3. Formular la tipicidad coercitiva.
4. Enunciar la procedencia de la presentación voluntaria; citación; aprehensión y otras medidas iniciales; detención; prisión preventiva; incomunicación; caución y otras medidas alternativas a la prisión preventiva; internación provisional; registro domiciliario; secuestro; embargo.

BIBLIOGRAFIA

Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, T° II, Ed. Alveroni, Córdoba, 1999; Cafferata Nores, José I., *Medidas de coerción en el proceso penal,* Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1983; Cafferata Nores, José I. - Almeyra, Miguel - Berja, Adolfo - Bertolino, Pedro - Chiara Díaz, Carlos - Figueroa, Liliana - Montero, Jorge, *La excarcelación*, Bs. As., Depalma, 1988; Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 1995; Vivas Ussher, Gustavo, La Prisión Presentencial en Honduras, Revista Justicia Penal, UTR del Poder Judicial de Honduras, 2002.

Introducción

Si una medida cautelar o una pena estatal ha sido impuesta a una persona (total o parcialmente) fuera de los límites constitucionales (y su reglamentación), tiene la misma *legitimidad*[2] que la **coacción** ejercida por una banda de maleantes[3] contra una persona a la que sin estar legítimamente autorizada (la banda) compele a la persona a ejecutar lo que no quiere (p.ej.: ser privado de su libertad), esta coacción es una conducta que se califica por la ley penal hondureña como delito (Código Penal, art. 206)[4].

Lo anterior es el resultado de que en un Estado de Derecho, la actuación de este se encuentra por definición misma limitada al ***imperio de legalidad***, más aun cuando se trata de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que lo conforman por lo cual no existe fundamento alguno para que en el proceso penal, se le violenten esos derechos a un ciudadano imputado de un ilícito, ya sea por razones de asegurar que comparezca en el respectivo juicio o para asegurar una eventual ejecución penal.

Explica Maier que *coerción o coacción*, voces sinónimas para el caso, representan el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades de que gozan las personas de un orden jurídico, con el objeto de alcanzar un fin determinado. Esta es, por ejemplo, la definición del delito de coacción (CP, 206) o, lo que es lo mismo, de la ***coerción antijurídica***, que un individuo ejerce sobre otro. Pero cuando hablamos de la ***coerción legítima*** *que ejerce el Estado* nos referimos al *uso de su poder, acordado por la ley* (ley que debe respetar las reglas constitucionales que limitan el poder estatal), *que conculca o restringe ciertas libertades o facultades de las personas, para lograr un fin determinado.*

La pena —también las medidas de seguridad y corrección— es el medio clásico de coerción del que dispone el derecho penal material; la ejecución forzada, el medio clásico del que dispone el derecho privado material (civil o comercial). Pero también el derecho procesal, penal y civil, utiliza la fuerza estatal o fuerza pública para lograr determinados fines: ejemplo de ello son la prisión preventiva (o privación de libertad ambulatoria durante la tramitación del proceso), el embargo, el allanamiento domiciliario, etcétera.

La sanción penal (pena) es la llamada **coerción material**, que representa la reacción del Estado de Derecho, prometida o aplicada, contra la inobservancia de los deberes que impone ese orden jurídico. En el caso del derecho penal esa sanción se denomina pena y representa la reacción estatal frente al delito. El cumplimiento y ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante esa **coerción material** debe ejecutarse dentro del principio de legalidad.

[2] Cf. Vivas Ussher, G. cit. Saborío Jenkins, J., *Inviolabilidad de la Defensa en Juicio*, en Introducción al Nuevo Código Procesal Penal Hondureño, Cuadernillo N° 3, Serie de Publicaciones Conjuntas, Escuela Judicial, INECIP Honduras y Proyecto de Apoyo al Sector Justicia, National Center For State Courts /DPK Consulting, bajo contrato USAID Honduras, Tegucigalpa, 2000, p. 3 y ss.

[3] Cf. Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., "El derecho como orden coativo normativo. Comunidad jurídica y 'banda de ladrones", p. 57 y ss.

[4] Código Penal, artículo 206.- *Quien sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohibe, o lo compeliere a ejecutar lo que no quiere, sea justo o injusto, sufrirá reclusión de tres meses a dos años.*

1. Parte General

* Coerción procesal y coerción material

La diferencia entre **coerción material** y **coerción procesal** no está dada por el uso de la fuerza pública —cosa que sucede en ambos casos—, ni tampoco porque impliquen la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas. La diferencia **sólo puede establecerse por el lado de los *fines* que una y otra persiguen.**

La coerción procesal, correctamente regulada y aplicada con arreglo a fines procesales, no tiene relación con los fines de la pena (sean estos retributivos o preventivos) pues, si así fuera, significaría anticipar la ejecución de una sanción no establecida por una sentencia firme, mientras se lleva a cabo el proceso regular establecido por la ley para posibilitar la legitimidad de esa condena. Al contrario, resulta lícito pensar que la fuerza pública puede utilizarse durante el proceso —y en el proceso penal no sólo contra el imputado, aunque él sea el motivo de la principal preocupación— para asegurar sus propios fines. En el derecho procesal penal, como tantas veces se ha dicho, esos fines se resumen en la correcta averiguación de la verdad y en la actuación de la ley penal.

				Por Ejemplo
Medidas de Coerción	Legítima	**Procesal**	**Medidas Cautelares**	Prisión Preventiva
				Caución
			Coerción Probatoria	Requisa
				Secuestros
		Material	Pena	Principales (Reclusión)
				Accesorias (Comiso)
			Medidas de Seguridad	CP, 83 Internación en establecimiento psiquiátrico
	Ilegítima	De Hecho		Delito de Coacción,CP 206

* Ius punendi y tipos procesales de coerción

Si se acepta el derecho subjetivo del Estado a imponer penas a las personas (ius punendi), pareciera que han de reconocerse también formas de no tornar ilusorio tal derecho y, en consecuencia, determinar un conjunto de medidas preventivas al efecto.

A estos efectos es que el legislador confiere al órgano jurisdiccional un **poder coercitivo** procesal, el que se establece en los siguientes términos: *En el ejercicio de sus funciones, el órgano jurisdiccional, podrá requerir la intervención de la fuerza pública y adoptar las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de los actos y resoluciones que ordene* (CPP, 135).

Pero la utilización de tal poder coercitivo en general, y en particular en lo referente a las medidas cautelares, no ha de ser pura discreción del órgano judicial que las decide, sino que ha de estar vinculada a circunstancias determinables en abstracto y determinadas en la causa concreta, es decir, debe confeccionarse un catálogo de *tipos procesales* de medidas de coerción (**tipos coercitivos**).

Tal vez la abrumadora utilización de las penas privativas de la libertad (como coerción material) ha establecido una abrumadora utilización de la prisión preventiva como tipo coercitivo (coerción procesal), creando una pretendida simetría entre el *ius punendi* y una suerte de *ius encarcelandi*. Por distintas razones, pero guarda una relación como la existente entre la *legitimatio ad procesum* y la *legitimatio ad causan*, y para peor de males ambas legitimaciones se reconocerían en forma simultanea por el Organo Jurisdiccional. Esta simetría tiene más de comodidad práctica (funcionalidad ideológica) del operador que de sustento teórico y normativo.

Al sólo efecto pedagógico[5], pueden clasificarse las diversas medidas de coerción conforme al cuadro siguiente, cuya utilidad (pedagógica) reside en la aportación de un pantallazo general, un catálogo bastante exhaustivo de **cuáles** son tales medidas, pero insistimos en que los medios de coerción siempre significan una intervención forzada del Estado en el ámbito de libertad jurídica de **una persona** singular y concreta[6], aun cuando la doctrina echa mano recurrentemente de la distinción —no siempre didáctica— entre medidas personales y reales[7], a la vez que destacamos que las denominadas accesorias guardan una estrecha relación con la recolección de elementos de convicción probatoria.

* Tipos coercitivos

En términos generales se puede afirmar como noción de *coerción procesal* toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas antes de la sentencia firme y al solo efecto de cautelar el **correcto descubrimiento de la verdad** y **la actuación de la ley sustantiva** en el caso concreto. Para ello se estructuran diversos tipos de medidas cautelares, tales como:

Presentación voluntaria; Citación; Aprehensión y otras medidas iniciales; Aprehensión en flagrancia; Detención; Detención Preventiva; Detención Judicial; Prisión preventiva; etc.

[5] Pero que implica una distorsión del modelo jurídico en la medida en que guarda una relación con el modelo didáctico. Sobre la relación entre modelos didáctico y jurídico, v. Martínez Paz, F., *La Enseñanza del Derecho (Modelos Jurídico-Didácticos)*, Ed. Mateo García, Córdoba, Argentina, 1996, p. 32; sobre tal ciencia de base reformulada como ciencia aplicada v. Vivas Ussher, G. *Manual de DPP*, cit., Capítulo Cero: *Metodología de la Enseñanza aplicada al Derecho procesal penal*, p. 21; sobre lo que el Derecho es y lo que el Derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico y sus contenidos materiales mínimos [("contenidos jurídico-político mínimos") Derechos Humanos Fundamentales] ver Bobbio, N., en prólogo (fechado en Turín, junio de 1989) a la 1ª edición italiana de la obra de Luigi Ferrajoli "*Diritto e ragione*", y que en este manual se cita como Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., traducción al español de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, Trotta, 1997, p. 19, lo que se resuelve en dogmática jurídica, en palabras de Ferrajoli en la relación entre "efectividad" y "normatividad".

[6] Cf. Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 143; sobre la relación entre Estado y Derecho v. Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 5ª Reimpresión de la Segunda Edición de 1958, manteniendo Prólogo de la Primera Edición, fechado en Berkeley, California, abril de 1944, donde "la teoría pura del Derecho se niega a ser una metafísica jurídica", p. VII, con base sociológica en Weber, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*, de su primera edición en alemán de 1922, aquí citado como *Economía y Sociedad*, de la 1ª reimpresión argentina de Fondo de Cultura Económica, en español, México, 1964, en el sentido de sociología comprensiva de " *'entender la conducta social interpretándola'* ", p. 224, con base epistemológica en "tipos ideales", p. 17, sin cita de Weber. M., cit., p. 6 y ss. como "Fundamentos Metodológicos" de su "Teoría de las Categorías Sociales".

[7] Sobre sus consecuencias en materia de coerción procesal v. Nota 72.

1.1. Caracteres de las medidas cautelares

Como en muchos otros órdenes de la vida, una característica (generalmente la más notoria) suele darle nombre a un sistema, objeto, conjunto, etc. Esto es, muchas veces llamamos a las cosas por una de sus muchas características definitorias. Este es el caso de las medidas de coerción o cautelares. El CPP las llama "medidas cautelares". Cuando lo cautelar es sólo una de sus características, sin desteñir con ello los otros elementos interdependientes que integran el conjunto de características de tales medidas procesales, que son:

a. Cautelares	Son un medio y no un fin en sí [8] / No exigen contracautela[9].
b. Coercitivas	Implican la utilización de la fuerza pública para la limitación de la libertad de la persona.
c. Excepcionales	No obligatorias. / Menor lesión posible[10].
d. Proporcionales	A la magnitud de la pena conminada por el delito contenido en la imputación.
e. Objetivas (o no arbitrarias)	Exigen un mínimo probatorio verficable intersubjetivamente mediante datos empíricos[11].
f. Escalonadas	Proporcional en función del fin procesal tutelado.
g. Necesarias en su aplicación	Se ejecuta del modo en que menos perjudique a la persona.
h. Provisorias	Revocables[12].
i. De duración limitada	A la extinción de la acción penal y al límite temporal del proceso.

Conviene insistir en que al ser exhaustiva su reglamentación y al afectar derechos de quien goza de un estado jurídico de inocencia —ocasionándole perjuicios— deben ***interpretarse restrictivamente***. Este es el sentido del art. 18 del CPP, cuando establece :
"Interpretación de pasajes oscuros de la Ley. Los pasajes oscuros o contradictorios de la ley penal se interpretarán del modo que más favorezca a la persona imputada."

[8] Son ***cautelares*** porque no tienen un fin en sí mismas, sino que tienden a evitar los peligros (riesgos) que pueden obstaculizar la consecución de los fines del proceso. Protegen de ese modo el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley como forma de resolver conflictos sociales. Ver Cafferata Nores, José I., *ob. y lug. cits.* Para quien la característica principal de la coerción procesal es la de ***no tener un fin en sí misma***. **Es siempre un *medio*** para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean *necesarias* para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva. Así, por ejemplo, para evitar que el imputado intente amenazar o sobornar testigos, alterar los rastros del delito, etc. —lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad— se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Y si se temiera que, aún privado de ella, pueda intentar entorpecer la investigación a través de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación. Asimismo, cuando en el caso concreto sea presumible que el imputado preferirá darse a la fuga antes que someterse a la pena que se le pudiera imponer, frustrando así la efectiva aplicación de la ley sustantiva, se autoriza también la imposición de restricciones a su libertad (detención, prisión preventiva).

[9] Institución de uso frecuente en el proceso civil en el que, por ejemplo, para lograr un embargo preventivo el Tribunal exige al actor solicitante que ofrezca una determinada cantidad de fiadores (generalmente abogados) para proteger –a su vez- al errónea y preventivamente embargo.

[10] Su ejecución se ha de orientar a la mínima lesividad para la persona, su vida (civil, familiar, comercial, etc.) y honor.

[11] Su aplicación no puede apoyarse exclusivamente en apreciaciones, valoraciones o conjeturas de carácter subjetivo, por lo que se condiciona a la existencia de ***un mínimo de evidencias*** sobre el hecho y la participación responsable del sometido, verificables empíricamente.

[12] Es ***provisional***, ya que su duración guarda relación con las circunstancias de las que se infiere la necesidad de su aplicación, de manera tal que tan pronto como la necesidad desaparezca, la medida de coerción deberá cesar o ser sustituida por otra medida menos gravosa.

Los actos coercitivos afectan por *regla general al imputado*, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de locomoción, etc.) o patrimoniales (por ejemplo, embargando sus bienes). Pero pueden también *afectar a terceros*, como por ejemplo al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal, o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios[11]. Esta dirección subjetiva de las medidas de coerción impone un tratamiento específico respecto de la coerción (procesal y personal) del imputado.

1.2. Coerción del imputado

1.2.1. Concepto

La coerción personal del imputado es la restricción excepcional que se impone a sus libertades constitucionalmente garantizadas antes de la sentencia firme, dispuesta por el órgano judicial competente que la considera indispensable para asegurar la consecución de los fines del juicio previo ante evidencias de peligro procesal y limitada tanto en su calidad y cantidad, por la pena del delito imputado, como temporalmente por la duración del proceso[13].

1.2.2. Diseño normativo

La Constitución de la República[14] y el Código Procesal Penal contienen una amplia constelación de normas reguladoras de la coerción personal del sospechoso de la comisión de un hecho establecido como típico y punible por el Código Penal o leyes penales especiales.

La técnica legislativa es muy precisa en el caso de los delitos de acción privada, no tanto en los de acción pública, que será nuestra referencia por su significación práctica. No obstante conviene destacar aquí lo establecido por el CPP, 410, en relación a las medidas cautelares aplicables al imputado de un delito de acción penal privada en el sentido de que:

"El querellado sólo podrá ser sometido a medidas de coerción personal para obligarlo a que comparezca al juicio oral y público, para evitar su fuga o impedir que obstaculice la investigación de la verdad o que ejecute actos de represalia contra el querellante".

1.2.2.1. Libertad de circulación

El imputado tiene, en principio, **el derecho a permanecer en libertad durante el proceso**, pues la Constitución de la República, en su art. 81, le garantiza el derecho *a circular libremente, salir, entrar y permanecer en el territorio nacional* de Honduras. Tal garantía es permanente, acompaña (podríamos decir) al habitante en todos los momentos de su existencia, aun en el transcurso del tiempo que insume el "juicio previo".

La propia Constitución de la República (en adelante CR) admite (CR, art 69)[15] que, como reacción por un delito, se quite al individuo la libertad garantizada por la Constitución, sólo con una condición: que la decisión en tal sentido sea precedida por un juicio. A nadie se le impondrá

[13] Vivas Ussher, G., Manual de Derecho Procesal Penal, T° II, Ed. Alveroni, Córdoba, 1999, p. 119.
[14] Aer. CR, 89.
[15] **Artículo 69.** *La libertad personal es inviolable y sólo con arreglo a las leyes podrá ser restringida o suspendida temporalmente.*

pena alguna sin haber sido oído y vencido en juicio, es decir, no se puede ser penado sin *juicio previo* fundado en *ley anterior al hecho* del proceso (CR, 94)[16].

Pero la finalidad constitucional de priorizar "las condiciones para la plena realización del hombre, como persona humana, dentro de la justicia ..." implica operar dentro de un sistema de administración del derecho que requiere cuando menos: a) que no se impida ni obstaculice su realización; b) que sus conclusiones se asienten sobre el conocimiento de los hechos (búsqueda de la verdad), y c) que efectivamente se cumpla lo que en tal juicio se resuelva. Por ello si el culpable, aprovechando su libertad, pudiera impedir la condena (falseando las pruebas o no compareciendo al proceso) o eludir el cumplimiento de la pena (fugándose), la administración del derecho, lejos de ser afianzada, sería *burlada* [17].

Para evitar tales peligros la propia Constitución prevé la necesidad de utilizar el "arresto" o la "detención" del sospechoso (CR, 84). Este poder de "arresto" —que sólo debe ponerse en manos de órganos judiciales (única "autoridad competente" en el sistema de "juicio previo")— resulta así una medida *cautelar excepcional* dirigida a neutralizar los peligros que se ciernen sobre el juicio previo, que podría apartarlo de su destino de afianzar la justicia. Sólo la *necesidad* de evitar aquellos riesgos es la única razón que lo justifica, de modo que si no existen, o existiendo pueden neutralizarse de otra forma, el arresto carecerá de justificación constitucional[18].

Aparece así la idea de un **escalonamiento coercitivo compuesto por medidas de diversa intensidad**, que pone de manifiesto el derecho del imputado, a la *coerción menos grave,* receptado por el art. 84 *in fine* de la CR, que prohíbe imponer al "reo" restricciones a su libertad, que so pretexto de precaución excedan los límites de la necesidad. *Queda proscripta así la coerción* ***innecesaria o desproporcionada***. El CPP, art. 174, tercer párrafo, establece que: "*Las medidas adoptadas no durarán más tiempo que el imprescindible para asegurar los fines por las que se aplicaron y en ningún caso se prolongarán más allá del máximo permitido por el artículo 181 de este código." De manera* tal que la restricción de la libertad sólo **se impondrá en los límites absolutamente indispensables** para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley deduciéndose del anterior artículo la característica cautelar de estas medidas sólo prevalecen cuando es estrictamente necesario. Así mismo al remitir este artículo al 181 CPP que se refiere a la duración de la prisión preventiva, deja claro que todas las medidas cautelares que se pueden imponer al imputado en el proceso comprendidas en el art 173 CPP están en el mismo orden, dado que el enunciado del artículo 184 CPP **sustitución de la prisión preventiva** puede entenderse equivocadamente por su redacción que primero se decretará la prisión preventiva y después se sustituirá por otra menos gravosa si es posible, lo cual es fácil creer dado el acostumbrado e institucionalizado uso que de la prisión preventiva, se hace en los tribunales lo cual tiene sobre poblado el sistema penitenciario de presos sin condena. En realidad la prisión preventiva debe decretarse sólo cuando dadas las circunstancias del caso que se juzga no pueda imponerse otra de las medidas comprendidas en los numerales 4), 5), 6), 7), 8), 9), del artículo173 CPP.

[16] Para Cafferata Nores (*ob. cit.*, p. 28) "La cuestión, en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe *después* del juicio previo, *durante* la tramitación de éste funcionará la garantía" del art. 69. Esto permite afirmar que el estado normal (por así llamarlo) de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el de libertad" (CR, art. 69).

[17] Cafferata Nores, José I., *ob. y lug. cits.*

[18] Cafferata Nores, José I., *ob. cit.*, p. 30.

1.2.2.2. Estado de No Culpabilidad y necesidad cautelar

Sólo la *necesidad*, verificada en cada caso, de evitar que el imputado frustre los fines del proceso puede justificar las medidas coercitivas en contra de quien goza de un estado jurídico de inocencia (CR, 89). **Si es inocente debe ser *tratado* como tal**, lo que significa no sólo la prohibición de penarlo antes del fallo condenatorio, sino también la de menoscabarlo en su derecho a la libertad, salvo cuando no hacerlo signifique comprometer seriamente los resultados del juicio previo. **Los no culpables para el Derecho han de ser tratados como no culpables por el Estado de Derecho.** Esto es lo que impone la CR, 89, al afirmar que *"Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente"*.

En el mismo orden de ideas el CPP, 191, segundo párrafo, establece que *"el imputado, en todo momento, será tratado como inocente y teniendo en cuenta que se encuentra detenido para el sólo efecto de asegurar su comparencia en el proceso o, en su caso, el cumplimiento de la pena"*.

Todo lo cual armoniza sistemáticamente con los alcances que al "***Estado de Inocencia*** " le da el *"Código Procesal Penal"*, como *"Disposición General"* (Libro Primero), estableciéndolo como "*Principio Básico*" (Título I) que integra el conjunto de "*Disposiciones Comunes a Todo el Procedimiento*" (Capítulo Unico), en su artículo 2:

> *"Todo imputado será considerado y tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad por el órgano jurisdiccional competente de conformidad con las normas de este Código.*
>
> *En consecuencia, hasta esa declaratoria, ninguna autoridad podrá tener a una persona como culpable ni presentarla como tal ante terceros. Por consiguiente, lo que informe, se limitará a poner de manifiesto la sospecha que pende sobre la misma.*
>
> *La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior obligará a los responsables a indemnizar a la víctima por los perjuicios causados, los que serán exigibles en juicio civil ordinario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa que proceda".*

1.2.2.3. Mínimo de evidencias

A su vez, la Constitución (CR, 92) añade otro requisito de suma importancia a los ya señalados para autorizar al órgano judicial a la aplicación de las medidas de coerción de máxima intensidad como lo es la prisión preventiva: la existencia de **un mínimo de evidencias** de culpabilidad contra el imputado, esto es, que al menos haya indicios *"racionales de quien sea el autor"*.

La norma constitucional interpela directamente al órgano judicial competente (Juez) para dictar el acto jurídico-procesal que ordena jurisdiccionalmente la prisión preventiva (auto de prisión) exigiéndole que manifieste: A) la "plena prueba" sobre la comisión de un hecho (punible de privación de la libertad); y B) "indicio racional" de la autoría o participación del imputado en tal hecho.

Surge con nítida claridad la finalidad garantista de la cláusula constitucional [19].

[19] Si bien la teleología es garantista, el anclaje histórico de su redacción y sus rémoras inquisitivas se denuncia en su nomenclatura y técnica legislativa. Por caso, la expresión "plena prueba" es propia de la sistemática de los modelos inquisitivos; o la petición del mismo estándar ("misma forma") requerida para la declaración del "reo" para el auto de prisión, desconoce el sentido defensivo de la declaración del imputado frente al estándar probatorio de un mínimo de evidencias verificable (pública o) intersubjetivamente mediante datos empíricos.

1.2.3. La reglamentación del CPP como sistema de legitimación

El CPP reglamenta las disposiciones constitucionales regulando distintos tipos de medidas cautelares reflejando un ***sistema de legitimación*** que se integra con una serie de *caracteres* y *presupuestos* interrelacionados unos con otros . Al respecto cabe señalar:

1.2.3.1. Jurisdiccionalidad

En el entendido de que el juicio (previo, CR, 94 y CPP, 1) es el epicentro del proceso penal[20] y que esta garantía se interrelaciona con la garantía de Juez Natural (o tribunal propio)[21] (CR, 90), la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares es de rango constitucional implica que ha de ser un tercero imparcial (Juez Natural) quien decida sobre su procedencia o no, a consecuencia de la petición de parte interesada.

La reglamentación que el CPP hace es coherente con la Carta Magna hondureña, ya que establece como regla que sea un juez o tribunal la única autoridad competente para disponer medidas cautelares y, por vía de excepción, permite que sea el Ministerio Público o la Policía Nacional quien orden algunas medidas en determinados casos de "urgente necesidad" (CPP, 173 *in fine*), siempre se prevé un sistema operativo de control jurisdiccional en un breve lapso de tiempo. De modo tal que superada la circunstancia de urgencia se impone que sea un Juez de la República quien convalide o deje sin efecto la medida adoptada por un órgano administrativo (Ministerio Público o Policía Nacional). Tal es la interpretación sistemática de las normas previstas por el CPP, 173 último párrafo, 175 último párrafo, y 176 último párrafo. El juez mismo ha sido limitado por el legislador para imponer prisión preventiva en los casos previstos por el art. 183 del CPP.

1.2.3.2. Escalonamiento coercitivo

El CPP establece un "escalonamiento" del mérito de culpabilidad exigido legalmente para cada dosis de coerción que se pretenda administrar a un ciudadano no culpable por el sólo hecho de haber sido declarado tal por sentencia firme. Como no podría ser de otro modo, se exige también una base probatoria acerca de la culpabilidad del imputado como presupuesto genérico de la aplicación de medidas coercitivas en su contra, estableciendo además que mientras más grave sea la restricción que éstas importen, mayor deberá ser el caudal probatorio. Así, por ejemplo, para **detener** a un imputado es suficiente que las pruebas existentes hasta ese momento suministren *"razones para creer"* que participó en un hecho punible (CPP, 176); para la **incomunicación** (que es una forma agravada de detener) se exigen *"motivos fundados para temer que"* —el imputado— obstruirá actos concretos de la investigación (CPP, 192); en cambio, para someterlo a **prisión preventiva** se requieren más alto, "plena prueba" del hecho e "indicios" "racionales" "resultantes de las actuaciones practicadas" sobre la participación en tal hecho (CR, 92 y CPP, 178); para la **aprehensión policial o particular**, "flagrancia" (CPP, 175) .

Lo anterior demuestra diversos niveles de peligrosidad procesal (baja, media y alta) que se pretenden neutralizar mediante el empleo de la medida idónea de cautela, dosificando coerción de baja, media y alta intensidad, los que generan en la persona sometida a la medida un impacto de creciente limitación a su libertad (no sólo ambulatoria). Se utilizan remedios procesales de

[20] Vivas Ussher, G., *Manual*...,cit., T° I, p. 175 y 185; T° II, p. 303 y ss.
[21] Idem, cit., T° I, p. 147 y ss.; T° II, p. 311.

mayor cautela y lesividad en sus efectos colaterales (extracautelares) en atención al peligro procesal respecto del cual se corresponden escalones o estándares probatorios.

En este sentido el CPP, 174, segundo párrafo, establece que: *el órgano jurisdiccional, al seleccionar la medida aplicable, deberá tener en cuenta su idoneidad y proporcionalidad en relación con los fines que se pretenden conseguir, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y de la pena que, en caso de condena, podría ser impuesta y las circunstancias personales del imputado.*

1.2.3.3. Prescindibilidad

Además el CPP dispone categóricamente, que la específica aplicación de la medida cautelar será autorizada sólo en los límites temporales absolutamente indispensables ("imprescindibles", CPP, 174) para asegurar mediante ellas los fines por los que se aplicaron, esto es el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

Cuando la medida cautelar privativa de la libertad no es imprescindible (es prescindible), se da la cuarta causal de revocación o sustitución de la medida, en este sentido el CPP, 184, inc. 4, establece que el juez, aún de oficio, revocará o sustituirá la resolución de prisión preventiva por otra media menos gravosa cuando "La restricción de la libertad de la libertad del imputado haya adquirido las características de una pena anticipada o provocado limitaciones a su libertad, que excedan las imprescindibles para evitarlos riesgos a que se refiere el artículo 178 de este Código".

1.2.3.4. Menor perjuicio

En la misma dirección legitimadora que la ***imprescindibilidad*** de la medida (para cautelar los *intereses colectivos* de afianzar el sistema judicial) se orienta el carácter de mínimo perjuicio del *interés individual* (de la persona afectada por la medida cautelar). Son dos caras de la misma moneda legitimadora de la coerción procesal, la faz del interés colectivo y su reverso el interés individual. Con esta finalidad la ejecución de las medidas de coerción deberán realizarse del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados (CR, 76 [22] en función del 89 y 94).

En el caso de la prisión preventiva, *"se cumplirá de tal manera, que no adquiera las características de una pena, ni provoque al imputado otras limitaciones que las imprescindibles para evitar su fuga, la obstrucción de la investigación o que continúe en la actividad delictiva"* (CPP, 191, tercer párrafo). Aunque no puede desconocerse que como bien sea dicho la prisión preventiva en la practica se vuelve una pena anticipada causa el mismo efecto aflictivo se cumple en el mismo lugar etc. Mas aún en el actual sistema inquisitivo ya que ni siquiera tiene un término de duración tal como se establece en el articulo 181 CPP " *la prisión preventiva podra durar, como regla general hasta un (1) año"*

Lo cual se convierte en una garantía para el imputado si en ese termino el órgano acusador no puede llevar la acusación a la etapa de juicio oral la prisión preventiva debe cesar y ser puesto en libertad provisional para decretar otra medida cautelar de las establecidas en el articulo 173 CPP, según lo dispuesto en el citado articulo181 donde se regula también la excepción al término de un año.

[22] CR, 76, *"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen".*

1.2.3.5. Presupuestos de legitimación

Siguiendo una larga evolución jurídica, Cafferata Nores explica[23] que la coerción personal del imputado presupone la existencia de *suficientes evidencias de cargos* en su contra (***fumus boni iuris***) y requiere, además, la existencia del peligro de que éste pretenda frustrar los fines del proceso (***periculum in mora***).

Antes de ofrecer el catálogo de medidas cautelares (CPP, 173), el legislador ha determinado los presupuestos legitimadores (CPP, 172) de tales tipos de coerción cautelar. La norma tiene una expresa dirección hacia el órgano jurisdiccional que ha de adoptar una medida cautelar restrictiva de la libertad de circulación (CR, 81) con los alcances respectivos. En este sentido el legislador exige al juez como *conditio sine qua non* que:

Para que pueda adoptarse una medida cautelar limitativa de la libertad personal, será siempre preciso:

1) *que existan indicios suficientes para sostener razonablemente que el imputado es autor o partícipe de un hecho tipificado como delito;*
2) *que la persona imputada se haya fugado o exista motivo fundado para temer que podría darse a la fuga en caso de permanecer en libertad; y,*
3) *que existen fundados motivos para temer que, puesto en libertad, el imputado tratará de destruir o manipular las fuentes de prueba.*

Estos presupuestos guardan una estrecha relación de interdependencia con los fines procesales de garantizar la presencia del imputado en juicio para la actuación de la ley (no necesariamente punitiva ya que la absolución en también una forma de actuación de la ley) y el no entorpecimiento de la regular obtención de las fuentes de prueba (CPP. 172, en función del 179 y 180).

Esta relación de interdependencia entre **medio** (medida cautelar) y **fin** (procesal), se denomina "idoneidad" (CPP, 174). Cuando no se da la relación medio/fin, no hay idoneidad, lo que se considera una causal de revocación y reforma de la medida cautelar (CPP, 174) para lograr una nueva resolución jurisdiccional que determine otra medida cautelar idónea dentro del escalonamiento coercitivo referido en el apartado 1.2.3.2.

1.2.3.6. Reglamentación exhaustiva de interpretación restrictiva

En virtud de los perjuicios que su aplicación ocasiona al afectado, que —reiteramos— goza de un estado jurídico de inocencia (CR, 89), la reglamentación procesal que de las garantías constitucionales se haga debe ser exhaustiva tal como sucede en el CPP, 173 (incisos 1 a 12), y se ha establecido que las normas que coarten la libertad personal deben ser *interpretadas restrictivamente* (CPP, 18).

[23] Cafferata Nores, José I., *La excarcelación, ob. cit.*, ps. 8 ss., cit. Vivas Ussher, G., Manual ..., cit. T° 2, p. 128.

1.3. Fundamentos

1.3.1. Relación medio a fin

El medio (coercitivo) guarda relación (cautelar) con el fin (procesal), de modo tal que las medidas coercitivas sólo se legitiman en la proporción en que tienden a evitar que el imputado:

* *obstaculice la investigación de la verdad*, aprovechando su libertad para borrar o destruir las huellas del delito, sobornar o intimidar a los testigos, o concertarse con sus cómplices, o
* impida el juicio previo poniéndose en situación de rebeldía.

1.3.2. La rebeldía como obstrucción al trámite del juicio previo

Como las leyes hondureñas prohíben el juicio penal en *rebeldía*, *"salvo que la rebeldía se produzca después de iniciada la evacuación de la prueba; en cuyo caso la presencia del defensor bastará para la continuación del juicio"* (CPP, 109), se hace necesario asegurar la intervención personal del imputado en el proceso (al menos hasta que se haya evacuado la prueba en juicio y se esté en condiciones de alegar en la oportunidad prevista por el CPP, 334) como el único modo de garantizar su completa realización.

Es posible, en consecuencia, la adopción de medidas coercitivas respecto de aquél para evitar que *mediante la ocultación de su persona impida el normal desarrollo del juicio* en el cual, quizás, se probará su hipotético delito y se dispondrá su condena. El sistema de administración del derecho se neutraliza a sí mismo si el presunto culpable no está como parte en el juicio previo erigido constitucionalmente como *su* garantía, pero no como causal unilateral de impunidad, al ponerse en situación de rebeldía y desactivar así el proceso de conocimiento sobre su eventual culpabilidad y consecuencia coactiva material (pena estatal).

1.3.3. La eventual ejecución de la sentencia

Erróneamente se ha pretendido justificar los actos de coerción argumentando como finalidad la de ***asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena*** de prisión o reclusión que pueda imponerse, impidiendo que el imputado eluda, mediante su fuga, después de conocer la sentencia, **la efectiva ejecución de la pena**.

La ilegitimidad de esta postura se advierte de su simple cotejo con el art. 94 de la CR, que al establecer "que nadie puede ser *penado* sin juicio previo", veda la posibilidad de castigar *antes* y *durante* el juicio. Y ello es así pues **la Constitución ha desechado la posibilidad de sanción inmediata al delito, interponiendo entre el hecho y la pena un plazo que es "ocupado" por el proceso**. Ha preferido la alarma social que puede causar la libertad del sospechado, por la mucho mayor que causaría el conocimiento de que se ha adelantado pena a un inocente. Se ha optado por la seguridad de la sanción legal antes que la imprudente espectacularidad de la represión inmediata.

Lo que sí debe producirse de inmediato es la investigación estatal frente a la noticia de la posible comisión de un delito.

1.4. Tipicidad coercitiva

Focalizando las medidas de coerción respecto del imputado, se afirma que como modo de garantizar su derecho de defensa y la pretensión punitiva del Estado, se impone su efectiva intervención y sometimiento personal en el proceso. En rigor de verdad, el argumento fuerte es la pretensión punitiva del Estado, ya que el derecho de defensa se satisface con la posibilidad (que el Estado debe garantizarle a la persona) de defenderse, y no con su imposición coactiva. En el derecho comparado existen ejemplos de juicio penal en rebeldía (Francia), pero no en la República de Honduras, con la salvedad hecha respecto de la rebeldía declarada con posterioridad a evacuación de la prueba (CPP, 109).

Así surgen por lo menos dos proyecciones. Por un lado, el imputado debe tener la posibilidad de intervenir tan pronto como se entere de la existencia de actuaciones persecutorias en su contra. A tal fin se prevé la posibilidad de que toda persona que se creyere imputada en una investigación pueda presentarse a peticionar, ante la autoridad judicial competente, el mantenimiento de su libertad (CPP, 276). Por el otro, la autoridad judicial debe contar con los medios necesarios para lograr su comparecencia, aun en contra de la voluntad de la persona.

El Estado (en principio, el Ministerio Público) interpela a la persona en los siguientes términos: *"vienes o te traigo"*. El Estado exhibe su supra ordenación respecto de la persona perseguida, por ello se torna imperioso, para evitar arbitrariedades, que el órgano de persecución (fiscal) sea distinto al de control de la legalidad de la persecución (juez de letras).

1.4.1. Bien jurídico procesal protegido

Como ya se dijo, todas las medidas de coerción comparten la **finalidad común** de neutralizar la peligrosidad procesal, con entidad suficiente para afectar la correcta averiguación de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva en juicio previo.

En el actual estado de desarrollo del derecho procesal penal, en relación a las medidas cautelares, el procedimiento no es pura discrecionalidad de los sujetos procesales intervinientes, sino que, por el contrario, existe una tipificación de las conductas procesales que han de llevarse a cabo; a modo de sistema discontinuo de permisiones estrictas para circunscribir la esfera de discrecionalidad del órgano judicial que opera el sistema procesal garantista. Desde el punto de vista de la *praxis* judicial las dificultades que se presentan regularmente se vinculan a problemas interpretativos de cuándo operar un determinada medida de cautelar, más que a la ausencia o disponibilidad normativa de él.

Con todo, se pueden distinguir con nitidez cinco grupos de figuras coercitivas según su ***finalidad operativa*** o bien jurídico procesal protegido:

- comunicación y vinculación al proceso;
- sujeción previa del imputado al juicio previo;
- recuperación de la libertad de tránsito;
- pretensión investigativa del actor penal;
- restricciones al derecho de propiedad por aplicación de la ley sustantiva penal o civil.

1.4.2. Tipos de Medidas Cautelares que afectan al imputado

Si bien ya se ha dicho que las medidas de coerción podrían recaer sobre otros sujetos procesales, o terceros intervinientes, analizamos aquí sólo en relación al imputado, respecto de quien se cumplen potencialmente las finalidades operativas antes indicadas.

Así se pretende lograr:

- la *comunicación* en el proceso penal mediante:
  - la *comparencia* del imputado ante el órgano requirente (Ministerio Público) o jurisdiccional mediante:
    - la presentación voluntaria (CPP, 276); y
    - la citación (CPP, 285 inc. 2 en función de 176 inc. 3)[24].

- la *sujeción al proceso*
  - sin pérdida de la libertad de tránsito:
    - estado de libertad (CPP, 173 inc. 6);
    - libertad caucionada (CPP, 173 inc. 10 y 193 y ss.).
  - con pérdida de la libertad de tránsito:
    - breve:
      - aprehensión policial y privada: CPP, 175 y 173 inc. 1);
      - detención preventiva (CPP, 176).
    - prolongada: *prisión preventiva* (CPP, 178 ss y cc.) para lograr su eventual ingreso al **juicio**, lo que, a su vez, puede requerir del ingreso a un domicilio, por lo que se prevé:
    - el *allanamiento de morada* con fines de aprehensión o detención
      - con consentimiento del ocupante o autorización judicial (CPP, 177 y 212), o
      - sin consentimiento ni autorización (CPP, 177, segundo párrafo y 212 segundo párrafo).

Se prevén causales que, ante nuevas circunstancias en la causa, excluyen algunos de los elementos de la figura cautelar aplicada, buscando otra más idónea y con miras a lograr:

- la *recuperación de la libertad de tránsito* por vía de:
  - la *revocación y sustitución* de medidas cautelares privativas de la libertad (CPP, 188); o
  - el *agotamiento del plazo* máximo de la prisión preventiva (CPP, 181 anteúltimo párrafo) mediante la imposición de una medida sustitutiva de las previstas en el CPP, 173 que no sea restrictiva de la libertad de tránsito, regularmente con una caución (CPP, 193 y ss.).

La carga pública de otros tipos cautelares se impone para proteger la pretensión (o el derecho subjetivo estatal o privado) del actor penal a:

- *investigar* a las personas y sus actos, tal como sucede con:
  - los allanamientos de morada con fines de registros domiciliarios (CPP, 212 ss.);
  - las requisas personales (CPP, 206);

[24] Para el caso de testigos y peritos, tras la segunda citación incumplida, se autoriza al uso de la fuerza pública (CPP, 233 y 329; y 244 y 327) para hacerlo comparecer coactivamente, lo que implica la medida de detención (CPP, 176 inc. 3). Lo propio sucede en el caso de los registros respecto de quienes no acaten la orde impartida por la autoridad encargada del procedimiento (CPP, 210, segundo párrafo).

- la clausura de locales (CPP, 224, inc. 5, y cc.);
- la intervención de comunicaciones (CPP, 223); y,
- la interceptación de correspondencia (CPP, 221 y 222).

Finalmente, el CPP prevé un grupo de figuras coercitivas que:

- *restringen el derecho de propiedad* por aplicación de la ley sustantiva penal o civil, mediante:
  - el secuestro (CPP, 217 y ss.);
  - el embargo, (CPP, 436, último párrafo; Código de Procedimientos Comunes, 255 y 276)
  - u otras medidas cautelares (CPP, 436 inc. 4), con el propósito de tutelar la restitución, reparación o indemnización ha que hubiere lugar con motivo del hecho fijado en la sentencia penal condenatoria o la eventual imposición de una multa (CPP, 393 inc. 4).

2. Parte Especial: tipos de medidas cautelares

2.1. Presentación voluntaria

La "presentación voluntaria para ser investigado" se encuentra regulado por el CPP, 276 del CPP que establece:

"La persona que tenga conocimiento de que está siendo investigada, podrá presentarse voluntariamente al Ministerio Público, a fin de que se le oiga en relación con los hechos investigados".

Esta institución tiene el propósito de otorgar al imputado una vía para comenzar a intervenir en el proceso ejercitando su derecho de defensa[25], pero también el de evitar el empleo injustificado de medidas cautelares que impliquen un exceso de coerción para lograr su comparendo.

Si no existe ninguna imputación en contra de quien se presenta voluntariamente, se rechazará su pedido y se archivarán las actuaciones administrativas. Por el contrario, de existir una investigación dirigida en su contra, se le dará trámite al pedido previsto por el CPP, 276.

En un análisis sistemático, el primer aspecto que surge es el hecho de que la presentación tenga por objeto una "**declaración**" (CPP, 286 ss. y cc.), que es la manifestación más típica de la defensa material [26]. El segundo es que cuando menos (de mínima) sufrirá la restricción establecida por el CPP, 173 inc. 6 y la caución juratoria que impone el CPP, 184, pero bien puede suceder que la persona que comparece voluntariamente resulte detenida preventivamente cuando corresponda a criterio de la autoridad investigativa. En este sentido sólo tendrá efecto para evitar la detención arbitraria, con poco fundamento, esto es, cuando no corresponda.

El mantenimiento de libertad de quien se presenta voluntariamente sólo aprovecha a aquella persona contra quien se haya comenzado una investigación preliminar (incluida la etapa de la prevención policial), es decir, se encuentra condicionada a la existencia de una imputación penal concreta, en la que pueden o no verificarse algunos de los presupuestos legitimadores de la aplicación de una medida cautelar.

[25] Derechos de los que goza "desde el primer acto de procedimiento" (CPP, 101, primer párrafo, última frase).
[26] Cf. Saborío Jenkins, J., *La Inviolabilidad de la defensa en juicio*, cit.

Por ello, el derecho a ser mantenido en libertad no es una consecuencia automática de la presentación voluntaria pues —como ya se señaló— está condicionado a que no corresponda la detención (CPP, 176). ¿Y cuándo corresponderá detener al presentado?, la respuesta es incierta.

En el marco normativo puede responderse que sólo será detenido cuando no parezca procedente la detención preventiva (CPP, 176) ni la prisión preventiva (CPP, 178 y ss.).

Desde el punto de vista práctico (norma actuada) se trata de los primeros momentos de la investigación, y regularmente no se contará con demasiados elementos, por lo que el pronóstico se relativiza bastante. El dato que necesariamente se tendrá es que la persona se está sometiendo a la autoridad judicial, quiere ejercer su defensa y, eventualmente, provocar su intervención probatoria, todo lo cual puede ser una especulación, y también el ejercicio de un derecho.

El presentado, cuya detención no fue ordenada por no corresponder, después de su declaración deberá continuar en libertad bajo las restricciones no privativas de libertad previstas por el CPP, 173.

La presentación voluntaria del imputado rebelde (CPP, 110) exige, de previo, que este purgue la rebeldía, justificando "*grave y legítimo impedimento*" para comparecer, habiendo sido citado legalmente. De no justificarlo corresponde la detención preventiva, sea por vía del CPP, 176 inc. 3 en función del 285 inc. 2, o bien por el peligro de fuga (CPP, 176 inc. 1 en función del 179), ya que "*la declaración de rebeldía implica un indicio de peligro de fuga*" (CPP, 109 *in fine*).

2.2. Citación

La citación es la convocatoria imperativa que se dirige al imputado para que comparezca a intervenir en el proceso, prestar declaración (CPP, 286) si con su defensor (CPP, 101 inc. 3) lo desean (CPP, 101, inc. 5 y 290) y ha estar en juicio público. Es una medida coercitiva, pues se realiza bajo la amenaza de detención, si el convocado no se presenta en término ni demuestra un impedimento legítimo (CPP, 285 inc. 2 en función del 176 inc. 3 en función del 109). El Estado, a través del órgano correspondiente, le dice al ciudadano: *"vienes o te traigo"*.

Este llamamiento jurisdiccional al "imputado" presupone la existencia de un mínimo de evidencias de culpabilidad con el grado de *probabilidad*, ya que para poder imputar se requiere que existan fundamentos para recibir declaración al imputado, o sea, que haya un requerimiento fiscal (CPP, 285). El órgano judicial competente procederá a recibirle declaración, si estuviere detenida, a más tardar, en el término de 24 horas desde que fue detenida o aprehendida (y no sólo desde que fue puesta a su disposición)[27] y hubiere motivo bastante para considerar probable su participación en un hecho punible descrito en el requerimiento fiscal.

De la sistemática del CPP (enjuiciamiento en estado de libertad como regla), surge que se establece como regla de convocatoria al proceso la citación (CPP, 151 y ss.)[28], la que sólo será omitida en los casos en que no sea atendida (CPP, 108) y demás causales de detención o aprehensión.

[27] El Juez de Letras es garante del cumplimiento del plazo, no un beneficiario de él.
[28] Sea que se trate de una citación personal, por cédula o por edictos.

La autoridad competente para ordenar la citación del imputado será el Juez de Letras. La convocatoria se instrumentará por medio del Receptor del órgano jurisdiccional (véase CPP, 154 y ss.)[29], haciendo conocer al imputado el proceso en el que la medida cautelar se dispuso, el objeto de la misma (CPP, 155)[30] y el apercibimiento de detención para el caso de que no comparezca (CPP, 155, inc. 5 en función del 176, inc. 3).

Del acta que refleja el acto de notificación se dejará constancia en autos (CPP, 156)[31].

2.3. Aprehensión y otras medidas iniciales

Para acercarnos conceptualmente a la *aprehensión* y a las otras medidas cautelares que pueden tomarse en el inicio de la investigación (muchas veces es el primer acto de la investigación) partimos de una de las *especies* (urgente necesidad de diferenciar testigos de imputados) del *género* aprehensión previsto en el CPP, 175.

2.3.1. Aproximación

Regularmente, al hacer cesar los efectos o investigar los delitos convencionales, particularmente hurtos, robos, lesiones, homicidios, etc., bien puede suceder que en el primer momento de conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, en el que hubieran intervenido varias personas, **no fuese posible determinar a los responsables y a quienes son los testigos**; por lo que el art. 175 inc. 5 del CPP, autoriza que se adopten las siguientes medidas tendientes a resolver tal incertidumbre.

En primer término se podrá disponer que ninguno de los presentes se aleje del lugar. Se quiere evitar así la posible fuga de los sospechosos (CPP, 172, inc. 2) y el ocultamiento o destrucción de huellas o pruebas del hecho (CPP, 172 inc. 3). También quedará facilitada, de este modo, la realización de medidas probatorias de la investigación, que constituyen medios de coerción accesoria (por ejemplo, requisas personales, inspecciones, etc.)[32].

A tal medida podrá agregarse la prohibición de comunicación entre los intervinientes (CPP, 173, inc. 9), con el propósito de evitar que se pongan de acuerdo entre ellos para dar versiones inexactas de lo ocurrido cuando presten declaración, intimiden a testigos u obstruyan la investigación de otro modo. Pero es preciso aclarar que ***no se trata aquí de la incomunicación***

[29] CPP, 154: **Citaciones y emplazamientos.** Las partes en un proceso, así como los testigos y peritos, serán citados y emplazados personalmente por el Receptor del órgano jurisdiccional y en su defecto, por el empleado a quien se le asigne esa función, la cual deberá desempeñar previa promesa de ley, adquiriendo uno y otro el carácter de ministro de fe pública. Tales diligencias, excepto la notificación personal, se practicarán por medio de cédulas, a las que se acompañarán la copia de la acusación o querella, en su caso. Inmediatamente después de efectuadas, pondrá razón de las mismas en los autos el funcionario judicial competente.
Cuando la citación o emplazamiento haya de hacerse por medio de comunicación, se acompañará la cédula correspondiente.

[30] CPP,155. **Contenido de la cédula de citación.** La cédula de citación contendrá:
1) La denominación y lugar del órgano jurisdiccional que haya dictado la providencia, la fecha de ésta y el asunto en que ha recaído;
2) El nombre y apellidos de la persona natural o representante legal de la persona jurídica a quien debe hacerse la citación;
3) El objeto de la citación y la parte que la haya solicitado;
4) El lugar, día y hora en que debe comparecer la persona citada; y
5) La prevención de que si no comparece, se le deducirán las responsabilidades a que haya lugar en Derecho.
A los testigos y peritos se les hará la prevención de que si no comparecen sin justa causa, serán procesados por el delito de desobediencia. Se estará, además, a lo dispuesto por los artículos 232 y 240 del presente Código.

[31] Lo que se notifica no es el requerimiento fiscal, sino la providencia (CPP, 139) que ordena la medida cautelar de citación, aunque debe contener el requerimiento fiscal mismo CPP, 154 y 156).

[32] Previstos en los arts. 203, 206, y ss. del CPP.

prevista en el CPP, 192, pues a pesar de la existencia de una cierta comunidad de fines entre ambas (resguardo de evidencias), **esta última se dirige contra un sospechoso perfectamente individualizado** y sometido a prisión preventiva. En el sentido técnico, la "incomunicación" es una forma agravada de prisión preventiva.

Si no es suficiente con la medida anterior para lograr individualizar entre los presentes a los presuntos responsables, la ley autoriza **la aprehensión** de todos ellos hasta por 6 horas. Esta restricción tiene la misma finalidad que la imposición de permanencia en el lugar, o la prohibición de comunicarse. Pero como sólo se autoriza frente al fracaso probable o verificado de aquellas, tiene carácter **subsidiario** en la progresiva aplicación de medidas cautelares.

De este modo, la *aprehensión por urgente necesidad de diferenciar entre testigos e imputados* aparece como una breve privación de la libertad a la que son sometidas varias personas que han participado o presenciado un probable hecho delictivo, y que se impone con fines de investigación para tomarles declaración a quienes se creen testigos o autores del hecho investigado.

La medida tiene por límite máximo de duración 6 horas, y puede ser ordenada por la Policía (CPP, 175, inc. 5), o el fiscal. Si el arresto lo realiza la policía debe comunicarlo inmediatamente al fiscal y al juez.

2.3.2. Aprehensión en flagrancia

El sistema constitucional de garantías de la libertad ambulatoria o de circulación (CR, 81) reconoce limitaciones legales, como se viene desarrollando, dentro de las cuales capta las vinculadas a la aprehensión policial (con y sin orden) y privada. El CPP, reglamentando estas normas superiores, se ocupa del tema en los arts. 172 a 197.

Se consagra la posibilidad de la aprehensión sin orden judicial de quien sea sorprendido *in fraganti* en la comisión de un delito de acción pública que merezca pena privativa de libertad (CPP, 175).

Se excluye de esta posibilidad a los delitos de **acción privada** (CPP, 279 y 29) y a los de acción pública que se encuentren reprimidos sólo con penas de **inhabilitación o multa** (o ambas en conjunto), por aplicación del principio de proporcionalidad.

Si se trata de un delito de **acción pública dependiente de instancia privada**, la aprehensión *in fraganti* también se admite, pero quien tenga derecho a instar será informado de inmediato. Si este no presentase la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad (CPP, 26).

La **finalidad** de esta medida es la de impedir que los delitos cometidos sean llevados a **consecuencias ulteriores** (CPP, 273). Pero también persigue asegurar la persona del sospechoso y las pruebas del hecho en los primeros momentos de la investigación, **siempre que esperar la orden judicial respectiva signifique comprometer los fines del proceso**.

Tanto la Policía (de investigación y la preventiva) como los particulares tienen la posibilidad de aprehender al flagrante. Pero para los policías es un deber y para los particulares una facultad. Así, los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial tienen el deber de hacerlo (CPP, 280 y 281), ya que se trata de sus funciones (CPP, 272), en virtud de las cuales deben investigar los delitos de

acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores (CPP, 273), individualizar a los culpables, etc.; muy distinto es el caso de los particulares, que sólo tienen la mera facultad, esto es, cuentan con una autorización legal para actuar (CPP, 268), autorización con la que se les reconoce un modo de participación ciudadana en la administración de justicia, pero sin imponérseles obligatoriamente, y que en rigor no parece de gran talla ante la profunda deuda que en materia de participación el modelo brinda a los ciudadanos.

Hay **flagrancia** cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito (CPP, 175, incs. 1, 2 y 3).

La ley equipara la **flagrancia en estricto sentido** (en la que cabe el comienzo de ejecución propio de la tentativa: CP, 15), con las hipótesis de **flagrancia impropia o presunta**, previstas a continuación en este artículo (CPP, 276).

