

La diligencia de careo en el proceso penal español. Un apunte histórico*

David Peláez Portales

DOCTOR EN DERECHO

Resumen: En el presente artículo se analiza la evolución legislativa y doctrinal de la diligencia de careo en el proceso penal español. El estudio parte de su más lejano antecedente normativo –las Ordenanzas de Madrid de 1502– y de las escuetas referencias de los autores prácticos anteriores al siglo XIX. El Decreto de Cortes de 11 de septiembre de 1820 y la doctrina de los autores decimonónicos constituye el objeto de la segunda parte del artículo. Esta última constituye una clara evolución en el tratamiento de la institución respecto de la doctrina antigua y –en sus últimas expresiones– constituye prácticamente el sustrato de la redacción de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, antecedente inmediato de la vigente. Con el paréntesis de la efímera Compilación general de 1879, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se limitó a reproducir el contenido de su predecesora, introduciendo pequeñas modificaciones. Finalmente se aborda el estudio del denominado “cario” de la jurisdicción militar en las Ordenanzas de 1768, que no puede considerarse –pese a que así lo estimaran diversos tratadistas del siglo XIX– un precedente de la diligencia.

Palabras clave:

España, derecho procesal, derecho penal, historia del derecho, careo.

Confrontation diligence in Spanish criminal procedure. An historical view

Abstract:

This article states about legal and historical evolution of confrontation diligence in the Spanish criminal procedure. First, it studies its remote antecedent, the “Ordenanzas de Madrid de 1502” and the literature of practical writers before the XIXth century. Then, as a second part, the article states the “Decreto de Cortes de 20 septiembre 1820” and the doctrine of the XIXth century. With regard to the former doctrine, this one is a clear evolution and, in fact, the basis of the “Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872”, immediate antecedent of the present regulation. Finally, it analyzes the confrontation in the historical military jurisdiction (“Ordenanzas militares de 1768”), but it is admitted –opposite to writers of the XIXth century– that the military confrontation is not a precedent of the diligence.

Key words:

Spain, criminal law, procedure act, historical law, confrontation.

No teniendo noticia de ninguna otra contribución al esclarecimiento de los orígenes históricos de esta figura, se pretende con las siguientes páginas ofrecer algunas ideas que permitan conocer mejor sus precedentes legislativos y tratamiento doctrinal anterior a la regulación vigente¹.

1. EL PRIMER PRECEDENTE LEGISLATIVO: LAS ORDENANZAS DE MADRID DE 1502

La primera regulación del careo en nuestro derecho histórico anterior a la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal de 1872 se limita a lo dispuesto en el capítulo 39 de las

* Este trabajo fue realizado en el curso de una estancia en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, durante los meses de octubre de 2001 a junio de 2002. Expreso mi agradecimiento al profesor Peláez del Rosal, inspirador de este proyecto, y a todos los integrantes de aquél. Mi reconocimiento igualmente para los profesores Sánchez-Arcilla Bernal y Porras Arboledas, del Departamento de Historia del Derecho, por las aclaraciones, y a D.ª Isabel de Grande Pascual, por su paciencia.

¹ Sobre la regulación actual de la diligencia de careo, cfr., del mismo autor, *La diligencia de careo en el proceso penal español*, Córdoba, 2003.

Ordenanzas de Madrid, de 4 de diciembre de 1502², para la modalidad de confrontación entre testigos³.

En la escueta norma -que probablemente sancionaba una práctica preexistente⁴- quedaron perfilados con claridad algunos de los presupuestos y notas que caracterizarán posteriormente el régimen de esta diligencia: *Porque de no se auer castigado, y punido los testigos que han depuesto falsedad, se ha dado ocasion, que otros hombres de mala conciencia se atreuan à deponer falsedad, donde son presentados por testigos: mandamos, que donde los del nuestro Consejo, Presidentes, y Oidores de las Audiencias, y otros qualesquier juezes vieren, ò presumieren que algunos testigos deponen falsamente en algun pleyto, ò ay gran diuersidad en las deposiciones dellos, que trabajen para aueriguar la verdad, y falsedad; y si vieren que cumple, los careen unos con otros por manera, que la falsedad aueriguada, assi en las causas civiles, como en las criminales, los testigos falsos sean bien punidos, y castigados*⁵.

Así pues, el careo aparece desde el primer momento como un instrumento de contraste de varias declaraciones

de contenido contradictorio, cuya práctica podía acordar el juez para la mejor averiguación de la verdad o la puesta en evidencia de falsedades testimoniales en pleitos civiles o criminales.

