

EXPEDIENTE: 04-2018

Madrid, 22 de julio de 2019

Honorable

CORTE DE APELACIONES PENAL DE FRANCISCO MORAZAN

Tegucigalpa, Honduras

**ASUNTO: JUICIO POR LA AUTORÍA INTELLECTUAL EN EL
ASESINATO DE BERTA CÁCERES FLORES**

AMICUS CURIAE

LA FUNDACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, entidad sin ánimo de lucro cuyos fines son la defensa y promoción de los derechos humanos y la cooperación al desarrollo, respetuosamente presenta este Amicus Curiae ante el Tribunal de Apelación Penal con competencia Nacional Territorial de Tegucigalpa, Honduras, en el juicio que se adelanta por el asesinato de la defensora de derechos humanos, indígena y ambientalista Berta Cáceres.

=====

EXPEDIENTE: 04-2018

CASO POR LA AUTORÍA INTELECTUAL
EL ASESINATO DE BERTHA ISABEL
CÁCERES FLORES

MINISTERIO PÚBLICO y
ACUSACIÓN PRIVADA

v.

ROBERTO DAVID CASTILLO MEJÍA

Sobre la admisión de la práctica de prueba
durante la Audiencia preliminar del proceso penal

INFORME DE LA FUNDACIÓN DEL CONSEJO
GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA COMO
AMICUS CURIAE
EN APOYO DE LAS PARTES
ACUSADORAS Y, EN
PARTICULAR, DE LAS VÍCTIMAS
AUSTRA BERTHA FLORES,
BERTHA ZÚNIGA CÁCERES,
LAURA ZÚNIGA CÁCERES,
SALVADOR ZÚNIGA CÁCERES Y
OLIVIA ZÚNIGA CÁCERES

SUMARIO

I. EL AMICUS CURIAE Y SU INTERÉS EN EL CASO.....	4
II. ANTECEDENTES PROCESALES DEL CASO.....	5
III.- PROPOSICIÓN DE PRUEBA POR LA DEFENSA EN EL ACTO DE “AUDIENCIA PRELIMINAR” Y ADMISIÓN POR EL JUZGADO.....	5
IV.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA “AUDIENCIA PRELIMINAR” E INCOMPATIBILIDAD CON LA PRÁCTICA DE PRUEBA.	7
V. INFRACCIONES EN LA QUE INCURRE LA RESOLUCIÓN QUE ADMITE LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN LA “AUDIENCIA PRELIMINAR”.....	17
1) Infracción del principio de legalidad procesal e interdicción de la arbitrariedad judicial, con indefensión de las partes acusadoras.	18
2) Infracción del derecho al debido proceso: inexistencia de igualdad de armas.....	22
3) Infracción del principio de contradicción.....	26
4) Infracción del Estatuto de la Víctima.	27
VI. CONCLUSIÓN: NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE ADMITE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LA “AUDIENCIA PRELIMINAR”.	29

I. EL AMICUS CURIAE Y SU INTERÉS EN EL CASO.

El *Amicus curiae*, la Fundación Abogacía Española¹, es una entidad sin ánimo de lucro cuyos fines son la defensa de los derechos humanos y la cooperación al desarrollo. Para lograrlos desarrolla proyectos, tanto dentro como fuera de las fronteras españolas, en los ámbitos de la defensa, la protección y la promoción de los Derechos Humanos.

La función social de una abogacía libre, independiente y entendida como pieza esencial de la defensa de los derechos y el acceso a la justicia de todos los individuos, sin distinción de ninguna clase, es la fuente de inspiración de toda la actividad de esta Fundación, creada por el Consejo General de la Abogacía Española en el año 2003.

La Fundación, adicionalmente, participó como entidad observadora y miembro de la misión de observación calificada en las audiencias celebradas en octubre y noviembre de 2018, por la autoría material del asesinato de Bertha Isabel Cáceres Flores, realizando un seguimiento cercano a este proceso todavía pendiente de sentencia a la fecha de presentación de este documento.

El interés del Amicus en el presente asunto tiene varias vertientes. Con carácter general, desea asegurarse que se produzca una tramitación del proceso penal con todas las garantías procesales que integran los derechos humanos reconocidos a nivel internacional e interno y siguiendo las reglas ortodoxas del proceso penal que determinan el carácter y naturaleza de cada de sus fases. Con

¹ La Fundación ha desarrollado este documento con la colaboración técnica del profesor de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid, Gilberto Pérez del Blanco.

carácter particular, están interesados en que se produzca la tutela de los derechos de las víctimas y que las mismas no sean discriminadas en su posición procesal, a tal efecto existe un interés en que sea corregida la resolución judicial dictada en la *fase intermedia* del proceso, que resulta relevante en los términos apuntados por su lesividad para los principios básicos del proceso penal y los derechos de los intervinientes.

II. ANTECEDENTES PROCESALES DEL CASO.

En el Caso por la autoría intelectual del asesinato de Bertha Isabel Cáceres Flores (Ministerio Fiscal y familia v. Roberto David Castillo Mejía) se tramitó la fase de instrucción o investigación (“etapa preparatoria” en el Código Procesal Penal de Honduras, en adelante CPP)

Tras la “audiencia inicial”, se descartó el sobreseimiento de la causa, procediéndose al procesamiento formal de D. Roberto David Castillo Mejía (en adelante el Acusado).

Posteriormente se convocó a las partes a la “audiencia preliminar” prevista en el artículo 301 CPP, trámite procesal en el que se adopta la resolución que tiene como objeto el presente Informe.