La **duración** de la aprehensión en flagrancia es fugaz; tanto si fue practicada por la policía como por un particular, el aprehendido deberá ser presentado **"inmediatamente"** ante la autoridad judicial competente más próxima (CPP, 175). El cumplimiento de la obligación de presentar al aprehendido es exigible por cualquier persona que tenga relación de parentesco o amistad con el aprehendido, pudiendo solicitar la libertad y proponer en la oportunidad al abogado defensor del aprehendido. La gestión se realiza ante el fiscal o juez de letras competente, quien dispondrá los medios para que en un término máximo de seis (6) horas el aprehendido sea presentado a los efectos de resolver sobre su libertad[33] de conformidad al CPP, 15, 101, y CADH, art. 7 inc. 5.

En ambos casos deberán acompañarse también los objetos que se hubieran secuestrado con fines de prueba (por ejemplo instrumentos del delito, etc.). Se garantiza el debido **contralor judicial** de la medida, y si su adopción hubiese sido equivocada, la autoridad judicial dispondrá su cesación.

Por otra parte, la aprehensión en **casos no autorizados** por la ley **o su prolongación indebida** puede hacer incurrir a sus ejecutores en *responsabilidad penal*. Desde el punto de vista administrativo también los agentes de la Policía Judicial pueden ser sancionados.

2.3.3. Regulación legal

La aprehensión es una medida cautelar privativa de libertad del imputado de corta duración (el tiempo suficiente para ponerlo a la orden del Ministerio Público) sin orden Judicial llevada a cabo en determinados supuestos por la policía y en otros también por el particular.

De conformidad a lo anterior, la aprehensión de una persona puede ejecutarse por:

a) la policía (aprehensión policial, o aprehensión, a secas) o

b) por un particular en casos de flagrancia o cuasi-flagrancia (aprehensión en flagrancia).

[33] El plazo de seis horas se computa a lo sumo desde el requerimiento del presentación ya que la aprehensión ha de ser siempre previa, se haya efectuado personalmente por el pariente, amigo de aprehendido o su defensor, por escrito, telefónicamente o por cualquier otro medio, aun cuando no existan constancias de sus antecedentes (planilla prontuarial) y sin perjuicio de su posterior detención.

Este tipo coercitivo (CPP, 175) constituye la principal forma de actuación policial, sea en cumplimiento de una **orden de autoridad** judicial (MP) o jurisdiccional (Juez de Letras) o por iniciativa propia (**sin orden** de autoridad distinta a la propia de la fuerza policial).

En esta última hipótesis (sin orden) se requiere:

- **flagrancia** (CPP, 175, inc. 1 y 2);
- **flagrancia presunta** (CPP, 175. incs. 3 y 4), esto es la concurrencia de vehementes indicios de participación delictiva; la tenencia de instrumentos facilitadores del hecho delictivo (armas, explosivos, llaves, etc.); o bien la necesidad y urgencia de impedir la evasión (ocultamiento, fuga o ausencia) del sospechoso;
- **necesidad y urgencia de diferenciar** entre autores y testigos en la escena del crimen (CPP, 175 inc. 5);
- **necesidad y urgencia de impedir** efectos ulteriores del hecho delictivo (CPP, 175 inc. 2, segundo párrafo, ya que el policía lo puede como ciudadano y le es exigible como funcionario específico);
- **fuga** (CPP, 175, penúltimo párrafo) del ya aprehendido o del evadido detenido, preso o penado.

La llamada **aprehensión en flagrancia *por un particular*** procede en casos de:

- **flagrancia** (CPP, 175 inc. 1, apartados "a" y "b"; e inc. 2); y
- **necesidad y urgencia de impedir *efectos ulteriores*** del hecho delictivo (CPP, 175 inc. 2, segundo párrafo).

Como se dijo, esta medida cautelar se caracteriza por su brevedad. La constitución da el marco garantista estableciendo el máximo de la "detención" (aplicable con tanta o mayor razón a la aprehensión) en veinticuatro (24) horas (CR, 71). El CPP, que normativamente puede ser más garantista (pero no menos) que la Constitución, reglamenta la duración razonable del plazo de aprehensión en seis (6) horas para que la Policía ponga a disposición del MP y del Juez de Letras al aprehendido (CPP, 175 último párrafo).

En el caso de la aprehensión por necesidad y urgencia de diferenciar entre autores y testigo, se dejará sin efecto la medida respecto de los testigos, de modo tal que "*una vez acreditada la ausencia de indicios de participación respecto de una o más de las personas retenidas, serán éstas dejadas en libertad, una vez recibida la información necesaria para la investigación y dejada constancia de los datos relativos a su identidad*" (CPP, 175 antepenúltimo párrafo).

En el caso de la aprehensión privada en flagrancia "*la persona aprehendida será entregada **inmediatamente** a la autoridad más próxima*" (CPP, 175, inc. 2, tercer párrafo).

En este orden de ideas de política criminal, el CPP, 175, establece:

Aprehensión de las personas. *La Policía Nacional podrá aprehender a cualquier persona aun sin orden judicial en los casos siguientes:*

A. En caso de flagrante delito, entendiéndose que se produce tal situación cuando:
a) Sea sorprendida cometiendo el delito o en el momento de ir a cometerlo; y,
b) Sea sorprendida inmediatamente después de cometido el delito.

B. *Cuando la persona sorprendida en alguno de los dos casos anteriores, está siendo perseguida por la fuerza pública, por el ofendido o por otras personas. En ambos casos, cualquier persona podrá también proceder a la aprehensión y adoptar las medidas necesarias para evitar que el delito produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más próxima;*

C. *Cuando existan indicios muy fundados de haberse cometido un delito y la persona aprehendida haya sido sorprendida teniendo en su poder armas, instrumentos o efectos procedentes del delito o falta, o presente señales o vestigios que permitan inferir la participación del aprehendido en la infracción cometida o intentada;*

D. *Cuando existan indicios muy fundados de haberse cometido un delito, de haber participado en él la persona aprehendida y que ésta pueda tratar de ocultarse, fugarse o ausentarse de lugar; y*

E. *Cuando al iniciarse las investigaciones, en la imposibilidad de distinguir entre las personas presentes en el lugar, a los partícipes en el hecho y a los testigos, exista necesidad urgente de impedir que alguna de ellas se ausente, o se comuniquen entre si, así como evitar que puedan modificar en cualquier forma, el estado de las cosas o el lugar del delito.*

En este último caso, una vez acreditada la ausencia de indicios de participación respecto de una o más de las personas retenidas, serán éstas dejadas en libertad, una vez recibida la información necesaria para la investigación y dejada constancia de los datos relativos a su identidad.

La Policía Nacional podrá también aprehender nuevamente a la persona que consiga fugarse después de una primera aprehensión, lo mismo a la que se hubiera evadido del establecimiento donde se encontrara en calidad de detenido, preso o penado, o durante su traslado desde o hacia dicho establecimiento.

Dentro de las seis (6) horas siguientes al momento de la aprehensión, la autoridad policial que la haya practicado o a la que le haya sido entregada la persona sorprendida infraganti, dará cuenta del hecho al Ministerio Público y al Juez competente. Si la captura la realiza la Policía Preventiva, deberá poner a la persona aprehendida, de manera inmediata, a la orden de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC), así como los instrumentos, los efectos del delito y las piezas de convicción si las hubiere.

2.4. Detención

La CR, 71, establece límites temporales a la privación de la libertad durante los momentos de las investigaciones iniciales, concibiendo la detención no judicial con un máximo de 24 hs. y la judicial en seis días. Lo hace en los siguientes términos:

"Ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por más de veinticuatro horas, sin ser puesta a la orden de autoridad competente para su juzgamiento."

"La detención judicial para inquirir no podrá exceder de seis días contados desde el momento que se produzca la misma".

Por ello y bajo la denominación de "detención", el CPP prevé dos medidas de coerción cautelar, distintas tanto por su oportunidad, sus alcances como por la autoridad que la aplica, ella son:

⇒ La detención preventiva ordenada por el Ministerio Público (CPP, 175); y

⇒ La detención judicial ordenada por el Juez de Letras (CPP, 292)

Su análisis requiere un tratamiento separado.

2.4.1. Detención Preventiva

Es la privación de libertad impuesta al imputado por orden del Ministerio Público para hacerlo intervenir en el proceso y recibirle declaración, **cuando se prevea que no obedecerá la orden** de ***citación*** o intentará entorpecer la investigación.

Este tipo coercitivo con el que el legislador de la republica habilita solamente al MP, constituye una medida cautelar de utilidad para el investigador público en momentos en que el esta dirigiendo directamente la investigación, por contraposición a la aprehensión, que se da en los primeros instantes del conocimiento delictivo (*notitia criminis*) en los que aún el MP no ha trazado ninguna línea investigativa que lo conduzca hacia el imputado.

Con técnica legislativa poco feliz, el último párrafo del CPP, 176, permitiría interpretar, a *contrario sensu,* que la Policía Nacional podría ordenar la detención en los casos de los arts. 279, 281 y 282, lo cual entra en contradicción con el encabezado del propio art. 176 y el resto del plexo normativo que impone una sistemática de control hacia el Juez de Letras. La tesis contraria (que la Policía también puede ordenar la detención) presenta como redundantes las hipótesis del CPP, 175, inc. 5 (aprehensión) con la del CPP, 176 inc. 2 (detención), desde que ambas normas parten del mismo supuesto de hecho, si no se las diferencia por la autoridad de aplicación: Policía para la aprehensión y MP para la detención[34].

Coherentemente, ambas medidas cautelares se diferencian en relación al *principio de plazo razonable* de *presentación del privado de libertad* (CADH, art. 7 inc. 5, art. 8, inc. 1, CR, 71,) ante la autoridad jurisdiccional en forma más restrictiva respecto de la aprehensión policial que de la detención del MP. El CPP lo reglamenta tal plazo en un máximo de 6 horas para la aprehensión policial y en 24 horas para la detención del MP.

Son tres los **presupuestos de hecho** indispensables para que el MP pueda detener preventivamente:

- peligrosidad procesal de fuga (CPP, 176 inc. 1);
- urgente necesidad de diferenciar entre testigos e imputados (CPP, 176 inc. 2); e
- incomparecencia del debidamente citado (CPP, 176 inc. 3).

Son ***elementos del tipo coercitivo de detención preventiva*** los siguientes:

- Uno de los **presupuestos** de hecho taxativamente enumerados por el CPP, 176.
- Estado convictivo de duda o probabilidad de la existencia material de un **hecho** delictivo.

[34] Claro está, que las más de las veces, la detención implicará un riesgo de resistencia violenta, en consecuencia de lo cual el MP comisionará a la Policía para que ejecute la orden.

- Estado convictivo de duda (sospecha objetiva) o probabilidad sobre la **participación** en un hecho punible por el afectado (coacto) de conformidad a los elementos organizados en la investigación por el Fiscal.
- Imputación que implique **sospecha objetiva** de peligro procesal que solamente pueda ser neutralizado mediante el aprisionamiento del cuerpo de la persona para el éxito de la investigación por insuficiencia, verificada o probable, de la citación.
- Que la medida no **dure** más de 24 horas.
- Decreto fundado que **ordene** la medida.

Ante la ausencia de cualquiera de los elementos del tipo coercitivo no se estará en presencia de un caso de detención legal, no debiendo ordenarse, u ordenada debe hacerse cesar.

Así, por ejemplo, no basta con que *se afirme* la comisión de un hecho típico (extremos que son suficientes para iniciar el proceso investigativo), sino que hacen falta **motivos bastantes para sospechar que**: a) el hecho existió y el imputado ha participado en el mismo (es decir que exige un mínimo de evidencias que permiten sospechar objetivamente —sospecha objetiva—), y b) que esa participación es punible[35], a todo lo cual se le debe agregar que **la imputación**, de alcanzarse el grado convictivo de probabilidad, tornará indispensable la imposición de prisión preventiva, en atención al peligro procesal de ella considerado en abstracto[36].

La medida no procederá, entonces, cuando no existan motivos para sospechar la participación punible del imputado, o cuando existiendo no sean bastantes (por ejemplo, cuando se dude de la veracidad del denunciante), o porque el imputado no es peligroso procesalmente[37], de conformidad a las reglas del CPP, 179 y 180.

La detención procede cuando resulte **indispensable** para el aseguramiento de los fines del proceso, para lo cual el fiscal deberá extrovertir en el decreto las razones que demuestran que es indispensable. Por eso no podrá aplicarse si se admite como posible la ejecución condicional de la hipotética futura condena o esta aparece como de escasa gravedad (de 5 o menos años), pues en tales casos se supone que el imputado no intentará burlar la actuación de la ley (CPP, 179, inc. 2 y 182), prefiriendo afrontar el riesgo del juicio que no lo pondrá en posición de pérdida de libertad antes que ponerse en situación de rebeldía.

En ningún caso procederá la detención si el delito que se atribuye no tiene pena privativa de libertad, ya que sería un contrasentido que la medida cautelar resulte más gravosa que la pena conminada por la ley de fondo (**proporcionalidad**).

El CPP, 176, ante ultimo párrafo, impone los **requisitos de validez de la orden de detención** preventiva. Se trata de un decreto fundado del Fiscal (CPP, 93, último párrafo), en el que se expliciten sucintamente las razones tenidas en cuenta por él, tanto para mostrar que hay *motivos*, lo cual presume una breve enumeración, descripción y valoración de las evidencias consideradas; que tales evidencias *son bastantes* para *sospechar objetivamente que una persona ha participado en un hecho típico, antijurídico, culpable y punible*, lo cual presume una **valoración** de conformidad a las reglas de la sana crítica racional (CPP, 202), y una **explicitación de la imputación.**

[35] Agregándose al requisito de tipicidad los de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.
[36] Esto último nos remite a analizar la peligrosidad procesal que está vinculada a elementos objetivos de la prisión preventiva.
[37] Cfr. Cafferata Nores, José I., *ob. cit.*

Además de los elementos de mérito antes indicados que constituyen la "causa de la detención", se exigen otros elementos extrínsecos que identifican a la resolución teniendo en cuenta lugar y fecha del acto, el nombre y calidad del fiscal que ordena la medida, su firma, el sello de la fiscalía, y la identificación nominal de la persona a detener.

La **orden** será escrita y contendrá los datos personales del imputado y, si se ignorasen, otros que sirvan para identificarlo, como así también la indicación del hecho que se le atribuye, con las circunstancias básicas necesarias para su individualización.

La orden debe ser impartida por el fiscal encargado de la investigación preparatoria. La resolución es controlable por el juez de letras, de oficio (CPP, 176) o a petición del defensor (CPP, 15, 101 y 174 último párrafo), para que controle jurisdiccionalmente la legalidad del acto (CPP, 58 inc. 2).

La **ejecución de la orden** puede requerir el concurso de la fuerza pública; en consecuencia, su cumplimiento se encargará a la Policía (CPP, 92, 176 último párrafo, 280 inc. 2, 279 último párrafo y 281 en función del 280 inc. 2)[38]. La comisión policial deberá notificar la orden de detención al afectado, en el momento de ejecutarse o inmediatamente después.

2.4.2. Detención Judicial

A diferencia de la detención preventiva del Ministerio Público y no ya en los primeros momentos de la investigación, sino después de prestada la declaración del imputado, el juez de letras podrá ordenar la detención judicial del imputado cuando concurrieren los requisitos previstos para la procedencia de la prisión preventiva, aún cuando el estándar convictivo sobre la peligrosidad procesal del imputado sólo sea de *duda* y no de *probabilidad*.

El CPP, 292, prevé esta medida hasta por 6 días, llevando al tope constitucionalmente permitido tal coerción procesal, ya que, como se sabe, los códigos procesales pueden ser más garantistas pero no menos que las constitciones que ellos regulan. En este caso el CPP, 292, pudo fijar un plazo inferior o hasta igual al previsto por la CR, 71, pero no superior. Optó por parificarse con la Constitución.

La procedencia de la detención judicial implica el encarcelamiento hasta la audiencia inicial (CPP, 294), con máximo en 6 días para su fijación. En este período las partes concentrarán su esfuerzo en preparar piezas convictivas que puedan hacer valer en la audiencia para demostrar la peligrocidad procesal o su ausencia, en cuya consecuencia se ordenará o no, la prisión preventiva (CPP, 294, inc. 3). La estructura de enjuiciamiento propende a que, en la práctica[39], se funda y se confunda el debate sobre la peligrosidad procesal con la cuestión de fondo, ya que la otra alternativa de apagar la angustia causada por el encarcelamiento presentencial que implica la detención judicial es el sobreseimiento, que resuelve la cuestión de fondo en forma provisional (CPP, 294, inc. 1) o definitiva (CPP; 294, inc. 2).

[38] Pero si el sujeto a quien se quiere detener se encuentra fuera de la jurisdicción del tribunal, o en el extranjero, será necesario requerir su extradición por exhorto según las leyes y tratados vigentes sobre la materia (CPP, 149 y 150).

[39] Y de hecho no favorece a su comprensión teórica, sino que lleva a los desvíos institucionales por su ubicación ideológica inquisitiva. La medida cautelar se desnaturaliza, dejando su componente coactivo al servicio inquisitorio del juez contra el imputado que declara, poniendo a la declaración como medio de prueba de su inocencia antes que como medio defensa, que es su función específica en un modelo acusatorio. La literalidad de la CR, 71, lo piensa al instituto como "detención judicial plazo para inquirir". El CPP, garantista y proacustario en general, no estaba obligado estructurarse copiando tan flaca garantía.

Al igual que la detención preventiva del MP, la detención judicial no es procedente, cuando no existan motivos para sospechar la participación punible del imputado, o cuando existiendo no sean bastantes (por ejemplo, cuando se dude de la veracidad del denunciante), o porque el imputado no es peligroso procesalmente[40], de conformidad a las reglas del CPP, 179 y 180.

De conformidad al CPP, 292, y en discordante técnica legislativa con la sistemática general de las medidas cautelares (Título VI, Libro Primero, CPP, 172 a 197), esta norma evidencia un "desacople" entre Medidas Cautelares y el trámite de la investigación. En este contexto el juez, tras recibirle declaración al imputado, debe ordenar alguna de las siguientes medidas:

* 6 días de detención judicial; o
* una medida sustitutiva de la prisión preventiva potencial.

Esta segunda alternativa procede cuando a criterio del juzgador no se trate de un caso de alta peligrosidad procesal que puedan justificar la prisión preventiva, por lo que el juez deberá ordenar otra medida cautelar de las previstas en el CPP, 173.

Lo mismo sucede si los méritos de la causa no permiten establecer la existencia del delito o la participación del imputado en él, gozando el imputado de "*la libertad provisional por falta de mérito para ser detenido*".

2.5. Prisión preventiva

Recapitulando lo desarrollado hasta aquí sobre las medidas cautelares en particular tendientes a la vinculación del imputado con el proceso penal del Estado, ello sucede por :

⇒ *presentación voluntaria* de éste, o

⇒ respondiendo a una citación, por

- *aprehensión policial,*
- *detención del MP,*
- *detención jurisdiccional,*
- *prisión preventiva del juez de letras.*

La prisión preventiva consiste en "*el encarcelamiento que se impone al imputado de un delito reprimido con pena privativa de la libertad, antes de la sentencia firme, por no poderse neutralizar su peligrosidad procesal con otro tipo coercitivo menos lesivo, más legítimo y al sólo efecto de cautelar conforme a derecho el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto*"[41].

El propio CPP, contiene otra definición de la prisión preventiva, lo que regularmente no es recomendado en técnica legislativa ya que -tal como sucede en el caso-, la definición deja por fuera algunas situaciones de restricción la libertad ambulatoria ordenada por un tribunal y no pone de manifiesto todas las notas caracterizantes de la medida cautelar, las que sin embargo surgen de otras normas del CPP en forma explícita o de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico hondureño.

[40] Cfr. Cafferata Nores, José I., *ob. cit.*
[41] Cf. Vivas Ussher, G., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo 2, Ed. Alveroni, Córdoba, Argentina, 1999, p. 147 y 148.

El CPP, 178, define la prisión preventiva en los siguientes términos: "por prisión preventiva se entenderá la privación de libertad que se produzca, durante el proceso, en cumplimiento de la orden emitida por el órgano jurisdiccional competente, hasta que la sentencia definitiva adquiera el carácter de firme".

Esta definición replantea el cuestionamiento sobre la justificación racional de ¿porque encarcelar a una persona antes de la sentencia firme que lo declare culpable? La definición legal no explica, antes bien, evade los alcances de la prisión presentencial [42].

2.5.1. Justificación dialéctica del encarcelamiento presentencial

Sólo para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley es que se legitima la aplicación de la prisión preventiva antes de que haya sentencia sobre el fondo de la cuestión debatida en juicio. Este es el criterio que surge de diversas normas que regulan el tema, tales como el art. 69 y 81 de la CR, y los arts. 172, 178, ss. y cc. del CPP; para ello deben darse algunos presupuestos y determinados requisitos que a continuación analizaremos.

La necesidad de actuar la ley penal frente a determinados casos de desvío social altamente conflictivo, sin pagar el costo político que implica una organización estatal autoritaria en lo judicial, requiere un sistema de verificación de los hechos a los que tal ley penal enlaza una consecuencia jurídica coactiva (pena estatal). Este proceso de verificación de hechos socialmente relevantes es organizado por el Estado de Derecho como proceso judicial.

Cuando la consecuencia jurídica enlazada por ley es una pena estatal, este proceso judicial se denomina proceso *penal* y tiene por epicentro el juicio penal como momento crítico en el que se decide binariamente (culpable/no-culpable) la asignación o no de la consecuencia jurídica coactiva. Esta consecuencia jurídica *imputada* (enlazada) por el derecho a determinados hechos, las más de las veces anula la libertad ambulatoria mediante las –por ello- denominadas penas privativas de la libertad ambulatoria.

De este modo se proscribe la aplicación inmediata de consecuencias punitivas (coerción material) al procesalmente imputado[43] del hecho conflictivo socialmente, para no pagar el costo político del autoritarismo judicial que opera fuera del sistema de verificación del hecho punible. Esto implica equiparar al no culpable con el culpable del hecho punible en consideración jurídica y trato fáctico; ya no como dádiva estatal sino como compromiso del utilitarismo ético-político[44] del Estado de Derecho.

Se difiere así la aplicación de una pena estatal (con sus consecuencias de consideración y trato) hasta después de concluirse por sentencia firme el momento crítico de discriminación entre no culpables siempre libres y culpables reprimidos *ex post* en sus derechos de libertad por el Estado de Derecho: el *juicio previo*[45].

[42] Cuya diferenciación con la pena no sólo responde a que suceda antes o después de la sentencia, el tratamiento estatal de encierro, que es, ónticamente igual el –encierro pre y post sentencia, común en la mayoría de los países de Latinoamérica.

[43] Técnicamente y desde el punto de vista de la relación jurídico sustantiva (material), la expresión lingüísticamente correcta es la de "imputando".

[44] Weber, Max, *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, SEGUNDA PARTE, *La Ética profesional del Protestantismo Ascetico*, Ed. Coyoacán, primera edición, 1994 [Título original: *Gesammelte Aufsatze zur Religionssoziologie*. Vol. I, págs. 1-206], México, p. 59 y ss.

[45] Hay aquí un par ordenado de normas constitucionales: CR, 94/89, equivalente en la coerción material *ex post* principio de legalidad/reserva) al par ordenado CR, 95/70, o en materia de interpretación en el CPP, 18/13.

El estado de no culpabilidad [estado de inocencia, CR, 89; (CR, 89/CPP 1) = *status of not guilty*] se encuentra implicado en la garantía de juicio previo (CR, 94) a la imposición de una pena privativa de la libertad ambulatoria (o de circulación[46], CR, 81), por lo que se afirma en el derecho hondureño que ninguna persona puede ser tratado fácticamente y menos considerada jurídicamente culpable por el Estado de Derecho durante la tramitación del proceso de verificación penal que ocupa *tiempo*.

El proceso de verificación del hecho penalmente relevante por su conflictividad social (proceso penal) es creado jurídicamente como un espacio público de discusión formalizada, en el que un órgano estatal o comunitario haga valer procesalmente (ante un Tribunal de la República, CR, 90) la consecuencia refleja del compromiso ético-político del Estado de Derecho ***de no discriminación punitiva* ex–ante *juicio*** [47]. Consecuencia procesal del *ius punendi*, cuyos fines se han vuelto de interés comunitario y no solamente estatales.

En consecuencia, estos fines de: a) verificación del hecho punible y, b) actuación de la ley penal, resultan dignos de cautela comunitaria como necesidad jurídico-procesal distinta de la necesidad de actuación de la ley penal por razones retributivas, preventivas o compositorias: no es una pena, ni un adelanto de ella como fin en sí mismo distinto de neutralizar los *riesgos* de no alcanzar los fines del proceso por turbación probatoria (CPP; 180) o contumacia (CPP, 179).

Los riesgos que pueden amenazar los fines del proceso no pueden inferirse de la sola imputación procesal, sino que objetivamente ha de haber un mínimo de evidencias que intersubjetivamente convenzan de la existencia al menos como probable de tales riesgos. Lo contrario (inferencia del riesgo por la sola imputación como acto subjetivo de voluntad) implica evadir en forma previa el proceso de verificación del hecho punible al que se enlaza la imposición de consecuencias punitivas[48].

Se observa el interés comunitario en los fines del proceso, como un interés diferente a la pena (porque las medidas cautelares no son penas adelantadas), pero a la vez la pena amenazada por la ley sustantiva cumple la función normativa de *referencia límite* del interés comunitario (jurídicamente relevante) respecto de los fines del proceso. En consecuencia, la pena es una referencia límite que caracteriza a las medidas cautelares, o con mayor generalidad: la coerción material *limita y caracteriza*[49] a la coerción procesal.

Esto se verifica especialmente en el caso de la prisión preventiva. La pena, enlazada a la conducta típica del delito imputado, limita la imposición de la prisión preventiva, en tanto que medida cautelar ontológicamanete análoga y diferente deonticamente a la pena privativa de la libertad. Esta analogía hace que la pena sea un "techo" para la prisión preventiva (*proporcionalidad*), y no un piso que sirva de trampolín legitimador de la potencia estatal[50] de encarcelamiento **presentencial** por su diferencia deóntica.

Lo anterior nos introduce en la caracterización de la prisión preventiva.

[46] Como especie integrativa del género *Derechos de Libertad*, derivados de la "Teoría del Pacto", Weber, Max, *Economía y Sociedad*, cit., ps. 641, v.

[47] Como derecho derivado de los Derechos de No Discriminación, que guarda una relación de género a especie con el *rol of not guilty*.

[48] Esta proscripción sistemática limita por razones distintas: A) la competencia legislativa (el legislador no puede crear delitos "no excarselables") y; B) la judicial (ningún sujeto procesal puede por sí sólo puede imponer prisión preventiva a persona alguna sin la responsabilidad de ofrecer intersubjetivamente los motivos que den cuenta y razón del riesgo procesal imputado objetivamente en la conducta presentencial del preso preventivo en el caso concreto). El caso A) representa una limitación a la competencia legislativa por compromiso ético-político del Estado de Derecho de no discriminación punitiva ex–ante juicio (CR, 94). El caso B) es una consecuencia de la división de poderes procesales propia del sistema de los actos de gobierno en la República (CR, 1).

[49] Limita por proporcionalidad y caracteriza política y jurídicamente, con horizonte de proyección en su legitimación en la CR y Tratados Internacionales de Derechos Humanos Fundamentales.

[50] Cf. Ferrajoli, Lugi, *Derecho y Razón*, cit., p. 256 y ss.

2.5.2. Caracteres

El primer caracter lo constituye su ***excepcionalidad*** frente a la libertad como regla general derivada del estado de inocencia, derivado este -a su vez- de la garantía constitucional de juicio previo.

De esto se deriva la obligación para el órganos función que solicita su aplicación (Ministerio Público) de motivar su requerimiento fáctica y jurídicamente el caso de peligro procesal para los fines del proceso en el caso concreto. Esta explicitación de los motivos para quebrar la regla de la libertad ambulatoria durante la tramitación del proceso fijan los puntos a rebatir (contradictorio) por parte de la defensa que resiste la aplicación excepcional de la medida cautelar.

De este modo se fija el objeto procesal de la medida cautelar sobre el que versa la audiencia inicial (CCP, 294, segundo párrafo) y determina la competencia del juez de letras, quien deberá dar cuenta y razón de su decisión mediante auto motivado que imponga o rechace la prisión preventiva.

El segundo caracter lo constituye el de la ***proporcionalidad***. La proporcionalidad se responde a la fórmula según la cual: *la medida cautelar no puede ser más gravosa punitivamente que lo cautelado* sin perder legitimidad.

La proporcionalidad puede ser enfocada desde tres puntos de observación y una única dirección de reconstrucción conceptual que analiza la relación entre coerción materia y coerción procesal:

* Enfoque teleológico.
* Enfoque lógico jurídico.
* Enfoque político criminal.

Como su nombre lo indica, el **enfoque teleológico** se orienta hacia fines o metas: proteger los fines del proceso pensados como objeto protección fluctuante durante el desarrollo del proceso. El objeto de la cautela lo constituyen los fines del proceso puestos en riesgo por conductas ciertas o probables; a mayor riesgo mayor cautela.

La mayor cautela exige la mayor evidencia probatoria del riesgo procesal, así en diversos momentos del trámite procesal la convicción sobre el riesgo varía, debiera variar la medida cautelar. Al disminuir el riesgo procesal disminuye la necesidad de la prisión preventiva y en consecuencia podrá ser sustituida por otra medida y a la inversa. La proporción convictiva del riesgo procesal aumenta o disminuye, por encima o por debajo de la "línea de flotación" encarcelatoria que los tribunales fijen jurisprudencialmente.

El **enfoque lógico jurídico** analiza la relación entre coerción materia y coerción procesal, entre pena y medida cautelar, entre reclusión y prisión preventiva, sólo en dirección limitativa de su legitimidad. La relación lógico jurídica de la pena con la prisión preventiva se da prohibiendo la aplicación es ésta cuando ***la pena no sea privativa de la libertad*** (CPP, 182), pero no a la inversa.

El razonamiento implícito es el siguiente: si la pena (enlazada imputativamente a los hechos tipificado en la ley) no pone en riesgo el derecho a la libertad ambulatoria aún en la hipótesis de ser probados *ex-post* juicio, menos puede poner en riesgo tal derecho de circulación *ex-ante* juicio cuando tales hechos se encuentran controvertidos. No verificado el antecedente no se da

el consecuente que, aún dado, no es razón suficiente para causar la pérdida de libertad ambulatoria.

La prohibición de prisión preventiva se extiende, en la misma dirección garantista, cuando **el máximo de la pena del delito imputado sea inferior a cinco (5) años** de reclusión (CPP, 182), aquí no sólo por razones de lógica jurídica, sino también por razones de política criminal fundadas en la presunción de ausencia de peligro procesal derivado de la suposición de una elección racional de la persona imputada de preferir:

a) Afrontar el juicio futuro con bajo riesgo de afectación del derecho de circulación.

b) Afrontar las consecuencias de la rebeldía.

El **enfoque político criminal** marca un orden de preferencias y modos de aplicar el proceso penal jurídicamente disciplinado. Esto implica, la tarea de reconstrucción conceptual del derecho positivo dado por el legislador a través del método científico del derecho (dogmática jurídica) por parte del intérprete.

Frente a determinados casos se enlaza una consecuencia político criminal explícita, en otros la consecuencia está implícita en el texto legal lo que da competencia al tribunal para que *descubra* la norma implícita (pero ya contenida) en el sistema jurídico que refleja la política criminal hondureña.

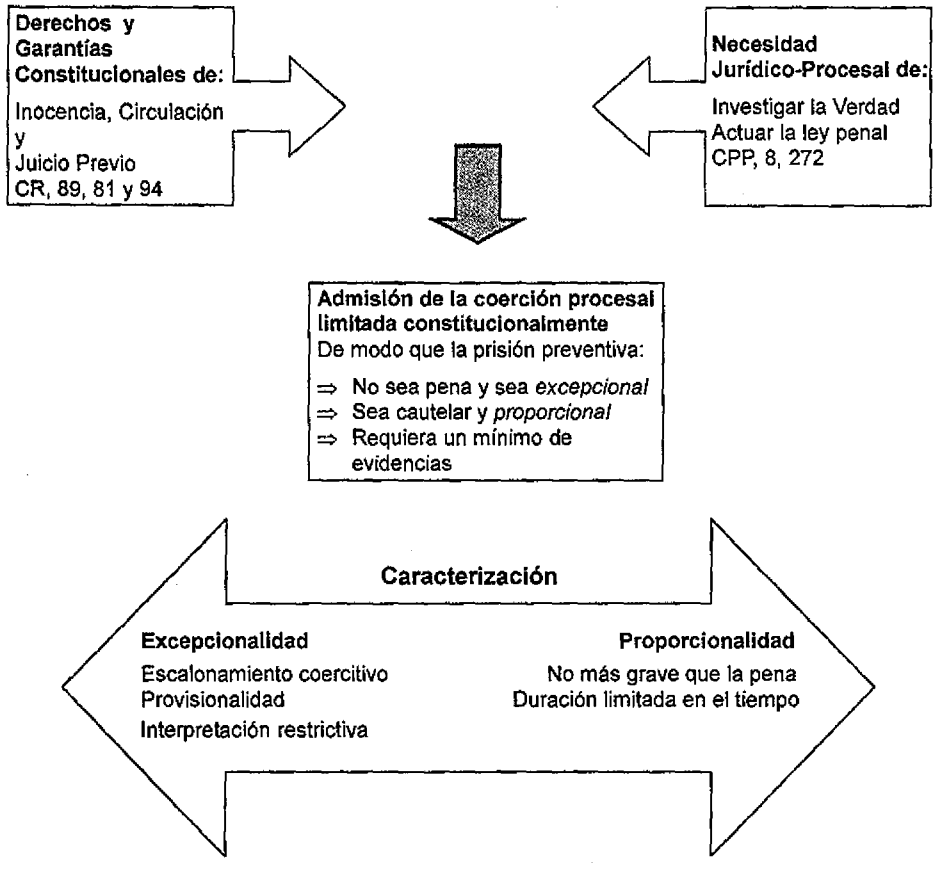
Ejemplo de lo primero (consecuencia político criminal explícita en el texto legal) lo constituyen los casos de la ancianidad, el embarazo, la lactancia y la enfermedad en grado terminal; los que son considerados por el CPP, 183, como causales prohibitivas de prisión preventiva.

Ejemplo de consecuencia político criminal implícita en el texto legal, lo constituye la determinación de la relación entre el auto de prisión al que se refiere la CR, 92 y la prisión preventiva del CPP, 178. Esta relación se desarrolla más abajo.

Como se observa, durante la tramitación del proceso penal, existe una tensión dinámica entre derechos y garantías constitucionales (estado de inocencia y libertad ambulatoria), por una parte, y por la otra la necesidad procesal de alcanzar los fines genéricos del proceso (investigar la verdad y actuar la ley penal). De esta relación dialéctica surge la justificación y caracterización de la prisión preventiva, que venimos desarrollando.

Reconstruimos sintéticamente el discurso de justificación (dialéctica) de la aplicación de las medidas de coerción procesal de una persona y los caracteres de la prisión preventiva en el siguiente gráfico:

Justificación Dialéctica
de la Coerción Procesal Personal



2.5.3. Ubicación institucional y desvío ideológico

La prisión preventiva es el más intenso resorte de la coerción procesal, que priva de la libertad ambulatoria al imputado y que, en principio, durará hasta la finalización de la causa penal, hasta que se haya dictado sentencia (de sobreseimiento, absolutoria o condenatoria) sobre el fondo.

Bajo la forma de auto motivado (CPP, 139), la resolución (CPP, 173) que dispone la prisión preventiva, siempre evalúa la peligrosidad procesal y nunca la cuestión de fondo en sí, la que sólo podrá constituir una referencia (insumo) en la evaluación de la peligrosidad procesal. No es una resolución de mérito sobre el fondo, ni provisional (como en el caso del "auto de

procesamiento" para los códigos que lo regulan), ni mucho menos definitiva, como sucede con la sentencia.

El Derecho Procesal Penal de Honduras, contiene una suerte de "auto de procesamiento" al que llama "auto de prisión" (CPP, 297, inc. 1). El "auto de prisión", en tanto que resolución de mérito provisional sobre el fondo puede, a demás, contener como medida cautelar la propia prisión preventiva, caso en el que dogmáticamente debiera hablarse de "auto de prisión y prisión preventiva"; Si la medida cautelar fuese una caución, debiéramos hablar de "auto de prisión y libertad caucionada"; etc. Esto trae a confusión porque si bien no *funde* mérito sustantivo con peligrosidad procesal, los *confunde*.

Ya se ha dicho que los códigos (procesal, penal) pueden ser más garantistas que las constituciones que reglamentan, pero no menos; por lo que el CPP de Honduras, cuando crea la audiencia inicial (CPP, 294) con un doble propósito: a) determinar algún merito provisional y, b) determinar la medida cautelar "proporcional e idónea" (CPP, 174), pretende determinar un mínimo de evidencias que prueben en grado de probabilidad al menos la existencia del hecho y la participación del imputado, tal como lo pide la CR, 92, y por otro lado escoger la medida cautelar idónea y proporcional, sea esta o no la prisión preventiva (CPP; 178). Las dos cuestiones resueltas por el juez de letras son controlables por vía de apelación, el auto de prisión (el mérito) por vía del CPP, 354 inc. 3 y la medida cautelar por vía del CPP, 354, inc. 4.

Identificar la aplicación de la prisión preventiva con la cuestión jurídico-sustancial, discutida en el caso, significa desnaturalizar (corromper) el sistema constitucional de enjuiciamiento. De manera tal que cuando por la sola imputación ya se aplica una medida afligente (penosa), esta medida, ónticamente análoga o igual a las penas privativas de la libertad ambulatoria (prisión o reclusión, CP, 38), desvanece los principios de inocencia y de juicio previo, que han sido puestos en el anaquel de las utopías institucionales.

De este modo se ha "sustancializado" sin juicio la medida procesal de coerción cautelar, convirtiendo a la Constitución en mero anhelo de quienes creen viven bajo ella, incluido el Estado, que renuncia a prestar el servicio público de administración de justicia bajo el estándar de calidad constitucional. Se argumenta que si el país fuese otro —u otra su organización— (más medios, mejores controles migratorios, policiales, etc.) sería deseable cumplir con los mandamientos constitucionales que regulan la relación entre poder y control. No son pocos quienes piensan que se trata de un "mal necesario" o que el resultado es el mismo (pena anticipada a la sentencia firme o después de ella), el encarcelamiento, ya que el margen de error judicial es de poca significación o no existe.

La corrupción del diseño constitucional es de tal envergadura que sin mayor esfuerzo se observa en la "mala praxis" judicial la prisión preventiva como la pena (adelantada), la investigación penal preparatoria como el juicio de cercioramiento en el que la acusación es la sentencia, y el juicio se "re-sitúa" como recurso extraordinario de casación.

Esta deformación institucional no es consecuencia de una negligente y menos aún dolosa insuficiencia interpretativa de los operadores del sistema, sino, antes bien, la consecuencia de la cultura inquisitiva profundamente arraigada en operadores y sistemas judiciales antigarantistas.

Enfocado desde la persona corresponde distinguir entre el ciudadano y el usuario del servicio público de administración de justicia, esto es, el justiciable. El imputado pertenece al grupo de los justiciables, la víctima también.

El justiciable imputado observa la convocatoria estatal a un proceso penal como una cuestión signada por un *"problema principal: 'estar preso' o 'estar en libertad' durante el desarrollo del proceso. No importa si está 'arrestado', 'aprehendido' o 'en prisión preventiva'. Tampoco le importan las hipótesis opuestas, si se halla en 'libertad provisional' o en 'libertad caucionada', si 'eximido de prisión' o excarcelado; si en libertad 'bajo caución juratoria, personal o real'. No cuenta mucho si debe abstenerse de concurrir a determinado sitio, o debe comparecer periódicamente a la autoridad, etc."*

"Lo que realmente importa al imputado es estar en libertad. Los nombres, las cauciones y hasta las obligaciones que se le imponen son asuntos accesorios. Por más sujeciones o instrucciones que deba acatar, su situación jamás será de encarcelamiento. Nunca se sentirá preso. La más caucionada de las libertades será siempre libertad"[51].

Libertad *vs.* encarcelamiento durante la tramitación del proceso penal previo a la sentencia, es una falsa antinomia. La cuestión es saber si en determinados casos la regla de la libertad ambulatoria habrá de excepcionarse, porque existen riesgos para los fines del proceso penal (peligrosidad procesal) que serán neutralizados encarcelando al imputado.

Si la respuesta es **negativa** la garantía constitucional es operativa y se opera con las diligencias estatales necesarias para evitar la turbación procesal, impidiendo la obstaculización del descubrimiento legal de la verdad y la actuación de la ley penal.

Si la respuesta es **afirmativa**, en algunos casos penales necesariamente hay que encarcelar al imputado para neutralizar el peligro procesal, y corresponde entonces determinar dónde reside el peligro procesal y tomar las diligencias que el caso requiera para minimizar la utilización estatal del ***encarcelamiento presentencial***[52].

2.5.4. Presupuestos de la prisión preventiva

La medida cautelar supone el reconocimiento judicial de la existencia de "***indicios suficientes***" —mínimo de evidencias— para sostener razonablemente como probable: a) la existencia del hecho atribuido; b) que el imputado es punible como eventual "***autor o partícipe***" de tal "hecho tipificado como delito" (CR, 92 y CPP, 172 inc.1), y c) que se haya brindado la posibilidad al imputado de ejercer su defensa material mediante su **declaración** (CPP, 286, 292 y 294 inc. 3).

Se atiende a la necesidad procesal (de garantizar los fines del proceso) que surge frente a la *factibilidad objetiva* de la presunta existencia de uno o más delitos de acción penal pública conminados con penas privativas de la libertad de cumplimiento efectivo (CPP, 172 y ss) .

Reglamentando el art. 92 de la Constitución de la República, el CPP, 172, establece que la privación de la libertad (por aplicación de la prisión preventiva) y en general para toda medida cautelar, requiere como finalidad del tipo coercitivo "*asegurar la eficacia del procedimiento garantizando*:

[51] Cafferata Nores, José I., *La excarcelación, ob. cit.*, p. 3.
[52] La temática se enraíza en cuestiones de implementación práctica más que en cuestiones normativas, lo que excede este trabajo; no obstante, pueden detectarse grandes rubros generadores de la demanda encarcelatoria presentencial.

- ✓ *la presencia del imputado; y*
- ✓ *la regular obtención de las fuentes de prueba.*

La eficacia del procedimiento estará en riesgo (sólo) cuando:

- ✓ "*la persona imputada se haya fugado o exista motivo fundado para temer que podría darse a la fuga en caso de permanecer en libertad*" (CPP, 172, inc. 2 y 179); y
- ✓ "*existan fundados motivos para temer que, puesta en libertad, el imputado tratará de destruir o manipular las fuentes de prueba*" (CPP; 172, inc. 3 y 180).

De lo anterior se derivan los requisitos del tipo cautelar "prisión preventiva":

A. Un mínimo de evidencias (*indicios suficientes para sostener razonablemente*).

B. Un estándar convictivo de **probabilidad** (indicios suficientes *para sostener razonablemente*) sobre todos los **elementos del delito.**

C. Que el hecho investigado se haya calificado provisionalmente como un delito que prevea pena privativa de la libertad (*hecho tipificado como delito*) superior a 5 años de reclusión (CPP, 178 y 182 a *contrario sensu*).

D. Que haya **peligrosidad procesal** (CPP, 179 y 180).

E. Que la persona haya podido ejercer su **defensa material,** esto es, después de recibida su declaración (CPP, 292 y 294 inc. 3).

Todas estas son condiciones necesarias pero no suficientes, para el dictado de la prisión preventiva. De manera tal que si alguna de ellas no concurre en la causa, no se prosigue a analizar la o las siguientes, pero concurriendo todas, no necesariamente corresponde dictar la prisión preventiva, ya que los fines procesales pueden protegerse con otras medidas cautelares de menor lesividad.

El control jurisdiccional de la prisión preventiva, por apelación (CPP, 354, inc. 4) planteado por la defensa, podrá basarse en la ausencia de alguno de estos presupuestos.

En el caso de no haberse recibido declaración al imputado corresponde declarar —aun de oficio— la nulidad de la resolución, no obstante lo cual, ello no significa la necesaria libertad del imputado, ya que una vez recibida la declaración de éste bien puede suceder que el órgano judicial considere que se verifican todos los presupuestos procesales y que existe peligro procesal, por lo cual dicta una nueva resolución ordenando la prisión preventiva.

2.5.4.1. Procedencia de la prisión preventiva

Ya se ha dicho que la acción de la justicia no puede perseguir otra cosa que lo que se persigue con el proceso: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal en el caso concreto.

La investigación de la verdad puede entorpecerse cuando se pretenda trabar la actividad probatoria y con ello ***obstruir la investigación*** (CPP, 178, inc. 2), en tanto que la actuación de la ley penal puede eludirse mediante *la rebeldía* del imputado que se fuga y con ello paraliza el juicio, o ***su fuga***, luego de condenado, que frustra la ejecución de la pena (CPP, 178, inc. 1).

Una forma comisiva de estas dos afectaciones a los fines del proceso, lo constituye que el imputado "se reintegre a la organización delictiva a la que hay sospechas que pertenece" (u otra) y prevalido de los medios que tal aparato de poder le brinda, "entorpecer la investigación o facilitar la fuga de otros imputados y no ya la propia (CPP, 178, inc. 3).

Cumpliendo funciones propias de una pena o de una medida de seguridad, el CPP autoriza la prisión preventiva para contrarrestar la peligrosidad criminal de imputado que atente contra acusador (público o privado, debe entenderse) o el denunciante (CPP, 178, inc. 4). Estos riesgos debieran neutralizarse con otras medidas, tales como programas de protección a testigos, seguridad de los funcionarios, etc.

2.5.4.2. Peligrosidad procesal

En cuanto a la prosecución de la actividad delictiva (peligrosidad sustantiva), no es una cuestión que deba neutralizarse con la prisión preventiva, ya que ello significa confundir **la prisión preventiva con una medida de seguridad de carácter sustantivo**, porque la posibilidad de que un sujeto siga cometiendo delitos es lo que se llama en derecho penal "**peligrosidad criminal**"[53].

Mantener encarcelada a una persona sólo por su peligrosidad criminal es, ni más ni menos, aplicarle una medida de seguridad disfrazada de prisión preventiva, o peor, importa un adelanto de pena que no atiende a la "**peligrosidad procesal**", único criterio de imposición de la prisión preventiva.

¿Y cómo se sabe de antemano si el sujeto va a eludir o entorpecer el accionar de la justicia? **La ley se limita a darle al intérprete pautas** para hacerlo, que es lo que aquí describimos.

Lo cierto es que la ley proporciona determinadas pautas o indicadores que pueden ser indiciarios de que el imputado va a eludir la acción de justicia, o entorpecer sus investigaciones. Para determinar si existe peligro de fuga del imputado, el legislador le indica al juzgador que tenga en cuenta:

- ✓ el comportamiento del imputado antes y durante el proceso, del que razonablemente pueda inferirse su falta de voluntad para someterse a la investigación o al proceso penal (CPP, 179, inc. 4);
- ✓ la falta de arraigo en el país (CPP, 179, inc.1), teniendo en cuenta el domicilio del imputado, el asiento de su familia, de sus negocios o de su trabajo, y las facilidades con que cuente para abandonar definitivamente el territorio nacional o para permanecer oculto;
- ✓ la gravedad de la pena que pueda imponerse al imputado, como resultado del proceso (CPP, 179, inc. 2);
- ✓ la importancia del daño que deba indemnizar y la actitud del imputado frente al mismo y, en particular, su falta de voluntad reparadora (CPP, 179, inc. 3).

Pero aquellas pautas no siempre van a indicar, por su simple existencia, que estos peligros pueden concretarse. A tales indicios el art. 281, inc. 2, los plantea como **condiciones necesarias**

[53] La peligrosidad criminal o sustantiva (proclive a cometer delitos) debe ser diferenciada de la peligrosidad procesal o adjetiva; esta última sólo puede ser aquella que importe riesgo para los fines del proceso.

pero no suficientes[54], esto es, la operación intelectual que legalmente el juzgador debe realizar consiste en **inferir**[55] peligro procesal partiendo de una serie de elementos determinados taxativamente por la ley, que pueden o no estar acreditados en la causa.

Si no existen estos elementos no se puede inferir los peligros: eludir la acción de la justicia o entorpecer sus investigaciones.

Si existe uno o más de estos elementos, el juzgador cuenta con material para pronosticar como probables o no tales peligros. De la sola existencia de estos indicios no se sigue necesariamente que aquellos peligros existan, y es materia de análisis en cada caso.

Lo importante es que la invocación de la concurrencia de alguna causal restrictiva sólo puede fundarse en estas situaciones.

La obstrucción de las investigaciones tendientes al esclarecimiento de la verdad y consecuente fijación de los hechos presupuesto por el derecho condición de la imposición de una pena, debe inferirse de *"todo indicio racional"*. Se infieren como probables, conductas del imputado taxativamente enumeradas por el CPP, 180, a saber:

a. destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar la prueba o pruebas existentes, relacionadas con el delito;
b. influir en los demás imputados o en los testigos o peritos, para que informen falsamente sobre lo que saben o para que se comporten de manera desleal o reticente; y
c. forzar o inducir a otros interesados a observar los comportamientos previstos en el inciso anterior.

Los motivos de obstrucción investigativa, sólo servirán de fundamento hasta el dictado de la sentencia ulterior al debate (CPP, 339 y ss.). Estos motivos tienen como momento procesal máximo la conclusión del debate para fundamentar la prisión preventiva del imputado (CPP, 180).

2.5.5. Trámite y Forma

Concluidas las investigaciones iniciales[56] (CPP, 284) el MP puede requerir al Juez de Letras competente (CPP, 284, inc. 3) la detención judicial del imputado provisionalmente detenido por el Fiscal (CPP, 285, inc. 1) y la fijación de día y hora de celebración de la audiencia inicial en la que, previa declaración del imputado (CPP, 286), se podrá ordenar la eventual prisión preventiva (CPP, 294, inc. 3).

Sea para imponerla o no, el auto de prisión (CPP, 297) preventiva contendrá bajo pena de nulidad (CPP, 141) una motivación "clara y precisa" que integrará (CPP, 186):

[54] Entendiendo a las **condiciones necesarias** como aquellas circunstancias en cuya ausencia un acontecimiento no puede producirse, en tanto que **condición suficiente** es aquella circunstancia que por su presencia implica la existencia de otra, de modo tal que el consecuente ya está contenido en el antecedente. Un ejemplo: es *condición necesaria* para la vida que exista oxígeno, pero la existencia de oxígeno no es (*condición*) *suficiente* para que haya vida. De la sola presencia de los indicios a que taxativamente aluden los art. 179, no se sigue necesariamente la existencia de peligro para los fines del proceso; en consecuencia, la sola presencia de tales indicios no autoriza —en rigor lógico— a extraer la conclusión de que la prisión preventiva debe ser impuesta.

[55] Se trata de un juicio lógico en el cual la ***premisa menor*** está integrada por las situaciones de peligro procesal enumeradas por el código y acreditadas en la causa. En tanto que la ***premisa mayor***, es una aserción problemática (que puede o no ser así) tácita y que puede expresarse del siguiente modo: "toda persona sin arraigo, imputada de un delito de más de 5 años, etc..., probablemente intentarán eludir el accionar de la justicia y/o entorpecer sus investigaciones". Siendo la premisa mayor un "enunciado problemático", la conclusión tendrá el mismo carácter. Tal incertidumbre es cubierta con una —buena— dosis de discrecionalidad del juzgador, facultado al efecto por ley.

[56] Si el imputado está privado de libertad ambulatoria, las iniciales son las 24 hs. de la *detención preventiva* prevista por el CPP, 175.

- la denominación del juzgado que la ordena;
- lugar de emisión y fecha de la resolución;
- los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;
- una sucinta relación del hecho o hechos que se atribuyan al imputado;
- una calificación legal de tales hechos;
- los fundamentos de la prisión preventiva;
- la parte dispositiva;
- régimen de cumplimiento;
- duración máxima;
- firma del Juez; y
- sello del Tribunal.

Los fundamentos (CPP, 186, inc. 4) o motivación (CPP, 141) de la prisión preventiva implica:

- ✓ describir y valorar los elementos o "los indicios tenidos en cuenta" para poner de relieve los *presupuestos de legitimación* (CPP, 172), con especial referencia al peligro de fuga o de obstrucción de la investigación (CPP, 186) de conformidad a las causales de los arts. 179 y 180; y .
- ✓ las normas procesales y sustantivas aplicables al caso;

En la errónea sistemática ya indicada, el CPP, 186, 4, extiende la exigencia de fundamentación de la medida cautelar a hipótesis propias de pena *anticipada* o medida de seguridad (en contradicción con la prohibición del CPP, 188, inc. 4). Lo hace en los siguientes términos:

"*Los fundamentos* [...] *especificando* [...] *que el imputado continuará su actividad delictiva o que pueda atentar o ejercer actos de represalia contra el acusador o denunciante ...*"

2.5.6. Ejecución de la prisión preventiva

La CR, 85, establece el principio de legalidad en esta materia en los siguientes términos: "*ninguna persona puede ser detenida o presa sino en los lugares que determine la ley*" y la ley procesal impone que "*las personas contra quienes se haya dictado prisión preventiva, cumplirán ésta en las cárceles y presidios del país, pero en lugares absolutamente separados de los que ocupan quienes hayan sido condenadas* (CPP, 191, primer párrafo).

La norma es concordante con el derecho internacional de los derechos humanos, en cuanto a la separación de procesados y condenados (CADH, 5, inc. 4), lo que también hace la CR, 86.

El principio de menor lesividad se establece en el CPP, 191, segundo párrafo en el sentido de que: "*el imputado, en todo momento, será tratado como inocente y teniendo en cuenta que se encuentra detenido para el solo efecto de asegurar su comparecencia en el proceso o, en su caso, el cumplimiento de la pena*".