Esta regulación pasó sin variaciones a la Nueva Recopilación de 1567 (Ley 57, tit. V, lib. 2)⁶ y, finalmente, a la Novísima Recopilación de 1804 (Ley 3, tit. VI, lib. 12)⁷.

Las modalidades de careo entre reo y testigo y entre reos -tradicionalmente desaconsejadas por la doctrina- no fueron recogidas expresamente hasta la Ley de 1872.

2. DOCTRINA ANTERIOR AL SIGLO XIX

El laconismo del tratamiento legal de la figura obliga a acudir a las obras de autores prácticos de este período para obtener una idea más precisa del juego del careo en las causas criminales⁸.

El careo es concebido en ellas como una diligencia característica de la fase sumaria, dirigida a deshacer la discrepancia que se ponía de manifiesto cuando, tras la eva-

² El origen legal de la diligencia es, pues, relativamente reciente, aun cuando se anticipa con creces al precedente de otros ordenamientos. A este respecto, es significativo cómo de los dos párrafos que el Código de Derecho Canónico de 1917 dedicó a la regulación del careo (*cofatio, confrontatio*) (canon 1773.2.º y 3.º), tan sólo uno (el 2.º) encuentra un antecedente, que se remonta a una instrucción dictada por el Tribunal de la Sagrada Rota Romana apenas siete años antes (el n. 9 §114 *Regulae servandae in iudiciis apud S. R. Rotae Tribunal*, de 4 de agosto de 1910), cfr. SERÉDI, I., *Codicis Iuris Canonici fontes*, vol. VIII, Roma, 1938, p. 568; WERNZ, F.X., *Ius Canonium*, tomo VI, Roma, 1927, pp. 413-414. En el derecho italiano, la figura no fue regulada en el Código del Reino napoleónico de Italia (también conocido como Código Romagnosi). Tampoco por el Código de las Dos Sicilias, que se limitó a dedicar un precepto al reconocimiento personal (*affronto*) en sede de declaración de testigos (art. 94). Hay que esperar, por tanto, al Código de Procedimiento Penal del Reino de Italia (1865) para encontrar la primera regulación del instituto (*confronto*), cfr. CORDERO, F., *Procedura penale*, 5.ª ed., Milán, 2000, pp. 713, 715.

³ Recogido posteriormente con algunas variaciones en las Ordenanzas de Alcalá de 1503.

⁴ Sin necesidad de una regulación expresa la diligencia existió en la práctica forense muy ligada a la de reconocimiento de personas, cfr. ZUFFUS, *De criminalis processus legitimatione*, q. CXLI, n. 1, Roma, 1665 (cit. BELLAVISTA, G., "Confronto", *Enciclopedia del Diritto*, tomo VIII, Varese, 1961, p. 1044, n. 2); CORDERO, F., *Procedura penale*, 5.ª ed., Milán, 2000, pp. 713-715. A. Planas Rosselló aduce ejemplo mallorquín y catalán de mediados del siglo XIV para ilustrar la idea de que en las informaciones sumarias que se practicaban en estos reinos "probablemente se llevaban a cabo careos, aunque no debieron ser frecuentes" (*El proceso penal en el Reino de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1998, p. 60, n. 220). Algunos de los autores prácticos del XIX reconocen la vigencia extralegal del careo en nuestro derecho histórico. Así, Seijas: *Si los Tribunales ordinarios la han adoptado ha sido convencidos de sus buenos efectos y por una práctica contra la intencion de la ley...* En todos los países en que la legislación no ha dispuesto nada en la materia ello no ha impedido que se introdujese fraudulentamente y hasta á que se abusase [Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España), tomo II, Madrid, 1842, pp. 201, 206]. O Gómez de la Serna, para quien las ordenanzas del ejército dieron por primera vez el carácter de derecho escrito á lo que venía observándose como costumbre (*Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 93). También Florian, lúcidamente, realiza una observación que puede aplicarse a este propósito: "Dentro del régimen de la libertad de medios de prueba, el careo sería procesalmente posible aun cuando la ley no hablara de él, y antes bien en este caso podría efectuarse con mayor libertad. La intervención de la ley constituye aquí una restricción dirigida a excluirlo, a limitarlo o a regularlo" (*De las pruebas penales* trad. J. Guerrero, tomo II, 3.ª ed., Bogotá, 1922, p. 521).