III.- PROPOSICIÓN DE PRUEBA POR LA DEFENSA EN EL ACTO DE “AUDIENCIA PRELIMINAR” Y ADMISIÓN POR EL JUZGADO.

La “audiencia preliminar” del Caso se inició con la formalización de la acusación por parte del Ministerio Público (MP) y la acusación privada. En el trámite de formalización de la defensa (“contestación a los cargos formulados”), la

representación del acusado procedió a proponer la práctica de la prueba en el propio acto procesal.

En particular, la prueba propuesta consistía en la intervención – en concreto la ratificación – de dos peritos autores de dos dictámenes periciales (uno relativo a la extracción de información de varios teléfonos y otro de vinculación telefónica), uno de los cuales constaba en las actuaciones y otro había sido aportado minutos antes de la “audiencia preliminar”² en el Juzgado, sin que se hubiera dado ni traslado, ni noticia alguna, con carácter previo al inicio del acto las partes acusadoras.

El Abogado del Acusado justificó la práctica de la prueba durante el acto de “audiencia preliminar” en que se trata del momento procesal oportuno para ello, en la circunstancia de que el CPP no lo prohíbe y en ejercicio del derecho fundamental de defensa.

Tras dar traslado de las partes acusadoras de dicha proposición, la Jueza admitió la práctica de prueba en la “audiencia”, motivándolo de modo genérico en el hecho de que la norma procesal habilita el derecho del imputado a evacuar los medios de prueba pertinentes para su defensa y en función de la gravedad del delito imputado.

En este punto, debe analizarse si resulta compatible con un acto como la “audiencia preliminar” que regula el artículo 301 CPP la proposición y admisión de la prueba, todo ello a la luz de su naturaleza jurídica, de los derechos y garantías que deben inspirar el proceso penal

² Consta aportado a las 9:35 horas del día de la “audiencia” cuando ésta se celebra a partir de las 11:00 horas.

IV.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA
“AUDIENCIA PRELIMINAR” E
INCOMPATIBILIDAD CON LA PRÁCTICA DE
PRUEBA.

Un análisis del CPP a la luz de la estructura del proceso penal acusatorio que se ha trazado desde la dogmática procesal, exige determinar en qué momento se ubica el denominado “juicio de acusación”³ en el proceso penal de Honduras.

El principio acusatorio determina, encarnándose por la máxima *nemo iudex sine actore*, que no puede haber juicio penal sin una acusación de parte⁴. Es inherente al principio acusatorio el reconocimiento del derecho a acusar (el derecho de acción manifestado en el proceso penal) como *ius persecuendi* o *ius ut procedatur*, es decir, el derecho escalonado a lo largo del proceso para que los órganos jurisdiccionales imputen, juzguen y, en su caso condenen⁵.

³ GOLDSCHMIDT, J., «Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», Bosch, Barcelona, 1935, págs. 7, 23 y 28.

⁴ El principio acusatorio, contrapuesto al inquisitivo, es una creación técnica artificial que tiene como finalidad proteger a los individuos contra abusos del poder estatal – que se habían evidenciado históricamente en el proceso inquisitivo –.

⁵ GÓMEZ ORBANEJA configuró en principio la acción penal como un *ius ut procedatur*, un derecho al proceso y a la sentencia en la que se declare la existencia o inexistencia del derecho subjetivo de penar. Se trataría de un poder jurídico de iniciativa procesal y de constituir la obligación del juez de comprobar la situación de hecho que se le somete, por lo que frente al derecho de acción se presentaría la actividad judicial como una prestación debida al actor. Sólo secundariamente sería el derecho de afirmar y probar ante el órgano judicial el derecho de penar, competencia exclusiva del Estado. La acción existirá aunque no exista el derecho de penar, por lo que la resolución judicial desestimando la querrela no se pronunciaría sobre la relación jurídico procesal y sobre el

El ejercicio del derecho a acusar no es libre, ni incondicionado sino que se encuentra sometido al control jurisdiccional que garantice unos mínimos en cuanto a su fundamento y seriedad en su ejercicio – de hecho se viene manejando el concepto de *seriedad* en la pretensión punitiva –. Es cierto que dicho control debe ser ejercido sin perder de vista la interdicción del principio inquisitivo en el sistema acusatorio, lo que debe llevar, sin duda, a unas exigencias ciertamente livianas en el examen de la acusación ejercida, hasta el punto de que el Tribunal Supremo en España ha establecido que se trata de un control en negativo, un control de garantías, siendo mínima la posibilidad de rechazar las acusaciones⁶.

derecho subjetivo de penar del Estado, sino sobre la acción misma. Mientras el sobreseimiento negaría la acción penal, la apertura del juicio oral la reconoce y satisface definitivamente. La acción penal no radicaría según la primera visión de GÓMEZ ORBANEJA en la calificación que hace el actor sino en la petición de apertura, por lo que el derecho de acción no hace valer un derecho dispositivo sobre la pretensión ni un derecho subjetivo sobre lo que la sentencia declara. GÓMEZ ORBANEJA, E.: “La acción penal como derecho al proceso”, en Revista de Derecho Privado, nº 371, Febrero 1948, p. 86, y Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, T.II, Vol. I, Bosch, Barcelona 1951, pp. 188 y ss. Acogen esta misma opinión entre otros CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: La cosa juzgada penal, Bolonia: Real Colegio de España, Zaragoza, 1975, singularmente pp. 19 y ss.