Obviamente el sentido de la norma no es, en este contexto y ubicación sistemática, establecer los requisitos de procedencia de la prisión preventiva (ya ordenada y que se está cumpliendo), ni el principio de inocencia como regla (quebrada en el caso concreto ya que la persona está encarcelada presentencialmente), sino la ***mínima lesisvidad en el trato***, no ya en la elección proporcional de la medida idónea para neutralizar el peligro procesal (CPP, 174, segundo párrafo) que el trato de no culpable implica (aún) para personas en prisión preventiva.

Esta *mínima lesividad en el trato* implica también que la prohibición de modalidades carcelaria con fines de resoalización, rehabilitación ni corrección, propias del régimen de tratamiento penitenciario de condenados. De este modo "*La prisión preventiva se cumplirá de tal manera, que no adquiera las características de una pena, ni provoque al imputado otras limitaciones que las imprescindibles para evitar su fuga, la obstrucción de la investigación o que continúe en la actividad delictiva*" (CPP, 191, tercer párrafo).

Obviamente el sentido de la norma no es, en este contexto y ubicación sistemática, establecer una causal de revocatoria y aplicación de una medida sustitutiva (CPP, 188, inc. 4), lo que sólo sucederá excepcionalmente, que competen al Juez de letras, sino que se trata casos en los que el trato del servicio penitenciario lesiona innecesariamente al imputado.

El incidente es resuelto por "*el Juez de Ejecución* [quien] *velará por el estricto cumplimiento de esta norma. Cuando constate que la prisión preventiva ha adquirido las características de una pena, comunicará el hecho, sin tardanza, al órgano jurisdiccional que conoce del proceso, quien resolverá lo procedente dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes*" (CPP, 191 in fine).

La **ejecución de la medida**, como toda privación de libertad, acarrea al imputado serios perjuicios, la mayoría de las veces irreparables. Aceptando esta innegable realidad, y tratando de reducirla a su mínima expresión, el CPP dispone que se le permitirá también realizar actos civiles impostergables que no perjudiquen los fines de la investigación preliminar ni disminuyan su solvencia y, en términos más generales, que el encierro **se ejecute de modo que perjudique lo menos posible a la persona o reputación de los afectados**. La prisión preventiva, como toda medida cautelar, no tiene un fin de pacificación social, prevención ni retribución del delito, ni mucho menos tiende a una estigmatización social del detenido o la presión psicológica sobre él; sólo aspira a salvaguardar los fines del proceso.

2.5.7. Prisión preventiva de cumplimiento domiciliario

El CPP regula en el art. 183 el "**arresto domiciliario**" como una de las alternativas frente a los "casos (vejez, embarazo, lactancia del hijo o personas con enfermedad terminal) en que no podrá decretarse la prisión preventiva".

El instituto jurídico está regulado como un medio de coerción autónomo, aun cuando, en rigor, se trata de una especie dentro de la prisión preventiva considerada como género, especie que se diferencia por su modo y lugar de ejecución: el domicilio del prisionero. El ausentarse del domicilio acarrea la declaración de rebeldía (CPP, 108) y sus efectos sobre el proceso (CPP, 109 y cc.).

2.5.8. La Incomunicación como agravamiento de la prisión preventiva

De conformidad al CPP, 192, la incomunicación -como tipo coercitivo procesal- eventualmente puede funcionar como una forma de agravamiento (tipo accesorio) de la prisión preventiva (tipo principal).

Esto presume, desde el punto de vista del trámite, que se haya realizado la audiencia inicial (CPP, 494) en la que (eventualmente) se dicta el "auto de prisión" (auto de procesamiento con mérito provisional sobre el fondo, que opera como *mínimo de evidencias* probatorias requerido

para aplicar una –cualquier- medida de coerción procesal)[57] y una medida cautelar (CPP, 297).

Regularmente, la lógica del trámite (cinemática) y sus condicionantes[58], hacen que la medida cautelar de Incomunicación se presente como un tipo accesorio del tipo principal Detención (v. CPP, 174), esto es, funciona -las más de las veces- como un agravamiento de la detención que de la prisión preventiva, por lo que lo tratamos por separado, pero concientes desde aquí y ahora de dos extremos de la incomunicación:

a) nunca se da como tipo coercitivo principal y
b) siempre opera en relación al descubrimiento de la verdad real [59].

2.5.9. Finalización de la prisión preventiva

2.5.9.1. Terminación definitiva

La prisión preventiva concluye en **forma definitiva** por el dictado de la **sentencia** de sobreseimiento, *absolutoria* o *condenatoria*. En este último caso cesará si se impone una sanción no privativa de libertad, o si se da por compurgada la pena de prisión o reclusión aplicando el art. 58 del CP, o se ordena la ejecución condicional del art. 70 del CP, o *se convierte en* ***pena de prisión*** (a secas) ***o reclusión***.

2.5.9.2. Terminación provisional

Terminará de **modo provisional** cuando se la deje sin efecto por recuperación de libertad por sustitución (CPP, 184), o cuando se produzca la **evasión** del imputado del establecimiento en que se hallase detenido (CPP, 108).

2.6. Incomunicación

La incomunicación es la medida jurisdiccional de coerción personal por la que se impide al imputado sometido a prisión preventiva o detención provisional [(CPP, 176) o judicial (CPP, 292)] mantener contacto verbal, escrito o electrónico con terceros, para evitar que obstruya la investigación.

[57] El hoy mal llamado "Auto de Prisión", propio del sistema inquisitivo, representa un mérito provisional al que se le impone una medida cautelar proporcional e idónea (CPP, 174), que en la ideología inquisitiva es la regla de prisión preventiva (regla de encierro), por lo que era bien llamada la resolución "Auto de Prisión", CR, 92. En la reconstrucción dogmática actual se debe hablar de: Auto de prisión y Prisión preventiva o alternativas, CPP, 297, inc. 1, lo cual representa un mérito sobre la peligrosidad procesal bajo la regla de alternativas al encierro. Esta última regla del no encierro presentencial (o excepcionalidad de la pp) es propia del sistema acusatorio y su ideología garantista, aunque la dogmática procesal penal se enfrenta a un objeto de estudio mañoso (errático) por la poco feliz técnica legislativa del derecho objetivo hondureño que yuxtapone categorías del sistema procesal penal: A) inquisitivo (Ej: semiplena prueba, CR, 92); B) mixto proacusatorio (Ej: peligro procesal de fuga, CPP, 179) ; y C) acusatorio (Ej. Idoneidad y proporcionalidad, CPP, 174). Estas categorías convergen -por ejemplo- en el objeto de estudio CPP, 297, objeto que, bajo la lupa metodológica de la dogmática jurídica, puede describirse y explicarse con respeto a la epistemología jurídica, aunque en la praxis judicial la cuestión se resuelva recurrentemente echando mano al análisis ideológico explícito o implícito.

[58] Temporales, jurídicos, políticos e ideológicos que se conjugan en el gobierno del escritorio judicial (burocracia judicial), con los alcances técnicos que les da Max Weber al tipo ideal *burocracia*, lo que por cierto va más allá de lo meramente peyorativo que regularmente se le asigna al termino burocracia.

[59] Sobre los alcances del racionalismo regio en relación a la verdad, v. Vivas Ussher, G. *Manual*..., cit. T° 1, Cap. 2, punto: 7. La Verdad "real" como garantía, p. 232 y ss.

La medida se **autoriza** cuando existen motivos para temer que el imputado, aun estando encarcelado, intentará valerse de la comunicación con otras personas para ponerse de acuerdo con sus cómplices, inducir a falsas declaraciones o de cualquier otro modo entorpecer la investigación (CPP, 192).

Ya se dijo que la **incomunicación** puede ser considerada **un agravante de la prisión preventiva** (CPP, 192, *"Incomunicación del imputado sujeto a prisión preventiva"*), aquí el enfoque recae sobre la *detención* agravada por la incomunicación, por lo que esta procederá sólo cuando aquella sea insuficiente o ineficaz, en el caso concreto, para asegurar el descubrimiento de la verdad.

El **fin** de la incomunicación es neutralizar el peligro procesal que representa un actitud activa del imputado sobre los elementos probatorios a colectar, traducida en actos de confabulación, destrucción de huellas, etc.[60] Y como no tiene por finalidad restringir el derecho a la asistencia técnica, debe permitirse la comunicación del imputado sometido a la medida con su defensor –al menos- inmediatamente antes de ***la declaración del incomunicado***. El ejercicio del derecho de defensa, cuya inviolabilidad se encuentra constitucionalmente resguardada, se integra necesariamente con el consejo profesional y la asistencia técnica[61]. Ejercitado en sus justos límites, no podrá jamás ser considerado un estorbo para la investigación (único fundamento legal de la incomunicación).

La medida cautelar presume los requisitos para ordenar la prisión preventiva más la solicitud del fiscal argumentando el peligro de obstrucción de "un acto concreto de investigación" (CPP, 192), motivos que deberán fundamentar la decisión del juez de letras que la ordena.

La **duración** máxima de la medida es de veinticuatro (24) horas. Se trata de un término máximo y por tanto podrá el tribunal conceder la medida al investigador por un término inferior de horas.

Excepcionalmente, la medida puede ser ordenada por el fiscal investigador hasta por un máximo de 6 horas, dentro de las cuales se deberá buscar la ratificación jurisdiccional o hacerla cesar.

La CR, 71, fija el término máximo de la incomunicación, y el CPP, 192, reglamenta la medida bajo la denominación de *"Incomunicación del imputado sujeto a prisión preventiva"*, reduciendo el plazo constitucional de 24 a 6 horas de incomunicación administrativa y limitando a 24 la incomunicación jurisdiccional.

En síntesis, se impone que la incomunicación sólo puede ser ordenada por el Tribunal para evitar que el imputado entorpezca la investigación y no puede exceder de 24 días. Aún en tal caso queda garantizada la comunicación con el defensor inmediatamente antes de la realización de cualquier acto que requiera la intervención personal de aquel.

En su literalidad el CPP, establece: *Incomunicación del imputado sujeto a prisión preventiva:*

"El Juez, a petición del Fiscal a cuyo cargo se encuentre la investigación, podrá disponer la incomunicación del imputado por un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, si existen motivos

[60] Hoy en día nadie se atreve a sostener públicamente que la institución esté destinada —como en sus orígenes históricos— a presionar sobre el inculpado para conseguir que éste confiese: es que la cláusula constitucional que dispone: *"Nadie puede ser obligado en asunto penal, disciplinario o de policía, a declarar contra si mismo"* (CR, 88) impide que la medida —equivalente casi a un tormento moral— sea utilizada como un medio para lograr una confesión.

[61] Esta cláusula también debió considerarse ya incorporada al ordenamiento positivo local desde el momento en que el art. 8, inc. 2 d, del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos) establece que *"el inculpado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor"*.

fundados para temer que, de otra manera, obstruirá un acto concreto de la investigación. El Juez, en su decisión, hará constar los motivos en que la funda".

"La incomunicación no impedirá que el imputado se comunique con su Defensor inmediatamente antes de rendir su declaración o antes de realizar cualquier acto que requiera su intervención personal, ni tampoco el acceso a libros, revistas, periódicos u otros objetos análogos".

"En casos de urgencia excepcional, en que la demora para solicitar del Juez la incomunicación, pueda frustrar o perjudicar gravemente la investigación en curso, el Ministerio Público podrá acordarla; pero esta incomunicación no podrá exceder de seis (6) horas, dentro de las cuales deberá gestionar la correspondiente orden judicial. El Juez, oídas las razones expuestas por el Ministerio Público, confirmará su decisión o la dejará sin efecto, convalidando o anulando, total o parcialmente, lo realizado durante la incomunicación".

La incomunicación debe ser **decretada fundadamente por el juzgado de letras**. Los motivos están vinculados al peligro procesal de la pérdida de evidencias del hecho investigado, y no a la magnitud del injusto penal imputado.

La incomunicación **se ordenará por decreto**, debiendo el tribunal hacer constar, por expresa disposición legal (CPP, 192), los **motivos** que justifican la medida solicitada por el Fiscal, lo que se explica por el carácter excepcional de la misma. Si fuere decretada sin expresión de "motivos", o la expresión de motivos carece de sustento real en la causa o no es "causa bastante", puede ser configurativa de delito[62].

Se le permitirá también realizar actos civiles impostergables que no perjudiquen los fines de la Etapa Investigativa ni disminuyan la solvencia económica del imputado.

2.7. Caución y otras medidas alternativas a la prisión preventiva

El CPP de Córdoba, en el que se inspira en gran medida el CPP modelo para Iberoamérica, no utiliza la expresión "medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva" como sucede en el ordenamiento hondureño; pero no obstante ello el instituto existe con regulación concreta en todos los ordemanientos de referencia por aporía del estado de no culpable[63] de toda persona delante del estado persecutor.

Se plantea una serie de restricciones, ya analizadas *supra*, de entre las cuales se destaca la de prestar caución, instituto al que la ley del rito ha querido darle una minuciosa reglamentación desde el art. 193 a 197.

2.7.1. Caución

En el sistema del CPP sólo se autoriza la "situación de libertad" o "tratamiento de no culpable" bajo alguna de las cauciones que regula: **personal** o **real**. Estas reemplazan la seguridad extrema que proporciona el encarcelamiento durante el proceso cuando para cautelar sus fines, puede sustituirse eficazmente la privación de libertad por estas garantías **personales** o **económicas**.

[62] En el derecho comparado, p. ej., CP Argentina, delito de incomunicación indebida previsto por el artículo 143, inc. 3.

[63] Cf. Vivas Ussher, G y Valladares Lanza, L. Texto de Apoyo de la Cátedra de *Derechos Humanos y Garantías Constitucionales del Sistema Penal*, Carrera de Especialización en Derecho Penal y Procesal penal, Sistema de Postgrados, UNAH, Tegucigalpa, 2001.

La caución tiene por objeto garantizar que el liberado comparecerá al ser llamado por el órgano judicial, tanto para cumplir actos procesales como para someterse a la ejecución de la pena que se le imponga. También asegura el cumplimiento de otras obligaciones impuestas (CPP, 173). Pero ***no tiene por finalidad*** obrar como un freno para que el liberado no cometa nuevos hechos ilícitos hasta el momento del juicio, ni asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito, ni el pago de costas, ni la eventual pena de multa que pudiera aplicarse, lo que se logra mediante otras herramientas jurídicas. Estos últimos objetivos se pueden resguardar mediante el embargo y el secuestro. Sólo algunas leyes penales especiales establecen algún tipo de relación directa entre la caución y el monto del perjuicio del hecho delictivo.

De manera tal que para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrá en cuenta (CPP, 194):

a) la gravedad del delito,
b) la capacidad económica del imputado,
c) su personalidad moral y
d) sus antecedentes.

2.7.1.1. Caución personal

La caución personal consistirá en la **obligación que el imputado asuma, junto con uno o más fiadores solidarios**, *de pagar*, en caso de incomparecencia, la suma que el juez fije al imputar a una persona o al hacer cesar la prisión preventiva.

2.7.1.2. Caución real

La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables, u otorgando prendas o hipotecas por la cantidad que la autoridad judicial determine (CPP, 193).

2.7.2. Efectividad y cancelación de las cauciones

Las cauciones tienen por caracteres y finalidad los mismos que toda medida de coerción, por lo que alcanzados los fines propuestos pierden razón de ser y serán canceladas las cauciones reales, que serán restituidas a quienes correspondiere; por el contrario, cuando quien se encuentra bajo libertad caucionada sea emplazado legalmente (CPP,196) y no comparezca por ante el órgano judicial, se efectivizará la caución ejecutando al fiador y rematando los bienes prendados o hipotecados.

Nada impide que las compañías de seguros u otras instituciones no gubernamentales sean quienes afiancen la comparencia del imputado a cada convocatoria judicial, para lo cual, tras cumplir los requisitos de ley de la fianza real, habrá que dotarlo de las posibilidades de efectuar un celoso control del imputado. Se trata de una veta de ingreso del sector privado en áreas en las que el Estado se desenvuelve insatisfactoriamente. Tal vez las pautas para la determinación de la peligrosidad procesal fijadas judicialmente no debieran estar muy distantes de las que en el mercado de los seguros de caución se pudiere fijar por el riesgo asumido[64].

[64] Lo que presentaría un correlato racional entre la protección jurídica de la libertad de circulación (CR, 82) y la propiedad privada (CR, 103) y permite un análisis científico con base en el concepto de *Riesgo* y sus reglas, por caso la de prohibición del doble riesgo (*double jeopardy*), imputación objetiva del riesgo procesal concretable en la afectación de los fines del proceso, función de calculo del peligro y relación costo/beneficio, etc.

A más de ello, el acondicionamiento de la fianza ha de ser de tal envergadura que ante la presunción de fuga del imputado, el fiador sea el primer interesado en comunicar sus sospechas al tribunal, agencias judiciales que si decidiesen detener al imputado y lo lograrán, liberarían de la responsabilidad al fiador, ya que la responsabilidad por el riesgo procesal vuelve al órgano judicial (CPP, 197).

2.8. Internación provisional

Si de acuerdo con el dictamen de peritos fuese presumible que el imputado padecía en el momento del hecho alguna enfermedad mental que lo hace inimputable, podrá ordenarse provisionalmente su internación en un establecimiento especial (CPP, 287). La medida es de carácter jurisdiccional, por lo que habrá de ordenarla un tribunal (regularmente, un juzgado de letras), de oficio o a pedido del fiscal de instrucción que está a cargo de la investigación[65].

2.9. Registro domiciliario

Como ya se dijo, estas medidas accesorias están directamente vinculadas a la investigación de la verdad, y consecuentemente al aseguramiento y recolección del material probatorio. Tan estrecha es la vinculación que el CPP los regula dentro del Libro Primero, Título VII, dedicado a los "Medios de prueba", secciones tercera ("registros y requisa") y cuarta ("secuestro"), dotando al fiscal o al tribunal de amplias facultades coercitivas al efecto.

De conformidad con el art. 99 de la CR el domicilio es inviolable y su allanamiento sólo podrá efectuarse reuniendo determinados requisitos constitucionales y legales.

En este orden de ideas, el artículo refiere que:

"*El domicilio es inviolable. Ningún ingreso o registro podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente. No obstante, puede ser allanado, en caso de urgencia, para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o a la propiedad.*

Exceptuando los casos de urgencia, el allanamiento del domicilio no puede verificarse de las seis de la tarde a las seis de la mañana, sin incurrir en responsabilidad.

La Ley determinará los requisitos y formalidades para que tenga lugar el ingreso, registro o allanamiento, así como las responsabilidades en que pueda incurrir quién lo lleve a cabo."

Se trata de la búsqueda de cosas relacionadas con el delito que se investiga o de sus supuestos partícipes, llevada a cabo por la autoridad judicial en un lugar determinado, aun en contra de la voluntad del titular de la facultad de exclusión del recinto registrado.

Se debe distinguir el ámbito de ejecución, su finalidad, requisitos y allanamiento de morada y requisa personal.

[65] **Internamiento cautelar.** Si dándose los presupuestos justificados de la prisión preventiva, se comprueba por dictamen pericial, que la persona que ha de ser sometida a ella se haya en un estado de enfermedad mental, cuyo tratamiento sea incompatible con el cumplimiento de la medida cautelar en un establecimiento penal, el órgano jurisdiccional, podrá ordenar que se lleve a cabo en un establecimiento especializado, adoptando las precauciones necesarias para impedir la fuga de la persona internada.
Este internamiento no podrá durar más que la prisión preventiva ordinaria y concluirá cuando haya cesado la situación descrita en el párrafo anterior, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional dispondrá si procede mantenerla privada cautelarmente de su libertad en establecimiento penal, o adoptar una medida sustitutiva.

2.10. Secuestro

El secuestro consiste en la aprehensión de una cosa por parte de la autoridad judicial, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal, de modo tal que esta figura coercitiva satisface la finalidad operativa investigativa (preservando elementos de convicción), como también —en su caso— la restitución de la *res furtiva*.

La ocupación de cosas por los órganos judiciales durante el curso del procedimiento puede obedecer a la necesidad de preservar efectos que puedan ser sujetos a confiscación (CPP, 217, 218), garantizando de tal modo el cumplimiento de esta sanción accesoria en caso de que proceda, o adquirir y conservar material probatorio (CPP, 219) útil a la investigación.

Es un acto coercitivo pues importa **una restricción a derechos patrimoniales del imputado o de terceros**, ya que inhibe temporariamente la disponibilidad de una cosa que pasa a poder y disposición del órgano judicial encargado de la investigación o del juzgamiento. **Limita el derecho de propiedad** o cualquier otro en cuya virtud el tenedor use, goce o mantenga en su poder el objeto secuestrado.

Sólo pueden secuestrarse cosas (comprendiéndose en tal concepto los cuerpos sólidos, líquidos y gaseosos) o documentos, aunque se encuentren fuera del comercio (como el cadáver humano), cualquiera que sea el tenedor de las cosas, sea el imputado o un tercero que las haya recibido de buena fe o adquirido en el comercio, subasta, etc. **Pero no cualquier cosa puede ser secuestrada**. Sólo podrán serlo las relacionadas con el delito, o que "puedan servir como medio de prueba", o que estén sujetas a confiscación (CPP, 218).

No se deben secuestrar cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo (CPP, 221 y 223). Esta restricción está dirigida a garantizar el eficaz ejercicio de la defensa y constituye una consecuencia del secreto profesional.

El tribunal o el fiscal de instrucción **podrá efectuar el secuestro personalmente** —en cuyo caso deberá ser asistido por el secretario (CPP, 145)— o disponer que se practique **por intermedio del oficial de justicia**, estando facultado en ambos casos a utilizar el auxilio de la fuerza pública.

Si para efectuar el secuestro se requiere allanar una morada y es el fiscal quien está gerenciando la investigación, éste le solicitará al juez de instrucción la orden de allanamiento exigida constitucionalmente. En el caso de la investigación jurisdiccional también deberá haber una orden de allanamiento.

En caso de **urgencia**, la ejecución de la medida podrá ser delegada en un funcionario de la **Policía** investigativa y hasta administrativa (CPP, 219). Si bien el CPP no contiene una disposición expresa que atribuya a la Policía investigativa la facultad de secuestrar, ello no significa que no la tenga, pues otras normas la consagran implícitamente (por ejemplo, el art. 325 del CPP, que le prohíbe abrir la correspondencia que secuestre).

El secuestro se puede terminar antes o después de la sentencia definitiva

Puede cesar antes cuando los objetos sobre los que recayó dejaron de ser necesarios, sea porque se comprobó su desvinculación con el hecho investigado, o porque su documentación (copias, reproducciones, fotografías) tornó innecesaria su custodia judicial (fotocopia certificada de la historia clínica). Pero si tales efectos pudiesen estar sujetos a confiscación, restitución o

embargo, deberán continuar secuestrados hasta que la sentencia se pronuncie sobre su destino (CPP, 220). Fuera de este caso, las cosas secuestradas serán devueltas a la persona de cuyo poder se sacaron, en forma definitiva o provisionalmente en calidad de depósito, imponiéndose al depositario el imperativo de su exhibición al órgano judicial, si éste lo requiere.

La sentencia penal trae aparejada la cesación definitiva del secuestro, pues concluye el fin procesal de las cosas sometidas a él, ya que no se trata del secuestro civil con fines distintos, cual es, el de la cautela sobre la eventual reparación que pudiere corresponder (CPP, 220, 344, 436). Por tal causa, aquellas cosas secuestradas serán devueltas a poder de quien las tenía si no se ordenó su comiso, o restitución o embargo, salvo que por ser de propiedad de quien resulte condenado, sean retenidas en garantía de las costas del proceso o de la responsabilidad pecuniaria impuesta.

2.11. Embargo

El embargo es el acto de coerción *real*[66] por el que se establece la indisponibilidad de una suma de dinero u otros bienes determinados (muebles o inmuebles) con el fin de dejarlos afectados al cumplimiento de las eventuales consecuencias económicas que pudieran emerger de la sentencia (pena pecuniaria, indemnización civil y costas). Tal cumplimiento se llevará a cabo por el simple traspaso de lo embargado (si se tratara de dinero) o por su previa conversión en dinero a través de la ejecución forzada (si se tratara de otros bienes).

Solamente podrá ser dispuesto por un órgano jurisdiccional (juez de letras o tribunal de sentencia). El Ministerio Público Fiscal lo debe solicitar al tribunal. El actor civil, durante la investigación fiscal preparatoria, puede embargar y hasta el fiscal puede hacerlo en ciertos casos[67], considerándose competente al efecto el Juez de Letras[68].

Para la conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, el tribunal designará un depositario, quien los recibirá bajo inventario y con constancia de la responsabilidad que contrae, en especial si quedasen en posesión del "titular" (CPP, 346). Este procedimiento garantiza también la individualización de la cosa afectada a la medida cautelar.

2.12. Coerción procesal y Derecho Civil, Penal y Procesal

No obstante lo anterior, la distorsión que genera la relación diacrónica entre responsabilidad jurídica y trámite procesal[69] de la demanda civil en sede penal, paga el precio metodológico de forzar la categorías coercitivas empotrándoles al análisis civilista con exclusividad[70]. Esto excede los límites del pluralismo metodológico aplicado al Derecho como ciencia por lo que ha de

[66] Sobre la diferenciación kelseniana entre derechos reales y personales y su correlato procesal con base común en la coerción (Weber, M.)

[67] Cf. Moncada, Rixi, *Medidas Cautelares Reales*, Tesis de PostGrado, Carrera de Especialización en Derecho Penal Y Procesal Penal, UNAH, *inédito*, Mención de Aporte y exigencia de publicación por el Tribunal de Tesis bajo la presidencia de Mir Puig, S., Tegucigalpa, 2002.

[68] Cf. Moncada, Rixi, ob. cit., con mucho la mejor bibliografía para resolver dogmáticamente el problema jurídico que genera la reglamentación hondureña y sus profundas lagunas jurídicas en relación a *Medidas Cautelares Reales* de conformidad al trámite de CPP, 432 y ss.

[69] Esta relación no sincrónica entre: a) responsabilidad general del derecho común –civil- y responsabilidad penal, con b) la lógica del trámite [con prescindencia de sus fundamentos materiales de tipo político-jurícos (cinemática procesal)] de hacer valer la pretensión civil *ex post* sentencia penal (CPP, 432 ss. y cc.) impacta sobre la concepción de la coerción procesal (medidas cautelares *reales*) y material, tanto civil como penal, del Estado de Derecho como titular monopólico del uso legítimo de la violencia para el control social racional por vía del Derecho; Cf. Vivas Ussher, G., *La Prisión Presentencial*, cit., p. 3; ver Introducción de este Capítulo 8 sobre la Dinámica Procesal III, en especial * Coerción procesal y coerción material y * Tipos coercitivos.

[70] Para su encuadre bajo el estatuto epistemológico del Derecho (Epistemología Jurídica) ver nota 7 y 6 en su contexto, en este Capítulo 8 sobre Dinámica Procesal III.

desarrollarse en su propio método unidimensional. Para ello se distingue desde el Derecho Civil hondureño.

2.12.1. Diligencias previas a la demanda civil en sede penal

El CPP, 436, último párrafo, impone una norma de remisión "*en cuanto al aseguramiento de bienes en garantía de la responsabilidad civil derivada de la infracción penal*", respecto de lo que "*se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Comunes*".

Esto nos hace entrar de lleno en la preparación de la vía de apremio (CPP, 432 y Código de Procedimientos Comunes, en adelante CPC, 224), lo que sumado a la remisión del CPP, 436, nos instala en sede civil y las llamadas diligencias prejudiciales, que son los medios que impone la ley al litigante que pretende preparar la entrada al juicio garantizado[71] de que en caso de obtener un resultado exitoso, este no se tornará ilusorio[72] por insolvencia del vencido en juicio, sino que, por el contrario podrá materializar lo resuelto en la sentencia para él favorable[73].

La práctica de las medidas prejudiciales, con o sin audiencia de la parte que se trate de demandar[74], se prevé por el CPC, 255, dando previamente conocimiento a la persona a quien se trate de demandar, si se encontrare en el lugar del asiento del tribunal de ejecución (CPP, 60) que las decreta, o donde deben ejecutarse.

El previo conocimiento al que se ha de demandar no significa que se le ha de citar para que se oponga jurídicamente a la medida prejudicial, sino que tan sólo para que se entere de su práctica. Ante la eventual obstrucción de hecho (no ya de derecho) el legislador ha previsto en el CPC, 260, que las medidas prejudiciales puedan decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden; y lo que se le agrega, como razón para no exigir la audiencia de la parte contraria, que durante la secuela del juicio, todas estas diligencias prejudiciales podrán ratificarse o abonarse[75], lo que se ve con claridad en la vía ordinaria (civil) y con no tanta claridad en sede penal en donde las defensas u objeciones que el demandado puede plantear, están muy limitadas (CPP, 437).

Como requisito indispensable para decretar las medidas prejudiciales, el juez debe tener una base probatoria mínima en que fundar las resoluciones que dicte, ya sea accediendo o negando las diligencias que se soliciten en concepto de prejudiciales ya que para decretarlas deberá el que las solicite manifestar la acción que se propone deducir, expresando sus fundamentos (CPC, 259).

Estas **diligencias previas a la demanda civil en sede penal**, se prevén en el CPP, 434, último párrafo, en casos de desconocimiento, por parte del actor civil, de los datos de identificación del tercero civilmente demandado o si se ignora el contenido del contrato por el cual debe responder el tercero. El demandante podrá solicitar al juez de ejecución las diligencias previas y pertinentes a fin de preparar la demanda.

[71] Estas diligencias no constituyen una verdadera demanda, se trata, antes bien, de medidas o gestiones preparatorias del juicio mismo. Suelen ser muy necesarias ya que en determinados casos, los litigantes no tienen a su alcance ciertos datos, determinados documentos o algunas pruebas para su defensa y que, por promoverse previamente, se llaman prejudiciales, en rigor técnico, son preprocesales, ya que la relación jurídico procesal en su esquema triangular tradicional (actor, demandado y tribunal) no se ha perfeccionado aún.

[72] Las medidas precautorias son los medios que la ley franquea al demandante para asegurar la acción que ha interpuesto (Casarino).

[73] Son acciones accesorias que se promueven con la acción principal del juicio aunque por su naturaleza son autónomas, y se promueven para evitar el resultado de la insolvencia del demandado o los ardides que éste puede emplear para volver ilusoria la acción del demandante.

[74] Regularmente la medida se desarrolla *inaudita parte*.

[75] Dando una circunstancia por cierta y firme o, por el contrario contraprobarse, con audiencia de ambas partes. Tomando en consideración que las diligencias prejudiciales, generalmente, son medidas de urgencia que no pueden dilatarse sin acarrear grave perjuicio al que las solicita, pueden practicarse sin audiencia de la persona contra quien se piden.- Decretar una medida con audiencia equivaldría no darle curso mientras no se oyera al demandado, es natural que con esta traba bien podría dilatarse indefinidamente su ejecución.

En el caso de que se ignore el contenido del contrato por el cual debe responder un tercero, el demandante podrá solicitar al Tribunal de Ejecución, como medida prejudicial, la inspección personal del juez o certificado de ministro de fe, cuando se trate de documentos que puedan fácilmente desaparecer.

En cuanto a los datos de identificación del demandado, desconocidos por el demandante, será procedente pedir al juez de ejecución, como medida prejudicial, la declaración jurada[76] acerca de la personalidad del demandado.

La resolución que deniega las diligencias previas a la demanda en sede civil es recurrible por vía de apelación. La interposición del recurso causa efecto suspensivo y devolutivo. No requiere reposición previa (CPC, 250).

Las costas de las diligencias serán de cuenta del que las solicite, y las que ocasione el incidente que ha de promoverse conforme al CPC, 253, serán de cargo del vencido en él.

2.12.2. El embargo y las medidas provisionales del juicio ejecutivo ex delito

Conforme con la legislación procesal civil, con la sentencia de remate o pago comienza un nuevo período del juicio ejecutivo, que es la vía de apremio, o procedimiento de apremio como lo llama el artículo 224 del Código de Procedimientos Comunes, que consiste en la venta de los bienes embargados para hacer pago al acreedor.

Admitida la demanda civil en sede penal, el juez de ejecución dictará resolución motivada ordenando *provisionalmente* la restitución, reparación o indemnización conforme a lo solicitado (CPP, 446) y, eventualmente, ordenará "embargar bienes suficientes para responder de la restitución, reparación o indemnización y las costas, o cualquier otra medida cautelar de carácter real" (CPP, 446, inc. 4).

El actor deberá prestar contracautela[77], mediante una caución (regularmente una fiaza) "*si las medidas adoptadas* [a fin de llevar a cabo la orden provisional de restitución, reparación o indemnización] *implicaren desplazamiento de bienes de la parte ejecutada*, [bienes muebles o semovientes] *el ejecutante prestará caución en garantía del resultado definitivo de la ejecución en trámite*" (CPP, 446, tercer párrafo).

Además de la contracautela, el juez de ejecución emplazará a la persona demandada para que dentro de diez días pueda objetar la resolución en la que provisionalmente se lo ejecuta.

El embargo adquiere en este contexto el sentido de retención, ocupación o aprehensión de bienes determinados del deudor o demandado, sustrayéndolos de su libre disposición. Embargo

[76] "*Todo juicio puede prepararse: 1. - Pidiendo declaración jurada el que pretende demandar a aquél contra quien se propone dirigir la demanda, acerca de algún hecho relativo a la personalidad de éste, y sin cuyo conocimiento o pueda entrarse en el juicio*" (CPC, 250, inc. 1). El procedimiento para exigir la declaración Jurada, está regulado por el CPC, 251, esto es, se empleará la misma forma para la confesión en juicio. Por tanto, la declaración deberá prestarse, a elección del que la pidiere, bajo juramento decisorio o indecisorio, haciendo en el primer caso prueba plena, y en el segundo, sólo perjudica al confesante. El pliego de confesión puede ir en un sobre cerrado que el juez mantendrá en reserva. Se citará al demandado para día y hora en que se le tomará la declaración bajo juramento, y si no comparece a la segunda citación, o compareciendo diere respuestas evasivas, o se negare a prestar el juramento, el Juez, a pedimento del interesado, lo tendrá por confeso (CPC, 338 y ss.).

[77] La calificación de la fianza que deberá rendir el ejecutante para garantizar las resultas del juicio, en el caso de que se proceda a la venta de los bienes embargados antes de la sentencia de remate, por ser los bienes embargados susceptibles de destrucción o deterioro, la calificación de la fianza, se refiere a la responsabilidad del fiador, tomando en cuenta la cantidad que se va a entregar al ejecutante y por la que aquél tiene que responder.- Para proceder con más regularidad es mejor antes de otorgar la escritura de fianza proponer al fiador, para que una vez aceptada por el Tribunal ordene que se extienda la correspondiente escritura (Sandoval II).

y retención son sinónimos para los efectos del CPC, 270, retirando del tráfico jurídico los bienes sobre los que recae[78].

El embargo civil no importa expropiación de los bienes embargados pues estos continúan siendo propiedad del demandado mientras no se proceda a su enajenación en pública subasta, ni confiere al acreedor demandante ningún poder sobre ellos.- Su efecto no es otro que el de poner la cosa a disposición del Tribunal que lo ordenó, y sin cuyo conocimiento no puede dársele otro destino que el de pagar con su producto el crédito del deudor.

Un mismo bien puede ser objeto de uno o más embargos por acreedores distintos, lo que genera la necesidad de saber cual es la posición jurídica del primer y posteriores embargantes. A este efecto el CPC, 497, establece que "*sin estar completamente reintegrado el ejecutante, no podrán aplicarse las sumas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia ejecutoriada.- Las costas procedentes de la ejecución de la ejecución gozarán de preferencia aún sobre el crédito mismo*". Por esta disposición que es común en las legislaciones, lo mismo que la jurisprudencia que la refuerza, el primer embargante tiene prioridad para el pago de su crédito sobre el o los embargantes posteriores a menos que estos ostenten una sentencia ejecutoriada por la que haya sido declarada la preferencia de sus créditos, y salvo también los casos de concurso o quiebra en los cuales la preferencia del primer embargante desaparece[79].

El embargo civil procede cuando se persigue la responsabilidad civil de un delito o cuasidelito declarado por sentencia firme. Como se sabe, todo delito acarrea dos clases de responsabilidad: la penal que persigue el castigo del delincuente; y la civil que trae consigo la obligación de indemnizar daños y perjuicios surgidos *ex delito*. Siempre que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía o hubiere motivo para creer que procurará ocultar sus bienes[80].

El acreedor cualesquiera que sean las seguridades que le hayan dado en garantía de su crédito, y aún cuando ninguna se le hubiere dado, tiene derecho a embargar bienes suficientes para cubrir la cantidad reclamada y las costas del juicio.- Pero el monto del embargo debe ser proporcional a la deuda, de modo que al acreedor no le es permitido causar perjuicios innecesarios a su deudor, y es entonces cuando el juez tiene facultades para reducir el monto del embargo a lo suficiente, y si no las usa el demandado entonces tiene derecho a pedir la reducción de lo embargado, en contrapartida de las exigencias exageradas del demandante.

Y, por el contrario, el actor tiene derecho a que se amplíe el monto del embargo cuando los bienes embargados sean insuficientes a juicio del juez y con audiencia del demandado.

[78] El embargo civil tiene por objeto retirar del tráfico los bienes sobre que recae, lo cual se obtiene secuestrando la cosas mueble por el Receptor del Juzgado o Tribunal y entregándosela al depositario que nombre; por la anotación en el Registro de la Propiedad si se trata de inmuebles; por la notificación al deudor cuando recayere en un crédito; o por la designación de un interventor si se trata de una empresa mercantil, o si se trata de percepción de prestaciones sucesivas como alquileres, entradas a un teatro, o a un estadio de deportes, etc.

[79] Sin llegar a los casos de concurso o quiebra, por lo general, los embargantes posteriores deben conseguir la preferencia de sus créditos, por los trámites de la tercería de prelación o pago preferente.- Pero no, como sucede en la praxis tribunalicia civil, en que se paga primero al que primero obtiene sentencia. Y esto es determinante, porque según el CPC, 500, cualquier interesado puede pretender ser pagado preferentemente o en concurrencia con el ejecutante.- Esta disposición se aplica al juicio ordinario porque en la ejecución de su sentencia definitiva se siguen los mismos trámites de la vía de apremio del juicio ejecutivo.

[80] En este supuesto, se presentan dos casos distintos para proceder al embargo: cuando el demandado no ofreciere suficiente garantía para responder por el crédito u obligación reclamada.- Es decir, cuando no tuviere bienes suficientes para responder a sus deudas; cuando fuere un mal administrador de sus propios bienes,- o cuando tuviere varios acreedores y pocos bienes.- O bien, cuando hubiere motivo para creer que procurará ocultar sus bienes. o sea, cuando haya razón para sospechar que el demandado se vuelva insolvente traspasando sus bienes u ocultándolos.

El CPP, 436, cuarto párrafo, establece que "*si los bienes embargados quedasen en posesión de su titular, se advertirá a éste que incurrirá en responsabilidad por alzamiento de bienes, de conformidad con lo previsto en el Código Penal, en caso de su enajenación o gravamen, si no media previa autorización judicial*"[81].

El embargo se verifica de acuerdo al CPC, 461, de manera tal que el funcionario que practica el embargo, levanta un acta, describiendo en ella los bienes que embarga, el estado en que se encuentran, el lugar, la calidad, si se trata de bienes muebles, semovientes o bienes raíces; el ejecutor designará a una persona determinada para que funja como depositario de los bienes embargados; firmándose el acta de embargo el ejecutor, el deudor si concurriere a la diligencia, y el depositario. Debe ponerse especial cuidado en dar cumplimiento a esta disposición, porque la diligencia de embargo sirve de base para el remate. Por otra parte, si la traba versa sobre bienes raíces no se hará anotación en el Registro de la Propiedad sino se expresan la naturaleza, situación, linderos y la medida superficial del inmueble[82].

El acreedor deberá presentar solicitud de tasación de costas, que no es sino una cuenta detallada de los gastos en que ha incurrido durante el juicio (costas comprendidas en la condena en la sentencia ejecutoriada; costas procesales que corresponden a los emolumentos del receptor del despacho por requerimiento de pago al ejecutado y citación de éste para oposición, emolumentos del ejecutor del embargo y valor de las publicaciones del aviso de subasta; y las costas personales que comprende los honorarios profesionales del abogado). Una vez presentada la solicitud de tasación de costas, no se admitirá la inclusión o adición de partida alguna; de dicha petición se dará vista a la parte ejecutada para que dentro del término de tres días, la apruebe o impugne.

Pasado dicho plazo sin que la parte condenada al pago impugne las costas, el juez ordenará que el Secretario del Juzgado practique la tasación de costas con arreglo a la solicitud. Asimismo el juez ordenará al secretario del despacho que proceda a deducir las cantidades que ya hubieren sido pagadas al ejecutante. A falta de conformidad expresa con la solicitud de tasación de costas, se practicará la tasación haciéndose las alteraciones que se estimen justas, y con los recursos correspondientes.

Cuando sea impugnada la solicitud de costas, por ser éstas excesivas, o por haberse incluido en ellas partidas de honorarios o gastos cuyo pago no corresponda al condenado en las costas, y por haber sido satisfechas, se substanciará y decidirá dicha reclamación por los trámites y los recursos establecidos para los incidentes (CPC, 242 a 249).

* Cesación del embargo por pago del deudor o consignación de la deuda antes de la enajenación del bien embargado.

En cualquier estado del juicio, antes de la enajenación de los bienes embargados, el ejecutado puede hacer cesar el embargo, pagando la deuda con sus intereses y costas o consignando una cantidad suficiente para el pago. De dicha solicitud se dará traslado al acreedor por el término de dos días y con lo que el ejecutante exponga o no exponga, el tribunal resolverá admitiendo o rechazando el pago ofrecido por el deudor (CPC, 494 y 495).

[81] Cuando la persona a quien se le practica el embargo tiene bienes en diferentes lugares de la República, el acreedor pide que dichos bienes le sean embargados y en cada lugar habrá de nombrarse un depositario (CPC, 482).

[82] También consignará el ejecutor en la diligencia la oposición que algún tercero, alegando dominio o cualquiera otra causa, haga que se trabe el embargo en ciertos bienes, las razones que aduzca y aún tomar nota de los títulos en que funde su derecho; lo mismo que el pedimento del deudor para que se le dejen determinados bienes.

* Celebración de audiencia de remate de bienes embargados.

Para que una persona pueda ser admitida como postor y tomar parte en la subasta, es necesario que deposite en efectivo en la Secretaría del Juzgado el valor correspondiente a su postura, que deberá ser equivalente, por lo menos, a las dos terceras partes del avalúo de los bienes embargados o presentar garantía de fianza calificada por el juez. Se exceptúa de esta obligación el acreedor, quien puede tomar parte en la subasta sin depositar el efectivo, pero hasta donde alcance su crédito; cuando el valor de la postura fuere mayor que el de la deuda, deberá depositar en la Secretaría del Juzgado el excedente. El juez adjudicará los bienes embargados al mejor postor, es decir, al que ofreció más en la subasta; las cantidades depositadas por los demás postores, se les devolverán una vez finalizada la audiencia.

Asimismo, el juez ordenará que el secretario proceda a extender a favor del adjudicatario una certificación de lo actuado, la cual servirá de título de dominio, en el caso que los bienes adjudicados sean muebles. Si los bienes adjudicados fueren inmuebles, el Secretario del Tribunal siempre expedirá a favor del adjudicatario certificado de lo actuado en la audiencia de remate y el interesado acudirá ante el notario nombrado por el Juez para que proceda a autorización de la escritura pública traslaticia del dominio[83] (CPC, 489, 490 y 491).

[83] Durante la audiencia de remate, el juez ordenará que se libre comunicación al Registro de la Propiedad competente, a fin de que proceda a cancelar los gravámenes que pesan sobre el inmueble adjudicando en la audiencia de remate. Asimismo, el juez designará la notaría que estime conveniente, para la autorización de la escritura de venta, autorizando al adjudicatario para que comparezca ante el notario designado, a efecto de suscribir la respectiva escritura traslaticia del dominio. Como se trata de una venta forzada, generalmente no comparece el deudor y la escritura es suscrita por el juez, a nombre del ejecutado. Una vez firmada la escritura, el notario entregará al adjudicatario del bien embargado, el testimonio de la escritura correspondiente, para que proceda a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

CAPITULO IX
COERCION MATERIAL
[EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y DE LA PENA] [1]

Jacobo Cálix*

INDICE

Objetivos 351
Bibliografía 352
Introducción 353
1. Los derechos fundamentales de los reclusos 353
2. El principio de legalidad en la ejecución penal 355
2.1. Significado y alcances del principio de legalidad 355
2.2. La judicialización de la ejecución penal 357
3. Las funciones del Juez de Ejecución 358
3.1. La libertad condicional 359
3.2. Las multas 361
3.3. La inhabilitación 361
3.4 La interdicción civil 362
3.5. El indulto 362
3.6. Perdón del ofendido 362
4. Hábeas corpus correctivo 362

OBJETIVOS

Al concluir el capítulo se pretende que el lector pueda:

- Enunciar los derechos fundamentales de los reclusos.
- Explicitar el principio de legalidad en la ejecución penal.
- Determinar el alcance del principio de legalidad.
- Describir las funciones del Juez de Ejecución.
- Enunciar los derechos fundamentales de los reclusos.
- Enlistar las principales características del hábeas corpus correctivo.

[1] Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Revisada por Julio B. J. Maier, Buenos Aires, 2000.

* Profesor Titular de Derecho Penitenciario y Coordinador Académico de la Carrera de Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal. Sistema de Postgrado de la UNAH y Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNAH. Doctorando en Derecho por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) de Costa Rica.

PREVIOUS PAGE BLANK

BIBLIOGRAFIA

Arroyo, José Manuel, *La Ejecución Penal*, en reflexiones sobre el nuevo Código Penal, mundo gráfico, San José, Costa Rica, 1997; Arguello, Santiago, *Prisiones*, Ecuador, editorial Conejo, 1991; Carranza Elías y otros, *Sistema Penal y Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, EDUCA, 1990; Cruz Castro, Fernando, *La Pena Privativa de Libertad*, publicación de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José Costa Rica, 1990; González Daniel, *La Libertad Vigilada en el Sistema Penitenciario*, publicación de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, Costa Rica, 1990; Iñaki Rivera y Salt Marcos, *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1999; Neuman Elías e Irurzun Víctor, *La Sociedad Carcelaria*, Buenos Aires Depalma, 1994; Mir Puig Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 5ta edición Barcelona, tecfoto 1998; Henry Issa y María Arias, *Derechos Humanos en el Sistema Penal*, San José, Costa Rica, EUDUCA 1996; Núñez, Ricardo, *Las Disposiciones en el Código Penal,* Lerner, Córdoba Argentina, 1988; Rotman, Edgardo, *La Prevención del Delito,* Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica; Reglas Mínimas de la ONU Para el Tratamiento de Los Reclusos.

Introducción

La inminente entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal trae cambios radicales y de corte democrático, muy significativos para el fortalecimiento del Estado de Derecho, como delegar la investigación en el Ministerio Público, incorporar a la víctima procesalmente, dar salidas alternativas en la solución de conflicto e incorpora la ejecución penal como una fase más del proceso, dándose la judicialización necesaria a esta etapa, por medio de la exclusividad jurisdiccional, de la cual ha carecido hasta este momento, pese a ser una demanda constitucional (CR, 314).

Al crearse la figura del *Juez de Ejecución* con función jurisdiccional sobre la ejecución de la *res iudicata,* será este el legitimado para encargarse de controlar y vigilar la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, lo cual hasta hoy no existe en la ejecución penal, situación que ha institucionalizado en los centros penales prácticas lesivas a la dignidad humana y a cualquier derecho fundamental de los privados de libertad. Estos aspectos cuestionan si en nuestro país se respetan los postulados básicos de un Estado de Derecho.

Poder llevar el *principio de legalidad* a la ejecución penal, a través de un juez de ejecución penal que controle y vigile la administración penitenciaria, permitirá hacer surgir posibilidades reales de poder obtener *rehabilitación* dentro de los centros penales, como fin primordial de las penas privativas de libertad y que en definitiva es lo que legitima a esta coerción material su utilidad. Esto se puede lograr con un juez de ejecución competente para controlar la legalidad en la ejecución, siendo necesario dotarlo de una adecuada ley de ejecución penal.

1. Los derechos fundamentales de los reclusos

La inveterada costumbre de tener a las personas privadas de libertad en el olvido, claro reflejo el actual estado de abandono gubernamental en que se encuentran los centros penales del país, en gran medida es aceptado pacíficamente por la sociedad misma y con la complicidad y autoría del órgano encargado de la ejecución penal. Aquí impera la insalubridad, corrupción y numerosas lesiones a los derechos fundamentales de su población.

Esa aceptación tácita de la sociedad del actual sistema penitenciario marca la idea de que se debe tener un sistema carcelario orientado a la retribución como techo coercitivo aplicable al recluso por desarrollar la conducta que infringe la norma penal. Esto pareciera legitimar el olvido gubernamental por las prisiones, en las cuales de hecho no se cumple resocialización alguna, la *prevención especial*[2] como parte de política criminal y política penitenciaria en particular, cada vez se encuentra más lejos de alcanzar objetivo alguno.

Los centros penales se convierten en centros de aprendizaje delictivo y se encuentran al margen de la legalidad; por naturaleza misma los centros penales tienden a no permitir la entrada de controles de legalidad. Esta realidad indiscutiblemente lesiona los postulados propios de un Estado de Derecho y, en especial, *deslegitima* su administración de justicia penal por incumplimiento del programa constitucional de justicia penal.

Los privados de libertad conservan todos los derechos inherentes a su condición de ser humano tales como: salud, educación, comunicación, visitas conyugales, dignidad y sólo se encuentra

[2] Sobre fines de la pena estatal, ver Capítulo 2.

limitado, por el fallo condenatorio, al derecho a la libre circulación (libertad ambulatoria). Aun limitado este derecho por la sentencia condenatoria, debe disfrutarse en alguna medida dentro de la prisión misma, para lo cual, por ejemplo cada recluso tiene derecho a salir diariamente al aire libre no menos de una hora [3].

Los aislamientos como forma de castigo en celdas aisladas implican una violación adicional no dispuesto en la sentencia condenatoria. Estas y otras prácticas penitenciarias se ven estrechamente relacionados con los derechos humanos que frecuentemente se ven lesionados cuando el Estado ejercita la coerción material a través del sistema penitenciario, a quienes han lesionado un bien jurídico mediante la conducta descrita en un tipo penal (CR, 95) y que fueron vencidos en juicio (CR, 94), y aun lo que es más grave, de igual forma sucede con quienes todavía los protege el estado de inocencia (CR, 89) y están sometidos a *coerción procesal* mediante prisión preventiva, lo cual es contrario al tratamiento diferencial entre los condenados y los detenidos preventivamente que supone la CR, 86.

Si el Estado al cumplir con la función pública de velar por la seguridad ciudadana aísla e impone sanciones penales, privando de su libertad a las personas que desvían su conducta de la zona de reserva (CR, 70), que es la libertad misma, descrita en forma negativa al estar permitido todo lo no prohibido (principio de reserva), estas deben ejecutarse sobre la base del imperio de legalidad y con absoluto respeto a los derechos humanos. El Estado es el primer obligado a la protección y respeto de los derechos fundamentales, las garantías constitucionales y los convenios internacionales sobre derechos humanos, lo cual es consustancial con el Estado de Derecho.

"*Modernamente la doctrina más calificada señala que en la ejecución de la pena privativa de libertad, entre la administración y el interno solo pueden existir ciertas limitaciones en los derechos de las personas que la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa de libertad solo puede restringirla,* ***proporcionalmente****, preservando en todo caso, la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental*" [4].

Se ha dejado atrás, por el moderno Estado de Derecho, la antigua tesis de origen administrativo conocida como la teoría de las *relaciones especiales de sujeción*, según la cual se justifica la disminución de los derechos de los privados de libertad, dado que estos se encontraban ante una situación de sujeción inferior con el Estado, por lo cual, la administración en función de determinados servicios públicos que presta podía someter a una relación de sujeción no regulada jurídicamente haciendo de la ejecución penal una actividad ajena al control de legalidad. Esta tesis, atribuida a Jellinek, no es aceptable ya que no admite ámbitos sin estar regulados o ser sometidos al imperio de la legalidad.

En definitiva, debe entenderse claramente que la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad están orientadas a buscar la resocialización y reinserción social. Es indispensable para lograr este fin que al privado de libertad se le respeten sus derechos fundamentales inherentes a su condición de ser humano, garantizados por la Constitución de la República, sólo limitándolos por los alcances de la cosa juzgada en relación a los derechos que la propia la sentencia condenatoria restringe, que por lo general se refiere al derecho a la libertad de tránsito (CR, 81).

[3] Reglas mínimas de la ONU para el tratamiento de los privados de libertad artículo 3 el cual dice "*El recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá contar, si el tiempo lo permite con una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre*".

[4] Sala constitucional de Costa Rica, voto 1032- 96. Enfasis agregado.

El derecho a la salud, trato digno, comunicación, educación, etc., los sigue conservando el privado de libertad y deben garantizársele sin más restricciones que las surgidas por la naturaleza misma y difícil ámbito penitenciario, pero no se justifican violaciones o abusos a estos derechos, tal como frecuentemente sucede dentro de las cárceles.

2. El principio de legalidad en la ejecución penal

El principio de legalidad se convierte en el primer gran límite que el Estado encuentra cuando a través del derecho penal, utilizado como medio de control social, pretende sancionar las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico tutelado, es decir ese principio de legalidad funciona y se conoce en el derecho penal como limitación del poder punitivo del Estado, siendo esto una garantía para todos los ciudadanos en un Estado de Derecho. El Estado, por definición, somete todas sus actuaciones al imperio de legalidad y este formalmente en el derecho penal se expresa con el axioma "***nullun crimen, nulla poena sine lege***", formulación latina que se le atribuye a Feuerbach.