⁵ *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, [ed. Instituto de España, Madrid, 1973], tomo I, n. 244, fol. 74v. El referido capítulo sólo innovaba en lo relativo a la posibilidad de carear a los testigos, ya que la primera parte (deber de los jueces de castigar a los testigos mendaces) fue tomada literalmente de las Ordenanzas y capítulos de los corregidores, jueces de residencia y gobernadores del reino, dadas por los Reyes Católicos en Sevilla el 9 de junio de 1500 (cap. 48), cfr. *ibid.*, I, n. 176, fol. 109r. Algunas modificaciones se advierten en el capítulo correspondiente de las Ordenanzas de Alcalá de 1503 (aun cuando el espíritu es el mismo): *Porque la experiencia muestra que por no se auer castigado y punido los testigos que han depuesto falsedad se ha dado ocasion a que muchas personas de mala conciencia se atreuan a deponer falsedad en las causas en que son presentados por testigos: mandamos a los dichos jueces y a ante cualquier dellos ante quien se ouieren de usar sus dichos y pareciere la dicha falsedad que prouean como ningun testigo falso en causa civil ni criminal quede sin que grauemente sea punido y castigado, y que en esto pongan y tengan mucha diligencia y que cuando fallaren en alguna contrariedad de testigos en los procesos, los buelvan a examinar y careen si fuere menester los vnos con los otros, y hagan todas las otras diligencias que vieren que son necesarias para saber la verdad, de manera que se auerique y sepa y que los falsos y culpados sean grauemente punidos y castigados, porque a ellos sea castigo y a otros exemplo, y aya temor y se escusen de cometer lo mismo* (*ibid.*, II, fol. 354r-355v). Con todo, consta que -al menos- en la Chancillería de Granada era práctica habitual no detenerse a averiguar la falsedad de los dichos ni castigar a los testigos que se presumían falsos, con el fin de evitar demoras en la tramitación de la causa principal. Para acabar con esta situación Carlos V dispuso mediante Cédula de 26 de octubre de 1526 que los testigos falsos fuesen castigados sin esperar a la terminación de los pleitos, cfr. *Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Granada*, Granada, 1601 [facsimilar de la 2.ª impresión, Granada, 1997], fol. 157r. Paz Alonso ha destacado en este sentido que, a pesar de la insistencia legal y la gravedad de las penas aparejadas al delito de falso testimonio, los jueces fueron bastante negligentes a la hora de perseguir a los testigos mendaces, cfr. *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca, 1982, p. 233.

⁶ Bajo el título *Que Presidente, y Oidores, y otros juezes tengan cuydado de aueriguar la falsedad de los testigos, y castigarlos*.

⁷ Título y libro rubricados respectivamente *De los perjuros y De los delitos, y sus penas; y de los juicios criminales*.

⁸ Conviene advertir que no hemos encontrado ningún capítulo o sección relativa a la diligencia de careo en algunos importantes tratados de práctica criminal (Suárez de Paz y Hevia Bolaños), ni tampoco en otros autores posteriores. Este dato podría ser utilizado como contrapeso de las apreciaciones que de su uso o importancia puedan extraerse de otras obras.

cuación de una cita, el testigo citado no contestaba con el citante (bien por no corroborar, bien por contradecir la declaración de este último)⁹.

Los autores encontrarán en este instituto un instrumento útil a los solos fines de la consecución de testimonios contestes¹⁰. No parece importar tanto -cualquiera que sea el resultado al que se llegue- la determinación de la mayor o menor credibilidad de las declaraciones¹¹.

Sin embargo, la diligencia siempre fue recibida con desconfianza por la doctrina. En las obras de esta época no escasean las recomendaciones dirigidas a que se extremen las cautelas antes de practicar un careo¹², en vista de su dudosa utilidad para resolver las discrepancias existentes, y del consiguiente riesgo de dar lugar con su celebración a un

nuevo perjurio¹³.

Eran particularmente desaconsejables -por la escasa eficacia y fiabilidad de sus resultados- los careos entre reos (fuente de acusaciones mutuas o de retractaciones¹⁴) o entre testigos y reos (donde la presencia intimidatoria del delincente podía atenzar al testigo hasta el punto de hacer mudar su antigua firmeza, y echar a perder el valor de su primera declaración¹⁵).

Pese a todo, una y otra modalidad de careos (omitidas -posiblemente no de modo casual- en las Ordenanzas de Madrid) también se admitían en la práctica¹⁶.