⁶ En este punto deben citarse dos Autos muy relevantes del Tribunal Supremo de España de 20 de diciembre de 1996 y de 19 de julio de 1997 (Caso Filesa, magistrado ponente José Augusto de Vega Ruiz) en los que establece establece que, en la fase previa al juicio oral se procede a una función de depuración, señalando que “el auto definitivo de apertura del juicio oral de 20 de diciembre de 1996, dictado por esta Sala, señala la facultad del instructor (...) para controlar, cuando la apertura del juicio oral, la consistencia o solidez de la acusación que se formula (...); el juicio acerca de la improcedencia de abrir juicio oral, o en definitiva, de la improcedencia de la acusación

Este “juicio de acusación” tiene como objeto apreciar si concurre una causa razonable para someter a una persona a juicio⁷ no para su condena – lo que exclusivo objeto del Juicio –. En consecuencia, el grado de certeza que se busca en este momento es muy inferior al que debe lograrse durante el Juicio Oral a efectos de dictar una sentencia de condena, pudiendo motivar un “juicio de acusación” positivo en la existencia de indicios, más que evidencias, por lo que debe centrarse en constatar la existencia de una probabilidad y la razonabilidad en la acusación – “causa probable” en los sistemas anglosajones⁸ –, a los efectos de que el acusado sea sometido a enjuiciamiento por los hechos que se le imputan.

En consecuencia, otra de las características es el carácter provisional de este enjuiciamiento, que no pretende facilitar un pronunciamiento sobre el fondo o definitivo, sino que su finalidad es la apertura de la fase subsiguiente, en concreto la de Juicio Oral⁹.

formulada, es en todo caso un juicio negativo en virtud del cual se cumplen funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación, con lo que las posibilidades para rechazar las acusaciones son mínimas porque, dentro del plano jurisdiccional, el proceso ha de seguir su curso prima facie”.

⁷ NAPPI, *Guida al nuovo Codice di Procedura penale*, Milán (Giuffrè), 1989, pág. 163.

⁸ HENDLER, E. *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1996, p. 186 haciendo referencia a la *preliminary hearing* o *preliminary examination* del proceso penal de EEUU. Vid. ISRAEL, J.H.; KAMISA, Y.; LAFAVE, W.R.: *Criminal Procedure and the Constitution*, St. Paul, 1997, págs. 703 y 704.

⁹ Puede encontrarse una descripción muy precisa sobre la naturaleza jurídica de esta fase en la Sentencia n° 135/1989, de 19 de julio de 1989 del Tribunal Constitucional de España: “Como hemos dicho tantas veces que la frecuencia nos excusa de citar resoluciones

Su finalidad es descartar las acusaciones carentes de fundamento o, dicho de otro modo, abrir el Juicio Oral cuando concurra una acusación que, de modo indiciario, esté suficientemente fundada.

La naturaleza y finalidad de este “juicio de acusación” hace que, a efectos formales, se le identifique como *fase intermedia* entre la fase de investigación (“etapa preparatoria”) y el Juicio Oral, presentando una relación íntima con ambas fases.

- El “juicio de acusación” tiene una vinculación directa con la fase de instrucción (“*etapa preparatoria*”) puesto que la finalidad de la misma es precisamente servir de base para el ejercicio de la acción penal (manifestación del *ius ut procedatur*)¹⁰ o, en su caso, para el sobreseimiento de la causa.

concretas, ni se puede confundir un Auto de procesamiento, que en sí mismo no encierra declaración de culpabilidad, con una Sentencia condenatoria; ni la actividad probatoria de cargo exigible en el juicio oral para disipar la presunción de inocencia es trasladable a la fase sumarial, pues, salvo excepción, en el sumario no se practican pruebas. Ello no significa que la presunción de inocencia no pueda ser vulnerada en un Auto de procesamiento, pues tal lesión podría producirse si el órgano judicial dictase su resolución de modo arbitrario, caprichoso o notoriamente infundado, pero siempre hay que tener en cuenta que, por las razones antes expuestas, al autor del Auto de procesamiento no se le puede exigir el mismo grado de certeza que al juzgador que condena, si bien si le es exigible que razone de dónde emanan los indicios de criminalidad”.

¹⁰ En este sentido es muy relevante la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 137/1988, de 7 de julio cuando haciendo referencia a las diligencias de investigación de la fase de instrucción establece: “su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y

- Respecto del *plenario*, su relación es de *conditio sine qua non*, puesto que condiciona hasta su propia existencia. La apertura del Juicio Oral requiere la previa existencia del “juicio de acusación” y de un resultado favorable del mismo, como última depuración o *decantación* (ALMAGRO NOSETE) del derecho a la acusación.

En el caso del CPP formalmente se prevé la existencia de la “etapa intermedia” (art. 265 CPP, desarrollado en los artículos 300 y ss. CPP), que vendría a coincidir con lo que dogmáticamente se ha conocido como *fase intermedia* y que vendría a tener, como finalidad esencial, la realización del “juicio de acusación” a efectos de resolver la apertura del Juicio Oral.

Es importante apuntar que, con carácter previo y aunque se encuentra formalmente dentro de la “etapa preparatoria”, la denominada “audiencia inicial” (art. 294 CPP) presenta una naturaleza de “juicio de acusación”, toda vez que tiene como objeto determinar si la manifestada voluntad de ejercer la acción penal es viable o si, por el contrario, procede el sobreseimiento del proceso. En efecto, el denominado “requerimiento fiscal” no deja de ser una manifestación del ejercicio del derecho de acción (*ius ut procedatur*), en tanto en cuanto supone una manifestación de la voluntad del MP de mantener la acción penal contra un individuo (*ex* artículo 293 CPP). Ante dicho requerimiento se convoca la “audiencia inicial”, que tiene por objeto determinar si procede el sobreseimiento (artículos 294.III.1 y 2, 295 y 296 CPP) o si, por el contrario, la acción penal es viable, en cuyo caso, se procede a realizar una imputación formal de la persona contra la que se dirigió el requerimiento fiscal, con sometimiento o

defensa”...”.

no a medidas cautelares (artículo 297 CPP).