2.1. Significado y alcances del principio de legalidad

Ese principio de legalidad, expresado en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se descompone en cuatro presupuestos básicos, los cuales son: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía procesal y una de ejecución, que se describen de la siguiente manera:

a) Garantía criminal (***nullum crimen sine lege***). Esta garantía establece que todo delito (crimen) se encuentre fijado por la ley, en consecuencia lo que no esta determinado por la ley como delito no tiene ninguna relevancia para el derecho penal pues no constituye delito (CR, 84), en el mismo sentido el principio de reserva (CR, 70).

b) Garantía penal (***nullum poena sine lege***). De acuerdo a esta garantía es necesario que la ley establezca la pena idónea y proporcional a imponer a cada ilícito, es decir, todo delito que se encuentra previamente tipificado como tal debe tener su sanción limitada por ley (CR, 95).

c) Garantía procesal (***nulla poena sine judicio***). Indica que la pena solo se impone a través de un juicio ante juez natural, y previo a demostrarse la culpabilidad del acusado (CR, 94).

d) Garantía de ejecución (***nulla executio sine lege***). Esta garantía propia del tema que nos ocupa indica que como derivación del mismo principio de legalidad, art. 95 citado, el cumplimiento de las medidas de seguridad y las penas privativas de libertad debe estar regulado legalmente [5].

El principio de legalidad en la ejecución penal, es una consecuencia obligada en un Estado de Derecho, dentrò del cual, como se mencionó arriba, todas las actividades de este se deben sujetar al imperio de la ley. El ámbito penitenciario no puede estar fuera de las reglamentaciones que impone el principio de legalidad, tal como frecuentemente sucede cuando ingresa el recluso

[5] Por lo anterior se hace alusión que del axioma "nullun crimen, nulla poena sine lege". Se obtiene una cuádruple garantía al respecto ver Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, parte general, 5ta edición*, tec foto, s.l. Barcelona España, 1999.- Pág. 75,76,77.

al centro penal, un territorio sin protección legal, quedando en manos de la voluntad de los directores de estos centros.

No es admitido para los postulados propios del Estado de Derecho tener espacios no reglados por ley, estableciendo relaciones especiales de sujeción de ningún tipo para justificar la pérdida de derechos fundamentales en los centros penales.

La vigencia plena del principio de legalidad en la ejecución penal es una consecuencia obligada de otras normas constitucionales, como el articulo 68 último párrafo el cual dice: *''toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano''*. Por su parte, el art. 87 establece que: "*las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluido y su preparación para el trabajo* "

Las normas mencionadas imponen determinada regulación legal, para el cumplimiento de penas privativas de libertad. De allí se origina el régimen penitenciario, estableciendo derechos y obligaciones de los privados de libertad, los cuales deben establecerse, legalmente, de la forma más clara y precisa para evitar interpretaciones difusas.

"La ejecución de la pena privativa de libertad debe tener un contralor judicial, el Estado de Derecho impone ese control, la autoridad judicial debe asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos, evitando por otra parte la desviación y abuso de poder de la administración. La política penitenciaria debe reconocer el control de legalidad que impone la intervención de una autoridad judicial "[6].

La definición de la conducta delictiva como la pena deben estar determinados por la ley (texto normativo emanado del Poder Legislativo) antes de que suceda el hecho que sea objeto de una sentencia condenatoria. La vigencia de legalidad en la etapa de ejecución penal es, por lo tanto, una exigencia derivada del principio constitucional ***nulla poena sine lege***[7].

Es claro que el principio de legalidad penal se extiende a la ejecución de las penas, siendo este el alcance de la CR, 95, el cual cuando establece "*que ninguna persona será sancionada con penas no establecidas previamente en la ley* ". Se pretende implícitamente evitar que a una persona se le condene al cumplimiento de una pena diferente o de mayor gravedad que la establecida al momento de adecuar su comportamiento humano al tipo penal; también los artículos 68 y 87, señalados anteriormente, establecen mandatos de legalidad claros a la actividad penitenciaria en lo referente a la ejecución de las penas y las medidas de seguridad.

"La situación ha sido tal que se ha afirmado con vehemencia que la legalidad que llegó primero al derecho penal y luego al sistema procesal, debiera ahora imperar sin disputa en el sistema penitenciario, como base eficiente del tratamiento. Aquí habrá que poner en curso un nuevo dogma nulla executio sine lege.[8] "

La mejor forma de que el principio de legalidad tenga vigencia real en la fase de ejecución penal es a través del juez de ejecución, momento en el cual, por lo general, el director del centro penal tiene amplios poderes en el cumplimiento de la legislación penitenciaria correspondiente. Ello no debe traducirse en desconfianza del personal penitenciario, como no fue desconfianza

[6] Cruz Fernando, *Principios Fundamentales de Política Penitenciaria,* Publicación Comisión Nacional Para el Mejoramiento de la Justicia, Costa Rica, 1990, PAG.86

[7] Salt Marcos, *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, pag. 200.

[8] Garcia Ramírez Sergio, Citado Por. González Álvarez Daniel, *La Libertad Vigilada en el Sistema Penitenciario,* Publicación de la Comisión para el Mejoramiento de la Justicia, Costa Rica, 1990, pag. 108.

en el juez el hecho que se garantizara la presencia del abogado defensor desde los actos iniciales del procedimiento penal; más bien, se trata de una exigencia natural y humana, ante la simple posibilidad de que los derechos individuales de los reclusos sean violados. [9]

La obligación propia del Estado de garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, está implícita en el más alto rango constitucional, el artículo 87 ya señalado deja claro que el legislador constituyente estableció que las cárceles no pueden ser centros de castigo o de violación de derechos humanos, estas sólo deben buscar los fines propios de las penas que propenden a la rehabilitación de la persona para su "regreso" a la sociedad. Esto en la práctica no siempre se da, antes bien, se trata de una paradoja, según la cual "*se pretende enseñar en el encierro a como se debe vivir en libertad.*"

El moderno derecho penitenciario se orienta hacia formas de semilibertad y gradualidad en el pasaje desde el encierro absoluto de la *institución total* (la cárcel) a la vida en plena libertad de una *sociedad abierta*.

Siendo entonces claro según lo dispuesto constitucionalmente, CR, 87, que en las cárceles sólo se puede buscar el fin resocializador del privado de libertad, la ejecución penal y la coerción que el Estado puede ejercer con ella encuentra una barrera en este objetivo primordial, lo cual tiene que respetarse dentro de la misma, no pudiendo existir otra finalidad más que esta. Este aspecto no se da así en la praxis, ya que la ejecución penal no está regulada para lograr resocialización alguna, la actual *Ley de Rehabilitación del Delincuente* no es un instrumento de control legal de la ejecución penal ni eficiente para poder lograr los fines de esta.

2.2. La judicialización de la ejecución penal

Indudablemente, la ejecución penal como fase del procedimiento ha carecido de la atención debida tanto de la doctrina, como de los operadores del sistema. Ha sido desde la óptica del derecho penitenciario que se han señalado los constantes abusos, desviaciones y atropellos que se cometen contra las personas que se encuentran en el cumplimiento de una pena privativa de libertad.

El actual estado de deterioro de la institución carcelaria no es un secreto, el cual se agudiza con la sobrepoblación en las mismas, lo que hace más difícil la tarea para el personal administrativo, estándose más propenso a ser herido o incluso asesinado en prisión que en la libertad misma. La institución carcelaria atraviesa por un total deterioro que se agudiza día con día y ha ocasionado la degradación y despersonalización del reo, se lesiona su autoestima, no cuenta con privacidad alguna, las requisas en los centros penitenciarios son extremadamente degradantes y el recluso tiene que vivir en lo que se ha denominado la sociedad carcelaria[10].

El sistema penitenciario se desenvuelve dentro de un subsistema subterráneo donde impera la ley del más fuerte y la corrupción. La constante hasta este momento en la ejecución penal es su desvinculación total con las etapas anteriores del proceso, dado que al emitir la respectiva sentencia condenatoria el tribunal se olvida por completo de las consecuencias de esta y de su cumplimiento, delegando toda la fase de ejecución en el personal administrativo nombrado por el Poder Ejecutivo.

[9] Ibidem.
[10] Neuman Elias, y Irurzum Victor, *La Sociedad Carcelaria*, Buenos Aires, Depalma,4ta. Edición,1994, pag., 56.

Con la figura del Juez de Ejecución se viene a judicializar la ejecución penal al estar este dentro de la órbita exclusivamente jurisdiccional, dándole una clara intervención procesal con la competencia que para esta figura regula el CPP, Libro Cuarto.

De este modo el CPP, no sólo deja claro que la etapa de ejecución penal estará judicializada, a cargo del control jurisdiccional que ejercerá el juez de ejecución, sino que también se le otorga participación activa a todas las partes involucradas en el proceso, incluyendo la víctima, la cual podrá participar haciendo sus planteamientos en lo referente a la libertad del condenado, se haya o no constituido como parte acusadora privada. Es decir, no sólo se están reconociendo los derechos del sentenciado, sino que podrá hacer sus planteamientos al respecto ante el Juez de Ejecución, según lo dispuesto en el articulo 384.

"Judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la pena sino también permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación sino de ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe contando con asistencia técnica, de modo que pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria" [11].

La exclusividad de la potestad jurisdiccional, en la fase de ejecución penal, emana de la delegación constitucional (CR, 314), expresando literalmente: *"es facultad privativa de los tribunales de justicia, juzgar y* ***ejecutar lo juzgado****. A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos"*.

Esto no se cumple en lo referente a la ejecución penal dado que el juez, por lo general después de impuesta la sentencia, no ejerce ningún tipo de control efectivo en la ejecución de la misma, la cual queda a cargo del director del centro penitenciario, causando enormes abusos en perjuicio de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

En definitiva, con la figura del Juez de Ejecución se está cumpliendo con lo dispuesto en esta norma constitucional, al judicializar la ejecución penal, con carácter exclusivo del Poder Judicial, teniendo a este funcionario como el juez natural (CR, art. 90) creado por ese poder.

3. Las funciones del Juez de Ejecución

El juez de ejecución, previsto en el CPP, 60, es erigido por el Libro Cuarto del Código Procesal Penal como el eje de las funciones de "*vigilancia y control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad*". Es un juez tan diferente y novedoso para nuestra tradición jurídica, como lo es el juez del Tribunal de Sentencia del juicio oral (CPP, 57), pero por razones distintas y que no están implicadas recíprocamente, aunque comparten una dirección garantista.

El juez de ejecución cuenta con atribuciones específicas para controlar y vigilar la ejecución penal, en relación al estricto cumplimiento de las formas y modos de materializar la pena determinada jurisdiccionalmente, personalizando el tratamiento y corrigiendo los abusos que se dan en detrimento de los derechos de los privados de libertad.

Al existir un juez de ejecución, se crea un espacio institucional al que deben recurrir los privados de libertad, para que se les reestablezcan, en caso de ser conculcados, sus derechos humanos, o para que se les concedan los beneficios que las leyes penitenciarias les otorguen en caso de

[11] Binder Alberto, *El Proceso*, citado por Arroyo José Manuel, *La Ejecución Penal*, en Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, Mundo Gráfico, San José Costa Rica, 1996.- Pág. 743.

que les sean denegados sin justificación alguna.

Siendo tan importantes sus funciones de garante de los derechos de los privados de libertad, el Juez de Ejecución debe ser un funcionario con la capacidad profesional y la sensibilidad humana para entender que *"las penas privativas de libertad deben ser organizadas sobre una amplia base de humanidad eliminando en su ejecución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre en cuenta al hombre que hay en el delincuente.*[12]

Resulta sorprendente darnos cuenta que la famosa obra de *César Bonesana Marquez de Becaria,* escrita en 1764 en forma anónima cuando el autor tenía 26 años, titulada *"De los Delitos y de las Penas",* se encuentra totalmente vigente en lo que al ámbito penitenciario se refiere. Becaria denunció en su obra la forma cruel y tiránica con que se ejecutaban las penas en el siglo XVIII antes de la ilustración francesa, por lo cual Voltaire llamó a la obra de Becaria *el Código de la Humanidad,* en clara referencia al carácter humanitario que Becaria le daba a su obra en ese entonces, refiriéndose al tema en la siguiente forma: "*el fin de las penas no es el de atormentar ni afligir un ente sensible ni deshacer un delito ya cometido".*

El CPP, 383, es claro al darle al juez de ejecución el referido carácter de contralor de legalidad y garante de los derechos fundamentales de los privados de libertad, al establecer que este es la autoridad donde se debe recurrir en caso de darse lo señalado en el párrafo anterior, en el sentido de que:

" *El condenado podrá hacer valer los derechos y facultades que le otorguen las leyes penales y penitenciarias ante los órganos de dirección y administración de los establecimientos en que se encuentre recluido. Podrá además plantear ante el juez de ejecución, reclamaciones contra las resoluciones de las autoridades del respectivo centro penal, que violen sus derechos fundamentales que denieguen el disfrute de beneficios penitenciarios, o que impongan sanciones disciplinarias, así como contra las decisiones referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones del período de tratamiento".*

3.1. La libertad condicional

Esta función específica que el CPP, 382, numeral 2, encarga al Juez de Ejecución, es una función de enorme importancia e indudablemente comprendida en la legalidad de la ejecución penal. Es un derecho del privado de libertad, que después de cumplido determinado tiempo de ejecución en relación al máximo de la pena a cumplir según lo dispuesto en el Código Penal, artículo 76, pueda obtener la libertad anticipada condicionalmente, mecanismo útil para descongestionar los centros penales y poder lograr la readaptación, que es muy difícil de obtener en centros penales sobrepoblados.

Según lo señalado en el CPP, 388, el Juez de Ejecución recibirá del condenado o defensor la solicitud de libertad condicional, el cual resolverá en auto motivado, contra el cual, en caso de negar la solicitud, procederán los recursos de reposición y apelación subsidiaria ante la Corte de Apelaciones. En ese mismo auto, de resolverse favorable, deberá señalarse la medida de seguridad a la que debe someterse el beneficiado para gozar de ese derecho.

[12] Sala Constitucional, Costa Rica voto 6829-93

La solicitud presume el cumplimiento de los reglamentos carcelarios durante: a) la mitad del tiempo de la condena superior a tres (3) años y hasta doce (12) años; o b) las tres cuartas partes de las penas superiores a doce (12) años. En ambos casos, el Juez de Ejecución podrá imponer una medida de seguridad de libertad vigilada o prohibición de residir en determinados lugares o prohibición de concurrir a determinados lugares (CP, 76 y 83).

Procesalmente, el CP, 76, ha quedado superado por el CPP en cuanto a la dirección antropológica, al órgano jurisdiccional de aplicación y procedimiento a seguir ante él [13]. El Juez de ejecución *revocará* la libertad condicional en caso de incumplirse la medida de seguridad impuesta, esta será de oficio a petición del Ministerio Público o la víctima (CPP, 389).

A la solicitud de revocatoria se le dará un trámite incidental, resolviendo el Juez de Ejecución en auto motivado, contra el cual proceden los mismos recursos ya señalados para el auto que pueda denegar la solicitud de libertad condicional.

Al estar a cargo del Juez de Ejecución el trámite de la libertad condicional, es de suponer que este será más expedito, ya que desde el ingreso del recluso al centro penal, el Juez de Ejecución practicará el respectivo cómputo de la pena señalando la fecha en que termina la condena y a partir de cuando puede solicitar su libertad condicional, entregándole constancia al condenado de dicho cómputo.

También, debe desaparecer el acto que actualmente se sigue de patentizar arrepentimiento por escrito ante el Juez competente al cual se solicita la libertad condicional. Esta se obtiene por regulación legal y habiendo observado progreso en la ejecución penal, de acuerdo a un régimen progresivo.

La solicitud de patentizar arrepentimiento de parte del condenado para obtener libertad condicional, es contrario a lo dispuesto en el artículo 87 constitucional, el cual señala que "*en las cárceles se procura la rehabilitación del recluido*". Si el fin de las penas es la rehabilitación o resocialización del privado de libertad, es de acuerdo a esto y a través del tratamiento penitenciario, que el condenado se considerará apto para obtener la libertad condicional.

"Si la persona no se arrepiente, no se rehabilita" es discutible, dado que la resocialización busca por medio del trabajo y otros medios, reeducar al individuo para que vuelva a la sociedad y pueda comportarse adecuadamente dentro de ella, no incurriendo en actos lesivos a bienes jurídicos tutelados. Esto no se logra, necesariamente, con el acto de arrepentimiento del daño causado ya que un condenado podría arrepentirse pero no haberse readaptado, el cual es el único fin que legitima a las penas privativas de libertad; esta práctica que se toma de lo dispuesto en el artículo 76, numeral 2 del Código Penal, no es congruente con los fines buscados en un régimen penitenciario progresivo de readaptación.

[13] CP, art; 76: "El Tribunal de primera instancia que conoció de la causa, podrá conceder la libertad condicional al reo que haya cumplido más de la mitad de la pena, en los casos de condena a reclusión que exceda de tres años y no pase de doce; o que haya sufrido las tres cuartas partes de la pena, cuando ésta exceda de doce años, y concurran además, en ambos casos, las siguientes circunstancias:

1) Que el reo no haya sido condenado ejecutoriamente con anterioridad, por otro delito doloso.
2) Haber observado buena conducta durante su permanencia en el establecimiento penal y contraído hábitos de trabajo, orden y moralidad, que patenticen su arrepentimiento y propósito de enmienda.
3) Que haya restituido la cosa y reparado el daño en los casos de delitos contra la propiedad y cumplido las demás obligaciones civiles, derivadas del delito, o demuestre su incapacidad económica para satisfacer las últimas.

Por ello, creemos que lo exigible constitucionalmente y de conformidad a las normas acordes con la CR, es la observancia regular de los reglamentos carcelarios, verificable externamente y con prescindencia de los motivos que llevaron a observarlos por parte del recluso que aspira a la libertad[14] sin ser el Estado tan pretencioso de invadir el fuero más íntimo del recluso pretendiendo -contra su voluntad y con tan malas herramientas- un arrepentimiento de seudo religión cívica.

3.2. Las multas

Será también el Juez de Ejecución el encargado de lo concerniente a las penas de multa y su ejecución. El CPP, 390, establece que si el reo es condenado al pago de multa, el juez de ejecución determinará las condiciones de hacerla efectiva, en audiencia o podrá establecerlo en cuotas cuando el Código Penal regule esta posibilidad.

También el Juez de Ejecución hará efectiva la respectiva garantía que el condenado haya otorgado como caución según las reglas del Código de Procedimientos, resolución contra la que proceden los mismos recursos ya señalados.

El Juez de Ejecución será el encargado de conmutar la multa por prisión o reclusión, según lo dispuesto en el Código Penal. Volviendo la multa en días de prisión o reclusión, según sea el caso, ordenando la detención del condenado a multa y conmutado a prisión o reclusión; para el caso de que una persona sea condenada también a pena privativa de libertad la regla señalada en el CPP, 390, es que primero cumple esta y después lo conmutado.

Se entiende, aunque el artículo en mención no lo dice, que si las penas privativas de libertad fueran varias y llegaran al máximo de 30 años, en caso de no tratarse de los delitos que dan lugar a penas perpetuas, entonces ya no se tendría que cumplir la conmutada si llega a los 30 años, con penas privativas de libertad. Esto podría suceder en casos de concurso de delitos (concurso real), donde se suman las penas correspondientes a cada delito sancionado con reclusión y se condena de conformidad a dicha suma. Si la cantidad en años es muy grande, que pudiese resultar ilusoria, se principia por las de mayor pena, o sea los delitos más graves (CP, 35).

3.3. La inhabilitación

Al ser el Juez de ejecución el encargado de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, es quien debe, según lo dispuesto en el CPP, 391, conocer y comunicar a quien corresponda de las sentencias que llevan pena de inhabilitación absoluta; en este caso, al Tribunal Nacional de Elecciones, a las instituciones políticas, servicio civil o cualquier dependencia gubernamental encargada de administrar personal, indicando la fecha en que llegara a término la condena.

Si es inhabilitación especial, se deberá comunicar indicando la fecha en que terminó dicha inhabilitación a la dependencia, colegio, institución que regula la respectiva actividad profesional para la cual se ha decretado jurisdiccionalmente inhabilitación especial. El Código, en el artículo

[14] Cf. Nuñez, R., Las disposiciones Generales del Código Penal, Lerner, Córdoba, 1988, ps. 48 y 49, para quien "el preso ha satisfecho este requisito si, sin fracciones graves por su naturaleza o agravadas por su reiteración, ha observado las normas disciplinarias, laborales y educativas del establecimiento carcelario donde cumple condena (Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, 9-IX-944). Se trata de un criterio objetivo que no proporciona una pauta para apreciar el efecto real del régimen carcelario en el individuo, que puede ser premio a su hipocresía o astucia".

señalado, indica en el último párrafo que *"contra estas resoluciones procederán los recursos de reposición y apelación ante la respectiva corte"*, lo cual no es muy claro dado que el Juez de Ejecución, al comunicar la respectiva inhabilitación, solo está cumpliendo con su función y lo dispuesto en la sentencia.

Por ello, la apelación no debería de ser contra esta resolución mediante la cual se comunica, a quien corresponda, la inhabilitación que al llegar al Juez de Ejecución es ya firme; el recurso debe ser obviamente el que cabe contra la sentencia que decreta una inhabilitación.

3.4 La interdicción civil

También el CPP, 392, establece que será el Juez de Ejecución el encargado de comunicar la pena de interdicción civil al Registro Nacional de las Personas y a quien tenga relación con los derechos civiles limitados en la sentencia.

Le corresponderá al Juez de Ejecución nombrar guardador, quien habrá de representar al condenado en la administración de sus bienes. Para esto, se deberá seguir las regulaciones del Código de Procedimientos Comunes. Contra este nombramiento cabrán los recursos de reposición y apelación ante la respectiva Corte de Apelaciones.

3.5. El indulto

En relación a los indultos, cuando estos se otorguen por el Poder Ejecutivo, se debe remitir al Juez de Ejecución la respectiva resolución, para que el Juez de Ejecución lo ejecute ordenando la libertad del beneficiado en el respectivo centro penal.

3.6. Perdón del ofendido

Cuando el perdón del ofendido tenga efectos de extinción de la pena, según la regulación penal, será el Juez de Ejecución quien deberá conocer de este trámite y otorgará la libertad al beneficiado. El artículo 151 del Código Penal prevé que, en casos de estupro o rapto, el autor queda exento de punibilidad si contrae matrimonio con la persona ofendida; opera en este caso el matrimonio como perdón del ofendido y se excluye la pena, también en los casos de acción penal privada (CP, 96 inc. 5).

4. Hábeas corpus correctivo

El Hábeas Corpus es un mecanismo de acceso a la justicia de los privados de libertad. Siendo específicamente el "Hábeas Corpus correctivo" la modalidad para que este sector de la población, en tan difícil situación de respeto a sus derechos humanos, cuente con un mecanismo reparador de los derechos que se les violenten en el ámbito penitenciario.

El Hábeas Corpus correctivo, que se ubica como una subespecie del hábeas corpus que protege esencialmente el derecho a la libertad de tránsito, adquiere especial connotación al tratarse de resolver sobre detenciones que en principio son legítimas, por ser la consecuencia jurídica de una sentencia condenatoria firme, una orden de arresto emitida con las formalidades legales, medidas cautelares.

Pierden esa legitimidad al excederse en la modalidad de encierro y volver esa privación de libertad más gravosa que lo estrictamente necesario para asegurar el fin buscado. Ese encierro solo puede ser legítimo cuando se conservan las condiciones mínimas para no lesionar la dignidad humana y demás derechos del privado de libertad.

Esta modalidad de hábeas corpus, dirigido a proteger los derechos de la población reclusa, está presente en todos los procesos de Jurisdicción Constitucional, p. ej. en Costa Rica lo hace expresamente la Ley de Jurisdicción Constitucional. Lo establece, dándole una gran apertura para poder recurrir al privado de libertad, en aspectos relacionados con traslados y poder solicitar ser ubicado en lugares diferentes a los sentenciados en el caso de los detenidos en prisión preventiva.

La Sala Constitucional de Costa Rica se ha pronunciado en varias ocasiones sobre recursos interpuestos por personas detenidas. En un caso en particular interpuesto por *Ricardo Alberto Castro Méndez sentencia 1032-96,* la sala dio un plazo de un año -bastante bondadoso a nuestro juicio-, para que el Ejecutivo pusiera el Centro de San Sebastián en condiciones de "Respeto a las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos" de la ONU, después de constatar que los privados de libertad de ese centro *"cumplían su ejecución en condiciones infrahumanas, donde se lesionaba derechos fundamentales, tales como la vida, integridad física, salud, a las personas que por una u otra razón ven restringida su libertad ambulatoria."*

En Honduras el "Hábeas Corpus Correctivo" no se encuentra expresamente regulado en la Ley de Amparo que data de hace mucho tiempo y no enumera modalidades de hábeas corpus. No obstante si lo regula implícitamente dentro del Recurso de Exhibición Personal (Hábeas Corpus) genéricamente. El artículo 11 de la Ley de Amparo, párrafo segundo, dice refiriéndose a la procedencia del Recurso de Hábeas: *"En caso de violencia, gravámenes o vejaciones ordenadas por el alcaide o jefe del establecimiento, los subalternos ejecutores están obligados a dar parte del hecho al juez, a la Corte de Apelaciones y a la Corte Suprema de Justicia, bajo la pena de quince a cincuenta lempiras de multa, si no fueren ordenadas por otra autoridad o funcionario público el Alcaide o Jefe de presidio o del que lo verificare".* Sigue el párrafo tercero: *"Si las vejaciones o gravámenes fuere ordenadas por otra autoridad o funcionario publico, el alcaide o jefe de prisión donde se encontrare el agraviado dará parte inmediatamente del hecho a quien corresponde, bajo la pena de quince a cincuenta lempiras de multa si no lo verificare."* Estando claramente comprendido en este párrafo el Hábeas Corpus Correctivo, el cual puede proceder para corregir o prevenir abusos, vejámenes en contra de privados de libertad específicamente.

Preventivamente puede ordenarse en casos de existir, en determinada prisión, inminentes amenazas de sufrir daño un recluso por encontrarse en este mismo centro penal otro grupo que pretenda causarle daño para evitar que delate otros miembros del grupo, casos de pandillas rivales, criminalidad compleja etc. En estos casos el recurso procede para prevenir esos daños (potenciales e inminentes) por lo que quien puede sufrir tales daños, está facultado para pedir un traslado u oponerse al mismo, teniendo que prevalecer la integridad física y la vida del recluso por encima de cualquier disposición administrativa, aun con pretexto de efectuarse por razones de seguridad.

Este término difuso es frecuentemente empleado en los centros penales para restringir sin necesidad alguna los derechos de los reclusos y someterlos a un "riesgo carcelario" no querido por la resolución jurisdiccional que se ejecuta administrativamente bajo control jurisdiccional.

También procede el Hábeas Corpus Correctivo en el caso de las personas detenidas en forma preventiva y que no han sido condenadas y que tienen el derecho constitucional de estar separados de quienes ya fueron condenados, CR, 86 y 96.

Ese postulado, frecuentemente se rompe en las cárceles latinoamericanas, causando graves perjuicios y estigmas a los perjudicados, además de violentar flagrantemente el estado de inocencia (CR, 89) según el cual toda persona debe ser considerada y tenida como inocente hasta que exista sentencia condenatoria en su contra. En esta hipótesis, el hábeas corpus correctivo *corrige* esa violación constitucional ordenando poner en lugares separados a los condenados y a los detenidos preventivamente.

En Costa Rica la Sala Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades en este tipo de recursos que tienen que ver con detenciones, estableciendo ricos parámetros al respecto. El voto 789-91del 26/04/91 establece que "*es importante señalar que la incomunicación no puede utilizarse para permitir que los encargados de la investigación policial sometan a interrogatorio al detenido, ello transforma la incomunicación en tortura y esta, está constitucionalmente proscrita de nuestro sistema democrático de gobierno*". Por esta vía se han resuelto numerosas irregularidades cometidas en los centros penales y en detenciones policiales que no se ajustaban a los requerimientos de los preceptos constitucionales y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Siendo el Hábeas Corpus un mecanismo para garantizar la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos en un Estado de Derecho, ha de ser de fácil acceso y de trámite sumario, en consecuencia la modalidad de Hábeas Corpus Correctivo goza procesalmente del mismo carácter inmediato de reparación o prevención del daño. En Honduras se plantea simplemente como Hábeas, no obstante es importante tener claramente establecido que es el Hábeas Corpus Correctivo el que debe operar en los casos mencionados.

Las principales *características* procesales, y que resaltan su idoneidad para garantizar el derecho a la libertad, en particular son:

a) **Sumario**

Esta característica implica que al tener trámite sumarial en atención a la brevedad de las intervenciones de los interesados y mayor rapidez para resolver una "cuestión de puro criterio". Se impone la tramitación inmediata, dentro del plazo establecido para cada acto, o antes de finalizar este, sin dilación, dada la importancia de garantizar un derecho fundamental puesto en riesgo inminente, como lo es la libertad o la integridad física, o en el caso que nos interesa, que esté debidamente legitimada respetando la dignidad humana para ser correcta.

b) **Celeridad**

Al igual que el primer carácter, implica rapidez de actuación para evacuar el recurso de parte del órgano Jurisdiccional, a fin de obtener una pronta resolución y se restituya la libertad indebidamente restringida o se corrija lo pertinente.

c) **Unilateral**

Dado que sólo participa activamente el recurrente y no se da un traslado de parte al recurrido para que se defienda, sólo se le pide un informe o las actuaciones. Debe enviarlas con la celeridad del caso, con la salvedad de que si no se envía se otorga el recurso, por lo cual puede decirse que no hay contradictorio entre las partes.

d) **Universal**

De acuerdo a la importancia del derecho garantizado, como se dijo antes, se entiende que el Hábeas lo puede interponer cualquier persona sin formalidad alguna, es decir, no se necesita apoderado legal y se puede interponer por cualquier medio, hasta telegrama por el afectado o por cualquier otra persona. Es importante, ya que es de suponer que, en muchos casos dentro de los centros penales, normalmente el afectado no tendrá la posibilidad de hacerlo por si mismo.

CAPITULO X
LAS VIAS IMPUGNATIVAS

Joel Serrano*

INDICE

Objetivos 369
Bibliografía 369
Introducción 370
1. Las sanciones procesales 371
1.1. La inadmisibilidad 372
1.2. La ineficacia probatoria 372
1.3. La caducidad 372
1.4. La preclusión 372
1.5. La nulidad 373
2. Los remedios procesales 376
2.1. La aclaración 376
2.2. El pronto despacho 376
2.3. La revocatoria 377
2.4. El saneamiento 377
3. Otros controles judiciales 377
3.1. La queja 378
3.2. La disconformidad 378
4. Disposiciones generales y comunes a todo recurso 379
4.1. Generalidades 379
4.2. Aproximación conceptual 379
4.3. Caracteres del acto 380
4.4. Finalidad del derecho recursivo 380
5. Fundamento del derecho a los recursos 381
5.1. Fundamentos de orden legal 381
5.1.1. En la Constitución de la República 381
5.1.2. En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos 382
5.1.3. El derecho a la tutela judicial efectiva 283
5.2. Fundamentos técnicos 384
5.2.1. Error in procedendo 384
5.2.2. Error in iudicando 385
6. El derecho recursivo y recursos en particular 386
6.1. Principios generales 387
6.1.1. Principio de taxatividad de las impugnaciones 387
6.1.2. Principio dispositivo 387

* Abogado y Notario. Profesor Titular del módulo de Recursos en Materia Penal del Post-Grado en Derecho Penal y Procesal Penal y Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAH. Ha publicado diversos artículos sobre el sistema procesal penal, reformas constitucionales y la corrupción en Honduras. Actualmente, Fiscal Especial de Casación del Ministerio Público.

PREVIOUS PAGE BLANK

6.1.3. Principio del efecto parcialmente de volutivo 387
6.1.4. Principio de la no reformation peius 387
6.2. Alcances del derecho recursivo 389
6.2.1. Impugnabilidad subjetiva 389
6.2.2. Impugnabilidad objetiva 390
6.2.3. Procedimientos recursivo 391
6.2.4. Efecto de los recursos 392
7. Parte especial: los recursos en particular 394
7.1. La reposición 395
7.1.1. Concepto y naturaleza jurídica 395
7.1.2. Impugnabilidad objetiva en la reposición 396
7.1.3. Procedimiento de la reposición 396
7.2. La apelación 397
7.2.1. Concepto y caracterización 397
7.2.2. Impugnabilidad objetiva en la apelación 398
7.2.3. Procedimiento de la apelación 399
7.2.4. Efectos de la apelación 401
7.3. El recurso de hecho 401
7.4. La casación 402
7.4.1. Concepto, características y naturaleza jurídica 403
7.4.2. Objeto impugnable 405
7.4.3. Finalidad del recurso 405
7.4.4. Motivos de casación 406
7.4.4.1. Motivo de casación por infracción de precepto constitucional 407
7.4.4.2. Motivo de casación por Infracción de Ley o de doctrina legal 411
7.4.4.3. Motivo de casación por quebrantamiento de forma 416
7.4.5. Trámite del Recurso de Casación 429
7.4.5.1. De la preparacion del recurso 429
7.4.5.2. La individualización de los motivos 430
7.4.5.3. En cuanto a la casación de la forma 431
7.4.5.4. Continuación del trámite 432
7.4.5.5. Audiencia oral 433
7.4.5.6. Prueba 434
7.4.5.7. Resolución del recurso 435
7.5. La revisión 436
* Consideraciones preliminares 436
7.5.1. Concepto y naturaleza jurídica 436
7.5.2. Objeto impugnable 438
7.5.3. De los motivos de revisión 438
7.5.4. Recurribilidad subjetiva en la revisión 439
7.5.5. Procedimiento para la revisión 439
7.5.5.1 De la preparación de la acción 439
7.5.5.2. Audiencia y trámite 439
7.5.5.3. Resolución de la acción 440

OBJETIVOS

Al concluir el desarrollo de la unidad, se pretende que el lector esté en capacidad de:

- Determinar los alcances de las vías impugnativas en el proceso penal.
- Definir los recursos en materia penal.
- Establecer las diversas finalidades de los recursos en materia penal.
- Enumerar los recursos en particular en el proceso penal.
- Fundamentar técnicamente los recursos en materia penal.
- Distinguir cuestiones de hecho y cuestiones de puro derecho.
- Diferenciar vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*.
- Establecer la función del recurso de hecho o queja.
- Enumerar los motivos de interposición del recurso de revisión.
- Describir el procedimiento recursivo en general.
- Describir el procedimiento recursivo de cada recurso en particular.
- Ejemplificar casos de casación y de apelación.
- Relacionar el recurso de reposición con la investigación penal preparatoria y con el juicio.
- Calcular el producto esperado del recurso de casación según haya sido planteado por un motivo de fondo o de forma.
- Determinar quiénes pueden recurrir en el proceso penal.
- Determinar qué resoluciones se pueden recurrir en el proceso penal.
- Establecer los efectos de los recursos.
- Integrar y relacionar las sanciones procesales con los recursos.
- Determinar los alcances del recurso de inconstitucionalidad local.
- Determinar la función y alcances del recurso extraordinario federal.
- Categorizar el derecho de recurrir distinguiendo impugnabilidad subjetiva, impugnabilidad objetiva, procedimiento recursivo y efectos de los recursos.
- Diagramar una secuencia del procedimiento recursivo en los supuestos de apelación y de casación.
- Vincular la casación por vicios de procedimiento con las sanciones procesales.
- Integrar los recursos de casación e inconstitucionalidad como forma de control de la sentencia definitiva.
- Validar el sistema de control recursivo como forma de protección de las garantías constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Ayán, Manuel N., *Recursos en materia penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985; Núñez, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*; Clariá Olmedo, Jorge A. (con la colaboración de José I. Cafferata Nores, Cristina José de Cafferata y Jorge Montero), *Derecho procesal penal*, ts. II y III, Bs.As., Lerner Editores Asociados, 1985; Ferreyra de De la Rúa, Angelina - Ávila Paz de Robledo, Rosa A., *Teoría general de las impugnaciones*, Córdoba, Advocatus, 1990; De la Rúa, Fernando, *La casación penal*, Bs. As., Depalma, 1994; Barberá de Riso, María, *Manual de casación penal*, Córdoba, Advocatus, 1997; Palacio de Caeiro, Silvia, *Recurso extraordinario federal*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1997, Vivas Ussher, G. *Manual de DPP*, T° 2, Alveroni, Córdoba, 1999.

Introducción

El diseño de enjuiciamiento penal hondureño contiene un sistema de control de gestión judicial, el que recae sobre las unidades de actuación de los sujetos procesales, estas unidades de actuación son los denominados actos procesales a los que nos hemos referido en el capítulo 3. Tales actos están regulados por la ley procesal de manera tal que cumplen con el propósito de investigar hechos delictivos, primero, y, no muy luego, juzgar a las personas indicadas como sus autores penalmente responsables. Lo que se corresponde directamente con los fines genéricos del proceso desarrollados en el capítulo 2, esto es: *averiguar la verdad histórica* y *actuar la ley sustantiva*.

Este control de gestión judicial se basa en la compulsa de los actos procesales efectivamente realizados durante el proceso penal concreto con las normas esenciales de procedimiento derivadas del debido proceso legal y demás *Bases Constitucionales del Sistema Penal Hondureño* (capítulo 1). La eventual discordancia entre un acto procesal y las normas que lo regulan para ser eficaz habilita a que tal acto sea impugnado y, en consecuencia, privado total o parcialmente de su significación procesal.

Esta amenaza que se cierne sobre los actos procesales defectuosos es lo que da nombre al presente capítulo: *vías impugnativas*, constituyendo la sanción con la que responde el sistema de control (de gestión procesal) ante el acto contrario a derecho procesal penal.Este control de gestión procesal se extiende a través de todo el proceso, sus etapas y las fases de estas etapas.

Este necesario control, no sólo obedece a razones prácticas justificadas en los errores judiciales que se traducen en ilegalidad y, en consecuencia, en injusticia, sino que también busca que los sujetos procesales (capítulo 4) puedan hacer efectivo bajo amenaza los principios fundacionales de la república democrática en materia de enjuiciamiento criminal de las personas sometidas a su jurisdicción. Se eslabonan así las *Bases* del capítulo 1 y su control mediante *Vías Impugnativas* de este último capítulo del *Manual* pensado como unidad funcional en lo jurídico y sectorizado en capítulos por razones de metodología de la enseñanza del DPP [1].

Enfocado desde la técnica procesal, Clariá Olmedo[2] enseña que la impugnación debe referirse al poder y actividad de las partes del proceso, y excepcionalmente de terceros, tendiente a conseguir la revocación, sustitución o modificación de un concreto acto de procedimiento por considerársele incorrecto o defectuoso, produciendo agravios en atención a su injusticia o a la anormalidad en su cumplimiento.

Así y con el propósito de que se reexamine lo resuelto por el mismo Juez que realizó el acto o dictó la resolución o por otro de jerarquía superior, se han establecido los medios de impugnación, siendo preciso entonces, distinguir cada una de las especies de este género, así diremos que el concepto de medios de impugnación es genérico y comprende todo medio de control bajo amenaza de impugnación, siendo una especie de ello los recursos, que están destinados a controlar sólo resoluciones jurisdiccionales (especie de actos procesales).

[1] Sobre la relación entre modelo jurídico y modelo didáctico ver Capítulo Cero, Precomprensión metodológica, Manual DPP, G. Vivas.
[2] Cfr. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, t. V., Bs. As., Ediar, 1967, p. 215., Ayán, Manuel, *Recursos en materia penal, ob. cit.*, ps. 36 y 37; Vivas Ussher, G., T° 2, cit., p. 440.

Representación gráfica de los medios de impugnación

Sanciones procesales	* Ineficacia probatoria * Nulidad * Inadmisibilidad * Caducidad * Preclusión	Actos procesales
La Queja Disconformidad		Irregularidades Decisiones fiscales
Recursos	* Reposición * Apelación * Casación * Hábeas Corpus * Amparo * Revisión * Inconstitucionalidad	Resoluciones jurisdiccionales Actos Actos y resoluciones Sentencias firmes Leyes

1. Las sanciones procesales

De acuerdo con el artículo 8 del Código Procesal Penal, el fin último del proceso es la realización pronta y efectiva de la justicia penal. Esta aspiración está estrechamente vinculada al cumplimiento de las formas del proceso, reguladas por la ley procesal, pues no es posible alcanzar el valor justicia atropellando las reglas sobre las que descansa la actividad procesal. Esto es, no hay otro camino hacia la justicia que el derecho.

Generalmente las normas procesales que regulan las formas esenciales del juicio criminal son de orden público y por ende no pueden eludirse, ni está condicionado su cumplimiento a la voluntad de los particulares, es por ello que la misma legislación se encarga de establecer ciertas sanciones, como afirma De La Rúa, tendientes a asegurar su cumplimiento mediante la conminación de invalidez del acto viciado.

Según este autor "*para eliminar los actos viciados, la Ley Procesal establece las sanciones procesales*". Pues desde su perspectiva "*el vicio de que adolece el acto es la causa de sancionabilidad*" y "*la sanción procesal consiste en privar al acto de los efectos producidos o que debía producir*".

Por sanciones procesales debe entenderse las amenazas que se ciernen sobre los actos procesales por el incumplimiento de formas prescritas por la Ley (inadmisibilidad y nulidad), o porque los poderes jurídicos de los sujetos procesales no han sido ejercidos adecuadamente (caducidad y preclusión)[3].

[3] Ayán, Manuel (ob. cit., p. 71) explica que quedan excluidas, entonces, las infracciones a normas que, aunque imperativas, sean simplemente indicativas o dejadas al ejercicio de un poder discrecional del tribunal. La distinción se muestra en el sistema de las sanciones con que se conmina la inobservancia de las formas sustanciales o de los términos perentorios, ya que no merecen igual tratamiento las formas secundarias o los términos puramente ordenatorios. Por ejemplo el CPP, 270 determina los requisitos estructurales de la denuncia sin imponer sanción a su inobservancia. Se dan a modo de instructivo para quien la produce y quien la recibe.

Aproximémonos ahora a un breve análisis doctrinario y legal sobre cada una de las sanciones procesales indicadas:

1.1. **La inadmisibilidad:** es la *limitación jurídica de ingreso* al proceso -nos dice - dirigida hacia aquellos actos que no satisfacen los requisitos previstos por una expresa disposición legal como condición de su validez[4].

Enseña De La Rúa que la "Inadmisibilidad, en general no aparece sistematizada en las Leyes, pero se suele hallar la previsión de ciertas formas consagradas bajo pena de Inadmisibilidad", así el CPP en el párrafo tercero del art. 199 expresa: "*Los medios de prueba serán admitidos sólo si son pertinentes y se refieren, directa o indirectamente, al objeto de la investigación; resultan útiles para la investigación de la verdad; y no son desproporcionados, ni manifiestamente excesivos en relación con el resultado que se pretende conseguir*" [5].

1.2. **La Ineficacia Probatoria:** Es la condición de exclusión procesal de aquellos elementos de prueba introducidos al proceso mediante la vulneración de garantías constitucionales o que son consecuencia necesaria de una vulneración constitucional [6].

El CPP, 200, establece que *"carecerán de eficacia probatoria los actos o hechos que vulneren las garantías procesales establecidas en la Constitución de la República y en los convenios internacionales relativos a derechos humanos de los que Honduras forme parte; así como cuántos sean consecuencia necesaria de tales actos o hechos y que no hubiera sido posible su obtención sin la información derivada de ellos...".*

1.3. **La Caducidad:** La doctrina tradicional la entiende como la sanción que produce la ineficacia del acto por haberse perdido el poder para cumplirlo, esto es, la ausencia de poder jurídico, requerido especialmente por la Ley para la realización válida de un acto procesal determinado, en función de haber transcurrido el plazo perentorio dentro del cual tal poder pudo ser y no fue ejercido[7].

1.4. **La preclusión:** Las normas que estructuran el proceso, regulan, aparte de las formas de los actos, el momento o término en que los mismos deben ejecutarse, de allí que cuando en el proceso se deja pasar sin utilizar el momento señalado por la norma para la realización de determinado acto, hablemos de la preclusión.

Para Couture este instituto es definido generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, a su juicio comprende: la pérdida de esa facultad por no haberse observado el orden u oportunidad dada por la Ley para la realización de un acto; por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra y, por haberse ejercido ya una vez válidamente, esa facultad.

Así, los actos del proceso se cumplen, de manera gradual y progresiva sucediéndose en etapas en función de un orden preclusivo (por ejemplo: a la fase preparatoria le sucede la intermedia y la de juicio, de las que no se puede retroceder para cumplir determinada omisión procesal).

[4] Vivas Ussher, G., *Manual*..., Cit, t. 2, , p. 442, en contraposición con la Nulidad que es *la condición jurídica de egreso* del proceso.

[5] Otros ejemplos de Inadmisibilidad los encontramos en el CPP, 317, cuando se indica que los medios de prueba serán propuestos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar, estableciendo la misma disposición que el Tribunal escuchando las partes resolverá por auto motivado sobre la admisión de las pruebas, reiterando que solamente podrán ser rechazados (inadmitidos) los medios de prueba manifiestamente impertinentes, inútiles o desproporcionados en relación con la finalidad probatoria que se pretende, o meramente dilatorios o cuando se trate de prueba ilícita.
En aquellos casos que no existe señalamiento expresó, la Inadmisibilidad entonces, evita que el acto ilegal ingrese al proceso, con el propósito de evitar defectos formales que lleven más tarde a declarar nulidades que bien se habrían podido evitar, aplicando la sanción de inadmisibilidad desde el inicio.

[6] Vivas Ussher,G., *Manual*..., cit. T° 2, ps. 443 y 53.

[7] Cf.,Vivas Ussher, G., *Manual*..., cit., p. 443.

Otro ejemplo lo encontramos en las normas a que está sujeta la nulidad, especialmente en el art. 167 de CPP relacionado con el último párrafo del 171, en lo atinente a los momentos procesales autorizados, bajo prevención de preclusión, para la reclamación de nulidad.

1.5. **La nulidad:** Es la clásica sanción procesal mediante la cual se privan de validez jurídica los actos realizados mediante la inobservancia de las normas esenciales de procedimiento y la infracción de los derechos y libertades fundamentales del individuo.

Para De La Rúa "*el acto que se aparta de la forma esencial pone en peligro el fin del proceso y por ello debe ser eliminado*". Así entonces "*la nulidad es el medio práctico para hacerlo*".

Sin olvidar que de igual manera la nulidad se justifica en el principio de orden público de que están revestidas las leyes procesales, siendo imprescindible en consecuencia, cuando se vulneran las formas esenciales, restablecer el orden jurídico quebrantado, sancionando con nulidad el acto viciado.

En nuestro ordenamiento jurídico está regulada tanto la nulidad sustantiva como la adjetiva[8], conviene entonces dejar claro, que la abordada en esta oportunidad es la segunda de las mencionadas, que sólo procede contra los actos procesales nacidos a la vida jurídica con infracción de las normas a que alude cada una de las hipótesis contenidas en el CPP, 166.

Del catálogo de actos procesales amenazados con sanción de nulidad que ofrece esta norma, se observa la marcada intención del legislador de garantizar la participación igualitaria de las partes en los actos del proceso, la intervención del imputado y su defensor, el cumplimiento de las normas esenciales de procedimiento y la vigencia de los derechos y libertades fundamentales del individuo. Resaltando a su vez, los principios de finalidad y de indefensión que se establecen como condiciones necesarias para anular los actos viciados regulados en los numerales 5 y 6 del mismo art. 166, que como adelante veremos son parte de los postulados que justifican la institución de la nulidad.

Estas nulidades procesales deben ser declaradas por el Juez o tribunal de oficio, o a petición de parte perjudicada, según sea el caso y, el trámite previsto es similar al de un incidente, pues aunque el antepenúltimo párrafo del art. 167 sólo establece que la pretensión anulatoria deberá ser motivada y resuelta *en audiencia* dentro de los tres días hábiles siguientes a su interposición, debe entenderse que el Juez o Tribunal ha de escuchar necesariamente a las partes previo a adoptar la decisión, según lo previene el art. 168, de igual manera se debe entender cuando la petición de nulidad se efectúe en cualquiera de las audiencias del tramite judicial. No así en la etapa preparatoria del debate que se convierte en *incidente* según los arts. 316, 317 y 320 del CPP.

Los efectos de la nulidad están regulados en el CPP, 169, y no es más que la pérdida del valor y efecto jurídico del acto viciado, mismo que en consideración al defecto de que adolece es privado de todo valor y eficacia en el proceso, en realidad el acto no es extraído físicamente del

[8] Para el Profesor Juan Amaldo Hernández Espinoza, en materia de Nulidades debemos hablar que existen Nulidades Sustantivas y Nulidades Adjetivas, dependiendo la fundamentación que se use en su planteamiento. Las diferencias que existen entre ambas son: en cuanto al origen, en cuanto al bien jurídico tutelado y en el procedimiento que se sigue para su declaración judicial. En las Nulidades Sustantivas se mira el acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y calidad o estado de las partes; mientras que en las Adjetivas se observa exclusivamente si en el procedimiento empleado para el reconocimiento de un derecho se cumplió con el precepto fundamental que garantiza el debido proceso, el derecho de defensa y la organización o estructura judicial. Es del caso señalar que mientras las nulidades Procesales deben declararse en el mismo proceso de donde surgen, generalmente por conducto del trámite incidental. Caso contrario las nulidades Sustantivas se tramitan a través del proceso ordinario. "Apuntes Sobre las Impugnaciones y Ejecuciones". Ed. Universitaria, Tegucigalpa, Honduras, septiembre 1996. P.18.

expediente, sino jurídicamente del proceso. Por lo que más bien lo que sucede, es que la sanción procesal invalida al acto dentro de los respectivos limites autorizados por la Ley.

Así entonces el CPP, 169, deja claro que la nulidad puede ser total o parcial (es decir sus efectos), según se anule el acto viciado y los realizados sucesivamente que dependan directamente de aquel (v. gr., el proceso iniciado con fundamento en un registro de morada realizado en forma ilegal, produce la nulidad, tanto del acto del registro como del proceso) o que siendo independientes las actuaciones posteriores al acto viciado o de contenido invariable en función de éste, sólo se producirá entonces la nulidad del acto ilegal (p. ej., la ausencia del defensor en el acto de la declaración del imputado, producirá la nulidad del acto, pero no de las actuaciones sucesivas independientes, mucho menos las de contenido inalterable en relación al acto viciado, como sería el mismo registro de morada realizado en forma legal en el proceso, previo a la declaración del imputado recibida en forma ilegal, esto es sin la presencia de su defensor).

En nuestro país la Corte Suprema de Justicia en reiterados precedentes ha establecido en forma contundente que "*solamente cabe la declaratoria de nulidad en los casos en que se haya atentado contra el derecho de defensa de una de las partes, en que se le haya perjudicado en sus intereses o en que se haya omitido un trámite de tal naturaleza que sin él la estructura toda del proceso se viene al suelo*".[9]

La doctrina procesal predominante ha definido algunos principios[10] que deben regir en el delicado campo de las nulidades, mismos que adecuadamente fueron reconocidos por el legislador en el nuevo CPP, veamos:

- **Principio de taxatividad, denominado de excepcionalidad en el CPP:** Consiste en que la inobservancia de las formas procesales sólo dan lugar a la nulidad de los actos, cuando la Ley así lo establece expresamente. Se trata entonces de que, frente a cada infracción especial que vicie el procedimiento, la Ley debe prever taxativamente la sanción de nulidad (así el artículo 166 del CPP).
- **Principio de trascendencia:** Enseña Couture que el postulado consiste en que "*no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio*". Se trata de buscar la *ratio* de la institución, distinguiendo entre el incumplimiento de la simple formalidad, carente de relevancia, con aquella que efectivamente

[9] En ampliación de lo expresado, la Corte Suprema de Justicia, en relación a este tema y buscando sentar las bases de los criterios que deben orientar las nulidades, en reiterados precedentes de amparo ha dejado establecido: "*... que los procesos deben tramitarse con el más absoluto apego a las normas contenidas en los ordenamientos procesales correspondientes, porque de olvidarse tales preceptos se estaría llevando el proceder judicial a una verdadera anarquía, pero no debe olvidarse que lo fundamental es que las partes tengan conocimiento de cuáles son los caminos que deben seguir, y que no exista la posibilidad de que una de ellas pueda ser sorprendida porque la otra se le adelantó por un atajo no previsto, ni previsible, todo con el fin de que las partes vean garantizado plenamente el derecho a defender sus intereses en un plano de igualdad, sin que haya margen para las tretas y ardides. Pero ello no obliga a que siempre, en todo caso,, tenga que dedicarse nulidad de aquellas actuaciones en las que de una u otra manera, no se hayan aplicado rigurosamente las formas señaladas por la Ley procesal, pues solamente cabe la declaración de nulidad en los casos en que se haya atentado contra el derecho de defensa de una de las partes, en que se le haya perjudicado en sus intereses o en que se haya omitido un trámite de tal naturaleza que sin él la estructura toda del proceso se viene al suelo*". Cf. Palacios Mejía José María, *De Litigante a Magistrado tras la Realización de un Sueño*, Baktún Editorial, 1ª. Ed, Tegucigalpa, 1998,. P.138.

[10] Cf. Palacios Mejía, J.M., Op. Cit., P. 130, para quien la nulidad como instituto se rige por principios fundamentales que deben orientar a los Jueces en su quehacer diario: 1) No toda irregularidad en el procedimiento tiene como sanción la nulidad; 2) Las anomalías que se dan en el proceso pueden ser convalidadas por el consentimiento expreso o tácito de las partes; 3) No puede reclamar la nulidad de una actuación que cuestionable por la parte que la haya provocado; 4) Si la resolución proferida con algún defecto de forma ha producido los resultados previstos para la marcha normal del proceso, no cabe declarar su nulidad; 5) Debe tenerse como norte que oriente al juzgador para declarar la nulidad de actuaciones, que ésta procede: a) Cuando se afecte el derecho de defensa de una de las partes; b) Cuando resulten lesionados los intereses de una de ellas; c) Cuando se omitan trámites de naturaleza esencial en el proceso sin los cuales no puede mantenerse en pie la estructura toda del mismo; d) Cuando quien intervenga ejerciendo la función jurisdiccional no esté legitimado para ello.

causa perjuicio y que en consecuencia vulnera los derechos fundamentales de defensa y debido proceso legal. Este principio se encuentra contenido en el CPP, 166, numerales 3 y 6.

Bajo criterios razonables, no podría justificarse la nulidad sin perjuicio efectivo, nos referimos a que producto del acto viciado resulten afectados realmente los intereses de una de las partes.

- **Principio de finalidad:** La aspiración es que a través del respeto a las normas procesales se desarrolle un proceso justo, limpio, equilibrado, que evite los excesos, por ello cuando se infringen las reglas esenciales de procedimiento se neutraliza consecuentemente no sólo la finalidad del acto ilegal sino la del proceso mismo.

  Entonces el postulado consiste en aclarar, que no hay nulidad si el acto procesal irregular ha logrado la finalidad deseada por la norma que lo regula (así el numeral 5 del art. 166 y numeral 3 del art. 170 supra indicados).

  Consecuencia de este principio es p. ej., lo preceptuado en el CPP, 159, cuando dispone que "*serán nulas las notificaciones* [...] *que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo. No obstante* -dice la norma-, *si la persona indebidamente notificada* [...] *no reclama la nulidad del acto, la diligencia producirá todos sus efectos como si se hubiera hecho con arreglo a las disposiciones de la Ley, lo mismo se observará cuando la correspondiente diligencia no se haya realizado en manera alguna, siempre que el notificado* [...] *se hubiere dado por enterado*".

- **Principio de convalidación:** Significa que salvo excepciones calificadas, los actos procesales viciados de nulidad, se convalidan o subsanan por el consentimiento expreso o tácito de las partes, al respecto véase el preámbulo y numerales 1 y 2 del art. 170 del CPP.

  Siendo la acción de nulidad el medio de impugnación para atacar los actos irregulares del proceso, en las diferentes oportunidades previstas en el artículo 167, una vez precluido el momento procesal autorizado para intentar la reclamación, el acto viciado se convalida por el consentimiento tácito de las partes.

- **Principio de protección:** Para Coutere "*la nulidad no es sino un medio de protección de los intereses jurídicos lesionados a raíz del apartamiento de las formas*". Dispone la ley procesal que no podrá pretender la anulación la parte que dio lugar a la causa de nulidad, de donde resulta uno de los principales efectos de este principio, cual es la protección de la parte inocente y afectada con el acto irregular, pues de lo contrario, se colocaría al infractor en la posibilidad de dar por válido el acto si le es favorable o cuestionarlo si lo estima adverso, panorama que no parece muy adecuado, por consiguiente de acuerdo con la prescripción legal indicada, rompiendo con las viejas prácticas anarquizantes del sistema, no puede ampararse en esta sanción procesal, el que ha dado lugar a la existencia del vicio de nulidad.

- **Principio de saneamiento:** Equivale (con las limitaciones establecidas en el segundo párrafo del CPP, 171) a la posibilidad de librar el acto procesal del vicio de que adolece. Manda el CPP en la norma precitada que los defectos deberán ser saneados de oficio o a instancia del interesado siempre que sea posible, revocando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido. Como se evidencia del contenido del precepto, el postulado tiene como propósito, evitar la declaración de futuras nulidades, por defectos enmendables vía corrección o saneamiento.

2. Los remedios procesales

Otra de las especies que comprende y que por ende da contenido al género medios de impugnación, de que hemos venido hablando, son los denominados *Remedios Procesales*, que sin ser, como en adelante veremos, propiamente recursos, son medios de objeción de actos y resoluciones judiciales, creados para corregir las fallas o errores en el desarrollo secuencial del proceso, con la posibilidad que la enmienda la haga el Juez de oficio o a petición de parte interesada.

Los remedios procesales son medios de impugnación que se intentan y resuelven por el mismo órgano judicial que dictó la resolución cuestionada, con el propósito de que reconsidere su decisión y la corrija con arreglo a derecho, si fuere el caso; mientras que los recursos, salvo excepción calificada, son conocidos y resueltos por otro órgano de grado superior en la organización judicial.

Como el proceso tiene objetivos claramente definidos, para evitar en lo posible perturbaciones innecesarias o la aplicación de futuras sanciones procesales, se han autorizado en el CPP varios **"instrumentos jurídicos"** (remedios procesales) que actúan como métodos de enmienda viabilizadores del recorrido normal del proceso penal, conforme a las reglas procesales vigentes, a saber:

2.1 La aclaración

Es el instrumento jurídico que le permite al órgano jurisdiccional antes de la notificación de la resolución, corregir los términos oscuros o ambiguos, enmendar los errores materiales o suplir omisiones en la parte resolutiva, siempre que el acto no implique modificación sustancial de la resolución[11].

La ratio de esta figura es la aclaración de las resoluciones judiciales y la enmienda de errores materiales u omisivos, por el propio Juez o tribunal que la profirió, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con el CPP, 142, el remedio procede contra cualquier género de resolución jurisdiccional, sin embargo debe dejarse claro, como lo indica el CPP en su art. 355 que el término para apelar no se suspende por la solicitud de aclaración[12].

2.2 El pronto despacho

Con el contenido del CPP, 143, párrafo segundo, el legislador corrigió un grave desafuero que entorpeció por mucho tiempo el sistema de justicia penal, al establecer que "*las solicitudes de las partes deberán ser resueltas dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su presentación*".

Para dar cumplimiento a esta disposición se introdujo en la misma norma la institución del "pronto despacho", conocida en nuestra cultura jurídica como ***pronta resolución*** (así el art. 85 de la Ley de Procedimiento Administrativo) que no es más que el recordatorio por parte del interesado al órgano judicial, en el sentido que resuelva en tiempo una petición efectuada con anterioridad.

[11] Vale decir que la facultad de aclarar y adicionar, no implica que los Jueces y Magistrados puedan variar o modificar el fondo de lo resuelto, pues aunque se efectúe a instancia de parte, no se trata de un recurso formalmente hablando, tampoco incluye la posibilidad de referirse a otros aspectos que no sean los que tenga que resolver la sentencia.

[12] Esta institución es muy familiar para los operadores de la justicia, en virtud que desde 1906 ha formado parte de nuestro ordenamiento jurídico, regulada en similares términos en el art. 195 del Código de Procedimientos (civiles).

Manda el Código que una vez presentado el pronto despacho el órgano judicial deberá resolver la solicitud dentro de las veinticuatro horas siguientes.

2.3 La revocatoria

Manda el CPP que la resolución que imponga una medida cautelar, así como la que la rechace o sustituya por otra, podrá revocarse o reformarse de oficio o a petición de parte, cualquiera que sea el estado en que el proceso se encuentre.

Bajo este contexto, la revocatoria es un auténtico remedio procesal en consideración que le permite al órgano judicial de oficio o a petición de parte, reexaminar lo decidido en cuanto a la aplicación, rechazo y sustitución de medidas cautelares. Para el caso de la prisión preventiva, el trámite de la revocación o sustitución se encuentra contenido en el CPP, 189 y comprende la celebración de una audiencia oral con plazos puntualmente fijados e intervención de las partes.

2.4 El saneamiento

Ordena la Ley Procesal, el saneamiento de oficio o a instancia de parte interesada de los defectos procesales, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, siempre que esto sea posible.

El saneamiento se encuentra regulado en el CPP, 171 y su contenido es coherente con la previsión de rectificación para las resoluciones judiciales que adolezcan de errores materiales, aritméticos o de cálculo, según el último párrafo del art. 142 del mismo cuerpo legal indicado.

Es tanta su importancia en el CPP, que los vicios de la sentencia que no constituyan motivo de casación por quebrantamiento de forma, serán saneados de oficio por el tribunal o a petición de parte; incluso lo serán los errores de derecho que aparezcan en la fundamentación de una sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutiva, los que no darán lugar a la nulidad, pero deberán ser corregidos; igualmente serán corregibles por la vía del saneamiento los errores materiales en la designación o en el cómputo de las penas o de las medidas de seguridad.

Lógicamente que la posibilidad de saneamiento, tampoco puede anarquizar el proceso, produciendo retrasos injustificados, de allí entonces, la importancia del límite de retrotraer el proceso a períodos ya *precluidos* bajo pretexto de saneamiento, según lo establecido en el último párrafo del art. 171.

La posibilidad de corregir o enmendar de oficio defectos que podrían acarrear consecuencias negativas en el proceso, convierte a este instrumento jurídico en un real y efectivo remedio procesal.

3. Otros controles judiciales

Hasta ahora hemos hablado de las sanciones y los remedios procesales, restándonos por agrupar, antes de tratar los recursos, dos instrumentos jurídicos valiosísimos, como lo son la *queja* y la *disconformidad*, que sin ser auténticos recursos, para los efectos del esquema didáctico de este trabajo, sin duda alguna quedan comprendidos dentro del género "medios de impugnación" y por ende se convierten: la primera en un medio eficaz de verificación de las irregularidades propias del Juez y la segunda en un adecuado mecanismo de control de legalidad de las decisiones que adopte el fiscal concluida la investigación inicial, veamos:

3.1. La queja

Es un instrumento jurídico especial que tiene como finalidad posibilitar a las partes la acción de denuncia ante un órgano superior, de las faltas, abusos o cualquier género de irregularidad cometidas por el Juez conocedor de la causa en el ejercicio de la jurisdicción, a fin de que cese el proceder arbitrario y se deduzcan las responsabilidades disciplinarias atinentes.

El CPP le denomina recurso de queja y lo regula en el párrafo segundo del art. 143, especialmente para controlar el término de 24 horas en que el Juez debe resolver el pronto despacho, intentado oportunamente, obviamente sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se incurra por tal omisión.

Para nosotros, lejos de los recursos, que tienen como fundamento atacar los errores o vicios de una resolución, la queja ha sido concebida, bajo un examen integral de nuestro derecho positivo en el marco judicial, como un medio para controlar irregularidades propias del Juez y evitar retraso en el despacho de las peticiones formalmente planteadas[13].

3.2 La disconformidad

El CPP establece un sistema de control jurisdiccional de oficio sobre las decisiones adoptadas por los representantes del Ministerio Público, una vez concluidas las investigaciones iniciales, en la etapa preparatoria.

Este instrumento consiste en que el Juez que no esté de acuerdo con la solicitud del Fiscal en el sentido que se dicte sobreseimiento, autorice la suspensión condicional del proceso, o se siga el procedimiento abreviado, tiene la facultad de hacerlo saber al superior del fiscal, mediante resolución fundada, quien se pronunciará en los cinco días hábiles siguientes, ya sea nombrando promotor fiscal, para que formule requerimiento si está de acuerdo con el Juez disconforme o ratificando la petición del Fiscal, en este último caso dice la ley (art. 299) el Juez resolverá de conformidad.

Otro aspecto importante de la disconformidad, es que tratándose de una decisión o solicitud fiscal y no de una resolución judicial, no se encuadra dentro de los lineamientos de las sanciones procesales ni de los recursos formalmente hablando, por ello hemos creído conveniente darle un tratamiento distinto en esta oportunidad, sin perder de vista que su finalidad es el **control de legalidad** de las decisiones del Fiscal concluidas las investigaciones iniciales[14].

[13] Su origen se remonta a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1885, figurando actualmente en el ordenamiento jurídico nacional que regula la función jurisdiccional, concretamente en los artículos 28, 43 y 57 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, siendo complementaria esta última disposición al párrafo tercero del art. 143 del CPP, en el sentido de que la queja procede además por cualquier tipo de faltas cometidas por los Jueces en el ejercicio de sus funciones.

[14] Esta figura es coherente con lo preceptuado por la Ley del Ministerio Público en sus artículos 5 y 11, en lo relativo a los principios de unidad de actuaciones, dependencia jerárquica, y a la facultad del superior de enmendar mediante escrito razonado, los errores en los pronunciamientos o solicitudes del inferior, hasta turnar el caso, si fuere necesario a otro Fiscal para su seguimiento.
No obstante lo expresado, un medio de control de tal naturaleza de las decisiones del órgano requirente, no nos parece tan consecuente con la estructura misma del sistema acusatorio en que se fundamenta el nuevo CPP, ya que si se han separado las funciones de investigar y juzgar, para lograr mayor imparcialidad, este sistema de oposición a lo decidido y solicitado por el Fiscal, pone en seria duda las decisiones sucesivas del Juez llamado a ser un verdadero tercero imparcial.

4. Disposiciones generales y comunes a todo recurso

4.1. Generalidades

Como parte del derecho de acción, en el proceso penal, se encuentran estructurados los recursos que son los medios técnicos de impugnación y subsanación de los errores *in procedendo* o *in iudicando* que pueda adolecer una resolución judicial, impetrados para lograr la revisión de una resolución judicial.

Mediante los recursos el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho busca posibilitar el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, garantizando el control técnico de las decisiones judiciales materializadas en el proceso, enriqueciendo la función decisoria la ingerencia de las partes privadas y públicas recorriendo[15] el itinerario jurisdiccional seguido durante el proceso.

Los problemas que plantea la aplicación de la Ley Penal, en el recorrer de un proceso, no son sencillos, aunque *prima facie* lo parezca, pues el Juez se encuentra ante la imperiosa exigencia de cumplir con la legalidad tanto en la instrucción del proceso, como en la aplicación del derecho, que no solo implica conocimientos técnicos jurídicos sino también un adecuado razonamiento, que como la lógica nos indica se puede ver afectado por el error o la apreciación equivocada del ser humano que encarna la figura del Juez.

La necesidad entonces, de corregir el agravio justifica el sometimiento de la resolución injusta al nuevo examen o revisión ante el propio Juez o Tribunal que la dictó u otro de grado superior, pues como es sabido en el proceso penal se dictan medidas restrictivas de derechos fundamentales, se imponen penas, medidas de seguridad y se adoptan diferentes resoluciones que eventualmente pueden ser desproporcionadas e ilegales, ante las cuales el agraviado debe estar posibilitado para impetrar el reexamen y lograr una resolución razonable sobre la cuestión puntual debatida.

Enseñaba Couture que la sentencia por si misma "no es un acto perfecto", por lo que con el correr de los años los sistemas procesales han ido afianzando los sistemas de control orientados a lograr la aplicación correcta y uniforme de la Ley, admitiendo de esta manera que como acto humano no puede considerársele infalible al error humano.

4.2. Aproximación conceptual

Para Hinojosa Segovia el recurso puede concebirse "*como aquel acto de parte por el cual se solicita la modificación de una resolución, que produce un gravamen al recurrente, en el mismo proceso en que aquella fue dictada*".

Clariá Olmedo lo entiende como "*el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta, y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable*".

Nosotros de manera sencilla diremos, que los recursos son los medios técnicos de impugnación de que dispone la parte agraviada en juicio para lograr la revisión de una resolución judicial que adolece de errores *in procedendo* o *in iudicando*, por lo cual se considera ilegal o injusta.

[15] Recurso es, según el diccionario de la lengua, "vuelta o retorno de una cosa al lugar de donde salió". Etimológicamente el vocablo proviene del latín jurídico *recursus*, de igual significado (en el lenguaje común de la época clásica significaba solamente "retroceso", del verbo *recurere*, "correr hacia atrás, o de vuelta").

El reexamen supone un acto procesal de parte que se intenta ante el mismo órgano que decidió el asunto (como sucede con la reposición) o ante otro de grado superior (como es el caso de la apelación y la casación), que en general se traduce en un sistema de control interno de las decisiones jurisdiccionales que busca la aplicación correcta de la ley para evitar en lo posible como ya dijimos, ilegalidades e injusticias.

4.3. Caracteres del acto

El recurso como acto jurídico procesal de parte, autorizado por la Ley, presenta varios caracteres propios que lo singularizan y que conviene recordar:

- La interposición del recurso es una clara manifestación de voluntad del sujeto autorizado para interponerlo, que es quien decide libremente recurrir o no una resolución judicial, en pleno ejercicio de su "autonomía de la voluntad," esto implica además, la posibilidad de consentir una resolución injusta, sólo objetarla parcialmente, e incluso desistir del recurso interpuesto.
- Como afirma Manuel Ayán[16] "*es un acto indispensable y de cumplimiento oportuno*", es decir que la parte directamente afectada para posibilitar el reexamen, necesariamente debe en el momento procesal adecuado impugnar la resolución cuestionada, pues de lo contrario opera el consentimiento tácito.
- Deben cumplirse los requisitos establecidos en la Ley Procesal, que operan como condiciones básicas de admisibilidad (v. gr. qué resoluciones se pueden recurrir, ante quien, tiempo y modo de recurrir) su inobservancia generalmente se castiga con la inadmisibilidad del recurso.
- El agravio. El nuevo derecho procesal penal, no concibe el uso del derecho recursivo por quien no tenga interés directo en los perjuicios que eventualmente pueda causar una resolución ilegal o injusta, pues siguiendo las enseñanzas de Couture el agravio no es más que el perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución judicial causa a un litigante.

4.4. Finalidad del derecho recursivo

Hemos venido explicando que los recursos son medios de control que la ley procesal concede al agraviado para elevar su voz de objeción contra una resolución judicial que considera injusta. Conviene entonces en este apartado reflexionar sobre la teleología del derecho recursivo, partiendo de la base de que el nuevo derecho procesal penal aspira a un proceso limpio con todas las garantías judiciales, es decir un debido proceso legal que asegure la correcta aplicación tanto del derecho procesal como del sustantivo o material.

Ahora bien, prevenidos con anterioridad sobre las dificultades que envuelve esta tarea Constitucional (juzgar) confiada a los Jueces, donde como es lógico puede aparecer el error humano, se han estructurado en el CPP los recursos cuya última finalidad es que a través del reexamen el propio órgano que dictó la resolución impugnada u otro de grado superior la pueda **enmendar con arreglo a derecho,** desde luego que esa corrección en nuestro derecho se traduce en revocación, reforma o conformación del acto impugnado.

[16] Ayán, Manuel, *Recursos en materia penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985.

Todo con el propósito de lograr la correcta, general y uniforme aplicación del orden jurídico penal vigente, por lo que se puede distinguir diversas finalidades que cumple el sistema de control interno de la gestión jurisdiccional asignado a los recursos, a saber:

a) *La* finalidad inmediata, *como nuevo examen de la cuestión resuelta en el pronunciamiento impugnado.*
b) La *finalidad mediata* del recurso estriba en obtener la revocación, modificación o anulación de la resolución impugnada.
c) La *finalidad remota* o de política procesal, se reconoce también en los recursos una función política de unificación y de orientación de la jurisprudencia, si bien esto se encuentra fuera del debido proceso y del juicio previo en su consideración en el caso concreto de la garantía constitucional de impugnar las resoluciones agraviantes [17].

Esto último permite observar a la Suprema Corte, en tanto que máximo tribunal *ad quem*, como legislador positivo por vía de casación[18] y como legislador negativo[19] por vía de inconstitucionalidad. Esto no vulnera el principio de división de poderes, sino que es control condición de sus controles recíprocos [20].

5. Fundamento del derecho a los recursos

5.1 Fundamentos de orden legal

5.1.1. En la Constitución de la República

El derecho a los "recursos" en el proceso penal tiene su fundamento en el artículo 82 de la CR que garantiza el derecho de defensa y de acción cuando expresa: "*el derecho de defensa es inviolable. Los habitantes de la República de Honduras tienen libre acceso a los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes*". Sin embargo es necesario aclarar que este derecho de defensa no corresponde únicamente al procesado, sino que a cualquier persona que por medio del derecho de acción pida a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos.

Esta cualidad de inviolabilidad de que goza el derecho de defensa y que el constituyente de 1982 cuidó dejar claramente garantizado en la CR, implica entre otros derechos, los siguientes: derecho a la intimación; a información sobre la imputación; libre acceso a los Tribunales; a contar con defensa técnica y material; derecho a ofrecer y contradecir pruebas y a impugnar resoluciones judiciales.

Claro está que el derecho a recurrir se entiende observando los lineamientos del orden jurídico procesal penal vigente, pues no se trata de intentar cualquier recurso, sino de aquellos autorizados por la ley para provocar la revisión de la resolución cuestionada, según el caso de que se trate.

[17] Ver nota 46 en página 35.

[18] El CPP, 360, establece que "*Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, cuando* [...]" y "*Se entenderá por doctrina legal la reconocida como tal por la Corte Suprema de Justicia, por medio de tres (3) sentencias conformes sobre un mismo asunto*".

[19] Bacigalupo, E., *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Bs.As., 1999, p. 18, quien siguiendo a Kelsen, H., explica que "[...] la principal diferencia entre un Tribunal Constitucional y un Tribunal ordinario civil, penal o administrativo consiste en que estos últimos sólo producen *normas individuales*, mientras que el primero, al declarar la inconstitucionalidad de una ley, anula una *norma general*, lo que significaría producir un *actus contrarius* que lo convierte en un *legislador negativo*", cursivas del original.

[20] Pero siendo la Suprema Corte de Justicia el único Tribunal que crea doctrina legal (CPP, 360) mediante su *jurisprudencia*, la función implica un compromiso republicano y democrático (CR, 4) diciendo el derecho en forma prudente (*iuris prudentia*) y renovada según los tiempos, por aquello de Woodrow Wilson de que la Corte Suprema es una convención constituyente en sesión permanente, por lo que la Constitución dice lo que la Suprema Corte dice lo que la *Constitución* dice, incluyendo –obviamente- CR, 205, inc. 1, tercer supuesto.

Así afirma De Diego que "*el derecho al recurso, como garantía de las partes en el proceso y no sólo de una de ellas, ha de acomodarse a lo establecido por las leyes que los regulan, sin limitaciones infundadas pero también sin concesiones que las eliminen*".

Una vez permitido el recurso por el ordenamiento, la parte que se considere afectada por una resolución judicial, está en su legítimo derecho de hacer uso del mismo, no sólo en fundamento al derecho de defensa, sino por el libre acceso a los tribunales que la CR le garantiza mediante el derecho de acción. Por ello afirmamos que se ultrajan estos derechos cuando por criterios arbitrarios y excesivamente formalistas se obstaculiza o impide la tramitación de un recurso legalmente permitido.

En el mismo sentido la CR, 90, primer párrafo, da plena vigencia al derecho fundamental del debido proceso, prescribiendo que "*nadie puede ser juzgado sino por Juez o Tribunal competente con las formalidades, derechos y garantías que la Ley establece*". De donde resulta la imperiosa necesidad de encuadrar el proceso dentro de las previsiones establecidas en la Ley Procesal, respetando los derechos constitucionales y las garantías judiciales establecidas en la Ley, y los tratados internacionales suscritos por Honduras[21].

Por tanto, de conformidad a lo expresado, la negación arbitraria e injustificada del acceso al sistema de recursos instaurados en la Ley Procesal infringe el derecho al debido proceso con todas las garantías constitucionales y derechos humanos fundamentales.

5.1.2. En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

Los pueblos del orbe agrupados en la Organización de las Naciones Unidas y, a su vez, los de América en la Organización de Estados Americanos, concientes del abuso y menosprecio con el que los diversos sistemas a través de la historia han tratado a la propia humanidad, mediante la vía de los convenios internacionales relativos a la materia y bajo el liderazgo de los organismos indicados, han creado todo un estamento jurídico fundado en el respeto de los derechos esenciales del ser humano, que no sólo implica obtener el compromiso político de los estados suscriptores, sino que además, asegurar el respeto universal y efectivo de esos derechos y libertades fundamentales, los que en la mayoría de los casos ya eran contenidos por las respectivas constituciones de los países miembros de tales organizaciones internacionales.

Bajo este orden de ideas, en nuestro país la CR declara que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado hondureño, lo que es consecuente con los propósitos inspiradores de estos instrumentos y en su artículo 16, párrafo segundo, manda que los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno y a su vez establece en el art.18, que en caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero, de donde resulta conveniente para los propósitos de este desarrollo recordar brevemente las prescripciones contenidas en esos instrumentos sobre el derecho a los recursos, que como son parte de nuestro ordenamiento interno al haber sido ratificados constitucionalmente, son reales y verdaderas garantías judiciales que dan contenido al derecho fundamental del debido proceso, veamos:

[21] Así el Tribunal Supremo en reiterados antecedentes de Amparo ha estimado violatorias al debido proceso las resoluciones en que algunas Cortes de Apelaciones han declarado desiertos los recursos de Apelación interpuestos por los representantes del Ministerio Público, contra sobreseimientos definitivos, dejando claro que contra estas resoluciones procede el recurso de apelación de conformidad con el trámite establecido para las apelaciones de sentencias definitivas.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 8 dice: "*toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley*" [22].
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966, en su art. 14 numeral 5 dispone: "*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme con lo prescrito por la Ley*" [23].
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, establece como garantía esencial en su art. 8.2 literal h, el "***derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior***". Lo que a su vez aparece regulado con mayor amplitud en el art.25 de ese mismo instrumento.

Bajo el comprendido de que las declaraciones, derechos y garantías enumeradas en la CR no son entendidas como negación de otras no especificadas, que según la misma ley suprema, nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre, estos derechos y garantías contenidas en los instrumentos internacionales, entre ellos el derecho a los recursos, abordado en esta oportunidad, son de efectiva existencia en nuestro ordenamiento jurídico, controlables en caso de infracción en el proceso penal, mediante la acción constitucional de amparo, por violación al derecho fundamental del debido proceso, obviamente una vez agotada la posibilidad del recurso de hecho autorizado por el CPP.

En este mismo sentido obsérvese el contenido del art.1 del CPP donde el legislador ha reafirmado enfáticamente la necesaria observancia en el proceso penal, de los principios contenidos en la CR y los Tratados Internacionales, como bien lo hemos recordado en este apartado.

5.1.3. El derecho a la tutela judicial efectiva

Doctrinariamente este derecho se define como la utilización reglada de todos los instrumentos procesales que sean necesarios para la satisfacción de los intereses de las partes y, en especial, para la obtención de una sentencia motivada y congruente con lo solicitado que pueda, en su caso y conforme al procedimiento previamente establecido, ser revisada por un órgano jurisdiccional superior y que cuente, además, con garantía para su ejecución [24].

[22] Nótese que el precepto reconoce el derecho *Erga Onnes*, de donde se infiere como así lo dice el enunciado que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo" sin que quepan distinciones de ninguna naturaleza, para hacer uso del derecho, salvo las prescripciones formales a que está sometido el sistema de recursos en el país de que se trate.

[23] Este enunciado fundamental debe ser entendido en coherencia con lo dispuesto en el art .8 de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos y el derecho recursivo vigente instaurado en el CPP, donde toda parte agraviada y legitimada en juicio tiene derecho a recurrir, incluyendo por supuesto a los agentes del Ministerio Público.

[24] En países como España donde este derecho aparece regulado en la Ley primaria, el Tribunal Constitucional ha fijado posición jurisprudencial en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende: acceso al sistema judicial, conseguir una resolución fundada en derecho, obtener la ejecución de la sentencia y ejecutar los recursos legalmente previstos. A nuestro entender este derecho se encuentra implícito en el marco constitucional hondureño, partiendo de lo dispuesto en el preámbulo y art. 1, donde se asegura a los habitantes el goce de la justicia, art. 82 que garantiza el derecho de acción y de defensa, art. 304 que confiere la facultad exclusiva a los órganos jurisdiccionales de aplicar las leyes a los casos concretos, juzgar y ejecutar lo juzgado y en el art. 305 donde categóricamente se establece que solicitada la intervención en forma legal y en asuntos de su competencia los Jueces y Magistrados no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio u oscuridad de las leyes, postulado que a su vez regula la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, en su art. 9.

En consecuencia, se niega injustificadamente la tutela judicial cuando con decisiones infundadas o arbitrarias se imposibilita el acceso a la justicia o a los recursos legalmente autorizados; en particular si se piensa que "una sentencia arbitraria nunca puede ser justa"[25].

5.2. Fundamentos técnicos

Como las resoluciones judiciales no son infalibles al error y existe como ya estudiamos suficiente fundamentación legal y constitucional para criticarlas cuando ocasionan perjuicio o gravamen a cualquiera de las partes legitimadas en juicio, resulta imperativo, entonces, abordar desde el punto de vista técnico, los errores en que puede incurrir el Juzgador al decidir un asunto penal, partiendo de la base que "*la legalidad de los actos procesales que se cumplen durante la tramitación del proceso está dada por su adecuación a las reglas técnicas receptadas por la normas sustanciales y procesales*"[26]. Por ende no sólo se exige al juzgador en el proceso penal circunscripción a las reglas procedimentales, sino que también un juicio inteligente y coherente en la aplicación e interpretación de los preceptos sustantivos que resuelven en todo caso el fondo de lo debatido.

Al apartarse el juez de las primeras, o razonar inconsistentemente, esto es equivocadamente sobre las segundas, incurre en dos clases de errores (o vicios), in procedendo o in iudicando, que constituyen los **fundamentos técnicos de los recursos.**

Por eso se acepta que el recurso como acto procesal de parte, implica la demostración de un vicio o error en la decisión objetada, que ocasiona perjuicio o gravamen al recurrente, en consideración de lo cual se le estima injusta.

5.2.1. Error in procedendo

Para Couture este vicio "*compromete la forma de los actos, su estructura externa y su modo natural de realizarse*". Se trata de un error de actividad, un vicio en el procedimiento, que afecta actos concretos del proceso o de la sentencia misma, que en consideración a su irregularidad genera consecuencias negativas para el afectado, como sucede p. ej. cuando se le restringen ilegalmente derechos fundamentales al imputado, se limita la intervención de las partes en el proceso, no se admite un acto concreto de prueba que más tarde ocasiona indefensión, o no se establecen en la sentencia clara y terminantemente los hechos probados o ya estableciéndolos sean estos contradictorios entre sí. En realidad lo que sucede es que el vicio contamina o hace defectuoso el acto o resolución que pone en serio peligro los fines del proceso, en consecuencia se hace necesario privar el acto de su valor y efecto, ya sea vía sanción procesal o mediante los recursos permitidos.

En todo caso, por su trascendencia, el legislador ha dejado establecido cuáles son los vicios *in procedendo* que dan lugar a la sanción procesal de nulidad y al recurso de casación por quebrantamiento de forma, lo que nos indica que no es cualquier infracción al procedimiento que justifica el recurso fundado en el vicio in procedendo, sino las impuestas por normas de acatamiento imperativo, de modo que su violación ocasione una sanción procesal[27].

[25] Bacigalupo, E., *Principios* ..., cit., p. 33.
[26] Vivas Ussher, G., *Manual* ... cit. p. 455.
[27] Vivas Ussher, G., *Manual*, cit., p. Cit.

5.2.2. Error in iudicando

La sentencia, en el proceso penal reviste singular importancia, en consideración a que agotada la actividad operativa de los tribunales, motivada por el ejercicio de la acción, decide necesariamente las cuestiones de fondo discutidas en el proceso. Es aquí donde se puede ver comprometido el juicio del juez, como operación lógica intelectual materializada en la sentencia, ya que sus pronunciamientos (de condena o absolución) se fundamentan en los preceptos de orden sustantivo aplicables al caso.

Por eso se afirma que cuando el juez infringe la ley por falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea o viola los principios de la lógica en el silogismo de la sentencia, estamos ante un ***vicio in iudicando*** que como fundamento técnico posibilita la vía recursiva, ya no por vicios de forma, sino por cuestiones de fondo (aunque en el CPP estén regulados como vicios de forma). Lo mismo sucede p. ej., cuando el juicio del Juez se ve afectado por evidente error de hecho en la apreciación de la prueba, pues tal equivocación tiene consecuencia en el fallo de fondo y puede ser demostrada técnicamente hablando, mediante los recursos de apelación y casación (así el art. 412.2 del Código de Procedimientos Penales de 1984 y numeral 2 del art. 362 del CPP).

Gustavo Vivas distingue con sacramental nitidez entre **vicio in iudicando ante los hechos y vicio in iudicando ante el derecho**, en relación al primero expresa que "se está en presencia de un vicio *in iudicando in facti* cuando el juicio del tribunal recae sobre la reconstrucción conceptual del hecho, por haber sido fijado con error sobre la edificación conceptual de la verdad histórica legalmente demostrada". En cuanto al segundo enseña que "se está en presencia de un vicio in iudicando in iure cuando el error en el vicio de tribunal se aloja en la inteligencia de la norma que al caso según los hechos fijados se debe aplicar".

En otras palabras, como la sentencia es un todo que va desde el *factum* (hechos probados) al *ius* (derecho aplicable) el vicio in iudicando del juzgador se puede manifestar tanto el uno como el otro, según se ha expuesto.

- Vicios
  - In procedendo
  - In iudicando
    - In facti
    - In iuri

Lo anterior presume la distinción entre hecho y derecho. Este par ordenado HECHO-DERECHO, con una tradición de 25 siglos desde el derecho romano, es una categorización clásica [28] en el instrumental de todo jurista que se precie de tal.

6. El derecho recursivo y recursos en particular

En el Libro tercero Título I Capítulo único del CPP, se hacen explícitas las disposiciones generales que diseñan el derecho recursivo, que como son comunes a todos los recursos, con propósitos didácticos, descriptivos y explicativos pasamos a desarrollar sistemáticamente, centrando nuestro esfuerzo, no en comentar las normas, sino más bien, por un lado en identificar los principios generales (6.1.) que orientan la actividad impugnativa impuesta por tales normas como modelo procesal, y de otro, las cuestiones que determinan los alcances del derecho recursivo (6.2.) relativas a la impugnabilidad subjetiva y objetiva, procedimiento recursivo y los efectos de los recursos.

Los alcances del derecho recursivo contestan a las preguntas de:

- ¿Quién puede recurrir? (recurribilidad subjetiva).
- ¿Qué se puede recurrir? (recurribilidad objetiva).
- ¿Cómo recurrir? (procedimiento recursivo).
- ¿Para qué recurrir? (efectos de los recursos).

[28] Cf. Vivas Ussher, G., *Manual* .., cit. Pp. 457 y ss., para quien "Aquí estriba el problema fundamental que domina esta materia, esto es, las ya célebres *cuestiones de hecho* y *cuestiones de puro derecho*. Distinguirlas resulta extremadamente sencillo en determinados casos, en otros —muy por el contrario— resulta una operación de alta complejidad, y entre estos dos extremos existe una amplia **zona de penumbra**. La dificultad se ha hecho más intensa y sutil cuando en la práctica se ha tenido que determinar la procedencia formal de los recursos limitados en sus **motivos**. Según la opinión dominante, el pensamiento romano estuvo penetrado en la antítesis *factum-iuris*, aspectos que también se han considerado al tratar el principio de verdad, enfocado como garantía en el Capítulo 2 de este manual, y de plena aplicación aquí. Sin embargo, la doctrina moderna ha negado la identificación de los procedimientos desenvueltos en las dos etapas con el *ius* y el *factum*.
Vélez Mariconde considera como notas diferenciales las actividades realizadas por el sujeto procesal frente a ellas, sea *valorando* (elementos de prueba) o *subsumiendo* (hechos reconstruidos conceptualmente), de manera tal que las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho aparecen como "el resultado de la diferencia entre los juicios lógicos que ellas exigen: las primeras derivan de juicios sobre el valor de los elementos de prueba reunidos, y el órgano jurisdiccional actúa entonces como un historiador (a pesar de que de la ley emanan limitaciones) que ***reconstruye la realidad sospechosa de criminalidad***; *las cuestiones de derecho, en cambio, exigen juicios de valor jurídico-penal donde se compara esa determinada realidad, ya concretamente verificada, con las normas de derecho, de tal modo que no implican más que una valoración jurídica de una concreta situación de hecho, o sea, calificación o* ***subsunción legal***".
Pero la elaboración conceptual de la antítesis *factum-ius* encuentra su máxima expresión en la teoría que concibe la sentencia como un silogismo. Se parte de la idea de que no se puede negar que la sentencia contiene un juicio lógico, el cual, como todo juicio, debe ser el resultado de un silogismo. Según esta teoría el silogismo de la sentencia judicial resulta del razonamiento que va desde la ley, o premisa mayor, al hecho, o premisa menor, para extraer la necesaria conclusión: la resolución. En este último orden de ideas, Ricardo Nuñez sostiene que los juicios o razonamientos que atañen a la ley (**premisa mayor**) involucran siempre **cuestiones de puro derecho**, sustancial o material. Estos juicios se desenvuelven dentro del ámbito de lo que suele denominarse inteligencia o interpretación de la ley, y en ellos la actividad del juez y de las partes tiende a descubrir y determinar el significado del precepto legal. En el sistema del pensamiento de Nuñez —explica Ayán— los juicios o razonamientos que se relacionan con **la premisa menor**, esto es, con la configuración especial del hecho justiciable, que tienden a comprobar la existencia de las particulares circunstancias físicas y morales que lo constituyen, **son cuestiones de puro hecho**. Se desenvuelven en el ámbito de la actividad probatoria del juez y de las partes, la cual comprende todos los razonamientos sobre el significado del material probatorio, respecto de la determinación de los hechos de la causa y que concluyen en la configuración de éstos.
La ley penal sustantiva contiene *institutos* jurídicos, es decir, previsiones específicas que regulan el ejercicio de la potestad represiva del Estado (*ius puniendi*), en caso de concretarse probatoriamente el hecho hipotetizado en la norma represiva. Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto jurídico, involucra, precisamente, **cuestiones de puro *derecho***, esto es, materias que pueden ser tratadas con absoluta prescindencia de los hechos de la causa. Constituyen actividades intelectivas que operan con material deóntico, es decir, en un nivel exclusivamente normativo, o como tradicionalmente se suele decir, la intelección normativa sucede en "el mundo del deber ser". En la tarea de definir los alcances de la norma pueden plantearse problemas de interpretación que tienen sus propias reglas dentro de la dogmática jurídica, de entre las cuales lo más común suele ser lo que significa cada expresión utilizada en la redacción de la norma (interpretación literal, y luego semántica). En cambio, constituyen **cuestiones de puro *hecho*** las materialidades que sustentan los conceptos e institutos jurídicos, vale decir, los acontecimientos históricos ocurridos en la vida cotidiana. En una palabra, son cuestiones de hecho las relativas a la "estructuración subjetiva y objetiva, física y psíquica de lo sucedido", tales como la individualización de los sujetos, activo y pasivo, y las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución del hecho. Se trata de acontecimientos "del mundo del ser", es decir, de contenido estrictamente ontológico. El prof. Manuel Ayán ejemplifica lo anterior: en el "ardid estafatorio son cuestiones de hecho las tocantes a la materialidad de los artificios realizados por el autor, las condiciones mentales y culturales de la víctima y los efectos de los artificios en el ánimo de ésta; relativo al estupro, serán cuestiones de hecho las atinentes a la materialidad del acceso carnal, la edad y experiencia o inexperiencia sexual de la menor, el elemento anímico" (dolo o culpa) de la conducta desplegada por el autor, el querer matar o el querer lesionar, etcétera".

Veamos:

6.1. Principios generales

6.1.1. Principio de taxatividad de las impugnaciones

El legislador dejó regulado expresamente qué resoluciones se pueden recurrir, cuando dispuso en el art. 347: "*las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios, en los casos y en las condiciones de tiempo y forma establecidas en este Código*". Así p. ej., el art. 354 establece el catálogo de las resoluciones apelables y el art. 359 define las sentencias susceptibles del recurso extraordinario de Casación. De modo que para recurrir es preciso identificar si la resolución es recurrible (impugnabilidad objetiva) y qué medio de impugnación (procedimiento recursivo) se ha autorizado para su objeción.

6.1.2. Principio dispositivo

Como lo apuntamos al hablar de los caracteres del acto de impugnar, la "autonomía de la voluntad" de las partes es la que se manifiesta en la decisión de impugnar o no una resolución judicial. Conforme a este principio las partes ostentan la facultad de manifestar su voluntad de impugnar, haciendo uso de los recursos permitidos, o por el contrario, renunciando al derecho de recurrir, conformándose con la resolución de que se trate. Afirma Fabricio Guariglia que las consecuencias del principio son múltiples: "*Posibilidad de atacar parcialmente la resolución, tolerando la parte no recurrida, la posibilidad de desistir del recurso interpuesto, como resultado obvio, la posibilidad de tolerar pacíficamente la resolución adversa, renunciando al derecho de recurrirla*". Así el CPP, 348 y 350, en cuanto que fija los límites (competencia) de conocimiento del órgano que resuelve un recurso en función de los agravios expresados.

6.1.3. Principio del efecto parcialmente devolutivo (*tantum devolutum quantum apellatum*).

Como consecuencia del principio dispositivo la regla significa "tanto se devuelve cuanto se apela", en otras palabras, los límites del conocimiento del tribunal de alzada los fijan los **agravios** expresados por el recurrente, así lo dispone el art. 350 en la parte que dice: "*la sentencia que resuelva un recurso sólo podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación...*" por tanto la competencia del órgano jurisdiccional (tribunal *ad quem*) para resolver un recurso no puede rebasar los agravios expresados en el recurso, porque su competencia está limitada a los aspectos censurados de la resolución [29].

6.1.4. Principio de la no *reformatio in peius* (no reforma en perjuicio).

El CPP en al art. 350 lo regula de la siguiente manera: "*la sentencia que resuelva un recurso sólo podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación,* ***y sólo podrá modificar la resolución impugnada en perjuicio de la persona imputada, cuando lo impetre alguna otra parte recurrente, y siempre que no agrave lo ya pretendido por ésta, ante el órgano judicial que dictó la resolución recurrida***".

[29] Cabría preguntarse si el tribunal de alzada conociendo de un recurso podría declarar de oficio alguna nulidad de actuaciones, sin atropellar ese postulado. A nuestro entender, tomando en consideración el régimen de preclusión a que están sometidas las oportunidades procesales para la reclamación de nulidad y que además los actos defectuosos son subsanables, eventualmente podría anular por propia iniciativa aquellos actos que impliquen infracción de normas constitucionales, pues lo contrario implicaría desconocer las reglas a que están sujetas las nulidades. Todo lo cual implica un necesario desarrollo jurisprudencial de la sala de casación en materia de "***nulidades absolutas***" con base dogmática no sólo en la CR, sino también en CPP, 15 y 165 ss. y cc.

Para Fernando de la Rúa la prohibición de *reformatio in peius* significa que "*con motivo del recurso y a falta de recurso contrario, no se puede agravar, perjudicar o empeorar la situación obtenida por el recurrente*". En realidad el principio es una efectiva garantía judicial, que en la práctica, opera a favor del imputado (no del acusador), eliminando la posibilidad de que pueda salir afectado como consecuencia de un recurso intentado por el mismo o a su favor. La doctrina lo entiende como una consecuencia más del principio acusatorio en las impugnaciones del imputado.

Del contenido del citado art. 350 que regula el principio comentado, se desprenden tres importantes consecuencias:

- Como ya lo apuntamos al hablar del principio del efecto parcialmente devolutivo, **la sentencia que resuelva un recurso sólo podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación**. Así p. ej., si lo que se objeta es el *cuantun* de la pena, no es lícito que el tribunal de alzada se pronuncie sobre cuestiones de culpabilidad.
- **A falta de recurso contrario no se puede agravar la situación del imputado**. Esto es que las sentencias que decidan un recurso solamente pueden agravar la situación jurídica del procesado cuando quien ha recurrido es otra parte distinta a él, como sucede p. ej., cuando es el fiscal o el acusador privado recurren la sentencia.
- **Que con motivo del recurso contrario, no se puede agravar la situación del imputado más allá de lo pretendido en las instancias inferiores**. En términos sencillos significa que la decisión del tribunal de alzada, aunque haya recurrido el Ministerio Público o el acusador privado, no puede agravar el estado jurídico del imputado más allá de las pretensiones sostenidas por esas partes ante el tribunal que dictó la resolución objetada. V.gr., si a una persona se le ha mantenido la acusación durante todo el juicio en primera instancia como simple cómplice de un hecho delictivo, no puede pretenderse que el *ad-quem* conociendo en apelación, lo condene por otro grado de participación que no sea el de simple complicidad, pues de lo contrario, se desconocería el alcance de la regla comentada.

En la práctica con la vigencia en nuestro derecho positivo de este principio (el de la no *reformatio in peius*), se presentarán algunas discusiones que la jurisprudencia tendrá que resolver, p. ej., en los casos que el tribunal de primera instancia incurra en calificación errónea, irrespete el mínimo legal al imponer la pena o aplique incorrectamente las reglas sobre concurso de delitos y, se haga necesario para el tribunal de alzada corregir el error mediante recurso planteado por el imputado. Dándoles vigencia las reglas indicadas, a nuestro criterio, siguiendo la tesis de Fernando de la Rúa, no podría el tribunal al enmendar la equivocación afectar al imputado, calificando adecuadamente, imponiendo la pena legal o declarando que no se trata de un concurso ideal, sino más bien real, por consiguiente la solución que plantea la doctrina es que el tribunal pueda salvar su responsabilidad haciendo las aclaraciones que juzgue oportunas (p. ej., indicando que el hecho juzgado es asesinato y no homicidio) sin que ello implique variar en perjuicio la pena inicial.

Es decir, a lo que De La Rúa le llama corrección inocua[30]. Creemos que esta es la interpretación dogmáticamente[31] correcta en la integración sistemática del diseño recursivo con el principio de congruencia receptado por el CPP, 337, en tanto que establece que *"la sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean las descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de ésta,* ***ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas"***.

6.2 Alcances del derecho recursivo

6.2.1. Impugnabilidad subjetiva

Nos referimos a la facultad que tienen las partes legitimadas en juicio para provocar la revisión de una decisión judicial, representada en la práctica por la interrogante ***¿quiénes pueden recurrir?***

El CPP en las reglas generales a los recursos, no contiene ninguna disposición específica (como si lo hacen otras legislaciones) en relación a quienes se autoriza para recurrir, por consiguiente debe entenderse que este derecho subjetivo se concede genéricamente a todas las partes legitimadas como tales en el proceso, pues el Código en su art. 347 únicamente dice: *"Las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los* ***medios,*** *en los casos y en las condiciones de tiempo y forma establecidos en este Código..."*. Esto es la *legitimatio ad procesum,* como el primer y más tolerante tamiz, de manera tal que a las partes en proceso les está concedido genéricamente (a todas) el derecho a recurrir por aplicación de la igualdad de los intervinientes en el proceso (CPP, 13), lo que tampoco debe malentenderse, en el sentido de que a cuántos se les ocurra dilatar o entorpecer el proceso, estén en la posibilidad de promover el reexamen de la admisibilidad del recurso intentado, ya que sin duda alguna, existen límites que no se dejan esperar, fundados en la ***legitimación ad causam*** y el **agravio**, como segundo y tercer tamiz, respectivamente.

Entonces diremos, que sólo están autorizados para recurrir en el Proceso Penal Hondureño, las partes legitimadas y agraviadas con la resolución judicial de que se trate. Entendiendo por **legitimatio ad causam**: la aptitud de poder actuar como parte en juicio, en función del interés específico que se tiene, en lo que se debate recursivamente; y por agravio el efectivo perjuicio o gravamen que la resolución causa a la parte y que en consecuencia le da el derecho a la

[30] Sobre este particular, en la casación penal No.2317-2000, presentamos un comentario adicional en los términos siguientes: "Como se relaciona en los antecedentes, el Juez de primera instancia condenó al procesado a la pena de doce años de reclusión y al pago de una multa de cincuenta mil lempiras, por el delito de "posesión de marihuana" con fundamento en el artículo 18 de la Ley Sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Sustancias Psicotrópicas. La Corte de Apelaciones, conociendo de la sentencia mediante apelación promovida únicamente por el apoderado defensor del encausado, la reformó condenándolo por el mismo delito a la pena de 15 años de reclusión más multa de un millón de Lempiras. Que a la fecha en que se profirió el fallo de la Segunda instancia (12 de junio del 2000), ya estaba vigente el artículo 350 del nuevo Código Procesal Penal, que regula el principio de la **No reformatio in peius** cuando sólo es el procesado, quien recurre el fallo adverso a sus intereses, sin embargo, como es evidente la Corte sentenciadora reformó en perjuicio, ultrajando la norma contenida en el artículo 350 antes indicado. Es claro, que las penas impuestas por el Juez son inferiores al mínimo legal, establecidas en el artículo 18 de la Ley Sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas, pero, aún en estos casos, la doctrina reconoce que la prohibición de reformatio in peius rige, pues aunque la pena aplicada sea inferior al mínimo legal, el error jurídico no autoriza a corregirlo en perjuicio del recurrente, lo mismo sucedería si no se declarare una pena accesoria o existiendo concurso de delitos no se impusieren las penas correspondientes a cada infracción penal." Criterio que fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia y en sentencia del 27 de junio del año dos mil uno, anuló la sentencia censurada.

[31] El Tribunal ad-quem ejerce al iuris-diction, en cuya virtud –precisamente- dice el derecho aplicable al caso concreto, pero cualquiera sea el nomen iuris utilizado en la subsunción del hecho al tipo penal escogido, la consecuencia punitiva no podrá ser peor que la contenida en la pieza acusatoria (CPP, 350 y 337, en función del 302 inc. 3 y 303 inc. 2). Por pieza acusatoria debe entenderse también: A) el auto de elevación a juicio ya que cumple tal función como requerimiento defensivo desde el punto de vista fáctico (CPP, 303 inc. 2); y B) El alegato final del Fiscal y del acusador privado en la oportunidad prevista por el CPP, 334.

impugnación, para Adrián Berdichevsky "*se trata en definitiva de un perjuicio que se ocasiona al interés de la parte, tildando a dicha resolución de injusta o ilegal, de este modo, se dice que interés y perjuicio integran el concepto de agravio, en donde el primero de ellos debe ser directo, y el segundo objetivo y práctico, de manera tal que en caso de resolverse favorablemente respecto de alguna de las partes, ésta no podría, en principio, cuestionar los fundamentos que llevaron al dictado de tal resolución*".

Así entonces, están autorizados para recurrir los sujetos procesales del proceso penal, es decir el fiscal, el representante de la Procuraduría (cuando actúe en asuntos de su competencia) el imputado en forma directa cuando ejerza su propia representación o por medio su defensor, la víctima por conducto de su acusador privado y el tercero condenado a la responsabilidad civil derivada del delito [32].

6.2.2. Impugnabilidad objetiva

El ejercicio de la facultad subjetiva de recurrir implica necesariamente la determinación de las resoluciones que de acuerdo con la Ley Procesal pueden ser objeto de los recursos autorizados, esta potestad la representamos con la interrogante ***¿qué se puede recurrir?***

Esa determinación de las resoluciones recurribles el CPP la hace en forma:

A) **abstracta** en el art. 347, cuando dice: "*las resoluciones serán impugnables sólo por los medios y **en los casos establecidos**...*";
B) en forma **genérica** al tratar cada recurso en particular, así la reposición procede contra todas las providencias y autos dictados en el proceso (CPP, 352); la apelación contra las enumeradas en el art. 354 y las demás expresamente autorizadas en el cuerpo del código, o bien en la Casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales de sentencia; y la garantía de revisión contra las sentencias firmes, en los casos previstos en el CPP, 373; y
C) en forma **específica** al tratar determinadas resoluciones jurisdiccionales, como p. ej., las resoluciones relativas a la prisión preventiva (CPP, 190), el auto de improcedencia de la apertura a juicio (CPP, 302 último párrafo); la resolución sobre incidentes reclamados al presidente del Tribunal de Sentencia y luego al pleno, considerados como no recurrible (CPP, 305) la resolución de aclaración a que se refiere el segundo párrafo del art. 355 y las que resuelven las cuestiones sobre cumplimiento y extinción de la pena conforme al art. 387, entre otras.

Resulta entonces, que el objeto de los recursos sólo son resoluciones jurisdiccionales, emanadas por supuesto de órganos jurisdiccionales, mismas que el Código en su art. 139 las clasifica en providencias, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas, según la naturaleza de lo que el Juzgador resuelva.

[32] Sobre legitimatio ad procesum y ad causam, ver Vivas Ussher, G., Manual ..., cit. T° 1, p. 421; sobre la relación entre agravio e interés, ver Vivas Ussher, G., Manual ..., cit. T° 2, p. 468, para quien "El interés surge frente al perjuicio jurídico, procesal o sustancial [Nuñez], que resulta agraviante para el derecho del recurrente, de modo tal que el perjuicio es un componente esencial en la definición de los recursos [Ayán]. El interés directo en recurrir es el que surge en forma refleja del agravio en causa penal concreta y no responde a otras consideraciones institucionales, teóricas, éticas, doctrinarias; así, por ejemplo, el querellante particular no tiene objetivamente agravio directo si la sentencia que condena conforme a su pretensión, lo hace bajo un tipo penal o una fundamentación distinta a la deseada por el querellante que subjetivamente se siente agraviado".

Pero para que estas resoluciones sean recurribles por los medios autorizados, a excepción de los casos de revisión, no deben ser firmes, entendiendo que alcanzan ese carácter, conforme al CPP, 144, cuando no cabe contra ellas recurso alguno, entendemos que ni ordinario ni extraordinario o cuando las mismas fueron consentidas por las partes del juicio. Pues es preciso recordar que al tratarse de sentencias definitivas firmes de inmediato alcanzan y producen los efectos de la cosa juzgada.