Las características con las que está configurada la “audiencia inicial” exigen la realización de un control jurisdiccional intenso sobre el ejercicio de la acción penal, lo que va a resultar muy relevante en el momento de examinar la “audiencia preliminar”. En efecto, la “audiencia inicial” presenta una fase de alegaciones (artículo 294.II CPP) para que las acusaciones “expliquen y fundamenten sus requerimientos” (auténtica manifestación del ejercicio de la acción penal) y al defensor “*lo que considere procedente a favor de imputado*”. Además, el CPP de modo expreso prevé la existencia de una fase de prueba en los párrafos IV del mencionado artículo 294 CPP:

“La parte que pretenda evacuar elementos de prueba, se hará cargo de su presentación en la audiencia y el juez resolverá únicamente con aquellos que se incorpore...”

En ésta audiencia se deberá efectuar una mínima actividad probatoria con la finalidad de aportar material indiciario para resolver sobre la probable realización del hecho que se imputa, sobre su relevancia jurídico penal y la probabilidad de la participación del imputado en él, así como la concurrencia de los presupuestos legitimadores para la imposición de una medida cautelar determinada”.

Tras la fase de alegaciones y de prueba, el Juez debe resolver sobre la procedencia o no del ejercicio de la acción penal. Para ello el CPP configura una cognición jurisdiccional muy intensa y de características claramente inquisitivas, lo que se pone de manifiesto con la estipulación de los presupuestos que deben integrar la resolución favorable a la

imputación/procesamiento, recogidos en el artículo 297.1).II CPP – aplicables a los supuestos del apartado 2) por remisión expresa del mismo (“...concurran los requisitos señalados en el párrafo segundo del numeral anterior”) –:

“Para decretar el auto de prisión, el juez considerará como plena prueba de haberse cometido el delito, la concurrencia de todos los elementos de su tipificación legal y estimará como indicio racional todo hecho, acto o circunstancia que le sirva para adquirir la convicción de que el imputado ha participado en la comisión del delito...”.

O lo que es lo mismo, el Juez debe desplegar una intensa y profunda actividad cognitiva sobre lo alegado y probado por las partes, con el objeto de mantener la imputación formal. Esto se lo exige la Ley al imponerle una “prueba plena de haberse cometido el delito” y la necesidad de llegar a la “convicción de que el imputado ha participado en la comisión del delito”.

Además, a eso se le añade la facultad del Juez prevista en el artículo 299 CPP de, estando disconforme la eventual solicitud de sobreseimiento que presente el fiscal del caso, elevar a su superior en el MP las razones por las que considera que no se está actuando correctamente a efectos de que el superior, si así lo considera oportuno, nombre otro fiscal que formule requerimiento.

Conforme a lo recogido es notorio que la “audiencia inicial” es un *juicio de acusación* muy reforzado, que se configura con plenas garantías procesales para las partes y del que, en caso de un pronunciamiento favorable, la acción penal sale muy reforzada.

La “audiencia intermedia” que viene a constituir la denominada “etapa intermedia” o *fase intermedia stricto sensu*, está regulada en los artículos 300 a 303 del CPP y, tal como prevé el introductorio artículo 265 CPP está compuesta de los actos procesales: (i) formalización de la acusación (ii) contestación de cargos y (iii) Auto de apertura del juicio. Resulta muy significativo del carácter que se quiere imprimir a dicho acto que este precepto, en el que se introduce con carácter general la estructura del proceso, únicamente se haga mención a la posibilidad de que se abra el Juicio tras la “audiencia”.

Tras el artículo 300, destinado a regular los aspectos temporales del señalamiento, el artículo 301 regula el desarrollo del acto de “audiencia” o vista en sentido estricto, en la que se prevé la intervención exclusiva de las partes: (i) primeramente, las partes acusadoras “formalizarán la acusación”, (ii) a continuación la defensa “contestará” los cargos formulados contra el imputado.

En el artículo 302 CPP se regula el “Auto de apertura a juicio”, en el que significativamente se establece que “dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el juez dictará el auto de apertura a juicio”. Esto es, la norma procesal configura con un automatismo – que no es tal, por otra parte – o, como una relación causa-efecto, la formulación de la acusación y la apertura del Juicio oral. Decimos que no es tal, porque el mismo artículo en su último párrafo sí contempla la posibilidad de un pronunciamiento alternativo de sobreseimiento:

“Si con base en la formalización de la acusación por el fiscal y el acusador privado y en la contestación de cargos, el juez considera que no hay fundamentos

razonables para el desarrollo del juicio, podrá dictar resolución, que será apelable en ambos efectos, en el sentido de que no procede la apertura del mismo y, según el caso, pronunciará sobreseimiento provisional o definitivo”.

Ahora bien, tal configuración de las facultades del Juez implica que el control que el CPP le permite ejercer al Juez sobre la acusación formulada es limitado, muy en línea en los términos que hemos apuntado en el apartado I del presente Informe: (i) desde el punto de vista formal, porque el propio CPP pone en evidencia que, *prima facie*, el devenir natural del proceso llegados a este punto, es la apertura del Juicio oral¹¹; (ii) y, desde el punto de vista material, porque el artículo 302.III CPP establece el presupuesto del sobreseimiento la referencia es la convicción de “que no hay fundamentos razonables para el desarrollo del juicio”, lo que limita de modo muy intenso la cognición del Juez, obligándole a realizar un control de mínimos centrado sobre todo en la acusación formulada y en el material probatorio que consta en la instrucción.

Los artículos 301 y 302 CPP conjugan a la perfección la finalidad y objeto de la *fase intermedia* señalados por la dogmática, estableciendo un control que se limita a evitar acusaciones carentes de fundamento que evite la

¹¹ El artículo 265 al prever la estructura de la “etapa intermedia” únicamente contempla como acto procesal del juez – apartado 3 – el “Auto de apertura del Juicio...”, mientras que el artículo 302.I CPP parece establecer como acto reglado – “...el juez dictará el auto de apertura a juicio..” –. En este punto se ha de recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España (Caso Filesa) en la que establece: “*las posibilidades para rechazar las acusaciones son mínimas porque, dentro del plano jurisdiccional, el proceso ha de seguir su curso prima facie*”.

celebración de un juicio de modo artificioso, sin un fundamento serio o razonable¹² – con lo que ello supone al acusado – y, por otro, sin exigir tal convicción o nivel de certeza que dicho control suponga una suerte antejuicio o anticipación de la condena del que en esta fase sólo acusado.

En este marco normativo se dicta la resolución que es objeto del presente informe y de la opinión del *Amicus curiae* y sobre la que pueden apuntarse una serie de irregularidades a partir de la naturaleza de la *fase intermedia* y de la propia regulación del CPP:

1) La Resolución de la Juez admite la práctica de prueba propuesta durante la “audiencia preliminar” por el defensor sin que los artículos 300, 301 o 302 CPP prevean dicho trámite, ya que se limitan a regular una fase de alegaciones y resolución como actos integrantes de esta etapa del proceso.

2) La prueba cuya práctica se admite consiste en la “ratificación” de dos dictámenes periciales – debe entenderse que dicho término engloba la explicación y sometimiento a controversia de dichos informes–, uno de ellos ya aportado durante la “etapa preparatoria” y otro aportado minutos antes del inicio de la “audiencia preliminar”.

3) El dictamen pericial que ya consta en el proceso fue tomado en consideración – junto con el resto de material probatorio recopilado durante la “etapa preparatoria” o instrucción, incluyendo otros informes técnicos – para adoptar la resolución de prisión en la “audiencia inicial”. Durante la “audiencia preliminar” el defensor lo

¹² Cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Hacia un nuevo proceso penal: investigación y juicio de acusación. Madrid, 2009, pág. 225.

podrá utilizar, como otras diligencias que constan en las actuaciones, haciendo referencia al mismo y a sus conclusiones, pero no procede su práctica con la intervención del perito, cuando tal hecho no se contempla.

4) El dictamen pericial que no consta aportado a las actuaciones se pretende introducir en el proceso una vez finalizada la “etapa preparatoria” o instrucción, al margen de las formas, trámites y garantías que esta etapa exige para la realización de las diligencias – en el caso del dictamen pericial, previstas en los artículos 239 a 250 CPP –.

5) La prueba se propone y admite después de que el MP y la acusación privada hayan “formulado la acusación” y, en consecuencia, una vez precluida la posibilidad de formular alegaciones en la fase de “audiencia preliminar” – a no ser de que se habilite un nuevo y desconocido trámite por parte de la Juez, que consistirá en reabrir la audiencia suspendida –.

6) En definitiva, la Juez se está atribuyendo un ámbito de decisión y de determinación del procedimiento a seguir que la Ley no le atribuye. En primer lugar, porque establece un trámite de prueba donde la Ley no lo prevé (301 CPP) y, en segundo lugar, porque debe limitarse a apreciar sobre la única base de las alegaciones de las partes y las diligencias que constan en las actuaciones si la acusación está basada en fundamentos razonables.

V. INFRACCIONES EN LA QUE INCURRE LA RESOLUCIÓN QUE ADMITE LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN LA “AUDIENCIA PRELIMINAR”.

Las irregularidades puestas de manifiesto en la tramitación de la “audiencia preliminar” constituyen una serie de infracciones graves de principios y garantías del proceso penal que determinan la nulidad de lo actuado.

1) Infracción del principio de legalidad procesal e interdicción de la arbitrariedad judicial, con indefensión de las partes acusadoras.

El principio de legalidad procesal supone que no se puede imponer la consecuencia jurídica de un delito – pena o medida de seguridad – sino en virtud de sentencia firme dictada en un proceso tramitado conforme a la norma procesal (“*nemo damnetur nisi per legale iudicium*”) consagrado para el proceso penal hondureño en el artículo 1 del CPP¹³.

Es jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el obligatorio cumplimiento de la legalidad procesal como base y fundamento de las garantías procesales:

*“toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano [...] **actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para***

¹³ **“Artículo 1. Juicio previo.** Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público **llevado a cabo conforme los principios establecidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código** y con respeto estricto de los derechos del imputado”.

**el conocimiento y la resolución del caso
que se le somete**¹⁴

La Resolución que admite la práctica de prueba en la “audiencia preliminar” resulta contraria al principio de legalidad procesal, puesto que modifica la configuración legal de dicho acto para introducir una nueva fase en el mismo, la de prueba, que no está prevista en la norma procesal. La infracción de la legalidad procesal se aprecia en los siguientes aspectos del CPP:

1) El artículo 301 CPP al regular el desarrollo procedimental de la “audiencia preliminar” no contempla expresamente una fase de prueba, como sí lo hace con la fase de alegaciones. No prevé la posibilidad de proponer, ni en consecuencia, de admitir la práctica de prueba, por lo que las partes deberán en sus alegaciones hacer referencia a lo instruido, sin posibilidad de proponer prueba.