Por tanto se concluye que las resoluciones judiciales sólo serán recurribles cuando la Ley Procesal así lo autorice expresamente (Principio de Taxatividad), y cuando no gocen de la condición de firmeza.

6.2.3. Procedimiento recursivo

Aquí se trata de contestar a la pregunta de ***¿cómo se recurre?.***

Como enseña Fabricio Guariglia *"el acto interposición del recurso debe contener una manifestación expresa de la voluntad de recurrir, hecha por el titular de la facultad (agraviado) y la indicación de los motivos en los que se apoya"*. **La manifestación de voluntad,** está referida al acto mediante el cual la parte expresa p. ej., que interpone recurso de apelación; la **Expresión de Agravios**, se refiere a la indicación clara y concreta de los puntos de la sentencia que causan ofensa al impetrante, y la motivación, no es más que la explicación fundada hecha por el recurrente para demostrar los vicios de que se acusa a la sentencia impugnada. Recuérdese que el CPP no sólo impone exigencia de motivación para las resoluciones judiciales, sino también para las peticiones del Fiscal y los demás sujetos procesales, por consiguiente trátese de un recurso interpuesto en forma escrita o en audiencia oral, las precisiones indicadas deben estar presentes en las oraciones escritas o habladas por el recurrente, esto es **actos de habla jurídicamente relevantes**.

Por otro lado la admisibilidad de los recursos está condicionada a la satisfacción de ciertos requisitos de tiempo, modo y lugar, establecidos por la Ley Procesal, por eso constantemente está repitiendo la doctrina **que los recursos se entienden interpuestos bajo sanción de inadmisibilidad** respecto a las exigencias formales indicadas, así entonces:

El tiempo alude directamente al término o plazo para interponer el recurso (v. gr., la apelación se interpone dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que se pretende impugnar), que corre individualmente para cada parte y es una cuestión determinante para la admisión del recurso (CPP, 356, segundo párrafo), establecida en forma especial para cada uno de los recursos regulados, a excepción de la revisión que procede en todo tiempo (CPP, 373).

El modo está referido a las formas procesales establecidas para el acto de impugnar. La regla general es que los recursos se interponen por escrito ante el tribunal que dictó la resolución cuestionada, así la reposición, apelación y casación. La revisión, se interpone por escrito pero directamente ante la Corte Suprema de Justicia y no ante el tribunal que dictó la resolución. La reposición que se plantea durante las audiencias orales, se interpondrá, ya no por escrito, sino verbalmente (CPP, 353 y 305).

El escrito debe contener los datos normales de toda comparecencia, esto es la suma o relación de la petición, donde se indica la clase de recurso que se interpone, la designación del tribunal,

la causa o caso, la resolución recurrida, la fecha, la firma del sujeto que recurre y naturalmente la expresión motivada y fundada (en derecho) de los agravios para el caso de la apelación, entendiendo que igualmente la reposición se interpondrá motivada y fundamentada, no digamos los extraordinarios de casación y revisión, para los cuales existen motivos específicos, y las cuestiones formales y técnicas revisten mucho más importancia como condición de admisibilidad. Excepcionalmente, el ofrecimiento y pedido de producción de prueba ante el tribunal *ad-quen* (CPP, 357).

En cuanto al lugar, debemos precisar, que casi siempre los recursos se interponen ante el mismo órgano judicial que dictó la resolución cuestionada, v.gr., los recursos de reposición, apelación y casación, no así la revisión que como lo indicamos anteriormente se presenta ante la Corte Suprema de Justicia.

Ese mismo tribunal ante quien se recurre es el encargado de efectuar el examen preliminar sobre los requisitos formales del acto y le corresponde en consecuencia decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso planteado. En nuestro país ha existido una práctica errática, cuando no arbitraria, en relación a este aspecto, ya que muchas Cortes de Apelaciones invadiendo el campo jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, han rechazado muchos recursos de Casación pronunciándose sobre el fondo en el auto de inadmisibilidad. Por tanto es conveniente dejar claramente establecido que el examen preliminar a que nos referimos es sobre cuestiones formales (p. ej., si se intentó el recurso contra una resolución impugnable o si se interpuso en el plazo autorizado) y nunca al fondo de lo expuesto en el recurso, pues esto le compete al tribunal facultado para conocer de la impugnación, como lo son, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, en apelación y casación respectivamente.

6.2.4. Efectos de los recursos

Continuando con el análisis del derecho recursivo a la luz del CPP, corresponde en este apartado enfocarnos en las **consecuencias jurídicas que producen las impugnaciones de las resoluciones jurisdiccionales**, es decir los efectos que produce el movimiento de la potestad impugnativa, en el proceso penal, cuando el recurso planteado ha sido admitido y se continúa el procedimiento recursivo ante el tribunal de alzada.

Esto contesta a la pregunta de ***¿para que recurrir?***

Históricamente la doctrina viene refiriéndose a los efectos **suspensivo y devolutivo**, pero en la actualidad con la aprobación del CPP, sobre el cual gira el presente ensayo, es preciso hablar también del denominado **efecto extensivo** de los recursos en materia penal, así:

- **Efecto suspensivo**: Es el que se produce cuando un recurso, por disposición de la Ley paraliza o deja en suspenso la ejecución de la resolución impugnada. Dicho de otro modo, suspende la ejecución de lo decidido durante el término para recurrir y durante la tramitación del recurso. En el CPP este efecto está previsto por la vía de la **excepción** al disponer el último párrafo del art. 349 que "*la interposición de un recurso no impedirá la ejecución de la resolución impugnada,* ***salvo si la ley dispone otra cosa***". Nótese que esta disposición al estar contenida en las reglas generales, es de observancia común para todos los recursos. De este modo el efecto no suspensivo es la regla y las excepciones se prevén específicamente.

Así p. ej., para el caso de la apelación, el penúltimo párrafo del art. 354, ordena la suspensión de la ejecución de las resoluciones que denieguen la conmutación en el caso de faltas o la suspensión condicional de la ejecución de las penas, y de igual manera el último párrafo de la norma citada, siempre en el marco de la apelación, ordena que la interposición del recurso no suspenderá la continuación del procedimiento, salvo en los casos en que por su propia naturaleza no pueda o no deba proseguirse. v. gr., tratándose de la apelación de una resolución que declare extinguida la acción penal, por la naturaleza misma de la decisión, no sería conveniente continuar el proceso hasta tanto no se pronunciara el tribunal de alzada, pues de lógica que al confirmarse la resolución se pondría fin al proceso, por ello el legislador optó por autorizar en estos casos la suspensión del procedimiento; diferente sería p. ej., la apelación de una declaratoria de reo, que aunque fuese revocada por el Ad quem, no incidiría en la continuación del proceso y por eso no cabría hablar de la suspensión del procedimiento en tal supuesto.

Se concluye entonces, que el efecto suspensivo a que nos hemos referido, únicamente operará conforme a las reglas comunes a los recursos en el CPP, cuando esta ley excepcionalmente así lo autorice, siendo la regla general el efecto no suspensivo.

• **Efecto devolutivo:** Es aquel que traslada al tribunal de alzada el conocimiento y resolución de la cuestión recurrida, sin que implique la suspensión de la jurisdicción al Juez que dictó la resolución, para la continuación del procedimiento. El efecto devolutivo es la **regla general** en nuestro ordenamiento jurídico procesal, ya que son devolutivos los recursos de apelación, casación y revisión.

El efecto devolutivo opera de manera automática y lo producen todos los recursos penales, excepto la reposición, que es resuelta por el propio órgano emisor de la resolución cuestionada.

En consecuencia, salvo que la Ley procesal por excepción disponga lo contrario, la regla general es que la interposición de los recursos no limita de manera alguna la ejecución de las resoluciones objetadas ni la continuación del procedimiento ante el tribunal *ad quem* (efecto devolutivo no suspensivo).

• **Efecto extensivo:** Su definición la encontramos en el art. 349 que en su parte conducente dice: "*cuando en un proceso participen varios imputados, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos, favorecerá a los demás siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y le sean aplicables los mismos motivos alegables por este...*".

El efecto, además de novedoso en nuestro ordenamiento, choca como afirma Cortés Domínguez, con el principio de que la impugnación es un acto procesal de parte, sin embargo se justifica en materia penal, entendiéndolo como un real y efectivo beneficio concedido por el legislador a los coprocesados que no recurren colocados en idénticas circunstancias con el recurrente, además es un efectivo mecanismo que permite asegurar la uniformidad de criterios judiciales evitando fallos contradictorios en un mismo proceso.

A la vez es de considerable importancia distinguir que el efecto se aplica a los otros procesados cuando les favorezca, nunca cuando les pueda perjudicar, no sólo porque así lo indica la norma (art. 349) si no porque en este campo también opera la prohibición de reformatio in peius.

Para el Abogado José María Palacios, "*los beneficios del efecto extensivo alcanza a los que no recurrieron, siempre y cuando se encuentren en la misma situación de hecho y les sean aplicables los mismos preceptos legales*".

7. Parte especial: los recursos en particular

* Su clasificación

Para los efectos del presente trabajo, nos interesa únicamente abordar la clasificación de mayor importancia doctrinal, cual es la que agrupa los recursos en ordinarios y extraordinarios, desde luego, tomando como punto de partida el CPP y la Constitución de la República.

Nuestro interés radica fundamentalmente en ofrecer al abogado práctico, las razones doctrinarias por las que se habla de una y otra clase de recursos, pues el desconocimiento de las mismas puede incidir negativamente en el uso de estas valiosas herramientas de control judicial.

Vale indicar que previo a profundizar en el tema, se hace necesario aclarar, que entre los recursos extraordinarios que agruparemos en este apartado, se encuentran las **garantías** contenidas en el Título IV de nuestra Constitución de la República, que como nos enseña la doctrina: "*son instrumentos y procedimientos que aseguran los medios para hacer efectivo el goce de los derechos*"; y, es que la Corte Suprema de Justicia, en reiterados precedentes, generados por vía de amparo, ha distinguido con transparencia, entre lo que es: a) un derecho, b) una garantía y c) una declaración constitucional [33].

Bajo ese entendido jurisprudencial de concebir el derecho recursivo como una garantía[34], tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico penal, los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios; entre los primeros figuran el de reposición y el de apelación y entre los segundos la casación, la revisión, el hábeas corpus, el amparo y el de inconstitucionalidad.

Veamos entonces, las principales diferencias que la doctrina tradicional señala, respecto a los ordinarios y los extraordinarios, tomando como base lo apuntado por el Abogado Juan Arnaldo Hernández Espinoza, a saber:

- Los extraordinarios requieren para su procedencia de motivos de interposición tasados previamente en la Ley (regla de *numerus clausus*), mientras que los ordinarios aceptan todo tipo de motivos (regla de *numerus apertus*).
- Los extraordinarios por naturaleza son más técnicos, más formalistas (así la casación), los ordinarios son menos formalistas y no exigen técnica ni conocimientos especializados para su utilización.
- En palabras del maestro citado,"*los ordinarios miran esencialmente el interés de los sujetos procesales; los extraordinarios, ante todo, el interés público*".

[33] La aclaración se estima pertinente, porque al considerar las garantías para efectos prácticos dentro de esta clasificación, de manera alguna se pretende restarles la jerarquía, naturaleza jurídica e importancia que merecen en nuestro espacio jurídico, como **garantías constitucionales** que son; sino que por el contrario, como medios que posibilitan el reconocimiento efectivo de los derechos de los ciudadanos, su papel cobra mucho mayor importancia en el espacio procesal penal, donde con frecuencia se limitan derechos fundamentales y en consecuencia se hace preciso controlar la violencia estatal, por medio de ellas, que en el fondo son efectivos medios de objeción, para combatir actos, hechos, resoluciones e incluso leyes inconstitucionales, en el proceso penal. Sobre la distinción entre declaraciones, derechos y garantías, ver capítulo 8 sobre Medidas Cautelares.

[34] Cf. Valladares Lanza, L. y Vivas Ussher, G., *Derechos Humanos y Garantías Constitucionales del Sistema Penal*, Manual de Cátedra en la Carrera de Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 2001.

- Igualmente nos dice el maestro, que *"los ordinarios proceden en el curso ordinario del proceso, dentro de las instancias; los extraordinarios se dan una vez que se han agotado las instancias"*.
- Finalmente nos demuestra el autor, que *"generalmente los ordinarios dan origen a una nueva instancia* (así la apelación); *en cambio los extraordinarios no originan una nueva instancia"*, tal es el caso p. ej., de la casación y la revisión.

Sistema de recursos en materia penal

Recursos ordinarios	Recursos extraordinarios
■ La reposición (CPP, 352)	■ La Casación (CPP, 359)
	■ La Revisión (Garantía, CR, 186/CPP, 373)
	■ Hábeas Corpus (Garantía, CR, 182)
■ La apelación (CPP, 354)	■ El Amparo (Garantía, CR, 183)
	■ La Inconstitucionalidad (Garantía, CR, 185)

7.1. La reposición

7.1.1. Concepto y naturaleza jurídica

La reposición es el medio ordinario de impugnación mediante el cual la parte agraviada (ofendida) por una resolución judicial la somete a reconsideración del mismo órgano que la dictó, con el propósito de que la corrija en base a derecho.

Para el jurista Manuel Ayán *"la reposición es un recurso ordinario, no devolutivo, dirigido contra resoluciones jurisdiccionales limitadas genéricamente por la Ley, por el cual el agraviado reclama al mismo tribunal que dictó el pronunciamiento, su revocación o modificación por contrario impero"*.

Por su carácter de no devolutivo, al ser interpuesto ante el mismo juez o tribunal que ha proferido la resolución, que se considera ilegal, un sector de la doctrina le resta naturaleza estricta de recurso y lo coloca dentro de la esfera de los remedios procesales, sin embargo nosotros, por estar regulado expresamente como recurso en el Libro Tercero del CPP, y ser un auténtico medio de objeción, que en la práctica utilizado adecuadamente puede posibilitar la corrección de resoluciones judiciales, mediante la crítica oportuna y fundada, lo abordaremos en forma coherente con su nacimiento legal, es decir como uno más de los recursos ordinarios autorizados en el espacio procesal penal.

Pero para que el presente medio de control de la gestión jurisdiccional concedido a las partes, sea eficaz en el proceso, se requiere absoluta lealtad para con la justicia, por parte de los tribunales de la República y los demás sujetos procesales, que entiendan de un lado, que los actos del ser humano están sujetos al error y que en consecuencia en nada ofende la crítica constructiva que nos lleve a la reconsideración de lo decidido, y del otro, imperativo compromiso, de sólo recurrir cuando sea necesario, motivando y fundamentando, no para dilatar, ni perturbar, sino para convencer.

La finalidad de la reposición es que el mismo Juez o Tribunal emisor de la resolución, la pueda enmendar con arreglo a derecho, claro está, si la decisión adolece de alguna imperfección ya sea en la forma o en el fondo, como podría ser p. ej., cuando existe una grave omisión o un error material en el contenido de la resolución.

7.1.2. Impugnabilidad objetiva en la reposición

Las resoluciones contra las cuales puede interponerse recurso de reposición son todas las **providencias** y **autos** dictados durante el proceso (CPP, 352). Sin embargo es preciso aclarar, que no obstante la amplia declaración de la norma precitada, existen por excepción algunas resoluciones en el Código, que no son susceptibles de recurso alguno, entendiendo que ni aún la reposición como recurso, procede contra ellas, dada la claridad de los términos utilizados por el legislador, nos referimos p. ej., a las resoluciones que deciden sobre excusa y recusación de auxiliares judiciales (CPP, 91) y fiscales, según el art. 95 del CPP[35].

De acuerdo a lo dispuesto en el CPP, 352, quedan excluidas de la reposición, las sentencias interlocutorias y las definitivas, para las cuales como veremos adelante se autorizan otros medios de impugnación.

De esta suerte queda claro, que el objeto del recurso de reposición son solamente las resoluciones adoptadas en forma de **autos** y **providencias** por los órganos judiciales, con las excepciones calificadas que puedan encontrarse en el cuerpo normativo del Código, según lo enunciamos y errores jurisdiccionales en la estructuración de la forma de la resolución (falsa denominación de la resolución)[36].

7.1.3. Procedimiento de la reposición

Aludimos por supuesto al trámite que debe ajustarse el recurso, desde su interposición hasta su decisión, que como veremos es muy sencillo y tiene la ventaja de no dilatar o entorpecer el procedimiento, de la manera en que se ha regulado en el CPP, art. 353.

Con fundamento en esta disposición, son tres las oportunidades autorizadas para manifestar la voluntad de interponer la reposición, veamos:

- **En el acto de la notificación.** Esta forma de interposición tiene la desventaja que generalmente la parte recurrente no la motiva y fundamenta adecuadamente, por ello comúnmente no es estimada por los órganos judiciales.
- **Por escrito separado, a más tardar el día hábil siguiente al de dicha notificación.** A nuestro juicio, salvo que se trate de una audiencia, esta oportunidad es más cómoda, que la anterior para desarrollar un planteamiento mejor fundado.

[35] Erróneamente en la sistemática del CPP, que prevé la recusación fiscal en sede no jurisdiccional ("superior jerárquico" del fiscal recusado) y por tanto no impugnable por vía de recurso en el sentido penal, por lo que la aclaración de la irrecurribilidad de la decisión del MP del CPP, 95, es superabundante y un defecto de técnica legislativa. Sin prejuicio de que en fondo es acertada la *ratio legis* de la excusación y recusación del fiscal *"En razón de la vinculación del fiscal, similar a la del juez, a la verdad y a la justicia,* [por lo que] *también debe ser posible su recusación* [...]" Roxin, C., *DPP*, cit. P. 56.

[36] Roxin, C., *DPP*, cit. P. 447, para quien "*Resulta discutible cuál es el recurso previsto contra una decisión que ha sido dictada equivocadamente en forma de auto (o sentencia) cuando correspondía que lo fuera en forma de sentencia (o auto). Según la opinión dominante* [sentencias del Tribual Supremo Federal alemán en materia penal BGHSt 8, 8384; 25, 242)] *aquí es decisiva la "resolución que debió ser"en correspondencia con la StPO* [Ordenanza Procesal Penal alemana], *y no la resolución que fue efectivamente dictada*". En el mismo sentido Vivas Ussher, G. *Manual...*, T° 2, cit, p. 493, para quien "*Se trata de un incidente o artículo dentro del proceso, que puede tener lugar en las diversas etapas procesales, pero su mayor importancia sistemática se encuentra durante el juicio y la investigación penal preparatoria* [IPP]. *Durante la investigación penal preparatoria tiene su principal utilidad respecto de aquellas decisiones jurisdiccionales que resuelven un incidente o artículo suscitado durante la IPP, resuelto por "auto", aun con forma de decreto, porque de fondo es un "auto" (CPP, 141)* [CPP de Córdoba 141, análogo al CPP hondureño, 139], *con lo que el recurso de reposición planteado por la parte, vincula al tribunal para que explicite los fundamentos de lo resuelto, y abre la vía para que la nueva resolución (auto fundado) pueda ser apelada si causa gravamen irreparable (CPP, 460)*" [CPP de Córdoba 460, análogo al CPP hondureño, 354].

- **En forma oral,** manda el mismo CPP, 353, que durante las audiencias el recurso se interpondrá verbalmente tan pronto se haya pronunciado la resolución. Sin lugar a dudas que este es el momento más idóneo para hacer valer los argumentos que permitan la reposición de una resolución, no solo por la inmediación y demás ventajas que presenta la oralidad, sino que para el caso de audiencia ante el tribunal de sentencia, posibilita una oportunidad (CPP, 305) valiosa de que el reexamen de tres y, no de uno, lleve a una honrosa rectificación que muestra la generosidad anímica e intelectual del Tribunal de Sentencia[37], lo mismo se puede decir tratándose de una reposición ante una Corte de Apelaciones, en la audiencia prevista por el CPP, 358, tercer párrafo en función del 357, y de la Suprema corte que entiende por vía de casación en la oportunidad fijada por el CPP, 367.

El recurso procede contra las resoluciones indicadas (autos y providencias), en cualquier etapa del procedimiento y se resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a su interposición en los dos primeros casos apuntados y, de manera inmediata en las audiencias orales, salvo si el tribunal decide resolverlo al final de la respectiva audiencia.

Vale reafirmar que la principal ventaja de la reposición como medio de objeción, es que su trámite es sencillo y se resuelve de plano en los términos ya referenciados, sin que ello implique olvidar las condiciones formales previas que se exigen para su viabilización.

Finalmente recuérdese que no cabe reposición sobre reposición, es decir que contra la decisión que desestima un recurso de reposición no cabe impugnación alguna, por declaración expresa de la Ley Procesal (CPP, 353 *in fine*).

7.2. La apelación

7.2.1. Concepto y caracterización

Informa la doctrina que la apelación como medio de impugnación cuenta con basta trayectoria histórica y su aparición en nuestra cultura jurídica se remonta al antiguo derecho romano, del cual pasó al español y luego en tiempo de la colonia fue traído a nuestros países, y así poco a poco con el transcurso del tiempo se ha convertido en el más común de los recursos en las diversas legislaciones procesales con que contamos.

El Profesor Enrique Flores Valeriano, lo entiende "*como el recurso concedido a un litigante para alzarse ante el Juez o Tribunal superior, a efecto de que reponga o reforme una resolución del inferior*".

Por su parte, para Vicenso Mancini, citado por Ayán, "*la apelación, es el recurso ordinario, suspensivo, condicionalmente devolutivo, y extensivo, que se propone, mediante una declaración expresa de voluntad, impugnando en todo o en parte, por motivo de hecho y de derecho, una resolución jurisdiccional, instando una nueva decisión, total o parcial, al órgano de segundo grado*".

[37] Vivas Ussher, G. *Manual...*, T° 2, cit. p. cit., para quien "*Durante el juicio permite a la parte en juicio efectuar un reexamen de lo decidido por el tribunal de sentencia, adquiriendo particular interés en aquellos casos en que el presidente de la Cámara resuelve cuestiones que debieron tener sustanciación, y no la tuvieron, lo cual habilita la competencia del pleno de la Cámara* [del Crimen en Córdoba, órgano análogo al Tribunal de Sentencia hondureño] *y no del presidente individualmente, en casos en que se debió explicitar el fundamento de lo resuelto, y ello no sucedió, o permiten a la parte agraviada efectuar una protesta y reserva de recurrir la sentencia (por casación o por inconstitucionalidad local, según sea el caso). Más aún, durante el juicio es el único recurso que puede interponerse contra las resoluciones dictadas por la cámara que no resuelven sobre el fondo de la cuestión sustantiva discutida en el proceso, la que será resuelta por sentencia*", la que de ser agraviante por el motivo repuesto habilitará a casarla por la vía prevista en CPP, 362.

Nosotros, utilizando términos didácticos y apoyándonos en la definición brindada por Manuel Ayán, diremos que la apelación es un recurso ordinario, devolutivo, sin limitación expresa de motivos, autorizado contra las resoluciones dictadas en primera instancia que se declaren apelables y que causen agravio, con el objeto de que el tribunal de alzada las enmiende con arreglo a derecho y en su caso las confirme, reforme o revoque.

Como el sistema procesal adoptado en nuestra constitución es el basado en el principio del doble grado de jurisdicción, la apelación se convierte en una importantísima herramienta a disposición de las partes para posibilitar la revisión de las resoluciones que causan agravio, por un tribunal colegiado en la instancia inmediata superior, el Tribunal *ad-quem* (*iudex ad quem*).

En el sistema anterior (1984), la apelación es aún más consustancial porque procede contra casi todos los autos, resoluciones interlocutorias y sentencias definitivas dictadas en el proceso, y además, se exige su utilización como cuestión previa para estimar agotada la instancia y poder recurrir en amparo o casación según el caso.

Por todo esto para la doctrina española la apelación es considerada como un recurso "necesario" para garantizar la correcta administración de justicia.

Entre las características que más resaltan de la apelación, es que es un recurso **ordinario,** es decir sin exigencia de motivos puntuales para su interposición útil; es un recurso **devolutivo y extensivo** en cuanto a sus efectos, ya que su conocimiento corresponde a un tribunal de alzada y los efectos de la sentencia dictada con motivo del recurso, benefician a los otros procesados que estén en idéntica situación del recurrente; sólo procede contra las resoluciones **declaradas expresamente apelables** y tiene como finalidad la **enmienda** de la resolución criticada, ya sea "*reformándola*" o "*revocándola*". De lo contrario, la resolución recurrida será "*confirmada*" (CPP, 358, último párrafo).

7.2.2. Impugnabilidad objetiva en la apelación

Como lo señalamos al hablar del derecho recursivo, el objeto impugnable en la apelación, abandonando la tradicional regulación del Código de Procedimientos Penales de 1984, está definido con base al principio de la taxatividad, es decir que sólo son apelables aquellas resoluciones que figuran en el catálogo que nos ofrecen los incisos 1 a 7 del artículo 354 del CPP o que causando un gravamen irreparable se encuentran "expresamente autorizadas por este código" (CPP, 354, inc. 8).

De este modo se prevén como apelables las resoluciones que deciden el sobreseimiento provisional o definitivo; las que decidan un incidente o una excepción; el auto de prisión o declaratoria de reo; la que ordene la prisión preventiva o la interposición de medidas sustitutivas y las modificaciones de ambas medidas cautelares; la sentencia dictada en el procedimiento abreviado y en el antejuicio, en su caso; la resolución que declare la extinción de la acción penal o que suspenda condicionalmente el proceso; la que deniegue la conmutación en el caso de faltas o la suspensión condicional de la ejecución de la pena (CPP, 354 incs. 1 a 7).

Ejemplos de la hipótesis del CPP, 354, inc. 8; lo constituyen la decisión mediante la cual se accede o de oficio se aclara una resolución (CPP,.355); la que resuelve cuestiones relativas al cumplimiento y extinción de la pena (CPP; 387); las que declaren sin lugar el antejuicio (CPP; .423); las sentencias dictadas en juicio por faltas (CPP,.431) y las decisiones que adopte el Juez

de ejecución en relación al pago de la pena de multa (CPP; 390, segundo párrafo), resoluciones estas que no obstante estar dispersas igualmente se entienden comprendidas en el catálogo por la vía del inciso 8.

Queda claro entonces, que nos es permitido recurrir en apelación de otras resoluciones que no sean las enumeradas en el art. 354 del CPP, bajo las aclaraciones efectuadas en relación al numeral ocho de esta misma norma.

7.2.3. Procedimiento de la apelación

El trámite procesal a que está sometida la apelación se encuentra regulado en los artículos 356 y 358 del CPP, que con propósitos meramente didácticos lo trataremos en dos apartados, el primero se refiere al acto de interposición y trámite ante el tribunal *a-quo* y el segundo al procedimiento seguido ante el tribunal *ad quem*.

- **Interposición y trámite ante el tribunal A-quo.**

Como aclaración previa, es conveniente recordar que para hacer uso del recurso de apelación, no es necesario intentar previamente el recurso de reposición contra la resolución a impugnar, pero manda la Ley, que para el caso de que se haga uso de ambos recursos, la apelación se interpondrá en forma subsidiaria al de reposición.

Obsérvese que no es contra todas las resoluciones apelables que procede la reposición, así p. ej., no procede contra las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado, pero si contra la resolución en la cual se adopta el auto de prisión o declaratoria de reo, siendo por ello de singular importancia la distinción, al momento de pretender hacer uso de ambos recursos, pero siendo el caso de hacerlo, siempre tendrá que interponerse la apelación en el mismo acto de la reposición en forma subsidiaria de éste.

El recurso se interpone ante el Juez que dictó la resolución impugnada dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, cualquiera que sea la fase del procedimiento.

Tenemos entonces, que es el tribunal *a-quo* quien controla los requisitos formales de admisibilidad dispuestos para la apelación, como ser las condiciones de tiempo, impugnabilidad objetiva y subjetiva, sin que le sea permitido, como ya apuntamos, extender el examen a los agravios (al fondo) del recurso.

No obstante la acentuada forma oral de los actos en el presente modelo procesal, el legislador decidió conservar la escritura para el trámite de la apelación, pues la interposición del recurso se efectúa "mediante escrito", en el cual se expresan los agravios que causa la resolución impugnada, que en resumen equivale a un **escrito de interposición y de expresión de agravios a la vez,** no basta entonces únicamente la expresión de la voluntad de recurrir por parte del sujeto procesal ofendido con la resolución, sino que es preciso expresar con precisión y claridad en el escrito cada uno de los agravios que a criterio del recurrente le causa la resolución, exponiendo los puntos de hecho y de derecho en que funda su planteamiento.

No se ha de olvidar que el fin de las impugnaciones es la corrección de las resoluciones jurisdiccionales que se consideran ilegales o injustas, que sólo se puede lograr cuando se le demuestra con exposiciones fundadas al tribunal de alzada el vicio o defecto de que adolecen, por eso insistimos que la expresión de agravios ha de ser motivada y fundada.

Admitido que sea el recurso, el *a quo,* dictará un auto de admisión concediendo –a la vez- un plazo de 3 días a las demás partes interesadas para que conteste los agravios (CPP, 356, tercer párrafo)

El escrito de contestación igualmente habrá de ser fundado, y contestados que sean o vencido el plazo después de la última notificación (plazo común), remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva y se emplazará a las partes para que se personen a ese Tribunal en el término de tres días hábiles después de la notificación si el Juzgado tiene su asiento en el mismo lugar de la Corte de Apelaciones y si por el contrario el A quo tiene su asiento en lugar distinto, el término será de tres días hábiles contados después de la notificación más un día por cada cincuenta kilómetros de distancia.

En cuanto a la prueba en la segunda instancia, el Código deja claro que sólo en los escritos de expresión y contestación de agravios puede proponerse, y que únicamente procede en los supuestos comprendidos en el CPP, 357, lo cual opera como una condición para realización de una audiencia oral de evacuación de prueba ante el tribunal superior.

- **Trámite en el tribunal Ad quem**

Alejándose aún más de nuestro sistema procesal tradicional, donde existen procedimientos diferentes según se trate de apelación de autos o sentencias interlocutorias y sentencias definitivas que sin lugar a duda alargan el trámite, el CPP lo simplifica, estableciendo un procedimiento **único** para la apelación, ordenando que la resolución del asunto por parte del *ad quem* se produzca dentro de los primeros cinco días siguientes a la recepción de los antecedentes, bajo el entendido que si procediere el recibimiento a prueba, ésta se **propondrá y ejecutará** en la audiencia que para ese propósito se fije dentro de los cinco días hábiles al último personamiento y evacuada la prueba, una vez terminada la deliberación que corresponda, la Corte estará en la obligación de dictar y notificar la decisión que corresponda a más tardar el día siguiente a la audiencia.

La **naturaleza** de la resolución del tribunal de alzada, será de **auto o sentencia**, según la apelación se haya impetrado contra un auto o una sentencia, pues como indicamos el trámite de la apelación en materia penal se ha unificado, y la resolución del tribunal de alzada (Corte de Apelaciones) entendemos, no podrá ser otra que la confirmación, revocación o reforma de la resolución impugnada [38].

En conclusión se trata de un trámite breve y simplificador, que una vez elevado el expediente al tribunal de alzada, éste lo falla dentro de los cinco días hábiles siguientes, con una sola audiencia para el caso que se declare admisible la apertura a prueba solicitada oportunamente, y reduciéndose aun más los plazos, 3 días, cundo se trata de apelación de medidas cautelares de conformidad al CPP, 190 *in fine*.

[38] Nótese que con esta prescripción, y la del CPP, 350, se busca la desaparición total de las antiguas prácticas irregulares de las Cortes de Apelaciones, que en innumerable cantidad de casos para evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, aparecían sorpresivamente declarando p. ej., nulidades de actuación sin que las partes lo alegarán, situación que obligó al tribunal supremo a pronunciarse en los términos siguientes: "*Que según los criterios antes expuestos, la Corte de apelaciones... lo que debió hacer era resolver en el fondo, confirmando, revocando, reformando el fallo apelado, y, de ninguna manera, en abierto menosprecio no sólo de la economía procesal sino que a la seriedad con que los tribunales deben manejar los casos de que conozcan, anular las actuaciones antes indicadas, con lo cual violó, además del derecho de defensa consagrado en el artículo 82 párrafo primero de la Constitución de la República, el debido proceso a que se contrae el artículo 90 párrafo primero, siempre de la carta magna...*"

7.2.4. Efectos de la apelación

Sobre las consecuencias jurídicas que genera la interposición del recurso devolutivo de apelación, existen tres reglas fundamentales en el CPP, las primeras dos son aplicables a todos los recursos, pues están regladas en las disposiciones comunes a los recursos y la tercera que es especial para el recurso de apelación, veamos:

- La primera es la que se refiere al denominado efecto extensivo regulada en el primer párrafo del CPP, 349 que ya abordamos al hablar de los recursos en general.
- La segunda es la contenida en el segundo párrafo del CPP, 349, mediante la cual se deja claro que "*la interposición de un recurso* (en este caso la apelación), *no impedirá la ejecución de la resolución impugnada, salvo si la ley dispone otra cosa*". P. ej., en el caso del numeral 7 del CPP, 354.
- La tercera es la establecida especialmente para la apelación, en el párrafo final del art. 354 que dice: "*La interposición del recurso no interrumpirá la continuación del procedimiento, salvo en los casos en que por su propia naturaleza no pueda o no deba proseguirse*".

De estas tres disposiciones citadas se desprende que la apelación aparte del efecto ***devolutivo*** y ***extensivo***, producirá como regla general el efecto ***no suspensivo***, ya que de manera alguna impedirá la ejecución de la resolución impugnada, ni tampoco, salvo excepciones, paralizará el procedimiento, de la manera en que se ha dejado expresado.

7.3. El recurso de hecho

En realidad no se trata de un medio de impugnación distinto al de apelación y casación, sino que es una posibilidad más que el legislador concede a las partes [39], para que una vez denegada injustificadamente la admisión de un recurso, puedan acudir directamente -de hecho- ante el tribunal de alzada para que revoque la resolución infundada o arbitraria y declare admisible el recurso, en caso que sea procedente.

Impone el CPP, 351 que "*si un órgano jurisdiccional inferior, denegare el recurso de apelación o de casación que ha debido concederse, la parte agraviada podrá recurrir al tribunal superior respectivo, dentro de los plazos señalados en los artículos 356, numerales 1) y 2) y 364, contando desde la notificación de la negativa, para que se declare admisible dicho recurso*".

Como el debido proceso impone un juzgamiento limpio, legal, respetuoso de las garantías y formalidades establecidas en el orden jurídico procesal, para que éste (el debido proceso) en materia de acceso a los recursos legalmente concedidos (apelación y casación) se estime violado, es preciso agotar, previo a la acción de amparo, el recurso de hecho ante el tribunal de alzada por parte del quejoso. Este recurso, además de ser familiar a nuestra tradición recursiva, es un eficaz remedio para librarse de la arbitrariedad de los tribunales de primera instancia.

Desde el punto de vista técnico, el planteamiento en el recurso de hecho debe ir orientado a demostrarle al tribunal de alzada, que el recurso rechazado arbitrariamente, es procedente conforme a ley, y que además se ha ejercido la voluntad recursiva, cumpliendo los requisitos de forma exigidos para el acto, a efecto que el tribunal superior examine el asunto y nos pueda

[39] Sistemáticamente el CPP, localiza a los "*Recursos de Hecho*" dentro de las disposiciones generales y no lo trata como un recurso en particular.

amparar revocando la resolución y declarando la admisibilidad del recurso. La exposición en esta dirección ha de ser importante, porque recuérdese que en este inter procesal, no se discute el fondo del recurso, sino más bien las cuestiones relacionadas con la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo, por ello la atención ha de centrarse en este aspecto y no en otro, ya que si el recurso se declara admisible, se estará al escrito inicial de interposición y a la vez de formalización.

Queda claro entonces, que la finalidad de este instrumento jurídico procesal, es la de permitirle a la parte recurrente, en caso de rechazo infundado, la admisión de su recurso, sin mayores dilaciones y formalismos, para asegurar el cumplimiento del debido proceso legal por parte del tribunal *ad quem* asumiendo competencia –a pedido de parte interesada- sobre la admisibilidad forma del recurso denegado. La resolución de la alzada puede hacer lugar al recurso, que debe bastarse a sí mismo, en cuanto a su admisibilidad formal y no muy luego rechazar el fondo de lo apelado o casado, según sea el caso.

7.4. La casación

Con la aprobación del nuevo CPP se han introducido en el derecho procesal penal hondureño, cambios significativos en materia de "casación", aun cuando nominalmente el instituto parezca mantenerse constante. La mutación afecta tanto en las formas de tramitar el proceso, como en la significación jurídica de las instituciones que dan contenido al aludido recurso, lo que, a su vez, implica una adecuación conceptual por parte de la comunidad jurídica llamada a describirlo, explicarlo y aplicarlo.

Pues como lo hemos venido expresando en nuestros apuntes previos, el espacio recursivo, es decir el libro tercero del CPP, no escapa a ese proceso renovador y transformador al que afortunadamente nos hemos enfrentado para apropiarnos de él, particularmente en lo que se refiere al recurso extraordinario de casación, que como ya examinaremos con más amplitud, aparece concebido bajo el lineamiento de control de un **juicio oral de única instancia**, menos formalista, con un procedimiento sencillo y simplificador y garantista con novedosos motivos de interposición.

Conforme a lo expuesto, resulta entonces, que la casación por una parte, posibilita la aplicación igualitaria de la Ley al unificar la jurisprudencia y, por otra asegura el cumplimiento de las normas esenciales del juicio previo, bajo la amenaza que envuelve la casación por defectos de forma; violación de precepto constitucional y la casación en el fondo [40].

Sin embargo, en la práctica este control de legalidad, ordinaria como constitucional, tiene como límite el principio de intangibilidad de los hechos probados estimados por el Tribunal de Sentencia, lo que condiciona el reexamen sólo a las cuestiones de **derecho**, partiendo del *factum* de la sentencia y sin que sea permitida la revisión de la prueba que haya desfilado en el juicio.

Manifestación de este movimiento garantista y constitucionalizador del proceso penal, lo constituye, lejos de toda duda, el motivo de casación por Infracción de Precepto Constitucional, que ya es una realidad en nuestro ordenamiento procesal.

[40] Como instrumento jurídico que posibilita a las partes, la defensa de sus intereses ante el más alto tribunal de justicia de la República, la casación cumple un papel muy importante en el control de legalidad, tanto del orden jurídico sustantivo, como del procesal, naturalmente a través de las causales (motivos) autorizadas tanto por infracción de Ley como de quebrantamiento de forma respectivamente.

Por lo que se hace necesario dejar establecido desde ahora que conforme a los nuevos estudios elaborados por la doctrina, el recurso de casación encuentra parte de sus fundamentos (así Fernando de la Rúa), en los principios constitucionales de igualdad ante la Ley, de libertad y de juicio previo, en el sentido de que "*La uniformidad de la jurisprudencia en la justicia... asegura un tratamiento similar frente a la ley penal por parte de los jueces, favoreciendo así la vigencia del principio de igualdad ante la Ley*", en relación al segundo, expresa que "*también la garantía primaria de libertad es consagrada por la constitución, como emanación de la propia naturaleza humana... no puede ser contrariada sino en los casos y modos precisamente enumerados y establecidos*", por su parte, en lo que al juicio previo corresponde, indica que "*para hacer efectiva la norma constitucional, las leyes establecen las formas que deben ser inevitablemente observadas para llegar a la sentencia y eventualmente a la pena*".

Por ello, sin pretender de manera alguna desconocer la importancia de los antecedentes históricos de la casación, nos centraremos, en parte por la naturaleza del trabajo, en intentar ofrecer un concepto didáctico del instituto, abordar sus características, su naturaleza jurídica, objeto impugnable, su finalidad, los motivos de interposición autorizados y naturalmente su procedimiento recursivo, todo lo cual nos muestra que bajo el mismo nombre de siempre hay otra cosa: un nuevo sistema.

7.4.1. Concepto, características y naturaleza jurídica

Previo a desarrollar la tarea propuesta en este apartado, conviene que recordemos el origen etimológico del término **"casación"**, que según nos informa la doctrina, proviene del vocablo francés "*casser*" que significa romper, quebrar, depurar, anular. Para la Real Academia de la Lengua Española, significa: acción de casar[41] o anular.

Usando frases cortas y sencillas, y al sólo efecto aproximativo, podemos decir que la palabra significa **anular**, de allí que el recurso tenga como objeto quitarle valor jurídico (total o parcialmente) a la resolución impugnada, sea para que la posición vacante sea ocupada por una sentencia de la Suprema Corte (casación propia) o bien para que realicen nuevamente (total o parcialmente) el debate que dio lugar a la sentencia anulada en casación (casación impropia).

La doctrina nos ofrece numerosas conceptualizaciones, veamos algunas:

Francisco Dall´Anese expresa que: "*es un recurso ordinario en virtud del cual el impugnante solicita al tribunal superior jerárquico (*ad-quem*) de aquel que emitió la sentencia (a-quo) que ejerza el control de legalidad de ésta, tanto en lo que respecta a las formalidades seguida para dictarla, como lo relacionado con la correcta aplicación de la Ley sustantiva*".

Para Fernando de la Rúa es el "*medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la Ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la Ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio*".

[41] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 303; del latín *cassare*, de *cassus*, vano, nulo; tr. Derecho. Anular, abrogar, derogar. Como segunda acepción remite a "recurso de casación", en la que se lee: "Der. El que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se supone infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento". *Diccionario* ..., cit., p. 1238.

En nuestro medio, el conocido abogado casacionista Aldo F. Cosenza, con base en el modelo procesal, que se pretende superar, (Código de Procedimientos Penales de 1984) conceptualiza el recurso de casación "*como una acción extraordinaria y específica de impugnación, mediante la cual se pretende dejar sin valor total o parcialmente una sentencia de segunda instancia proferida por una Corte de Apelaciones (caso de Honduras), cuando contiene error in iudicando o in procedendo; acción impugnativa que es conocida por la Corte Suprema de Justicia y que sólo procede por motivos taxativamente señalados en el Código de Procedimientos*".

Por nuestra parte diremos, que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario y devolutivo, autorizado en base a motivos previamente definidos en la Ley, contra las resoluciones definitivas de los Tribunales de Sentencia, cuando hayan sido dictadas con infracción de precepto constitucional, de Ley sustantiva, de doctrina legal o con infracción de normas esenciales de procedimiento. Mismo que es conocido y resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

De esta definición se infiere que el recurso de casación en materia penal, presenta a grandes rasgos, las siguientes **características**:

- Sigue siendo un recurso extraordinario, no obstante ser el único medio de impugnación autorizado contra las resoluciones definitivas de los Tribunales de Sentencia, en virtud de que no constituye una necesaria instancia más del juicio, sino que es *eventual*.
- Como recurso extraordinario, sólo procede por los motivos taxativamente previstos en la normativa procesal, opera entonces, la regla *numerus clausus*. Así los arts. 360, 361 y 362 del CPP, contienen las causales taxativas (motivos) que viabilizan la casación tanto de forma como de fondo.
- Solo se pueden recurrir en casación, las resoluciones definitivas dictadas por los Tribunales de Sentencia.
- Se distinguen tres clases de recurso de casación, el primero por infracción de precepto constitucional, el segundo por infracción de Ley y de doctrina legal y el tercero por quebrantamiento de forma.
- El recurso es conocido y resuelto por el más alto tribunal de justicia del país, la Corte Suprema de Justicia.
- El recurso tiene como objeto casar la sentencia impugnada, es decir su anulación, y puede o no, según el motivo, generar el reenvío.
- El recurso exige una técnica muy especial e implica la demostración de vicios *in iudicando* o *in procedendo* en la sentencia cuestionada.

Con base en los elementos expuestos se concluye que la **naturaleza jurídica del recurso de casación** tipifica un medio de impugnación de carácter extraordinario y devolutivo, cuyo conocimiento es exclusivo de la Corte Suprema de Justicia, limitado a los motivos taxativos regulados en la ley, para la revisión del derecho aplicado en la sentencia definitiva (nunca de los hechos) tanto de fondo como de forma [42].

[42] Así el Abogado Aldo F. Cosenza refiriéndose al sistema que estamos por abandonar, expresa: que "por su naturaleza, el recurso de casación no constituye una tercera instancia; al contrario, es un recurso extraordinario, un medio de impugnación específico contra las sentencias de segunda instancia proferidas por una Corte de Apelaciones". Sigue diciendo el autor citado: *"algunos juristas sostienen que nuestro Recurso de Casación constituye una tercera instancia, por la razón de que, si consideramos la organización del recurso, en los casos en que se casa la sentencia recurrida aceptando la primera o segunda causal del artículo 412 de nuestro Código de Procedimientos Penales, la Corte Suprema de Justicia no utiliza el reenvío, sino que entra a dictar el fallo que corresponde. Este hecho no autoriza para sostener que la Casación sea una tercera instancia, pues en ningún momento tiene las características de un recurso de instancia"*. Cosenza Bungener, Aldo F. Tesis *"La Casación Penal en Honduras"*, Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, C.A., 1997. P. 24.

7.4.2. Objeto impugnable

A diferencia de la regulación que hace el Código de Procedimientos Penales de 1984 [43], en el sentido de autorizar la casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Cortes de Apelaciones, el CPP, obviamente por razones políticas, relacionadas con la estructura del nuevo modelo procesal, los principios de inmediación, oralidad, publicidad, identidad física del juzgador y la nueva organización judicial, que prevé un tribunal colegiado para conocer de la etapa más importante del proceso penal, el juicio y, a su vez, su fase neurálgica: el debate, donde necesariamente habrá de decidirse el conflicto penal, siguiendo la regla de la taxatividad, únicamente declara procedente el recurso de casación, contra las sentencias definitivas dictadas por estos órganos jurisdiccionales, cuando dispone en términos categóricos en el CPP, 359, que "*contra las resoluciones definitivas pronunciadas por los tribunales de sentencia, **sólo podrá interponerse el recurso de casación***".

El CPP, 139, al referirse a las resoluciones judiciales, establece en su último párrafo que tendrán el carácter de sentencias las que, con vista de todo lo alegado y probado por los intervinientes son dictadas para dar por concluido el juicio oral y público y el procedimiento abreviado, o el recurso de apelación o de casación que respectivamente proceda contra estas.

Queda claro entonces que el **objeto recurrible** en casación lo constituyen únicamente las sentencias definitivas proferidas por los Tribunales de Sentencia[44].

En realidad el modelo previsto para el recurso en estudio, es coherente con los principios apuntados, especialmente con el de **inmediación,** pues resultaría nefasto desde cualquier ángulo de análisis, la concesión de recursos ordinarios (p. ej. la genérica apelación que permite el examen de los hechos y el derecho) contra la decisión adoptada después de un juicio oral, por los jueces que en inmejorables condiciones de inmediación conocieron mediante el desfile de la actividad probatoria la reconstrucción de los hechos sometidos a procesamiento.

7.4.3. Finalidad del recurso

Como todo recurso, el de casación está concedido únicamente a las partes debidamente legitimadas y que resulten agraviadas por las Sentencias dictadas por el Tribunal de Sentencia con ulterioridad al debate, por lo que las decisiones del tribunal de casación, único que crea doctrina legal mediante su *jurisprudencia* [45], se producen cuando su jurisdicción es provocada por el sujeto titular del derecho recursivo.

De lo expresado resulta que la casación no sólo busca la defensa del orden jurídico, sino también remediar el agravio ocasionado con la decisión ilegal, así nos lo ha enseñado el maestro Juan Arnaldo Hernández, al advertir: "*Estas finalidades de la casación nos sirven para afirmar que*

[43] El artículo 410 del Código citado dice: "*Contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Cortes de Apelaciones podrá interponerse recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma*". Y el art. 411 del mismo cuerpo legal expresa: "*Se tendrán como definitivas, para los efectos del artículo anterior, las sentencias que, recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al proceso haciendo imposible su continuación. También habrá lugar al recurso de casación contra las sentencias pronunciadas por las Cortes de Apelaciones cuando resuelvan una competencia por razón de la materia*". Código de Procedimientos Penales de 1984, Decreto No.189-84.

[44] No obstante existir otras resoluciones del mismo carácter, emitidas por otros órganos judiciales que igualmente ponen fin al proceso, como p. ej. las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado o los sobreseimientos definitivos, contra los cuales es procedente el recurso de apelación y en su caso el de amparo, no así el extraordinario de casación, que como ya expresamos está concedido rígidamente por el cause de la taxatividad, únicamente para atacar las sentencias definitivas proferidas por los tribunales de sentencia, después de concluido el juicio oral y público.

[45] Ver nota 20.

unas son principales y otras secundarias... en las principales se involucra: la defensa de la Ley y la unificación de la jurisprudencia; y en las secundarias: la reparación del perjuicio al particular". Asegura el maestro que "*En el recurso de casación se ponen en juego simultáneamente dos clases de intereses: el interés público del Estado y el interés particular de la parte que ha sido vulnerada en su derecho y que es la que pone en movimiento el recurso*" y abre la competencia a quien ejerce jurisdicción como derivación de la soberanía.

Bajo este panorama y recordando que el medio de impugnación tiene por objeto discutir, lejos de los hechos, únicamente el derecho aplicado en la sentencia, aproximémonos a una sistematización coherente con las remembranzas doctrinarias sobre las finalidades[46] del recurso de casación, así:

- La defensa del derecho objetivo, esto es el cumplimiento del orden jurídico vigente creado por el Estado, materializado en las sentencias de los tribunales en la resolución de los casos concretos.
- La creación de la jurisprudencia, que se logra a través de la correcta, general y uniforme aplicación de ese orden jurídico, que expresado en otros términos equivale a la unificación de los criterios interpretativos plasmados en las decisiones que conforman esa doctrina jurisprudencial lograda bajo el método científico de la dogmática jurídica.
- La realización de la justicia del caso, que se produce cuando se satisface el interés particular de la parte que ha sido vulnerada en su derecho, como dice Conde-Pumplido, servir de remedio eficaz para la protección de los derechos e intereses de las partes en el proceso penal.
- Servir de eficaz control para el cumplimiento de los derechos y libertades fundamentales tutelados por la constitución, en el enjuiciamiento penal, sistemáticamente, como consecuencia del nuevo motivo por infracción de precepto constitucional autorizado.

7.4.4. Motivos de casación

Aproximación preliminar

Al hablar de la teoría general de los recursos apuntalábamos que el fundamento técnico de las impugnaciones consistía en demostrar un vicio o error en la resolución objetada, que podía ser *in iudicando* o *in procedendo*, aspecto que en la casación alcanza su más clara y profunda manifestación, ya que el ataque al objeto impugnable, puede efectuarse desde el ángulo de la infracción de normas de orden sustantivo o por la vulneración de normas de naturaleza procesal, de allí que hablemos de dos clases de recurso de casación, el primero que se le conoce como casación en el **fondo**, que comprende los motivos por infracción de Ley propiamente dicho, de precepto constitucional y doctrina legal, y el segundo por quebrantamiento de **forma,** que da contenido a todas las causales contenidas en el motivo previsto por el CPP, 362.

[46] Ver 4.4 Finalidad del derecho recursivo, Conde Pumplido Tourón, citado por Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, señala cuatro finalidades en el recurso de casación: "a) La revisión en control de la aplicación de la Ley penal hecha por los Tribunales de instancia, garantizando el imperio de la Ley. b) La unificación de los criterios de interpretación, creando jurisprudencia y garantizando con ello no solo la aplicación de la ley penal sino su interpretación uniforme en todo el territorio español. Así se proporciona, además, seguridad jurídica y se mantiene la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley. c) Servir de remedio eficaz para la protección de los derechos e intereses de las partes en el proceso penal, haciendo efectivo el derecho al doble examen, reconocido en el artículo 4.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. d) Velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento penal". Conferencia "La Alegación de Derechos Fundamentales en el Recurso de Casación", p. 12.

Los errores *in iudicando* (*in iure*) contenidos en la sentencia dan lugar a la casación por infracción de Ley [sustantiva o su doctrina legal (casación en el fondo)] pues se refieren a la inconsistente aplicación de la norma que regula el fondo del asunto, mientras que los errores *in procedendo* resultan de la inobservancia de las reglas esenciales que rigen para el proceso o la sentencia. Por eso en el primero de los casos, hablamos de vicios de fondo y en el segundo, de vicios de actividad o de forma.

Aldo F. Cosenza, nos demuestra con rigurosa precisión, que "*Los errores* in iudicando *se producen en el acto de juzgar, o sea en la sentencia; los errores* in procedendo *se originan normalmente en el curso del proceso, en el inter procesal, pero pueden también ocurrir en el propio fallo. Los errores* in iudicando *quebrantan únicamente la sentencia; los errores* in procedendo *invalidan, además, un sector del proceso. Finalmente, los errores* in iudicando *se enmiendan por la Corte Suprema de Justicia, mientras que los errores* in procedendo *imponen cuando procede el reenvío a los jueces de instancia para que repongan el procedimiento*".

En ambos casos, tanto en la casación en el fondo como en la forma el vicio se ve representado en la infracción del orden jurídico, con la salvedad que la Ley procesal prevé el primero para la defensa del orden sustantivo (error *in iudicando*) y el segundo para la corrección de los defectos formales (vicios *in procedendo*).

7.4.4.1. Motivo de casación por infracción de precepto constitucional

> "Art. 361. En todos los casos en que, con arreglo a este Código, pueda interponerse recurso de Casación contra una resolución judicial, será suficiente para fundamentarlo, la infracción de precepto constitucional".

El origen del presente motivo de casación en el fondo se remonta a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) Española, del dos de julio de mil novecientos ochenta y cinco, misma que en el numeral 4 del art. 5 consagra en forma idéntica al art. 361, la causal de casación en examen, reafirmándose una vez más la histórica influencia del derecho ibérico en nuestro sistema jurídico, por lo que será de particular importancia tener en consideración las discusiones y la jurisprudencia que se ha generado en aquella nación, a lo largo de estos quince años, para abordar bajo una dimensión más amplia el tema propuesto.