2) En la regulación de la “audiencia inicial”, de una naturaleza similar a la “audiencia preliminar” en tanto son fases de control del derecho a acusar, se prevé expresamente la existencia de una fase de prueba (294 CPP). Esto quiere decir que si el legislador hubiese contemplado la posibilidad de practicar prueba durante la “audiencia preliminar, lo hubiese previsto expresamente. De otro modo, no contemplando esa posibilidad, las partes deberán limitarse a

¹⁴ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 77; Caso Yvon Neptune Vs. Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 80; Caso La Cantuta, Sentencia 29 de noviembre de 2006, párr. 140; Caso Almonacid Arellano y otros, párr. 130; Caso Herrera Ulloa, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 169; Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 112; Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 130 y 131

formular las correspondientes alegaciones sobre lo actuado y que consta en autos – suficiente a efectos de garantizar el principio de contradicción –.

3) El artículo 245 CPP¹⁵ que regula la práctica del dictamen pericial no contempla la práctica del mismo en la “audiencia preliminar” al referirse únicamente a la “etapa preparatoria” – en la que se rendirá por escrito – y al “juicio – en el que se practicará de modo oral –.

4) En la regulación de los medios de prueba que pueden ser introducidos en el Juicio mediante su lectura a través del artículo 311 CPP, al establecer la regulación del dictamen pericial se refiere únicamente a la posibilidad de que los informes hayan sido emitidos durante la “etapa preparatoria” y el perito participe en el Juicio al efecto de su ratificación¹⁶.

Por el contrario, es cierto que el artículo 4 CPP al establecer el principio de contradicción contempla, en una manifestación del derecho fundamental a utilizar todos los medios de

¹⁵ **“Artículo 245. Dictamen pericial. En la etapa preparatoria, el informe pericial se rendirá por escrito, sin perjuicio de que el perito pueda ser requerido para aclararlo o completarlo personalmente o también por escrito. En el juicio, el informe pericial se rendirá verbalmente, sin perjuicio de que, previa o simultáneamente, el perito acompañe su informe por escrito”.**

¹⁶ **“Artículo 311. Lecturas y reproducción de medios audiovisuales autorizados. Excepcionalmente podrán ser incorporados al juicio por lectura o reproducción, en su caso que hará el secretario: (...) 5) Los informes periciales realizados durante la etapa preparatoria, a efectos de ratificación en el acto del juicio. Cuando su contenido sea contradictorio con lo manifestado en dicho acto, las partes podrán interrogar al perito sobre la contradicción apreciada entre ambas manifestaciones sucesivas; y,**

prueba, que *“Tanto el imputado como su defensor, tendrán derecho a presentar los elementos probatorios de que dispongan en cualquier etapa del proceso, incluso durante la investigación preliminar”*. Esta previsión que, en una interpretación literal, podría entenderse como un derecho incondicionado a proponer y practicar prueba en cualquier trámite procesal, bastando para ello la mera voluntad del imputado, debe entenderse como una proclamación genérica de un principio y un derecho, cuyo ejercicio – de configuración legal – deberá ejercerse por los cauces procedimentales que están previstos en la normativa.

Tomando en consideración lo anterior, se ha producido una vulneración de la interdicción de la arbitrariedad, al adoptar el órgano jurisdiccional una resolución que carece de soporte normativo, con la creación de un trámite procesal no previsto en la Ley – que además genera incógnitas sobre la posterior tramitación de la “audiencia preliminar” o sobre el margen de control sobre la acusación que pretende atribuirse la Juez una vez tramitada la audiencia –. En este punto ha de recordarse la jurisprudencia de la Corte IDH cuando establece:

“La referida disposición convencional [refiriéndose al artículo 8 de la Convención IDH] contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculcado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso”¹⁷.

¹⁷ Caso Mohamed Vs. Argentina, Sentencia Corte IDH de 23 de noviembre de 2012: “80. Es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales protegidas en el artículo 8 de la Convención, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías,

La resolución admitiendo pruebas habilita una suerte de anticipación del Juicio oral, al exigir a la Juez un pronunciamiento más profundo, incluyendo la necesidad de valorar y motiva conforme a la prueba practicada, que deberá ir mucho más allá de la apreciación de si hay o no “fundamentos razonables” para mantener la acusación.

2) Infracción del derecho al debido proceso: inexistencia de igualdad de armas.

El derecho al debido proceso, que encarna las garantías procesales de un proceso justo y equitativo, exige que cada parte procesal disponga de idénticas posibilidades de defender su posición procesal, sus pretensiones, de modo que ninguna de ellas – ya sea acusación o defensa – presente una posición de ventaja o desventaja frente al adversario procesal, en lo que se denomina como principio de “igualdad de armas” y que se encuentra en el núcleo de las garantías procesales de la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸.

conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. En el mismo sentido Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004.

234 Cfr. Caso Herrera Ulloa, supra nota 4, párr. 147; Caso Maritza Urrutia, supra nota 4, párr. 118; y Caso Myrna Mack Chang. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 202.

¹⁸ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, p. 177. En general, en la jurisprudencia de la CEDH: Sentencias de 27 de junio de 1968 (Caso

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que debe reconocer “*al principio de igualdad de armas entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal*”¹⁹, además ha añadido que el principio de justicia y las protecciones procesales – en clara referencia al debido proceso deben estar destinadas a proteger el ejercicio de un derecho, lo que “*incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación*”²⁰ o que, en materia penal, implica que “*un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*”²¹

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también entiende que

Neumeister c. Austria), de 21 de junio de 2007 (Caso Milatová y otros c. Republica Checa); de 10 de octubre de 2007 (caso Corcuff c. Francia) o de 11 de diciembre de 2008 (caso Mirilashvili vs. Rusia).