En realidad el motivo surge por la necesidad de darle vigencia a uno de los postulados básicos del Estado Constitucional de Derecho, el cual es de mantener la supremacía de la Constitución sobre todo el orden jurídico nacional, especialmente en materia penal, donde la fuerza estatal normalmente restringe los derechos y libertades fundamentales del individuo.

El legislador entiende que este principio (el de la jerarquía constitucional)[47] consagrado en CR, 315, debe ser respetado en el espacio jurídico nacional sin mayores discusiones, por ello ha posibilitado un medio más puntual para lograr aún después del juicio el necesario encause constitucional.

[47] Dice el maestro Enrique Flores Valeriano que: "Las únicas excepciones a este postulado legal las constituyen las llamadas normas programáticas en cuanto que ellas mismas ordenan; como condición para su vigencia y aplicación la emisión de leyes ordinarias que las desarrollen. Para explicar mejor este rasgo fundamental del Estado de Derecho, recordemos que el orden jerárquico normativo del Estado, está conformado por las Leyes constitucionales, las Leyes ordinarias, las Leyes reglamentarias y las Leyes individualizadas, dándose entre todas ellas, una subordinación y condición de validez de las inferiores respecto a las superiores; a tal grado es cierta esta jerarquización, que en la medida que las inferiores se aparten o contradigan las de superior categoría, en esa misma medida carecen de validez. Por ello es que se dice que el ordenamiento jurídico es un sistema congruente y sistemático". "El Estado de Derecho y la Constitución de la República". Colección Cuadernos Judiciales No.4, octubre 1990, Tegucigalpa, Honduras, p.18.

Recuérdese que en la parte dogmática de nuestra Constitución se consagran derechos y libertades fundamentales del individuo, que se convierten en preceptos de aplicación directa en el proceso penal (normas operativas y no sólo programática), esto es, aún sin leyes que los desarrollen, v. gr., los derechos y garantías contenidos en el Título III, Capítulo II de la CR, preceptos que aunque no estuviesen contenidos en las disposiciones comunes a todo el procedimiento del CPP, son un efectivo límite al *ius punendi* del Estado de Derecho y por ende deben ser respetadas por los entes encargados de la persecución penal, siendo factible, en caso de infracción, su oposición ante los órganos jurisdiccionales e incluso ante el más alto tribunal de justicia del país, por la vía del amparo o de la casación [48] según sea el caso. Por eso Gustavo Vivas les denomina *"Bases Constitucionales del Proceso Penal"*.

Esta inconsecuente rebeldía, ha tenido su fundamento en la posición que maneja un sector muy considerable de la doctrina universal, en el sentido de que por su carácter general y muchas veces de contenido programático, las disposiciones constitucionales no se les estima normas de orden sustantivo, capaces de servir por si solas de fundamento para la casación, así la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de enero de 1973, ratificó este criterio, al expresar: "Que en el motivo único de casación se alega infracción de los artículos 60 y 69 de la Constitución de la República y de algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia, no obstante ser de lato conocimiento que la infracción de los preceptos invocados, no pueden servir de fundamento para la casación, porque carecen del carácter sustantivo que requiere el numeral 1 del artículo 1237 reformado del Código de Procedimientos...". Bajo este panorama, a los abogados prácticos de casación, no nos quedó otra alternativa que inventar la fórmula de citar los preceptos fundamentales en relación a las normas sustantivas consideradas directamente infringidas, para poder así en forma "disfrazada" introducir fundamentos constitucionales en los motivos de casación por infracción de Ley, técnica que tiene su fundamento en la necesaria coherencia constitucional del orden jurídico legal secundario, por lo que a nuestro criterio es fundada y valedera, pero con la aparición del innovador motivo de casación, seguramente el proceso lógico de relación será a la inversa, es decir, citando el precepto constitucional, enlazándolo con otras disposiciones ordinarias que respalden la tesis tendientes a demostrar la infracción.

En otros casos, la Corte Suprema de Justicia esgrimió otros argumentos, orientados siempre a declarar en la primera sentencia, la inadmisibilidad de los recursos planteados con fundamento en disposiciones constitucionales, así p. ej., en sentencia del 27 de febrero de 1961 estableció: *"que el artículo 78 de la Constitución de la República, cuya infracción alega el recurrente, no tiene carácter penal, siendo una garantía individual, cuya violación da pie a otra clase de recursos, por lo que es procedente declarar inadmisible el recurso de Casación interpuesto"*. En otra sentencia, del 20 de octubre de 1965, pero ya en materia civil fundamentó así: *"que el recurrente alega como primer motivo de casación, violación por falta de aplicación del artículo 61 de la Constitución de la República decretada el 2 de septiembre de 1904 y que entró en vigencia el primero de marzo de 1906, siendo improcedente el recurso por este primer motivo por tratarse de una disposición enunciativa y de carácter general, la cual no puede ser violada para el efecto de la casación"*.

[48] Como en nuestro sistema de justicia ha existido una reiterada rebeldía a permitir la alegación de preceptos constitucionales por el encause de la Casación por Infracción de Ley, es decir por el numeral 1 del art. 412 del Código de Procedimientos Penales, ahora primer párrafo del art. 360 del CPP, se vislumbra un avance significativo y una nueva concepción del recurso de casación, que sin lugar a duda quebrantará las mentalidades legalistas y formalistas que hasta ahora han imperado en la tramitación de este considerado sacramento de impugnación, en el cual con frecuencia se infringen los propios postulados constitucionales de defensa, libertad de acceso a los tribunales, el debido proceso legal y el derecho a la tutela judicial efectiva, que igual que los anteriores aparece implícito en nuestro marco fundamental.

Siendo este el panorama operativo al que hemos estado sujetos en materia de casación, durante largos años, aparte de necesario, resulta verdaderamente ambicioso el proyecto constitucionalizador que pone el legislador en manos de los operadores de la justicia penal, pues en resumen, el motivo tiene por objeto que a través del reexamen se controle la necesaria coherencia que debe existir entre la norma individualizada (sentencia) que resuelve el caso y la Constitución de la República.

Este novedoso motivo de casación, como lo denomina don José María Palacios, presenta algunas **características** de particular importancia que conviene dejar apuntadas:

- Del contenido del texto de su nacimiento, se desprende que al estructurar un motivo de casación por infracción de norma constitucional, basta con fundamentarse en el precepto que se considera ultrajado, es decir, que no es necesario apoyarse en otras normas ordinarias para que sea estimado, por supuesto sin olvidar satisfacer las exigencias mínimas impuestas por el art. 363 del CPP.
- Es un motivo de casación en el fondo, que se planteará, tramitará y resolverá conforme a la casación por infracción de Ley.
- El precepto autorizante (art. 361) no se refiere a derechos fundamentales sino a "Precepto Constitucional", de manera que no cabe hacer distinción, por el mismo entra a la discusión casacional, cualquier disposición constitucional que se estime infringida, siempre y cuando sea aplicable al caso del pleito. Bajo este comprendido podría alegarse p. ej., no sólo la infracción de los derechos fundamentales como el de defensa (art. 82 CR), sino también las disposiciones contenidas en el art. 325, cuando se hayan irrespetado al fallar el caso el tribunal de sentencia.
- Los preceptos alegados deben tener naturaleza penal, como p.ej., los derechos fundamentales, o ser disposiciones constitucionales que deban ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, v. gr., los arts. 323, 324 y 325 de la CR.
- Conforme al segundo párrafo del art. 369 del CPP, la naturaleza de la sentencia es idéntica al fallo proferido en la casación por infracción de Ley, es decir, que si la Corte Suprema estima la infracción pretendida, casará la sentencia (la anulará) y resolverá el caso conforme a la Ley aplicable.

Pese a las ventajas que representa el acceso a la casación por la vía del art. 361, que se traduce en una real y efectiva nueva vertiente con apertura suficiente para el control y revisión del engase constitucional en el proceso penal, en la práctica seguramente se producirán férreas discusiones en la posición que tendrá que adoptar el tribunal supremo para abordar el tema de la infracción Constitucional, sin contradecir los principios que le son inmanentes a la casación, no obstante los cambios introducidos en el modelo propuesto, situación que nos obliga con las limitaciones del caso, a comenzar el debate desde ahora.

En primer lugar, cuando se alegue la infracción de algunos derechos fundamentales, como el de presunción de inocencia (CR, 89) según el cual toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente, por la naturaleza del principio, tenemos que de no contradecir el factum de la sentencia (hechos probados) donde precisamente se declara la culpabilidad, difícilmente el casacionista podría estructurar su motivo de casación, que ésta será una de las excepciones al principio de intangibilidad de los hechos probados, de los cuales se debe partir según la regla general, para argumentar la infracción de Ley.

Igualmente conviene explicar que tratándose de la presunción de inocencia, el tribunal de Casación para determinar si efectivamente se ha producido la infracción pretendida, esto es, si se ha quebrado o no el estado fundamental de inocencia, necesariamente tiene que entrar a **revisar la logicidad** (y demás reglas de la sana crítica racional) del as probatorio que ha perforado el estado de inocencia al servir de base para la validación del hecho contenido en la acusación y que el tribunal considera acreditado en juicio, lo que también contraviene los postulados de la casación en el fondo, pero al parecer la concepción misma del motivo da por aceptado estas salvedades, en aras del encause constitucional. Un ej. de lo expresado sería cuando se pretenda la exclusión de pruebas por considerarlas prohibidas o ilícitas, que a la par de la garantía constitucional vulnerada con el acto concreto de prueba denunciado, seguramente se argumentará la lesión de la presunción de inocencia, o cuando se enlace el indubio prorreo con este último principio fundamental.

La jurisprudencia española ha resuelto este problema mediante la fórmula contenida en la sentencia número 29-9-1985 de la sala segunda del Tribunal Supremo que dice:: *"La misión del Tribunal de Casación, en orden a la presunción de inocencia, no es la de proceder a un nuevo análisis, ni una renovada valoración de la prueba practicada en instancia, ni tampoco la de revisar críticamente la mentada valoración, sino que lo que únicamente le corresponde es la función de comprobar y verificar si la audiencia, para ejercer su libérrima y soberana facultad de apreciación de la prueba en conciencia, que le concede el art.741, o racionalmente, como establece el art.717,* ***dispuso del mínimo de actividad probatoria,*** *practicada con las debidas garantías constitucionales y procesales, de modo que, una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya cuestión de exclusiva competencia del tribunal sentenciador".*

En segundo lugar, no obstante estar claramente determinado que el motivo es de fondo, consideramos que en más de algún caso la Corte Suprema de Justicia se verá tentada a hacer uso de la sanción procesal de nulidad, o a resolver por la vía de la casación en la forma para operar el reenvío.

Tal es el caso, que pese haber entrado en vigencia desde el sábado 20 de mayo del año dos mil, entre otros, el artículo 350 del CPP, que da contenido a los principios del efecto parcialmente devolutivo y de la prohibición de reformatio in peius, las Cortes de Apelaciones y más propiamente la Corte Suprema de Justicia, conociendo en apelación y casación, respectivamente, siguen declarando invalidaciones y nulidades de oficio, conforme la facultad extraordinaria que les concedía el art. 956 del Código de Procedimientos (comunes).

Decimos que les concedía, porque en materia penal con la vigencia del mencionado art. 350, esa facultad fue derogada, conforme a las reglas de derogación tácita contenidas en el Código Civil, pues el contenido de esta disposición, al menos en materia penal, es inconciliable con lo dispuesto en el art. 956, en tal sentido, es aplicable el principio general de que la Ley posterior deroga la Ley anterior.

En tercer lugar, el tribunal supremo tendrá que fijar su posición en cuanto a los preceptos constitucionales que en materia penal tendrán acceso a la casación por esta causal, pues como es sabido la Constitución de la República contiene disposiciones especiales que son efectivos derechos, garantías y libertades fundamentales de los ciudadanos, pero a la par de éstos, contiene en su mayoría normas de carácter orgánico, declaraciones, y principios que por su contenido de orden general difícilmente podrán ser por si solas útiles para respaldar una lesión fundamental.

Pues como lo hemos visto ya anunciado en los precedentes relacionados, la Corte Suprema ha desestimado algunos recursos aduciendo generalidad y carácter no penal de las disposiciones invocadas.

En cuarto lugar, tendrá que producirse una necesaria limitación al abuso que en la práctica se hará de la causal apuntada, ya que seguramente los abogados litigantes ante la imposibilidad de atacar una sentencia por los medios idóneos (otras causales) optarán por la introducción disfrazada de motivos de casación argumentando infracción p. ej., de normas ordinarias, reglamentarias o procesales, enlazándolas con preceptos fundamentales, lo que en realidad bajo planteamientos lógicos y coherentes es aceptable, pero no a la inversa, pues seguramente no se dejará esperar la respuesta de la Corte, por medio de la desestimación de los recursos.

En quinto lugar, seguramente se van a volver a producir las discusiones que surgieron hace algunos años cuando al nacer con su nueva Ley Orgánica el Ministerio Público, comenzó a impetrar recursos de amparo en representación, defensa y protección de los intereses de la sociedad, nos referimos a la legitimación del fiscal y en su caso del acusador particular para invocar la infracción de algunos preceptos constitucionales, obviamente no nos referimos a la presunción de inocencia, que ya sabemos que únicamente podrá alegarla el procesado, pero sí al derecho de defensa o al de acción p. ej., que según la doctrina están concedidos para todo aquel que ostenta la condición de ser parte en juicio.

7.4.4.2. Motivo de Casación por Infracción de Ley o de doctrina legal

> Art. 360."Habrá lugar al recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal, cuando dados los hechos que se declaren probados en la sentencia, se haya infringido un precepto penal u otra norma jurídica de carácter sustantivo, que deba ser observada para la aplicación de la Ley Penal o un principio de doctrina legal también de carácter sustantivo...".

Continuando con el examen, nos introducimos como nos hace ver la doctrina, al motivo más genuinamente casacional según el modelo francés, orientado fundamentalmente a los puntos *de derecho, como ser la correcta aplicación y uniforme interpretación de la Ley.*

Su antecedente cercano lo encontramos en el art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, cuyo texto coincide perfectamente con el del numeral 1 del art. 412[49] del Código de Procedimientos Penales de 1984, e igualmente con leves modificaciones su contenido lo vemos plasmado en el párrafo primero del art. 360 del CPP supraindicado.

Si la sentencia penal responde a la construcción de un silogismo, es necesario aclarar que la casación por Infracción de Ley, se concede en el CPP, para que partiendo sobre la base de la premisa menor (hechos probados) se pueda objetar la premisa mayor, es decir el derecho aplicado en la sentencia impugnada.

Lo anterior es importante porque la causal está concebida políticamente para discutir sobre la infracción de normas penales sustantivas o de otras normas que igualmente gocen de esa misma condición e incluso de doctrina legal siempre de naturaleza sustantiva.

[49] El preámbulo y numeral uno del art. indicado, dispone: "Se entenderá que ha sido infringida una Ley para el efecto de que pueda interponerse el Recurso de Casación:1) Cuando dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones enumeradas en dicho artículo, se hubieren infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal."

Partiendo de esta óptica, se hace necesario para un planteamiento más didáctico y claro, abordar por separado los diferentes elementos inmanentes al presente motivo de casación, como son las cuestiones relacionadas con el respeto a los hechos probados de la sentencia impugnada, la naturaleza de las leyes tanto penales como extra penales que se pueden invocar y las diferentes formas de infracción de Ley que la jurisprudencia ha definido.

*** Principio de Intangibilidad de los hechos probados**

Tradicionalmente se afirma que el tribunal de sentencia "es soberano para fijar los hechos de la causa", lo cual limita la competencia de la corte de casación y define al recurso de casación. Este principio se aplica a todos los motivos de casación y no solamente a la casación de fondo, pero en la que se exhibe con mayor claridad al discutirse la subsunción del hecho en el derecho.

Por ello el CPP, 369, al establecer las reglas de la sentencia de la Corte Suprema que entiende por vía de casación, establece que *"la Corte, en ningún caso, podrá modificar los hechos que la sentencia recurrida tenga como probados".*

Esta regla definitoria de respeto absoluto en materia de casación penal (y en especial cuando se invoca el motivo de infracción de Ley), están revestidos los hechos declarados probados por el tribunal de sentencia, esto quiere decir que para demostrar la infracción de un precepto penal sustantivo debe partirse sobre la base de la hipótesis fáctica estimada por el sentenciador, de suerte que no está permitida la fundamentación del recurso en otros hechos que no sean los declarados probados. Así se desprende del contenido del precepto autorizante (CPP, 360) cuando dice: "habrá lugar al recurso de casación por Infracción de Ley o de doctrina legal, cuando **dados los hechos que se declaren probados en la sentencia** se haya infringido un precepto penal ...".

Esta intangibilidad e inamovilidad del *factum*, reafirma una vez más que la casación no es un juicio de instancia[50], mucho menos ahora que el modelo procesal está concebido bajo la estructura de un juicio oral, público y contradictorio, celebrado bajo el marco de la **inmediación**, por la cual sólo los Jueces que participen en el debate estarán en condiciones idóneas, técnicamente hablando, para estructurar la base fáctica del fallo, por lo que *la Corte, en ningún caso, podrá modificar los hechos que la sentencia recurrida tenga como probados* (CPP, 369, párrafo tercero).

El caso de inobservancia de las reglas de la sana crítica racional (CPP, 338, cuarta, 2) en la reconstrucción conceptual de los hechos que el tribunal de sentencia tiene por acreditados habilita a la interposición de casación por vicios in procedendo (CPP, 362) y no a la casación por el fondo como vicio in iudicando in facti, proscrito como se dijo.

Por lo anterior, conviene destacar que es esta otra diferencia en el diseño casatorio contra las que chocarán nuestras deformaciones profesionales del antiguo régimen en el que ha existido una especie de tentación o irresistencia de los modelos, en relación a esta máxima exigencia procesal, introduciendo por la vía de la excepción, causales que si posibilitan el ataque frontal

[50] Para Narciso Fernández Boixader, los hechos probados reconocidos en el fallo constituyen verdad indiscutible e inconvertible y por eso afirma que "cuando lejos de guardar este debido respeto a la santidad de esta norma fundamental del recurso, se rebasan sus límites, se niega, se discute se altera, en fin, lo que la sala sentenciadora afirma y se pretende traer a colación hechos nuevos que no se deducen de la declaración de probados o se hacen alegaciones que de modo notorio contradigan lo que en la resolución impugnada se establece como probado de facto, o se sustituye por el criterio personal del recurrente el mantenido por el tribunal sentenciador, la impugnación carece de virtualidad para que se abra francamente el cause de la casación".

del contenido fáctico de la sentencia penal, degradando la casación a simple apelación, cuando se admite un motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba [51], como sucede en el sistema español y el nuestro.

Sin embargo como lo hemos dejado establecido, conforme a la nueva regulación, esta posibilidad casacional ha desaparecido y en consecuencia prevalece en la República el respeto irrestricto y absoluto a la verdad fáctica consignada en la sentencia del tribunal de juicio previo.

Queda claro entonces, que el respeto a los hechos probados en juicio adquiere su máxima expresión e importancia fundamental en la casación por Infracción de ley, no sólo porque de ellos debe partir el casacionista para demostrar la infracción pretendida, sino porque ni (aún) la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, podrá modificarlos o repellarlos al estimar el recurso y resolver el caso conforme a la Ley aplicable. Situación que nos reafirma la naturaleza del reexamen casacional, en el sentido que únicamente versa sobre el derecho y nunca sobre los hechos.

*** Naturaleza de las Leyes y doctrina legal infringidas**

Resulta conveniente distinguir entre Leyes penales sustantivas, Leyes extra penales (como las llama Aldo F. Cosenza) y doctrina legal, veamos:

- **Leyes penales sustantivas.** Son las normas cuya infracción puede ser invocada en la casación por infracción de Ley, nos referimos concretamente a las disposiciones sustantivas contenidas en el Código Penal y en las Leyes Penales Especiales, como p. ej., las receptadas en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley de Lavado de Activo y el Código Tributario, etc, siempre y cuando p. ej., conceptualicen delitos, contravenciones, eximentes de responsabilidad, participación criminal, reglas para la imposición de penas, responsabilidad civil, circunstancias modificativas de la responsabilidad, concurso de delitos, etc.

  Aldo F. Cosenza escribe que *"se debe entender por leyes sustantivas las que consagran derechos y obligaciones, su modificación o extinción o estatuyen delitos y sanciones; por adjetivas las que establecen los procedimientos para hacer efectivos esos derechos y obligaciones, o declarar los delitos y aplicar sus sanciones".*

  Para de la Rúa *"el concepto de Ley sustantiva comprende no sólo las normas incriminadoras sino también las que establecen circunstancias agravantes, calificantes, atenuantes, o relativas a la pena o efectos penales, en suma todas las cuestiones relativas a la configuración jurídica de los hechos de la causa, comprendidas en los conceptos de calificación, definición o subsunción legal".*

  En conclusión debe significarse que al utilizar como fundamento el CPP, 360 en la casación, deben invocarse como infringidos preceptos penales de orden sustantivo, y no adjetivos o procesales, cualquiera que sea el cuerpo legal en el que se ubiquen como texto ordenado.

[51] El preámbulo y numeral 2 del art.412 del mismo Código de Procedimientos Penales de 1984, dice: "Se entenderá que ha sido infringida una Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 2) Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido errores de hecho, si ésto resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del juzgador, y no estuvieren desvirtuadas por otras pruebas".

- **Normas extra penales**. Como igualmente por el cause del CPP, 360 se puede alegar la infracción de otras normas jurídicas, siempre de carácter sustantivo, es importante aclarar que el precepto autorizante se refiere a leyes no penales, V.gr., civiles, mercantiles, administrativas, ambientales, laborales, etc., siempre y cuando las mismas deban ser observadas en la aplicación de la Ley penal sustantiva que anteriormente tratamos.

  Pero la explicación no se agota aquí, ya que en realidad la lesión no se produce de manera directa en la norma extra penal, sino como enseña Boixader, se infringe con motivo de la aplicación de Ley penal, es decir que para estimar infringida una norma no penal, es necesario que la misma haya tenido que ser necesariamente observada en la aplicación de la Ley Penal, partiendo siempre por supuesto de los hechos estimados probados por el sentenciador. Así p. ej., si un Alcalde enajena los bienes destinados a utilidad pública o área verde de su municipio y así se estima en los hechos probados, pero se le absuelve, se puede alegar la infracción por violación tanto del artículo 349, numeral 2, del Código Penal (norma sustantiva) como la violación del artículo 72 de la Ley de Municipalidades (norma extra penal).

  En conclusión su vulneración en materia de casación, está condicionada a la infracción de normas sustantivas penales y tal infracción puede producirse por violación, aplicación indebida o interpretación errónea.

- **Doctrina legal.** Nos referimos a la jurisprudencia creada por la Corte Suprema de Justicia en reiterados, constantes e idénticos fallos, así lo concibió el legislador al disponer en el párrafo segundo del CPP, 360 que *"se entenderá por "doctrina legal" la reconocida como tal por la Corte Suprema de Justicia, por medio de tres sentencias conformes sobre un mismo asunto".*

  Pero al igual que las leyes, estos principios de doctrina legal también tienen que ser de naturaleza sustantivo, de acuerdo al propio precepto autorizante (CPP, 360) que legitima su viabilidad casacional, siempre por la vía de la infracción de ley[52].

  Con la jurisprudencia se unifica la aplicación e interpretación del orden jurídico, en consecuencia ésta debe ser coherente, emanada de ese espacio legal y nunca por lo tanto contraria o irrespetuosa de los lineamientos del esquema a que se circunscribe, que básicamente es control de legalidad y uniformidad de la interpretación de la Ley [53].

  Adquiere aquí un nivel mayor de especificidad la jurisprudencia como fuente del derecho, por sobre la idea supletoria ya consignada en el CPP,19, de asignar a la jurisprudencia la función de fuente auxiliar de la actividad jurisdiccional.

[52] Como es ampliamente conocido, al menos en materia civil, esta posibilidad casacional ha existido desde hace mucho tiempo en nuestro ordenamiento jurídico y, en el art.920.8 del Código de Procedimientos (Comunes) se dice que está (la doctrina legal) se forma según la jurisprudencia de la Corte Suprema declarada en tres sentencias conformes, resulta entonces, que la doctrina legal es jurisprudencia y por ello su distinción en nuestra realidad carece de mayor relevancia, ya que si solo se cuenta con un fallo donde la Corte suprema fija su posición sobre un determinado aspecto jurídico, podemos hablar de precedente, pero no de doctrina legal jurisprudencial.

[53] Nos ha dejado escrito Antoni Bermúdez, que *"La interpretación de la Ley y su aplicación en la sentencia constituye el momento judicial del derecho y de él nace una norma jurídica de carácter particular, concreta, obligatoria para quien ha sido afectado por el fallo. Pero la repetición del momento judicial en la resolución de casos semejantes, origina la doctrina, Intimamente unida a la expresión legislativa del derecho, y consustancial con esta, en el hermetismo jurídico".*

*** Clases de Infracción de Ley**

La operación lógica intelectual de los jueces que integran el Tribunal de Sentencia, una vez estructurados los hechos probados de la sentencia, deben interactuar como equipo en la construcción de la voluntad jurisdiccional en relación a la cuestión de la calificación legal de tal hecho, estableciendo la pretendida correspondencia entre hecho y derecho, y subsumir[54] el cuadro fáctico en forma adecuada en la Ley Penal que corresponde, es aquí donde se pone a prueba la pericia del Juez para encontrar la exacta inteligencia de la norma que resuelve el caso propuesto.

Como esta labor de adecuación imputativa del hecho al derecho, no siempre se efectúa de manera impecable en el espacio jurisdiccional, el legislador ha previsto el motivo de casación por infracción de Ley, mediante el cual se autoriza al agraviado para que pueda denunciar el vicio in iudicando in iure ante el respectivo tribunal de casación.

Ahora bien, este pretendido esfuerzo de calificación jurídica, conforme al CPP, 360, puede dar lugar a la infracción de normas penales, extra penales y doctrina legal, misma (infracción) que puede producirse de tres formas diferentes, por violación, por aplicación indebida y por interpretación errónea.

Aunque ni el Código de Procedimientos Penales de 1984, ni el CPP lo expresan de esta forma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia así lo ha establecido, entendemos que siguiendo el lineamiento del Código de Procedimientos (Comunes) que en su art. 903.1 si dice expresamente que habrá lugar al recurso de casación por Infracción de Ley o de doctrina legal: cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea, o aplicación indebida de Leyes o doctrinas legales, aplicables al caso del pleito.

a) **La infracción por violación.** De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es la falta de aplicación de la Ley o de la doctrina legal en la resolución de la cuestión debatida.

   Es pues la omisión o falta de aplicación pero no de cualquier ley, sino de aquella que sea aplicable a la causa que se falla.

   De acuerdo a nuestro sistema, la violación de la Ley se produce, cuando el Juez pasa por alto la existencia de una norma reguladora de la relación jurídica debatida, o se resiste en forma deliberada a aplicarla no obstante su validez formal.

   Pero como lo hemos venido repitiendo, en materia penal, esta falta de aplicación (violación) tiene que resultar necesariamente partiendo de los hechos probados declarados en la sentencia.

b) **Infracción por aplicación indebida.** Es precisamente la aplicación por parte del sentenciador de Leyes o doctrinas legales ajenas a la cuestión debatida.

   Como nos enseña Antonio Bermúdez, "Consiste en invocar para la decisión del pleito normas jurídicas ajenas a la cuestión debatida. Esto supone naturalmente, que la sentencia ha desfigurado la litis. Caracterizando en forma distinta de la propia y verdadera la relación de derecho que se discute".

[54] Bacigalupo citado por Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, señala que la subsunción: *"es una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho. Se concreta el contenido de la norma general al hecho concreto que se enjuicia"*. Conferencia "Motivos de Casación por Infracción de Ley" . Madrid, España, 2001, p.13.

En resumen el sentido de la infracción se produce al citar y fundamentar el fallo con una norma o doctrina legal extraña a los hechos estimados probados, de allí su denominación de aplicación indebida, ya que se cita el precepto o doctrina legal, pero en forma indebida.

c) **Infracción por interpretación errónea.** Explica Antonio Bermúdez que la interpretación errónea consiste en aplicar la Ley con un sentido distinto del que verdaderamente tiene. La sentencia citó la Ley debidamente pero no le dio su significación precisa, aumentó o restringió sus efectos y consecuencias, o alteró su propia naturaleza.

La naturaleza de la Infracción lleva implícita siempre partiendo del relato fáctico, la aplicación de los preceptos de orden sustantivo o de la doctrina legal que corresponden al caso, pero como dice Aldo F. Cosenza "asignándole efectos o consecuencias que no causa, que le son contrarios o extraños a su contenido". En suma se cita correctamente la Ley pero el defecto consiste en darle consecuencias que no resultan de su propia redacción conceptual.

Tenemos así entonces, que al gran género de la infracción, desde el punto de vista técnico de la casación, corresponden las especies de violación, aplicación indebida e interpretación errónea, siendo las más comunes en el espacio práctico, las primeras dos relacionadas.

7.4.4.3. Motivo de casación por quebrantamiento de forma (art. 362 CPP)

*** Cuestiones previas**

En los motivos de casación por quebrantamientos de forma, ya no se discute sobre la infracción del derecho sustantivo o doctrina legal del mismo carácter, sino, sobre la vulneración de los trámites y formas sustanciales del juicio, incluyendo desde luego, el acto de sentenciar. Este motivo capta los vicios *in procedendo*, lo que incluye la inobservancia de las reglas de la sana critica racional en la determinación de los hechos del caso.

Se trata de la inobservancia o errónea aplicación de **las normas esenciales de procedimiento**, hablando en sentido positivo, que no deben dejarse de cumplir en el trámite del juicio, ni al dictar la sentencia. Regularmente la "esencialidad" de una norma que disciplina un acto procesal surge de la propia norma u otra del sistema normativo que amenaza la validez del acto con una sanción procesal de las referidas al comienzo de este capítulo.

De los siete numerales que comprende el CPP, 362, podemos afirmar que salvo el numeral 5 que afecta los trámites y formas sustanciales del juicio, los demás se refieren a vicios que afectan exclusivamente la **forma y contenido** de la sentencia, que es donde al parecer ha puesto énfasis el legislador al conceder los motivos de esta naturaleza, ya que de tratarse de defectos en la tramitación que no impacten en la sentencia quedan al margen del control de gestión jurisdiccional.

Debe dejarse claro que la casación en la forma implica necesariamente la existencia de un vicio que ponga de manifiesto la infracción de una norma concreta de procedimiento, pues cada una de las causales comprendidas en el 362, responden a regulaciones o exigencias específicas para el acto de que se trata, en el cuerpo del CPP, así p. ej., el art. 338 establece los requisitos de las sentencias, entre ellos la declaración de hechos probados, que al no consignarse, da vida a uno de los supuestos de la causal primera del indicado art. 362, y como la mayoría de las causales de casación en la forma que entraremos a examinar, se refieren a la forma y contenido de la sentencia, el vicio resultará en su generalidad por no dar cumplimiento a lo preceptuado en

el art. 338, excepcionalmente relacionado con otras disposiciones como p. ej., el art. 141, cuando se alegue la causal 3ra. del citado art. 362, pues el vicio siempre resultará como ya se dijo, de la infracción de normas procedimentales, que es necesario singularizar para la viabilidad del recurso.

Tales cuestiones impactan en la fundamentación de la sentencia, por lo que el análisis requiere de una referencia mínima de su estructuración teórica e impacto práctico.

*** Cuestiones de fundamentación**[55]

En nuestro país el deber de fundamentar impuesto no sólo a los órganos jurisdiccionales, viene implícito en varias disposiciones de la CR, como el art. 94 que regula el juicio previo, el 90 que da contenido al debido proceso, el 84 que establece la forma de restringir la libertad y el 92 que refiere los requisitos para que motivadamente pueda dictarse auto de prisión o declaratoria de reo.

Exigencia que aparece nítidamente regulada primero, en el CPP,141, que en sus párrafos segundo y tercero dice: "Los autos y las sentencias tanto interlocutoria como definitivas, contendrán bajo **pena de nulidad**, una clara y precisa motivación, la designación del tribunal que lo dicta, el lugar, fecha y la resolución respectiva. La motivación expresará los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa la resolución, y, en su caso, las pruebas tenidas en cuenta, así como las razones del valor probatorio que se les haya atribuido". Aspecto que con posterioridad se desarrolla con igual precisión, en las reglas establecidas para la sentencia, de acuerdo al art. 338, donde en la cuarta parte se consigna que en la "fundamentación" del fallo se expresará la declaración de hechos probados, la valoración de la prueba y la fundamentación jurídica, dejando de esta manera clarificado la forma y contenido de la sentencia penal, controlable mediante las causales de casación en la forma que entraremos más adelante a comentar.

La motivación es vista normalmente por los operadores judiciales como un simple deber de los juzgadores, pero en realidad representa un límite a la arbitrariedad, que opera como garantía de los sujetos que actúan en el proceso, ya que sólo conociendo los fundamentos, las razones de hecho y de derecho definidas por el Tribunal en su resolución, se puede llegar públicamente a la conclusión de si la decisión es legal, justa o proporcional al hecho ilícito cometido que la administración de justicia de la República sanciona como acto de gobierno.

Enseña Fernando De la Rúa, que "La motivación, a la vez que es un requisito formal que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico. Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los "considerandos" de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución." continúa diciendo el autor que "El tribunal de juicio tiene el deber de suministrar las

[55] Sobre este punto nos dice Francisco Dall'Anese: "Que la sentencia penal debe contener una relación del hecho histórico, es decir debe fijarse, clara, precisa y circunstancialmente la especie que se estima acreditada, sobre la cual se emite el juicio, que es lo que se conoce como **fundamentación fáctica**. Además ese hecho tiene que tener un sustento probatorio, y en ello entramos a lo que se llama **fundamentación probatoria** que se divide en dos: Fundamentación descriptiva y fundamentación intelectiva. La fundamentación probatoria descriptiva obliga al Juez a señalar en la sentencia, uno a uno, cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate; la fundamentación probatoria intelectiva es la apreciación de los medios de prueba. Es allí donde el Juez dice por qué un medio le merece crédito, y cómo lo vincula a los elementos que obtiene de otros medios de elenco probatorio. Esta fundamentación es precisamente sobre la que recae el reproche del Recurso referido a violación de reglas de la sana crítica. Y finalmente, la tercera forma de fundamentación es la **jurídica**. El Juez tendrá que decir por qué aplica la norma o por qué no lo hace. En caso de aplicación debe indicar además qué pena impone al condenado y por qué." "Ciencias Penales". Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica", diciembre 1992, año 4, número 6, p. 54.

razones jurídicas de su fallo. Debe enunciar el porqué de su decisión. Debe, en una palabra, fundamentar la sentencia y justificar la decisión jurisdiccional. Esto constituye la motivación". Concluye el Jurista argentino, que "por su contenido, la motivación debe ser **expresa, clara, completa, legitima y lógica**".

En cuanto a la fundamentación fáctica, diremos junto a los españoles que los **hechos probados**[56], son el "conjunto de los requisitos mínimos que concurren a perfilar un plano histórico un cierto acaecer que encuentra dentro de sí los extremos mínimos previstos en una hipótesis normativa". Esta narración fáctica debe hacerla el Juez con base en la prueba válidamente incorporada y evacuada en el juicio oral, con suma claridad, precisión y coherencia.

En la **valoración probatoria,** el juzgador ha de indicar claramente las pruebas tomadas en consideración al establecer los hechos probados y el valor que les haya dado a cada una de ellas, según las reglas de la sana crítica. El sentenciador tendrá entonces primero que seleccionar la prueba legítima con que dará sustento fáctico a la sentencia y después asignar el valor que corresponde a cada una, indicándolo expresamente, lo mismo hará cuando llegue a conclusiones por inferencias a partir de valoración de prueba indiciaria. Por lo que será preciso que describa en los *considerandos* de la sentencia cada una de las pruebas que dan sustento a la decisión (fundamentación descriptiva), indicando igualmente el valor que les asigna de acuerdo a la sana critica racional (fundamentación intelectual), esto para que el tribunal de alzada, pueda controlar ese proceso de valoración seguido por el tribunal sentenciador, mediante el examen casacional.

En la fundamentación jurídica, el juzgador ha de explicar todas las cuestiones relacionadas con la calificación jurídica de los hechos, recordemos que en éstos sólo hará una descripción limpia, de cómo ocurrieron, sin entrar a argumentar sobre los mismos, pues, el espacio de esta labor se ha previsto en el apartado de la fundamentación fáctica, que de acuerdo a la cuarta parte del art. 338 numeral 3, se consignará en párrafos separados y numerados de forma clara, sucinta y precisa relacionando los preceptos de doctrina legal aplicables y todos los fundamentos legales de la calificación jurídica, como ser las cuestiones de exención, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, fundamentos doctrinales y legales sobre la responsabilidad civil y el pronunciamiento sobre costas en su caso. En suma tiene que indicar el Tribunal, por qué aplica (o no) determinado precepto legal y, en su caso y como tercera cuestión, el rango de la pena dentro del cual se habrá de mover en la audiencia para la determinación judicial de pena (cesura del debate único).

Nótese que de acuerdo al último párrafo del art. 141, la simple cita o transcripción de preceptos legales no reemplazará la motivación, que debe estar constituida por verdaderos y auténticos razonamientos explicativos de por qué o no se aplica determinado precepto o doctrina legal invocada.

*** Nuevas posiciones sobre análisis de prueba en casación**

Cuando abordamos el tema en el apartado de la casación por infracción de Ley, insistimos en el respeto de los hechos probados, porque así lo manda el precepto autorizante, sin embargo

[56] Sobre los hechos probados la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de enero de 1972 dijo: *"Que en toda sentencia definitiva en materia criminal, se consignará numeradamente en el último resultando, los hechos que se estimen probados.- Estos hechos se redactarán clara y terminantemente para precisar los antecedentes del caso, los detalles de la ejecución, la participación del o los procesados, el móvil del hecho y las circunstancias del mismo, y en general cuántos datos puedan servir para valorar jurídicamente los hechos investigados, prescindiéndose de emplear conceptos jurídicos que predeterminen el fallo."* Sentencia publicada en La Gaceta Judicial número 1251.

nuestra posición fue diferente al hablar de la infracción de precepto constitucional, donde planteamos algunas inquietudes sobre el tema, ahora bien, tratándose de la casación en la forma, siempre orientado por los cambios institucionales y filosóficos por los que atraviesa el instituto de la casación, que día a día nos ha forzado a ir poniendo de lado algunos postulados de la concepción clásica, se hace casi obligatorio en el presente trabajo, darle seguimiento a las posiciones de la doctrina, en relación a la impugnación de los hechos probados de la sentencia penal en el examen casacional, dada la naturaleza de los nuevos motivos de casación que aparecen en el CPP.

Así p. ej., la sala tercera de la Corte Suprema de Justicia Costarricense, en sentencia número 158-F del 20 de mayo de 1994, citada por Daniel González y Mario A. Houcol, dijo: "... La casación si valora la prueba, incluso la oral, en todos aquellos casos en que se cuestiona la aplicación de las reglas de la sana crítica; cuando examina la incidencia en el proceso de la preterición de prueba (por falta de valoración, o porque no se introdujo al proceso); cuando se acusa el vicio de fundamentación ilegítima basada en prueba ilegal; entre otros casos, pues en todos esos supuestos debe apreciar la incidencia de esa prueba para determinar si la conclusión se mantiene o no excluyendo aquella viciada, o incluyendo la prueba que se echa de menos (inclusión o exclusión hipotética). Pero en esos supuestos sólo verifica si la valoración hecha por el Tribunal sobre la prueba es correcta o no, pues de encontrar algún yerro esencial dispone la nulidad y ordena el respectivo juicio de reenvío, con el fin de que otro Tribunal examine la prueba válida y legítima luego de un juicio oral. Lo anterior es así en virtud del principio de inmediación que informa la oralidad, pero en ningún caso suplanta y sustituye la valoración de la prueba oral realizada por el a quo por una propia. Ahora podríamos agregar también que alguna valoración de prueba oral debe realizar la casación cuando examina el cumplimiento del principio del in dubio pro reo, pero no puede pretenderse que la Sala sustituya la valoración del Tribunal con el fin de llegar a conclusiones fácticas y jurídicas distintas, sino sólo con el fin de que se señale que la valoración del Tribunal sentenciador es errónea, lo que tiene como consecuencia la nulidad del fallo y la disposición del juicio de reenvío...".

Por su parte Enrique Bacigalupo, en sus reflexiones sobre la impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal y sobre la base del derecho español nos dice: "...a esta altura de nuestras reflexiones es posible resumir y esquematizar, con miras a su utilización práctica, cuáles son las materias que pueden ser motivo de control en la casación respecto a la prueba de los hechos. La impugnación de los hechos probados realizada por el tribunal de instancia se debe fundar, de acuerdo con lo antes dicho, en alguno de los siguientes motivos de infracción de Ley: A) El tribunal infringió la prohibición de valorar ciertas pruebas: a) Por haber sido ilegalmente obtenida; b) Por no haber sido producidas en el juicio oral..; B) El tribunal ponderó la prueba infringiendo la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: a) Porque su razonamiento choca con reglas de la lógica; b) Porque su razonamiento choca con la experiencia; c) Por que su razonamiento se apartó infundadamente de los conocimientos científicos; C) El tribunal infringió el principio "in dubio pro reo" (art.24.2 CE) pues teniendo dudas condenó, en lugar de absolver". Enseña el autor que "un recurso de casación que no cuestione el hecho probado sin fundarse en una de esas razones, por lo tanto, incurriría en la causa de inadmisión que prevé el art. 885, 1°. LECr, dado que carecería en forma manifiesta de fundamento".

Aunque el modelo español, cimentado en su vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, actualizado vía reformas y fundamentalmente jurisprudencia, no es el mejor ejemplo a citar, dado el esquema e influencia recibida por el CPP, extraña a esa legislación, si resulta importante porque nuestro

recurso de casación clásico es casi idéntico al español y además actualmente en el CPP, persisten motivos muy similares al regulado en el derecho ibérico, como p. ej., el de precepto constitucional e infracción de Ley. Por tanto siendo coherente el tribunal supremo español con los planteamientos del autor, nos parece que los apuntes toman mucho más fundamento y en consecuencia esa disuasión puede ofrecernos aportes significativos para el examen del tema, lógicamente junto a la posición costarricense que aún es más afín.

Efectuada esta necesaria aclaración, nos parece que dado el contenido de las causales 1, 2 y 3 del art. 362 (casación en la forma) y la del art. 361 (casación por infracción de precepto constitucional) se vislumbra una férrea discusión sobre la impugnación de los hechos probados en casación, pues a nuestro criterio en los casos indicados, salvo calificadas excepciones, el recurso para lograr la condición de ser fundado y demostrar con sacramental nitidez el vicio denunciado, tendrá que entrarle obligadamente al cuestionamiento de los hechos probados. Ya que si lo que ha pasado p. ej., es que la sentencia se fundó en medios de prueba no incorporados al juicio, la condena, resultaría de haber tomado en consideración esa prueba en la conceptualización de los hechos, lo mismo sucedería si se excluye o deja de considerar prueba, o se dejan observar en la valoración, las reglas de la sana crítica.

Pero lo expuesto, no significa que el tribunal de casación, tocará los hechos probados, sino más bien que para determinar si el vicio alegado se da, entrará a verificar p. ej., si la prueba que da contenido al relato fáctico es legítima, si los juicios de inferencia a partir de prueba indiciaria son racionales o si lo son igualmente las conclusiones de la fundamentación intelectiva, para estimar el recurso y anular la sentencia, dando aplicación al reenvío.

Ahora bien, para entrar en materia, examinemos el contenido del art. 362, que en su parte introductoria dice: "El recurso de casación por quebrantamiento de forma, podrá intentarse cuando la sentencia recurrida adolezca de alguno de los vicios siguientes":

a) *"Que falte la declaración de hechos que el tribunal estime probados, que tal declaración no sea clara y terminante o que sea contradictoria"*

Como se puede observar esta causal da contenido a tres supuestos que en forma independiente pueden utilizarse para estructurar un motivo de casación, veamos:

- **Falta de hechos probados (CPP, 362,1)**. Los hechos probados son la columna vertebral de la sentencia penal, de su adecuada concepción y declaración depende la correcta aplicación del derecho sustantivo al caso concreto, así lo ha entendido el tribunal supremo en reiteradas sentencias, entre ellas la proferida el 2 de noviembre de 1999, donde dijo: "...Y es que por otra parte, una incorrecta determinación del hecho repercute en una incorrecta aplicación del derecho..."

  Para De la Rúa, hecho probado "es el que el tribunal tiene en definitiva como demostrado y cierto en virtud de las pruebas recibidas en el debate y con relación a la imputación".

  Como el CPP, 338, en su cuarta parte establece las reglas de fundamentación de la sentencia, donde exige en el numeral 1, la declaración expresa de hechos probados, el vicio consiste en que el sentenciador omita efectuar esa declaración que de soporte fáctico al fallo. Vale decir que no le está permitido al Juez establecer como hecho probado lo que se le ocurra, como ser meras actuaciones procesales, transcripción de pruebas o exposiciones de algunas de las partes, sino únicamente los hechos que a su criterio con base en la prueba, constituyen la verdad histórica que dará sustento al fallo, por eso la doctrina española ha establecido

que, "el vicio procesal existe tanto cuando la carencia es absoluta, como cuando la sentencia se limite a declarar genéricamente que no están probados los hechos base de la acusación, es decir, cuando se "consignen como hechos probados... fórmulas generales que no dan cuenta de las circunstancias que serían esenciales para la comprobación en la casación de la correcta aplicación del derecho realizada por la audiencia".

- **Falta de claridad (art. 362.1).** El vicio al igual que el anterior, tiene su nacimiento en la cuarta parte, numeral 1 del art. 338, que exige completa claridad y precisión en el correlato fáctico, por consiguiente el defecto se produce cuando el juzgador los redacta en términos oscuros o ambiguos que imposibilitan su comprensión gramatical, o los estructura en forma incompleta, omitiendo consignar circunstancias para su apreciación completa y coherente.

  El Tribunal Supremo Español ha establecido en reiterada jurisprudencia que "es de importancia básica que la narración de hechos sea clara y comprensible, lo que no ocurre cuando se produce incomprensión entre en lo que en realidad se dice y lo que se pretendió decir como resultado de la utilización de frases o expresiones que sean inteligibles, empleo de juicios dubitativos, omisión de cuestiones sustanciales o por total carencia de supuestos fácticos que provoquen un vacío en la descripción de los hechos que sean precisos por estar relacionados con la posterior calificación jurídica y subsunción en el tipo normativamente definido (sentencia R 35373 del 16 de junio de 1998, sala segunda).

  En conclusión se puede afirmar que los hechos probados no son claros y terminantes, cuando se construyen de manera confusa, dubitativa, imprecisa o vacilante, que impide la perfecta comprensión de la realidad histórica debatida, pues, en contraposición a lo expuesto, el factum ha de ser concluyente, tajante, imperativo y categórico en lo que se relata, para que cumpla con la cualidad de ser "claro y terminante", y por ende merecedores del respeto reverencial y absoluto que en casación se les atribuye[57].

  Enseña nuestro maestro José María Palacios, que la declaración de hechos probados no es terminante, cuando el sentenciador pone de manifiesto indecisión, utilizando afirmaciones como las de "posiblemente", es "casi seguro" u otras análogas.

- **Contradicción (art. 362.1).** No está de más insistir que el defecto resulta de la inobservancia a la regla cuarta, numeral 1 del art. 338, donde se impone el deber de redactar el factum con claridad, precisión y **"coherencia".**

  El vicio se pone de manifiesto en la sentencia penal, cuando los hechos comprendidos en el relato fáctico son contradictorios e inconciliables entre sí, es decir cuando se entra en la afirmación y negación simultánea de hechos o circunstancias reproducidas en el juicio, como p.ej., cuando se afirma en uno de los hechos probados que existió una "agresión sexual" pero en otro se establece que el acceso carnal se produjo por mutuo consentimiento.

[57] Insiste el Tribunal Supremo Español, según nos informa José María Luzón Cuesta, que la falta de claridad puede venir determinada por haber empleado expresiones inteligibles u oscuras que hacen difícil la comprensión del relato o cuando incurre en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos, se produce, pues, cuando lo narrado es incomprensible por su mala redacción, oscuridad, ambigüedad o imprecisión, y también cuando por omisión de elementos o circunstancias importantes, se impide conocer la verdadera realidad de lo ocurrido, con la lógica consecuencia de que falta base fáctica para determinar si los hechos son o no constitutivos de infracción penal, la participación concreta de los acusados, la concurrencia de circunstancias modificativas, o el contenido de los correspondientes pronunciamientos civiles. Por consiguiente, no basta para apreciar el defecto procesal que la narración se ofrezca oscura o inteligible en alguna de sus partes, o en términos de ambigüedad o imprecisión que haga difícil su comprensión, sino que es necesario que tales defectuosidades se hallen en conexión con los condicionamientos determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados que determina una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica, de forma que no puede orientar, dentro del silogismo en que la sentencia queda estructurada, el pronunciamiento condenatorio o absolutorio, es decir, que resulta inadecuado para servir de argumentación lógica al fallo y ello porque la quaestio facti debe servir de apoyo y sustento a la calificación jurídica o quaestio iuris." "El Recurso de Casación Penal". Ed. Colex, 2da. edición 2000, p.139 y 140.

Pero para que el vicio afecte la coherencia de la sentencia debe ser interno, esto es producido en el seno de los hechos probados, así p. ej., no podríamos hablar de contradicción entre el relato fáctico y la parte resolutiva de la sentencia, ni entre aquellos y determinada prueba o actuación evacuada en el proceso; debe ser trascendente, es decir referente a cuestiones o extremos esenciales del cuadro fáctico visto como un todo armónico. No se olvide que sobre la base de esos hechos probados, posteriormente el Juez tendrá que construir la resolución jurídica del caso.

Sobre este punto la doctrina española insiste que "no se trata de una contradicción lógica, conceptual o ideológica, sino léxica y de carácter gramatical, de manera que la afirmación de un hecho implique la negación de otro".

b) "Que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por su lectura en violación de las normas contenidas en el Título IV del Libro Segundo de este Código o excluya o deje de considerar alguna prueba de valor decisivo".

Vale aclarar que en este motivo se encuentran comprendidas tres causales diferentes que posibilitan el cuestionamiento de la sentencia por defectos de forma, que para alcanzar mayor claridad las trataremos por separado:

- **Que la sentencia se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio (art.362.2).** Esto es por no haber sido producidas en el juicio oral y, por lo tanto, con infracción de los elementales principios de inmediación, oralidad, publicidad y sobre todo, contradicción. Ya que si bien es cierto en el nuevo proceso penal se dió vida al principio de libertad probatoria, para acreditar los hechos y circunstancias del juicio, no quiere decir que los jueces, cuenten con absoluta libertad para fundar sus sentencias en prueba no introducida al juicio o incorporada al margen de la Ley, por el contrario, rige en forma muy estricta el **principio de legalidad de la prueba**, de suerte que el sentenciador sólo puede basar su decisión en la prueba legalmente incorporada al juicio, no en prueba **ilegítima**, como es el caso de la **ilícita o prohibida,** que carecen por completo de eficacia probatoria, no solo el acto viciado, sino también los que dependan directamente de ellos, realizados con posterioridad. v. gr., como serían el caso de una ampliación de intervención telefónica realizada sin la correspondiente autorización judicial, que se introduzca al juicio y aparezca el tribunal fundando su decisión en ella.

  Como el artículo 338 en su cuarta parte, numeral 2, ordena que los jueces expresen las pruebas tenidas en cuenta para fijar los hechos probados, el defecto aparece cuando se toman en consideración elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio (ilegítimos), como es el caso de la prueba ilícita o prohibida ya mencionada, o la evacuada vulnerando los principios naturales a la fase del juicio oral.

- **Que la sentencia se base en medios o elementos probatorios incorporados por su lectura en violación de las normas contenidas en el Título IV del Libro Segundo (art. 362.2).** Bajo el esquema del CPP, a las partes les corresponde proponer en la fase previa al debate las pruebas de que se harán valer para acreditar sus pretensiones en el juicio, en la forma que lo ordena el art. 317, de manera que aunque exista cierta actividad probatoria recabada en las etapas anteriores, si se pretenden utilizar en el debate, tienen que introducirse al mismo bajo los parámetros delineados y autorizados por el CPP.

En el art. 311 se establece puntualmente la lista de los elementos de investigación documentados que por excepción pueden incorporarse al juicio por lectura del Secretario, entonces el vicio consiste en que la sentencia se funde en prueba evacuada por lectura, sin estar comprendida dentro de los supuestos del citado art. 311 (así el último párrafo de esta norma) o aún estando comprendida dentro del catálogo, no se dé cumplimiento p. ej., a la exigencia de que sean propuestas por las partes interesadas en su incorporación, o no se efectúe la lectura ordenada por el citado art. 311, o la realice otra persona que no sea el Secretario del Tribunal, e incluso se omita cumplir algunas exigencias impuestas en cada uno de los numerales que comprende esta norma, como sería la ratificación para los actos documentados comprendidos en el numeral 4, siendo ésta posible.

Como el juicio es oral, al incorporar prueba por lectura, al margen de lo autorizado, se debe entender que se ultrajan a su vez, otros principios del Título IV, como el de oralidad, contradicción e inmediación que son naturales e inmanentes al modelo procesal.