¹⁹ Comisión IDH, *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párr.185 y Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 119.

²⁰ Comisión IDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, párr. 399.

²¹ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 117; Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 121; Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 143.

el *principio de igualdad de armas* es parte de la garantía del debido proceso y ha subrayado que requiere un balance justo entre las partes, aun cuando una de las mismas sea el propio Estado. En concreto se ha mantenido que “*todo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial frente a su oponente*”²².

Dicho acervo internacional ha sido recogido para el ámbito interno por el artículo 13 CPP al prever que “*Los jueces y magistrados velarán por la efectiva igualdad de los intervinientes en el proceso*”.

Este reconocimiento generalizado del derecho tiene una implicación directa en la tramitación del proceso, dado que todas las partes han de disponer de las mismas oportunidades y cargas de alegación, prueba e impugnación²³. En el supuesto analizado, se produce una desigualdad y discriminación de las partes acusadoras – incluyendo la acusación privada – cuando al defensor se le otorga un trámite extraordinario de prueba, no previsto en la norma procesal. Adicionalmente, este trámite se utiliza una vez

²² Cfr. Caso *Kaufman v. Bélgica*, Sentencia TEDH de 9 de diciembre de 1986, cdo. 145 (1972); Caso *Foucher v. Francia*, Sentencia TEDH de 18 de marzo de 1998, cdo. 34; caso *Bönisch*, sentencia TEDH de 6 de mayo de 1985, cdo. 32; Caso *Ruiz Mateos v. España*, Sentencia TEDH de 23 de junio de 1993, cdos. 15, 61, 63 y 65. Caso *Öçalan v. Turkey*, Sentencia TEDH de 12 de marzo de 2003, cdo. 140.

²³ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de España n° 66/1989 de 17 de abril haciendo precisamente una aplicación del principio de igualdad de armas a la *fase intermedia* del proceso penal. También en SSTC 27/1985, de 26 de febrero, 109/1985, de 8 de octubre y 155/1988, de 22 de julio.

precluida la intervención de la parte contraria – que ya ha formulado la acusación –, todo ello sin producirse información previa alguna de que las facultades de las partes en el acto se iban a modificar respecto de lo previsto en la norma procesal.

Debido a la decisión adoptada en el curso de la “audiencia preliminar”, la parte acusadora ni va a poder proponer la práctica de la prueba²⁴, ni va a poder formular alegaciones – a no ser de que se habilite o reabra la fase alegatoria, en un nuevo trámite que tampoco está previsto en la norma procesal. Además de esta razón genérica, cada una de las pruebas propuestas y admitidas (dos dictámenes periciales) presenta una motivación específica: (i) en el caso de la pericia que ya constaba aportada a las actuaciones, se está tratando de un modo privilegiado una de las diligencias que se han realizado durante la “etapa preparatoria”, dando la oportunidad a la parte de practicar la parte relativa a la ratificación del informe²⁵, mientras que el resto de dictámenes periciales no van a ser objeto de la misma práctica; (ii) en el caso de la pericia aportada el mismo día de la “audiencia preliminar”, se establece un cauce extraordinario de introducción de informes en el proceso, no ya sólo porque no esté previsto en la Ley procesal, sino que porque se ha optado por un cauce sorpresivo²⁶, evitando

²⁴ Cfr. Caso Bönish c. Autriche, Sentencia TEDH de 6 de mayo de 1985, en el que precisamente se trata un asunto de desequilibrio en la proposición y desarrollo de la práctica de la prueba, con unas posibilidades limitadas en aquél caso a la defensa (párr. 92).

²⁵ El artículo 245 CPP establece que, excepcionalmente, los peritos podrán ser requeridos para aclarar o completar el informe emitido, pero durante la “etapa preparatoria”.

²⁶ Este término lo utiliza el Tribunal Supremo de España refiriéndose a las acusaciones, para definir una alegación o pretensión que se introduce sin conocimiento previo de la

que las partes acusadoras tuvieran conocimiento de su aportación hasta el momento en el que el *defensor* ha tomado la palabra en la “audiencia”. En este caso, estamos ante un claro fraude procesal, que es imputable no sólo a la parte acusada, sino también al órgano jurisdiccional que omite dicha aportación – cuando dado lo extraordinario de la situación, debería haber dado traslado previo, incluso oralmente, a la partes acusadoras –.

3) Infracción del principio de contradicción.

Si bien es una prolongación del principio de igualdad de armas, la garantía de contradicción presenta unos caracteres específicos dentro del derecho al debido proceso y el derecho de defensa que son complementarios²⁷ con lo apuntado en el apartado anterior, en tanto que trata de garantizar la posibilidad de que se produzca una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes con la finalidad de que puedan defender sus derechos de intereses.

Lo hacemos reseñable tomando en consideración que el distinto nivel de oportunidades y discriminación de las partes acusadoras durante la “audiencia preliminar”, tiene como consecuencia la inexistencia de contradicción en la misma, con la consiguiente indefensión que se genera a las partes acusadoras y, en particular, a la acusación privada en cuanto la misma es titular directo de derechos afectados por los hechos que son objeto del proceso.

parte a la que afecta, de modo que se limiten las posibilidades de defensa del propio derecho o interés legítimo.