- **Que se excluya o deje de considerar alguna prueba de valor decisivo (art. 362.2).** El CPP, 202, impone al juzgador el deber de formar su convicción valorando en forma **conjunta y armónica** toda la prueba producida en juicio (art. 202), aspecto que se reafirma con la obligación de fundamentación contenida en la regla cuarta numeral 2 del art. 338, por el cual los jueces deben expresar las pruebas valoradas para dar por acreditados los hechos, en consecuencia, no les es permitido omitir o excluir arbitrariamente la valoración de prueba decisiva en la resolución del caso. Claro está, que si se expresa en la sentencia los criterios objetivos tenidos en cuenta para excluir o dejar de considerar determinada prueba, el vicio no se dará, aunque efectivamente se impetre el recurso, pues p. ej., tratándose de prueba ilícita o prohibida, que como ya se sabe carecen de eficacia probatoria, el juez está en la potestad de excluirlas dando las razones que justifiquen su criterio.

Como el juzgador tiene el deber de expresar las pruebas tenidas en cuenta para declarar los hechos probados, a nuestro criterio el vicio aparece cuando en esa fundamentación no se relacione determinado medio de prueba evacuado legalmente en juicio (no se consideró) o habiéndolo excluido expresamente de la valoración, tal apreciación del juzgador resulte arbitraria o inconsistente, siempre que se trate de una prueba de **valor decisivo.**

Lo importante es que para apreciar el vicio en relación, hay que analizar primero si la prueba fue considerada o excluida, partiendo de la fundamentación del fallo, y luego arribar a la conclusión si es de valor decisivo o no, para poder determinar si pudo tener incidencia en el fallo.

Nótese que el supuesto condiciona la omisión de valoración, a una prueba de **valor decisivo,** esto es, a una prueba que por su contenido revista de singular importancia para la resolución de la causa, algo como lo que sucede con el acto o documento auténtico que exige el numeral 2 del art. 412 del Código de Procedimientos Penales de 1984, para demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba; por eso consideramos que a medida se vayan planteando los recursos por esta causa, la Corte Suprema de Justicia se verá obligada a reducir el espacio, estableciendo los parámetros de lo que se debe entender por **"prueba de valor decisivo"**, como lo ha hecho con el acto o documento auténtico antes indicado. Solo por la vía de ej., podría decirse que un reconocimiento en rueda con resultado positivo de los hechores de un robo, podría estimarse de valor decisivo, como también un dictamen pericial que concluya que los rasgos de la firma falsificada corresponden al procesado por falsificación

de un determinado documento. Lo importante aquí, es que la prueba legítima tenga influencia decisiva en la resolución del caso y el sentenciador omita su valoración, es decir se resista a considerarla.

c) *"Que carezca de motivaciones fácticas o jurídicas, que dichas motivaciones sean insuficientes o contradictorias o si en la valoración de la prueba no se observaron las reglas de la sana crítica"*

Al examinar el contenido de este motivo se infiere que el mismo en realidad contempla cuatro supuestos relacionados con vicios de fundamentación que se pueden utilizar para fundar un recurso de casación, según que el defecto de la sentencia encuadre en las hipótesis de este numeral:

- **Que la sentencia carezca de motivaciones fácticas o jurídicas (art. 363.3).** Para que se dé este supuesto, la omisión de motivación tiene que ser total ya sea del factum o del iuris, lo que al parecer resultará muy difícil que ocurra en la práctica, más aún cuando el órgano judicial estará integrado por tres jueces debidamente calificados, pero puede ocurrir p. ej., que los hechos probados se establezcan con fundamento en prueba ilegitima, que al suprimirla hipotéticamente hablando, no resulten acreditados, por consiguiente podría atacarse la sentencia con base en este supuesto.

  Escribe De la Rúa, que la "falta de motivación, en realidad es la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión".

  No nos referimos en el presente supuesto al caso de que la motivación sea escueta o breve, sino más bien al caso de que esta falte por completo, o existiendo sea tan defectuosa que no de sustento al fallo.

- **Que dichas motivaciones sean insuficientes (art. 362.3).** Aquí ya no hablamos de falta absoluta de motivación, sino de fundamentación parcial, insuficiente para resistir el peso del fallo que se dicta, de acuerdo a las exigencias formales previstas para la sentencia.

  Como afirma De la Rúa "La motivación para que sea completa debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las conclusiones a que arribe el tribunal sobre su examen, sobre la subsunción del hecho comprendido en un precepto penal, y sobre las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan".

  Para configurar el vicio, es preciso, primero determinar si la fundamentación es insuficiente entrando a pormenorizar desde los hechos hasta el derecho aplicado. Así p. ej., si se condena a una persona como autor de un delito de homicidio y se le impone la pena máxima sin explicar en la sentencia las circunstancias tomadas en consideración para la determinación judicial de la pena conforme al art. 68 del Código Penal, estaríamos en el caso de una insuficiente motivación, o cuando habiendo valorado cierta prueba no se diga claramente cual fue la tomada en consideración para fijar los hechos probados.

  Igualmente debe tenerse presente que para establecer si la fundamentación es insuficiente, se estará a criterios objetivos y racionales, no a lo que subjetivamente pretenda el que recurra una sentencia por este supuesto.

Recuérdese que la simple relación de las actuaciones del proceso, la mención de los requerimientos hechos por las partes o la cita o transcripción de preceptos legales, no reemplazará a la motivación, por lo que igualmente en casos como estos también podríamos hablar de incompleta o insuficiente motivación, ya sea fáctica o jurídica.

Concluimos entonces, que si la motivación no es completa y esto produce algún grado de efecto en la resolución adoptada, perfectamente es denunciable el vicio por la vía casacional, a través del presente supuesto.

- **Que las motivaciones sean contradictorias (art. 362.3).** Es decir que los fundamentos esgrimidos por el juzgador en la sentencia irrespeten el elemental principio de **coherencia** que informa el recto entendimiento humano, resulta entonces que la contradicción no sólo afecta la fundamentación fáctica (art. 362.1) a la cual ya nos referimos con anterioridad, sino que también la probatoria y la jurídica, por ende el contenido todo de la sentencia debe ser armónico, congruente con cada una de sus partes, por manera que no se le permite al juzgador entrar en juicios inconciliables, esto es, contradictorios entre lo relatado en los hechos probados, lo afirmado o expresado en la valoración, ni con lo manifestado en los juicios de fundamentación jurídica, pues ya el art. 141, nos aclara que en realidad, motivación y fundamentación son la misma cosa.

  Afirma De la Rúa que la motivación, para ser lógica "debe responder a las leyes del entendimiento humano", con la especial característica de "ser coherente, es decir, constituida por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí, formulados sin violar los principios de identidad, de contradicción y tercero excluido, debiendo para ello ser: congruente, no contradictoria e inequívoca".

  Queda claro entonces que si la contradicción se produce entre el correlato fáctico, el recurso se puede fundar en la causal primera del art. 362, pero si la incongruencia se produce entre la fundamentación probatoria y la jurídica, el cauce adecuado sería el presente supuesto de la causal tercera.

- **Si en la valoración de la prueba no se observaron las reglas de la sana crítica.** El vicio viene establecido por la regulación efectuada en el art. 202 del CPP, donde se institucionaliza la valoración de las pruebas con arreglo a la sana crítica. El problema se presentará a la hora de precisar cuáles son esas reglas de la sana crítica a que se refiere el presente precepto autorizante en análisis, ya que hasta ahora pese a que igualmente en el Código de Procedimientos Penales de 1984, se reconocía el sistema de la sana crítica y así lo confirmó en reiterados procedentes la Corte Suprema de Justicia, nunca se expresó vía jurisprudencia cuáles son esas reglas que dan contenido al citado sistema de valoración probatorio. Pues lo más que se llegó a decir p. ej., en sentencia del 2 de noviembre de 1999, fue: "... Es cierto que existe soberanía de los jueces en la constatación de los hechos y en la valoración de la prueba relativa a los mismos, pero no es permisible que puedan llegar hasta la arbitrariedad de declarar probado lo que evidentemente no lo está en los autos... y es que, por otra parte, una incorrecta determinación del hecho repercute en una incorrecta aplicación del derecho..."

Por tanto, para iniciar desde ahora la discusión de las reglas que integran la sana crítica racional, nos apoyaremos en la doctrina argentina y costarricense, sin olvidar que ese examen de las reglas del correcto entendimiento humano, en la casación, no implica penetrar a la determinación del valor asignado soberanamente por el Juez a la prueba, **si no más bien como afirma De la Rúa, el control se orienta al proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento**

valorativo, sin embargo como ya lo apuntamos, creemos que difícilmente, se puede efectuar ese control, sin entrar a revisar la prueba valorada en su oportunidad, sin que esto implique alterar los hechos probados, porque en todo caso, si el vicio existe el tribunal únicamente al estimar el motivo, anulará y pondrá en marcha el reenvío.

Nos informa la doctrina que en materia de valoración de la prueba existen tres sistemas, el de la tarifa legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional, en virtud del cual la prueba debe ser valorada sin más límites que los que impone la razón o recto entendimiento humano. Como categoriza De la Rúa, en este sistema "el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, con el único límite de que su juicio sea razonable, es decir que al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, observe las **reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia**".[58]

A la lógica dan contenido los postulados esenciales de la coherencia y la derivación, así como los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y el de razón suficiente.

En cuanto a las reglas de la psicología nos enseña Dall'Anese, "está referida no a las normas elaboradas por la ciencia conjetural de la psicología, sino a mínimos conocimientos, como la observación del tribunal de mérito en caso de que un testigo se muestre nervioso al contestar una pregunta, que fue disperso al construir sus respuestas, ignorante en cuanto al idioma o cultura general básica, etc."

Igualmente nos demuestra el autor citado, que "las reglas de la experiencia son las que conoce el hombre común, y el Juez es un hombre común. Es lo que podría saber el Juez como conductor de un vehículo p.ej., sin que llegue a ser necesaria la prueba pericial".

Como se ve el sistema le da soberanía al juzgador para que califique el valor de la prueba en su más amplia dimensión, con la **única condición de que exprese con claridad meridiana las pruebas tomadas en consideración y el valor que les haya asignado,** para justificar las razones de su decisión, en suma como lo indica De la Rúa "debe mantener una congruente relación entre las premisas que establece y las conclusiones a que llega".

Por ello concluimos que seguramente ésta será la ruta que trazará la sala de lo penal, a medida que la voluntad impugnativa casacional provoque la definición de estas reglas, pues ante la existencia de la causal, muchos serán los casos que intentarán ingresar a la discusión extraordinaria por esta vía, en consecuencia la última palabra sobre el tema la expresará la Corte Suprema de Justicia, mediante la jurisprudencia que necesariamente tendrá que sentar.

d) "Que en la parte resolutiva se omitan elementos esenciales, tales como la individualización precisa del imputado, la resolución de todas las cuestiones debatidas y la determinación exacta de la pena en caso de condena"

Esta causal al igual que las anteriores agrupa varios supuestos argumentables en casación, veámoslos por separado:

[58] Para el Doctor Cafferata Nores, *"la sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el Magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia convencional de la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no sólo de la psicología, utilizable para la elaboración de dichos o actitudes) y la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, gravedad). "La Prueba en el Proceso Penal"*, con especial referencia a la ley 23.984, Depalma, 3ª. edición, p.46.

- **Que en la parte resolutiva de la sentencia se omita la individualización precisa del imputado (art. 362.4).** El vicio viene establecido como consecuencia de lo previsto en la quinta parte del art. 338, donde se ordenan pronunciamientos separados para cada procesado, lo que ratifica una vez más la precisión que lleva implícito el acto de juzgar, no sólo en la fundamentación, sino también en su parte resolutiva, que es en definitiva donde se consigna el fallo, de condena o de absolución. El legislador puso especial énfasis en la identificación del procesado en la parte segunda, numeral 4 del citado art. 338, que regula los requisitos de la sentencia penal y además en los arts. 102 y 103 del CPP, de suerte que una omisión de tal naturaleza es objetable en casación por defectos de forma.
- **Que en la parte resolutiva se omita la resolución de todas las cuestiones debatidas (art. 362.4)**. Como la sentencia debe resolver todos los puntos de acusación y defensa debatidos, con los límites impuestos en el art. 337, el defecto se produce cuando el juzgador en la parte resolutiva de la sentencia no da respuesta a una de esas cuestiones que fueron discutidas en el proceso, como sucedería p. ej., si el Fiscal amplía la acusación en el debate y modifica la calificación, imputando otro delito y el tribunal al dictar la sentencia no da respuesta a ese punto concreto en la parte resolutiva, el vicio se configuraría claramente.

  A nuestro entender este supuesto se refiere a la misma incongruencia omisiva que contempla el numeral 6 siempre del art. 362, por lo tanto no amerita mayor comentario.
- **Que en la parte resolutiva de la sentencia se omita la determinación exacta de la pena en caso de condena (art. 362.4).** Conforme al art. 338 en la parte resolutiva, "se absolverá o condenará a las personas acusadas, con pronunciamientos separados respecto de cada una de ellas, y de cada uno de los delitos de los que hayan sido acusados, determinando en caso de condena, la pena correspondiente a cada una de ellas y por cada infracción", lo que demuestra que ante tal imperativo categórico dispuesto para el contenido de la sentencia, se prevé el supuesto casacional, ya que no podría ser de otra manera, si tomamos en cuenta que la parte dispositiva es la que contiene en realidad en forma concreta el fallo del órgano jurisdiccional que resuelve definitivamente el caso. Sin embargo nótese que el supuesto opera siempre y cuando se trate de sentencia condenatoria.

e) "La inobservancia de las reglas establecidas en el presente código para la realización del juicio oral y público"(art.362.5)

Mismas que se encuentran comprendidas en el Título IV del Libro segundo, en lo relacionado al juicio oral y público, es decir del artículo 304 al 346 inclusive del CPP, claro está, que no toda infracción de las normas contenidas en este espacio dará lugar al vicio in procedendo de mérito, sino sólo aquellas que contengan disposiciones esenciales de procedimiento para la realización de la fase más importante del juicio (el debate) v.g., las que regulan los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, identidad física del juzgador, contradicción, proposición de prueba y sustanciación del juicio, etc., pero no daría lugar al recurso p. ej., si se omitiere cumplir lo dispuesto en el art. 315 en caso de delito durante la audiencia del juicio, y así podríamos mencionar otras reglas que pese a estar comprendidas dentro del espacio legal definido, no posibilitarían la utilización del recurso de casación por esta causa. Pues no se trata de la infracción de cualquier regla, sino de aquellas que siendo esenciales, están establecidas en función de la naturaleza misma del juicio oral y público. Por eso el defecto aparecería de inmediato si en vez de realizar el juicio en forma oral se hace por escrito, o se limita la oralidad o contradicción, en alguno de sus actos, o concurren a dictar el fallo jueces distintos de los que instruyeron el juicio.

Como hemos dicho que la casación en la forma implica necesariamente la infracción de reglas procesales, para mayor fundamentación del vicio alegado, el recurrente podría apoyarse además de la norma concreta establecida para la realización del juicio oral, de las disposiciones comunes para todo el procedimiento del Libro primero, artículos del 1 al 23 del CPP, donde igualmente aparecen principios que tienen vigencia para todo el juicio criminal. Así p. ej., el art. 1 nos habla de la necesidad de juicio oral y público, el 4 del principio de contradicción, y así sucesivamente.

f) "La incongruencia entre la sentencia y las pretensiones de las partes, según el artículo 337"(art.362.6)

Esto es a lo que en casación le llamamos **incongruencia omisiva,** cuando no se resuelven en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa. El defecto procesal consiste en omitir una respuesta judicial a las pretensiones de las partes oportunamente planteadas y, como de acuerdo a lo receptado en el CPP, la sentencia penal debe dictarse en **correlación** con los hechos y circunstancias descritas en la formalización de acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y su contestación, sin calificar los hechos en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulta de tales actuaciones; el vicio se consuma cuando el juzgador pasa por alto esta disposición del art. 337 y dicta una sentencia incongruente en relación a las posiciones de acusación o de defensa antes expresadas, ya que no se trata de cualquier pretensión, sino de las que refiere estrictamente el citado art. 337.

Por ejemplo, habría casación en la forma por esta causal, si el tribunal calificare los hechos en forma distinta a la pretendida por el acusador, perjudicando con una pena más grave al procesado, pero no la habría si al calificar los hechos determina que el mismo no es constitutivo de delito sino de falta, ya que el último párrafo del propio art. 337 lo autoriza para ello.

El contenido de esta norma (art. 337) al cual se remite la causal en examen, no es más que el fiel reconocimiento de los efectos que Montero Aroca le atribuye al principio acusatorio por el cual; "no puede haber proceso sino hay acusación y ésta ser formulada por persona ajena al tribunal sentenciador; no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada y; no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestione su imparcialidad".

g) "Que falte la firma de alguno de los miembros del tribunal de sentencia, salvo en los casos previstos en el artículo 145"

Como el primer párrafo de esta norma manda que las resoluciones sean firmadas por los integrantes del Tribunal y, en su caso, por los miembros del tribunal que haya conocido el asunto, así como por el Secretario, exigencia que igualmente se prevé para la forma de la sentencia definitiva en la sexta parte del art. 338, el motivo resulta autorizante para el recurrente cuando falta la firma de uno de los miembros del tribunal, salvo si esa omisión es subsanada por acta complementaria en la que el miembro del tribunal reconozca haber intervenido en el acto y asuma su contenido; o si la falta de la firma se debe al fallecimiento o a una incapacidad surgida después de su participación en la deliberación y en la votación conforme lo estatuye el supramencionado art.145.

7.4.5. Trámite del Recurso de Casación

7.4.5.1. De la preparación del recurso

Terminado el juicio, emitida y notificada que sea la sentencia definitiva, mediante la cual el tribunal decidió finalmente el conflicto penal, empieza a correr el término de 20 días hábiles, para que la parte interesada pueda **interponer y a la vez formalizar** el recurso ante el mismo tribunal que dictó la sentencia impugnada, que como acto procesal de parte reviste de trascendental importancia para la estimación del recurso.

Como no está permitida la variación del recurso una vez interpuesto, es decir no se puede invocar otro motivo distinto a los formalizados en su oportunidad, pese a que está prevista una audiencia oral en su trámite, el planteamiento ha de ser completo, como enseña la doctrina "bastarse a sí mismo", esto es, la fijación de todos los motivos que se estimen necesarios al interponer el recurso, atacando de una vez todos los **vicios in iudicando in iure o in procedendo** que aparezcan de manifiesto en la sentencia, ya que en adelante se podrán hacer argumentaciones explicativas (en la audiencia) pero nunca variar el recurso.

Otro aspecto importante es que el conocimiento del tribunal de casación lo fija el recurrente con los motivos planteados, conforme a la regla ***tantum devolutum quantum apellatum,*** por el cual el agravio expuesto fija el límite del examen, por ende, corresponde al censor derretir sus esfuerzos de una vez en el acto de interposición, atacando todos los vicios de la sentencia que den contenido a su acción recursiva, pues no habrá otra oportunidad de introducir nuevos motivos que habiliten la competencia del tribunal de casación.

Con lo expuesto, a nuestro criterio se pone de manifiesto la relevancia categórica del escrito de interposición del recurso de casación, que como ya apuntamos su viabilidad, está condicionada a un correcto planteamiento, tanto en el orden legal, como técnico, por ello estimamos conveniente singularizar los requisitos exigidos en el art. 363 del CPP, a saber:

a) **El acto de interposición debe hacerse por escrito fundado.** Aunque el modelo procesal se orienta a la oralidad, como afirma De la Rúa, no reniega a la escritura, ordenando como en todos los recursos, salvo calificada excepción, que la voluntad recursiva se exprese por escrito, claro está de manera fundada (así el primer párrafo del art. 363) lo que equivale a una exposición motivada, que aparte de decir recurro, esgrima las razones y fundamentos en que basa el ataque de la sentencia impugnada; en otros términos, demuestre el vicio in procedendo o in iudicando de que acusa la sentencia.

b) El segundo requisito está formado por lo que González Alvarez denomina **"identificaciones básicas"**. Aunque la Ley no lo dice, debe entenderse que como en todo escrito ha de expresarse p. ej., la suma del escrito, la designación del tribunal, la condición en que se recurre, la resolución objetada, lo que se pide concretamente que el tribunal resuelva, fecha y firma etc.

c) **El fundamento jurídico del recurso**. Que a nuestro entender está compuesto por dos aspectos diferentes, pero que igualmente tienen que ver con el cimiento legal del recurso, nos referimos al precepto autorizante y a las normas infringidas, pues conforme al párrafo primero del art. 363 el escrito ha de ser fundado, veamos:

- **El precepto autorizante.** Que es el artículo de la Ley que autoriza el motivo de casación, ya que este recurso por pertenecer a la categoría de extraordinario, sólo procede por motivos

previamente tasados, por tanto se hace preciso, no sólo para cumplir con la condición de "fundado" sino además por exigencias de orden técnico, que el recurrente en su escrito cite cualquiera de los artículos 360, 361 y 362 (este último en el numeral que corresponda), según se trate de un motivo por infracción de Ley o de doctrina legal, de precepto constitucional o de quebrantamiento de forma.[59]

- **Las normas infringidas**. Esto es, los preceptos que se consideren vulnerados por la sentencia cuestionada, expresando en forma clara el sentido en que lo hubieren sido: si por violación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Lógicamente que esta precisión se hará partiendo de los hechos probados, demostrando en el primer caso (violación) que la norma siendo aplicable al caso no lo fue, o que en la segunda alternativa, siendo la norma ajena a la causa, fue aplicada indebidamente, o para el caso de la interpretación errónea, establecer fundadamente la interpretación que se pretende de la norma aplicada.

En términos más simples, lo expuesto, es a lo que en la casación clásica denominamos **concepto de la infracción**, por la cual el recurrente tiene el deber de explicar fundadamente el sentido o naturaleza de la infracción pretendida, pues al no hacerlo el recurso se declara inadmisible.[60]

7.4.5.2. La individualización de los motivos

Dice el segundo párrafo del art. 363 que "el recurrente deberá indicar separadamente cada motivo". Titulándolo p. ej., "primer motivo: Infracción por Violación del art.116 del Código Penal". La idea es que para lograr mayor claridad y precisión en el recurso, el impetrante centre todo su esfuerzo explicativo racional en el apartado correspondiente a cada motivo, para evitar así el cruce o combinación de ideas (argumentos) diferentes que le resten claridad, precisión y eficacia a los motivos, o que se pretenda abordar motivos de distinta naturaleza en un solo apartado.

Este requisito toma mucha mayor importancia en el CPP, en virtud de que en el mismo escrito de interposición tendrán que formalizarse todos los motivos que procedan contra la sentencia, ya sean los previstos para la casación en el fondo o la de forma, por lo que para lograr mayor claridad, es conveniente incluso que se desarrollen en secciones separadas los de una y otra clase.

[59] Sobre este particular, en la casación clásica (la regulada en el Código de Procedimientos Penales de 1984) la Corte Suprema de Justicia, ha sido rígida e inflexible, declarando inadmisibles los recursos cuando no se ha citado debidamente el precepto autorizante, es decir la norma que autoriza el motivo de casación, por lo que es de suma importancia no olvidar este aspecto a la hora de redactar un recurso de casación ya sea de fondo o de forma.

[60] En relación a este punto, igualmente la jurisprudencia ha sido contundente, al rechazar los recursos donde se ha omitido explicar el **concepto de la infracción**, veamos un par de ejemplos: a) En sentencia del 14 de julio de 1970, el tribunal supremo dijo: "El recurrente hace relación global de todas las disposiciones sustantivas de carácter penal que estima infringidas, **sin concretar en cada caso, el concepto de la infracción...**" Sentencia publicada en La Gaceta Judicial número 1247. b) En sentencia del 16 de diciembre de 1986, la Corte dijo: "Al citar como precepto autorizante el artículo 1237 numeral 1° del Código de Procedimientos reformado, es impreciso en la cita de dicho precepto, ya que omite el preámbulo o parte inicial de dicha disposición legal. **Por otra parte ataca los hechos probados e inexplicablemente, también la sentencia de primera instancia y no se citaron con precisión y claridad las leyes que se suponen infringidas, razones por las cuales debe ser desestimado tal motivo**". Publicada en La Gaceta Judicial número 1276. c) En sentencia del 31 de agosto de 1987 la Corte expresó: "Que el recurrente, al referirse a la infracción por violación, no especifica con claridad si la infracción ha sido hecha por falta de aplicación o aplicación indebida de la Ley sustantiva y por otro lado, cita como precepto autorizante el artículo 1237 número 1 del Código de Procedimientos reformado por Decreto número 92 del Congreso Nacional de fecha 18 de febrero de 1935, disposición esa que ya no tiene vigencia pues fue derogada mediante el artículo 483 del Código de Procedimientos Penales, al quedar derogado todo el libro único del Código de Procedimientos Penales del cual forma parte, por consiguiente el motivo único en referencia adolece de lo siguiente: 1° Ataca los hechos probados, 2° **No cita con precisión y claridad el precepto de carácter sustantivo invocado, y 3° Establece como precepto autorizante un artículo inexistente,** razones por las cuales debe ser desestimado el motivo único relacionado. Sentencia publicada en La Gaceta Judicial número 1278. Para mayor información véase la tesis de grado de Aldo F. Cosenza, de donde se tomó esta breve información jurisprudencial.

La práctica judicial me lleva a insistir en la claridad y la precisión, no sólo porque así lo exige el art. 363, sino porque reiteradamente hemos dictaminado innumerable cantidad de recursos a los cuales es casi imposible comprender el alcance del planteamiento y por ende su oscuridad ha incidido negativamente en el éxito de la pretensión impugnativa.

Por eso aunque algunos piensan que tratándose de recurso por infracción de ley, perfectamente se puede probar en un solo motivo, las diferentes formas de infracción, nosotros recomendamos que tal demostración se efectúe preferiblemente en motivos diferentes, guardando desde luego la armonía y correspondencia entre cada una de las especies (motivos) que integren el todo (recurso), pues de lo contrario se corre el riesgo, sobre todo cuando no se es técnico en la materia, de incurrir en confusiones o contradicciones fatales.

Sobre el particular el tribunal supremo, en reiterada jurisprudencia, ha dejado establecido su criterio, entre otras, en la sentencia CP-244-94, del 4 de octubre de 1994, donde expuso: "que en el recurso de casación los distintos motivos que se formulan deben guardar entre sí armonía y correlatividad, de manera que puedan subsistir en conjunto, sin que los unos contradigan o excluyan a los otros, pues en este caso ya no habría claridad y el recurso sería inadmisible, tal como lo sostiene el jurisconsulto hondureño Antonio Bermúdez Meza; y que en el recurso que es objeto de esta sentencia, los motivos presentados se excluyen los unos a los otros, lo que además, causa vacilación e incertidumbre en el recurrente".[61]

7.4.5.3. En cuanto a la casación en la forma

La parte final del párrafo tercero del mismo art. 363, solo dice que "*tratándose de la casación en la forma, deberá también, de manera clara y precisa, exponer los hechos constitutivos de cada uno de los motivos y el reclamo que haya realizado en su oportunidad, para subsanarlos*".

De donde se desprende que la técnica adecuada será la misma expresada para la casación en el fondo, exponiendo por separado cada motivo, en forma fundada, pues se entiende que lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del art. 363, rige para ambas clases de motivos, es decir los de fondo y los de forma.

Teniendo cuidado de singularizar el vicio, mismo que necesariamente está vinculado a la infracción de normas legales de orden procesal, por lo que aunque la ley no lo exija, el casacionista en interés de fundar adecuadamente su motivo, deberá citar la norma concreta vulnerada que ha originado el vicio in procedendo denunciado en el recurso, v.gr., los supuestos del numeral 1 del art. 362, vienen establecidos por la exigencia contenida en la cuarta parte numeral 1 del art. 338, y así sucesivamente, de la manera explicada cuando comentamos las causales de la casación en la forma.

Otro aspecto que condiciona la vida de la casación en la forma, es la **objeción contra el defecto,** planteada en el debate, de lo cual debe quedar constancia en el acta de registro del juicio, levantada por el secretario, según el art. 346.6 del CPP. Por consiguiente las partes deben ser celosas, no sólo de hacer el reclamo para que se enmiende el vicio, sino de que el secretario

[61] En otra sentencia del 12 de mayo de 1965, el tribunal rechazó el recurso de casación diciendo: "Que el primer motivo es inadmisible por falta de claridad y precisión, ya que se alega infracción mediante aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 4, incisos 1° y 2° y 405 incisos 1° y 2° del Código Penal, reformado por Decreto Legislativo No 87...Especie de infracción que por excluirse entre sí no pueden alegarse respecto de una misma disposición legal.- En otro fallo, pero en materia civil, del 27 de febrero de 1963, la Corte estableció la siguiente doctrina: "Que el recurrente en el primer motivo de casación alega violación e interpretación errónea del artículo 613 del Código Civil...Y excluyéndose ambos modos de infringirse la ley, por cuanto el primero se contrae a la falta de aplicación de una norma y el segundo para su apreciación en el recurso requiere que la norma haya sido aplicada, aunque erróneamente, es visto que a este motivo le han faltado los requisitos de precisión y claridad ordenados por la ley...".

consigne tal objeción, a efecto de tener expedita la vía de la casación y poder preparar el recurso sin dificultad en el momento procesal oportuno. Relaciónese entonces la última parte del párrafo tercero del art. 363 citado, con el numeral 6 del art. 346 ya mencionado.

Insístase que para lograr eficacia en la casación en la forma, es indispensable que el recurrente haya reclamado la subsanación del vicio, por medio de la objeción respectiva, nótese que el tercer párrafo del art. 363, en su parte final dice: "...y el reclamo que haya realizado en su oportunidad, para subsanarlos". Sin embargo debe entenderse, que esta objeción, en términos similares a lo que sucede en el modelo que estamos por abandonar, no será necesaria cuando el defecto se produzca precisamente en el pronunciamiento de la sentencia recurrida, pues en este caso se entiende que no ha sido posible efectuar tal reclamación.

Finalmente es de importancia comentar que no obstante, la desformalización del recurso de casación en el CPP, donde no se regulan causas de inadmisibilidad, como sucedía en la casación clásica, a la que ha respondido por largos años nuestro sistema, es obvio que por vía de jurisprudencia, la sala de lo penal moldeará el cilindro que filtrará los recursos a estimar finalmente. Y es que como es normal, a medida que se vaya asentando el nuevo sistema, se irán produciendo de forma masiva las impugnaciones, situación que en la práctica obligará al tribunal de casación, a retomar las exigencias legales y técnicas en la preparación del recurso, naturalmente sin que esto implique excesos y formalismos no previstos en la ley. A nuestro criterio, la salida que tomará la Corte para desestimar recursos de entrada, será lo previsto en el primer párrafo del art. 369, que integrado con la reforma constitucional, le permitirá en casos de unanimidad a la sala de lo penal, desestimar el recurso sin mayor trámite, lo que igualmente hará el pleno cuando no se alcance esa unanimidad en la sala.

7.4.5.4. Continuación del trámite

Conforme al último párrafo del art. 363, del escrito de formalización del recurso presentado ante el tribunal de sentencia se concederá el término de diez días hábiles a la parte contraria (recurrida) a efecto de que se pronuncie sobre el contenido del recurso.

Conviene dejar señalado desde ahora, que éste será el primer examen a que se verá sometido el recurso, ya que sin lugar a duda, el interlocutor de la impugnación, aprovechará para criticar desde la forma del planteamiento (requisitos legales) hasta el fondo de lo pretendido, de allí que el recurso debe estructurarse con absoluta claridad, precisión y riguroso criterio técnico, capaz de resistir las revisiones de los contendores y del tribunal de casación.

Finalizando el término de los diez días, el tribunal de sentencia que dictó el fallo impugnado, deberá emplazar a las partes para que se personen ante el tribunal de casación (Corte Suprema de Justicia) dentro del quinto día hábil siguiente a la notificación, debiendo remitir igualmente las actuaciones a aquel tribunal, para que se continúe el procedimiento sucesivo.

Es importante señalar que si en el período del emplazamiento no comparece el recurrente (no se persona) o no asiste a la audiencia oral prevista en el trámite, la Corte Suprema de Justicia, (dice el art. 365, en términos imperativos) deberá declarar desierto el recurso y devolver las actuaciones al tribunal de su procedencia. Pues bien, como se notará, aquí vuelve a tomar importancia el principio dispositivo abordado allá en las disposiciones generales aplicables a todos los recursos, por el cual en la casación no basta con la manifestación de voluntad expresada en el acto de interposición (recurro en casación) sino que es preciso persistir en la impugnación,

compareciendo en tiempo y forma ante el tribunal de casación a personarse y luego asistir a la audiencia oral prevista en el trámite, pues de lo contrario, es decir al no personarse o no comparecer a la audiencia, opera lo que se denomina el **desistimiento tácito** del recurso, en la manera ordenada por el legislador en el indicado art. 365 del CPP.

7.4.5.5. Audiencia oral

Continuando con el procedimiento tenemos que recibidas las actuaciones por el tribunal de casación, personado el recurrente y vencido el término del emplazamiento antes relacionado, la Corte Suprema de Justicia señalará audiencia, que deberá celebrarse dentro de un término no menor de diez días hábiles ni mayor de veinte, en el que las partes podrán defender sus respectivas posiciones en el recurso.

Esta audiencia oral se celebrará con la comparecencia del fiscal, las partes que se hayan personado y ante la presencia de los magistrados de la sala de lo penal del tribunal supremo, que son quienes finalmente conocerán y resolverán el recurso, como veremos en adelante.

La modalidad de esta audiencia es que el coordinador de la sala concederá primero la palabra al recurrente, si fueren varios, en el orden que aquel decida, para que explique oralmente los motivos en que funda el recurso, acto en el cual podrá apoyarse en notas, textos legales, jurisprudencia, o leer citas de jurisconsultos si fuere necesario, para dar mayor fundamento a su exposición.

De igual manera que el impetrante, al interlocutor recurrido se le dará el uso la palabra, para que en esta vista, exponga lo que considere oportuno sobre lo manifestado por el recurrente, en defensa de sus intereses, en el presente trámite extraordinario, por lo que insistimos que el recurso ha de ser lo suficientemente sólido, para resistir los embates, primero del escrito de contestación de la parte contraria (último párrafo del art. 363), luego el peso de la interlocución contraria en la audiencia, enseguida la posición prevista del representante del Ministerio Público y, finalmente lo que es más importante la decisión de la sala de lo penal. Que al efecto en el desarrollo de la audiencia, podrán plantear preguntas específicas a los intervinientes, con el fin de aclarar sus argumentos o pretensiones.

Esta audiencia es de fundamental importancia, porque en forma coherente al instrumento jurídico procesal, da contenido al principio de oralidad previsto en el modelo, asegura la indelegabilidad de funciones y permite la inmediación de los jueces de alzada que fallarán el recurso, pero además de ésto, la trascendencia del acto (audiencia) está en la posibilidad de que las partes en plena igualdad, puedan defender sus respectivas posiciones en el recurso. En una palabra, el recurrente explique el fundamento de su recurso y el interlocutor recurrido exponga lo propio sobre esa acción impugnativa.

Pero esta vista no es una simple oportunidad para que las partes entablen discursos, impertinentes, vagos, ambiguos, retóricos, o tensos entre ellas, sino que por el contrario, la oración hablada ha de ser diáfana, precisa, puntual sobre los motivos escritos en la formalización y, sobre todo, revestida de rigor técnico, orientada (esto si que ha de escribirse con letras

mayúsculas) a convencer o persuadir a los miembros de la sala de lo penal[62], que conforme a la última reforma constitucional actuarán como tribunal de casación en los casos que se alcance unanimidad en la decisión.

Por último de todo lo actuado en esta audiencia, se dejará constancia en acta, conforme a lo ordenado en el artículo 371, relacionado con el 346 del CPP.

7.4.5.6. Prueba

Dice el art. 368 del CPP que "*cuando el recurso señale un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo el acto, en contraposición con lo señalado por el acta de debate o por la sentencia, se podrá ofrecer prueba con ese objeto en el escrito de la interposición del recurso. La prueba se recibirá en la audiencia, de acuerdo con las reglas que rigen para el juicio, en lo pertinente*".

Del contenido de esta posibilidad probatoria en casación, se infiere en primer lugar, que la misma es procedente únicamente cuando se trate de un recurso de casación por quebrantamiento de forma y nunca por infracción de ley.

En segundo lugar, que en ese recurso se discuta la forma en que fue llevado a cabo el acto concreto que produce el defecto de procedimiento, pues sino está de por medio esa polémica, no tendría sentido hablar de prueba, y así sería declarado seguramente por la Corte, en la vista.

En tercer lugar, esa prueba debe ir orientada a romper la presunción de verdad contenida en el acta del debate o en la sentencia definitiva objeto del recurso, y por ende, compartimos el criterio de Aldo F. Cosenza, en el sentido que no será cualquier medio probatorio el idóneo para tal objetivo.

En cuarto lugar, no debe mal entenderse el sentido de la disposición comentada, ya que de manera alguna se permitirá prueba para contradecir la base fáctica de la sentencia objetada, puesto que hemos reiterado que a los hechos probados no alcanza el examen casacional, por no ser una segunda instancia.

Finalmente el momento adecuado para ofrecer la prueba comentada, es en el escrito de interposición del recurso, a efecto de no tomar por sorpresa a la parte contraria, que conforme al principio de igualdad de armas, debe estar enterada de la dirección y discusión que propone el impetrante con su pretensión impugnativa. Prueba que se recibirá y evacuará en la audiencia oral, con estricta observancia de las reglas que rigen para el juicio, esto es p. ej., con inmediación, contradicción, etc.

[62] Así expresamos en uno de nuestros trabajos que "la oratoria forense tiene como finalidad exclusiva convencer o persuadir a los miembros del tribunal de sentencia, las actuaciones, frases y expresiones que no se encaminen a este objetivo, estarán de más, en todo escenario forense. Por eso ha dicho Angel Osorio que un Abogado puede ser el más conceptuoso disertador, pero nunca alcanzará el apogeo del éxito sino es al mismo tiempo orador elegante; podrá ser el más brillante tribuno, pero si a su elocuencia elegante llena de imágenes no le agrega argumentos sólidos, que ha de poner en evidencia, será tenido como un fastidioso charlatán... Entonces debe de estar entendido el orador, que no obstante la presencia del público en el debate, su atención y esfuerzo debe estar orientado y dirigido cuando le toque intervenir, a conseguir la atención de los Jueces, ya que serán éstos los que extraerán de las pruebas y de nuestros argumentos las conclusiones para fundamentar su decisión. Joel Edgardo Serrano Cárcamo, Tesis de grado "La Reforma Procesal Penal en América Latina y las Tendencias del Derecho Procesal Penal Moderno". Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, C.A. 1998.

7.4.5.7. Resolución del recurso

La norma que establece los lineamientos en la resolución del recurso de casación, es el artículo 369 del CPP, que debe leerse en forma integral con lo dispuesto en la primera parte del art.316 reformado de la CR que dice: "*la Corte Suprema de Justicia, estará organizada en salas, una de las cuales es la de lo constitucional. Cuando las sentencias de las salas se pronuncien por unanimidad de votos, se proferirán en nombre de la Corte Suprema de Justicia y tendrán el carácter de definitivas. Cuando las sentencias se pronuncien por mayoría de votos, deberán someterse al pleno de la Corte Suprema de Justicia...*"[63] de estas dos disposiciones, la primera ordinaria y la segunda primaria se pueden agrupar los siguientes comentarios, sin desconocer que el mecanismo definitivo estará sujeto a lo que se disponga en el nuevo reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con estas normas, veamos:

a) No obstante que el art. 369 en su primer párrafo refiere que la sala de lo penal informará al pleno de la Corte Suprema de Justicia, quien decidirá sobre la procedencia o improcedencia del recurso en los términos de referencia indicados por esa norma, con la reforma constitucional, en caso de haber unanimidad, esta decisión la adoptará únicamente la sala de lo penal, como tribunal, mediante sentencia definitiva, no así, cuando esa mayoría no se alcance, que el asunto deberá someterse al pleno de la Corte Suprema de Justicia.

b) Como ya indicamos con anterioridad, existe la posibilidad de que en un mismo escrito se formalicen motivos de casación de fondo y de forma, caso en el cual la sala de lo penal será libre en la determinación del orden de prelación seguido para el examen de los motivos, sin embargo es obvio, que se orientará, salvo calificada excepción, por estimar primero la procedencia o improcedencia de los de forma, y así operar el reenvío, ya que si los vicios in procedendo son fundados, no tendría importancia entrarle al fondo, si de todas maneras habría que anular la sentencia por aquellos defectos.

   Pero podría suceder lo contrario, es decir que aunque se planteen motivos de distinta naturaleza (de forma y fondo) la Corte los desestime por completo, o sólo estime los de fondo para resolver definitivamente el caso, pero en ambas circunstancias tendrá que dar respuesta en su sentencia, a todos los motivos planteados.

c) Si la sala de lo penal por unanimidad encuentra improcedente el recurso, así lo declara en sentencia que habrá de dictar en el plazo de cinco días hábiles a que se refiere el primer párrafo del art. 369.

   Pero si estima el recurso ya sea por los motivos de forma o de fondo, tendrá el término de veinte días para decidir el asunto, plazo que igualmente operará para el pleno en caso de que no se alcance la mayoría exigida para la decisión de la sala.

d) Tratándose de casación en el fondo, si la sala considera que efectivamente ha habido infracción de Ley sustantiva, de doctrina legal o de precepto constitucional invocados por el recurrente, casará la sentencia impugnada y resolverá definitivamente el caso conforme a la ley aplicable.

[63] Véase el Decreto Legislativo número 38-2001, que ratificó el Decreto número 262-2000, mediante los cuales se reformó el numeral 9 del artículo 205 y el Capítulo XII, Título V de la Constitución de la República, mismos en los que se establecen nuevas regulaciones para la elección de los nuevos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, creándose una Junta nominadora, se aumenta a siete años el periodo de elección de los Magistrados, se ordena la integración de la Corte Suprema por quince (15) Magistrados, se crea la Sala de lo Constitucional y se establecen otras importantes regulaciones constitucionales sobre el más alto tribunal de justicia.

Si el recurso es por quebrantamiento de forma, e igualmente la sala lo estima procedente, en el mismo término indicado, dictará sentencia, mediante la cual anulará el fallo recurrido, los actos realizados de modo irregular y ordenará la devolución de los antecedentes al respectivo tribunal de sentencia, para que el trámite de que se trate sea substanciado nuevamente de conformidad con la Ley, y se sustancie de ser necesario el juicio nuevamente. A esto es a lo que en casación le denominamos **"reenvío"**.

En todo caso, manda la Ley procesal, que no podrán integrar el tribunal del nuevo juicio, los que hayan intervenido en la sentencia anulada en virtud del recurso.

Igualmente dispone el último párrafo del art. 369 comentado, que la sentencia que resuelva el recurso deberá de ser por escrito y reunir en lo que fuere aplicable, los requisitos establecidos en el art. 338 del CPP.

Finalmente es importante comentar, que no todos los vicios que aparezcan en la sentencia darán lugar a la casación en la forma, pero el tribunal emisor está en la obligación de sanearlos de oficio o a petición de parte, igualmente los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutiva, no anularán pero deberán ser corregidos, así mismo lo serán los errores materiales en la designación o en el cómputo de las penas o de las medidas de seguridad. Por lo que tratándose de un recurso por estas circunstancias, entendemos que el tribunal de casación, como está facultado, se limitará a realizar la corrección del defecto, sin considerar el recurso.

7.5. La revisión

** Consideraciones preliminares*

Nuestra CR en su parte dogmática consagra una constelación de derechos, declaraciones y garantías, es en ese apartado donde el constituyente exhibe los grandes postulados que dan contenido a la organización política de la sociedad y, donde a su vez se propone la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los hombres, pues bien, para ese propósito la CR establece en su Capítulo IV las garantías de Amparo, Hábeas Corpus, Inconstitucionalidad y la Revisión. Entendiendo que estas (las garantías), según la doctrina constitucional: "*son instituciones de seguridad creadas a favor de las personas, con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho. Son recursos jurisdiccionales que dan origen a una pretensión que sólo puede dirigirse al poder público, porque es demanda de tutela para que asegure, restaure o haga efectiva una pretensión jurídica en la que puede existir un derecho. Esto quiere decir que los derechos declarados en la Constitución existen ante el Estado y ante los particulares, por ello pueden ser violados tanto por uno como los otros; mientras la garantía existe sólo frente al Estado, para que preste su actividad jurisdiccional al individuo que invoca una pretensión jurídica material —sea ésta ante el propio Estado o ante otro particular—. En suma, las garantías están dadas para amparar los derechos*".

7.5.1. Concepto y naturaleza jurídica

Para Rafael de Pina "*la revisión ha sido considerada tradicionalmente como un recurso extraordinario que tiene por objeto la rescisión de una sentencia dictada con error de hecho para hacer posible la resolución justa, en un nuevo examen de la cuestión a que el fallo anulado se refiere*".

Por su parte el Doctor Edmundo Orellana escribe que "ésta (la revisión) consiste en rever una sentencia firme, es decir abrir un juicio fenecido, pasado por autoridad de cosa juzgada, a efecto de anular la sentencia".

Para el Doctor Enrique Flores Valeriano, "se llama Recurso de Revisión el remedio extraordinario que la Ley concede en determinados casos para que se rescinda total o parcialmente una sentencia firme a virtud de documentos recobrados decisivos, o en mérito de haberse ganado con pruebas documentales o testificales falsas, o por cualquier maquinación injusta".

Nosotros con fundamento en las ideas agrupadas, entendemos el instituto, como una real y efectiva garantía constitucional, que posibilita en todo tiempo, a favor de los imputados, la revisión de las sentencias firmes dictadas en materia penal, cuando aparecen de manifiesto cualquiera de las causas que autoriza el art. 373 del CPP, con el fin de que la sentencia injusta sea anulada por la Corte Suprema de Justicia, no obstante haber producido aquella, los efectos de cosa juzgada.

No obstante que algunos autores (como Edmundo Orellana) no le consideran garantía constitucional, para nosotros si lo es, en primer lugar porque está contemplada en el Capítulo IV de la CR, y en segundo lugar concebida como aspiración política, para librar al imputado (usted o yo) de una sentencia firme injusta, por haber sido emitida con grave error de hecho, con fundamento en prueba falsa, o ya porque proceda la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable, o que después de la condena aparezcan nuevos hechos o elementos de prueba que demuestren que el hecho no existió o no es delito.

Como nos enseña el Dr. Flores Valeriano "es un recurso excepcional, único, ya que no existe ningún otro que se conceda contra sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada".

La revisión representa la más pura y notable aspiración fundamental del valor justicia, que por la vía excepcional permite incluso el sacrificio de la seguridad jurídica que representa la presunción de verdad que envuelve la cosa juzgada, misma que como se aprecia en materia penal, no es absoluta, en cuanto se trate de una sentencia intolerablemente injusta.

Según Florian, citado por Mirna D. Goranky y Maximiliano A. Rusconi, "*La exigencia de que la sentencia sea conforme a la realidad lo más posible es tan fuerte que se alza contra la sentencia donde no se verifique esto por muy perfecta que sea formalmente. Al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de verdad, se sobrepone el interés individual y social al mismo tiempo, de que la verdad efectiva triunfe y que la inocencia no sea inmolada sobre el altar de una justicia simbólica y aparente. Y esta es la razón de la revisión*".

Su naturaleza jurídica es que es una garantía constitucional, autorizada de manera excepcional en materia penal, conforme a la regla de la taxatividad (números clausus), para librar a los ciudadanos (condenados) de sentencias firmes manifiestamente injustas, que en la práctica opera como una acción constitucional (art. 376) independiente del juicio donde se produjo aquella, que una vez estimada por el tribunal supremo, produce la nulidad de la sentencia censurada, con las precisiones contenidas en el art. 338 del CPP.

7.5.2. Objeto impugnable

El objeto impugnable, lo constituyen las sentencias firmes, pasadas en autoridad de cosa juzgada[64]. Esto es así, porque la revisión es un medio de impugnación, que posibilita el reexamen de causas definitivamente juzgadas, excepcionalmente, por lo que en consecuencia la sentencia objetada debe ser definitiva y a la vez firme, así lo dispone la norma programática constitucional que vislumbra su nacimiento y el art. 373 del CPP, que en su preámbulo dice: Las sentencias firmes podrán ser revisadas en cualquier tiempo por la Corte Suprema de Justicia a favor del condenado, en cualquiera de los casos siguientes".

Así p. ej., una sentencia definitiva, contra la cual está pendiente la resolución de un recurso de casación o de amparo, no obstante la condición de ser definitiva, no es firme, no produce efectos de cosa juzgada, por tanto no podría accionarse contra ella en revisión.

Pero no se crea que contra cualquier sentencia definitiva firme, procede la acción de revisión, no, la garantía viene concedida únicamente a favor del condenado y sólo cuando se da cualquiera de los supuestos del art. 373 indicado, pues la disposición constitucional por ser de orden programático confía a la Ley ordinaria (CPP) la reglamentación del instituto, y resulta que el legislador siguiendo un poco la tradición clásica, sólo lo ha considerado viable para los casos indicados en aquel artículo.

7.5.3. De los motivos de revisión

Uno de los principales rasgos característicos de los recursos extraordinarios, según hemos estudiado a lo largo de este ensayo, es que sólo proceden por motivos previamente definidos en la ley que regula su actividad (números clausus), la revisión entonces, no escapa a esa exigencia y en el art. 373, se establecen expresamente las causales que autorizan su interposición, cuando:

a) dos o más personas hayan sido condenadas por un mismo delito, que sólo pudo ser cometido por una de ellas;

b) una misma persona haya sido condenada por el mismo hecho delictivo, en dos sentencias distintas;

c) una persona haya sido condenada en una sentencia, y absuelta en otra por el mismo hecho delictivo;

d) una persona haya sido condenada como autor o cómplice del homicidio de otra que en realidad no ha fallecido;

e) haya sido condenada alguna persona en virtud de sentencia con base en un documento o testimonio declarado después falso, por sentencia firme;

f) después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido, no es punible o encuadra en una norma más favorable; o se produzca un cambio de doctrina legal que favorece al reo;

[64] Nos enseña Fiorini, citado por Enrique Flores Valeriano, que la cosa juzgada consiste en "el efecto de verdad jurídica, indiscutible e inamovible que la Ley reconoce a las resoluciones judiciales una vez que están firmes o ejecutoriadas". "La Cosa Juzgada y el Recurso de Revisión", Editorial Universitaria, Tegucigalpa, Honduras, noviembre, 1989.

g) se haya condenado por prevaricato o cohecho a alguno de los jueces por su actuación en el juicio de que se trate; y

h) proceda la aplicación retroactiva de una ley penal por ser más benigna.

7.5.4. Recurribilidad subjetiva en la revisión

Manda el art. 374, que están facultados para iniciar la acción de revisión, las propias personas condenadas, sus cónyuges o compañeros de vida, sus descendientes, ascendientes, hermanos, su defensor, el fiscal y, hasta el Juez de ejecución cuando proceda la aplicación retroactiva de una Ley o doctrina legal más favorable.

Como esta garantía está concedida a favor exclusivo de las personas condenadas, debe entenderse que quien intente la acción, lo hará en interés de ellas, observando, como es natural, las normas a que está sujeta la institución en el CPP.

Se entiende que la idea predominante es como en las demás garantías constitucionales, la de posibilitar mayor apertura para que los familiares del afectado con la sentencia injusta, sin mayores formalismos puedan promover la revisión del asunto, sin que esto implique abandonar por completo las exigencias básicas de orden legal impuestas.

7.5.5. Procedimiento para la revisión

7.5.5.1. De la preparación de la acción

Ordena el párrafo primero del art. 375 que la revisión deberá ser promovida por escrito ante la Corte Suprema de Justicia, con expresión concreta de los motivos en que se funda y de las disposiciones legales aplicables.

Lo primero es que no hay límite de tiempo para promover el examen de revisión (art. 373), precisamente porque es una acción independiente al proceso donde se dictó la sentencia objetada, pero sí existe la obligación de que se plantee en escrito fundado, donde se consignen los motivos autorizantes y las demás disposiciones legales aplicables, hablamos de un escrito similar al de la casación, con descripciones básicas, fundamentos jurídicos y las demás exigencias normales de un escrito que inicia una pretensión jurisdiccional, ante el más alto tribunal de justicia del país.

Recuérdese que ya el art. 377, habla de un auto de admisión, donde seguramente se quedarán en el camino, muchos de los planteamientos que adolezcan de las exigencias básicas, o sean manifiestamente infundados.

Por otro lado en el mismo acto de interposición se deberán ofrecer los medios de prueba con los que se pretenda acreditar la acción de revisión, o en su caso, indicar el lugar donde se encuentre esa prueba, la documental se acompañará al escrito de interposición.

7.5.5.2. Audiencia y trámite

Si la Corte Suprema admite la pretensión de revisión, ordenará la inmediata remisión de los antecedentes y convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de recepción de los antecedentes.

En esta audiencia el interesado deberá presentar las pruebas que dan sustento a su acción de revisión, seguidamente la Corte podrá decretar la suspensión de ésta, por el término necesario para examinar las pruebas de mérito y dictar la sentencia que corresponda, sin que la suspensión pueda exceder de cinco días.

7.5.5.3. Resolución de la acción

Finalizado el trámite de la audiencia, la Corte Suprema de Justicia, según proceda, dictará sentencia declarando sin lugar la revisión o anulará la sentencia impugnada, en este último caso tendrá que pronunciar un nuevo fallo que resuelva definitivamente el asunto, según el motivo de que se trate, conforme a lo prescrito en el art. 378. Así p. ej., tratándose del numeral 7 del art. 373, sólo anulará la sentencia y ordenará el reenvío al Tribunal de Sentencia para que celebre nuevo juicio.