²⁷ Caso Barberà, Messeguè y Jabardo c. España, Sentencia TEDH 6 de diciembre de 1988, se señala que el principio de igualdad de armas y la exigencia de contradictorio no se juxtaponen sino que se compenetran entre sí.

En este punto, podría argumentarse que la Juez, una vez admitida la práctica de la prueba, ha suspendido el acto procesal a los efectos de que las partes puedan preparar la práctica de la prueba con tiempo suficiente. En este sentido no está claro cuál ha sido el motivo de suspensión de la “audiencia”, si bien parece vinculado más al planteamiento de la posible nulidad que a una pretendida finalidad garantista para quien debe enfrentarse a la ratificación futura del informe pericial. Pero lo que está claro es que la suspensión no permite garantizar la contradicción en la práctica de una prueba de dictamen pericial y, en particular, en la ratificación del mismo.

Las características del dictamen pericial exigen, para una adecuada contradicción, que las partes tengan la posibilidad de presentar pruebas de la misma naturaleza, a través de las cuales pueda garantizarse contraprueba del mismo carácter – cuya encarnación más evidente sería la posibilidad de someter a careos a los peritos –. Cuestión distinta, lógicamente, es que las partes lo presenten o no, pero lo que debe garantizarse en términos del proceso debido es la posibilidad de hacerlo. En el caso analizado, no existe la posibilidad de contradecir el dictamen – con la práctica de la ratificación de los dictámenes que, en su caso, conste en la causa – por lo que la vulneración del principio es evidente: las partes acusadoras deberán contradecir el dictamen con las preguntas formuladas al perito que lo realizó, lo que evidencia una notoria desigualdad entre las partes y la correspondiente ausencia de contradicción.

4) Infracción del Estatuto de la Víctima.

Corolario de las anteriores infracciones es la producción de una desatención manifiesta de los

derechos de la víctima²⁸ en el ámbito del proceso penal, que tienden a garantizar una participación plena en el mismo en defensa de sus derechos.

La Corte IDH en una línea doctrinal muy consolidada ha señalado que *“del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación*²⁹.

Además, los artículos 16 y 17 CPP establece las garantías procesales de la víctima en el ámbito interno cumpliendo así con la previsión de la Corte IDH:

*“Asimismo, el Tribunal ha establecido que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos*³⁰.

²⁸ Desde 1991 el Reglamento de la Corte IDH recoge en su artículo 2°.33 la definición de “víctima”.

²⁹ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 227, y Caso Hermanas Serrano Cruz, Sentencia Corte IDH de 1 de marzo de 2005, párr. 63.

³⁰ Cfr. Caso García Prieto y Otro vs. El Salvador, Sentencia

Las infracciones cometidas sobre la interdicción de la arbitrariedad judicial y los principios de igualdad y contradicción, no dejan de constituir un atentado directo contra los derechos de la víctima en la defensa de sus intereses. Se trata de una limitación importante del ámbito de actuación procesal que se configura por la norma procesal, que no puede ser tolerada en términos de justicia reparadora y reconocimiento de los derechos de las víctimas.

VI. CONCLUSIÓN: NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE ADMITE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN LA “AUDIENCIA PRELIMINAR”.

Tras el análisis realizado y las infracciones identificadas, que afectan a garantías procesales básicas y de los criterios básicos de actuación por parte de los órganos jurisdiccionales, la nulidad de lo actuado es clara como único efecto posible de las infracciones cometidas.

En términos del propio CPP, que regula la nulidad los actos procesales en su artículo 167, pueden identificarse hasta tres causas de nulidad de la resolución dictada en el seno de la audiencia preliminar:

- Por infracción de las normas esenciales de procedimiento que impida que el acto logre la finalidad que persigue la norma correspondiente (artículo 167.5 CPP). En efecto, tal como hemos apreciado, la resolución de la Juez en la

Corte IDH de 20 de noviembre de 2007, parr. 102; *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*, Sentencia Corte IDH de 5 de julio de 2004, párr. 186; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia Corte IDH de 8 de julio de 2004, párr. 58; *Caso; Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia Corte IDH de 26 de noviembre de 2003, párr. 42.

“audiencia preliminar” admitiendo la práctica de la prueba resulta arbitraria, al no estar contemplada en la norma procesal e infringir el principio de legalidad procesal. Así, desnaturaliza la “audiencia preliminar”, atribuyéndose facultades de cognición más amplias de las que la Ley prevé, anticipa una suerte de Juicio oral a esta fase y genera indefensión a las partes acusadoras.

- Por infracción de los principios de audiencia, contradicción y defensa, con manifiesta indefensión de las partes acusadoras (artículo 167.6 CPP). La proposición de prueba en la “audiencia preliminar” no está prevista en la norma procesal, uno de los dictámenes fue planteada de forma sorpresiva – con manifiesto fraude procesal –, las partes acusadoras no fueron informadas de la aportación del dictamen pericial – ni siquiera al inicio de la sesión de “audiencia” –, ni de la posibilidad extraordinaria de proponer prueba, lo que conduce a entender vulnerados los principios de igualdad, contradicción e interdicción de la indefensión.

- Por violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona (artículo 167.7 CPP). Las infracciones denunciadas atentan contra las garantías procesales básicas expuestas en el propio CPP y recogidas en los textos internacionales de derechos humanos, en particular, en el artículo 8 CADH y en las resoluciones de la Comisión IDH y la Corte IDH, presentan pues categoría de violación de los derechos humanos de carácter procesal, en concreto el derecho a tener un juicio “justo y equitativo”.

En Madrid a 22 de julio, 2019.