La diligencia era acordada normalmente de oficio¹⁷, por el juez o el escribano¹⁸, una vez verificada la contradicción entre dos declaraciones¹⁹, y sin mayores exigencias en

⁹ No contestando el citado con la cita, y diciendo: *Que aunque se halló en el parage, no pasó el hecho, que dice el que le cita sucedió en él, ó que no reparó en ello, ó que el que le cita, ni el citado no se hallaron allí, ó afectando falta de memoria sobre las palabras que se dixeran dudosas, ordinariamente, en virtud de la Ley 57, tit. 5 lib. 2 de la Recopil. se manda por el Juez, carear al citante, y citado... para que el que cita recuerde al citado algunas circunstancias de las que passaron, por las quales venga en conocimiento de lo olvidado* (JUAN Y COLOM, J., *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial*, facsímil de la 6.ª impresión, Madrid, 1769, lib. 3.º, p. 200).

¹⁰ Según Álvarez Posadilla no era abuso infrecuente entre los jueces y escribanos de su tiempo decretar la prisión de los testigos citados negativos para doblegar su resistencia y conseguir la retractación en el acto del careo, cfr. *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Valladolid, 1794, pp. 115-117, 120-121.

¹¹ Algunos autores destacan la importancia de la actitud del testigo en la declaración individual: *Judex enim considerare debet, an testes ad interrogata respondeant, vel ex tempore, vel praemediatio sermone, vel qui verisimiliora deponunt, vel qua fronte, quo vultu, quo rubore, vel qua trepidatione: cautus Judex omnia rimari, & inspicere debet, & alia signa vultus testium, an sint tristes, ridentes, lachrymanes, aut pallentes: quia difficile est crimen non prodero vultu* (SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et saecularis*, Madrid, 1760, p. 190). Sin embargo, en ninguna de las obras consultadas se recomienda una tal diligencia a la hora de verificar el comportamiento de los careados durante la celebración del acto.

¹² Elizondo (que ejerció de fiscal en la Sala del Crimen de la Chancillería de Granada) aconseja hacer de ella un uso muy limitado: *Por lo que nos ha enseñado la experiencia, quando servimos la Fiscalía del Crimen, es muy raro el careo, en que se logre descubrir la verdad, porque se anhela: de modo, que esta misma dificultad, y la facilidad de infinitos perjuros, y daños, sirven de estímulo á la Sala para decretar aquellos con el mayor pulso, y la mas delicada circunspeccion* (*Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, tomo IV, Madrid, 1784, pp. 359-360). Según su experiencia personal, Fernández de Herrera Villarroel consideraba que los careos podían ser provechosos cuando -celebrándose entre testigos- no existía una absoluta contraposición de posturas entre citante y citado, o la discordia traía causa de una falta de memoria sobre lo ocurrido. Más limitadamente, la utilidad de los careos entre testigo y reo se contraía al reconocimiento de la persona de este último (v.gr. cuando en su deposición el testigo designaba al reo con un nombre distinto del que obraba en autos, pero dando señas de su identidad, y afirmando ser bien conocido por él). Este autor no tiene inconveniente en admitir que, *una vez conseguido el fin bueno de ellos, es muy provechosa diligencia* (*Práctica criminal*, Madrid, 1672, p. 129).

¹³ [El que] *debaixo de juramento fallò a la relexion del, no diciendo verdad, no es de creer se corrija a la reconvençion de un hombre... (y) lo que ordinariamente suele resultar es el quedar firme cada uno en lo que dixo, y lo cierto el duplicarse un pecado mas en cada juramento, sin que rara vez resulte el adelantarse la comprobacion de la causa* (*ibid.*, p. 127).

¹⁴ Desde el momento en que sus expectativas dependían recíprocamente del tenor de la declaración del contrario: *Pues viendo al socio negativo, y firme el que se considera con igual riesgo, con facilidad enmienda lo que dixo, y toma animo para negar lo que antes afirmó* (*ibid.*, p. 128).

¹⁵ Fernández de Herrera Villarroel señala en este sentido que *de testigo a reo, ordinariamente a vista del que ofende, ò por vergüenza natural, ò por miedo cuya passion no es facil que se la pueda quitar el juez, suele mudar el testigo de parecer, y quedar dudoso, hallando diversa inteligencia que dar a lo que depuso, y tal, que suele desvanecer su dicho variando en él...* [de modo que] *suele echarse a perder, y juntamente la causa, lo qual y lo que se sigue, todo es discurrir en el tiempo de antes que se haga* (*Práctica criminal*, Madrid, 1672, p. 128). Más ampliamente, Elizondo advierte de este riesgo cuando en los careados se verifique una relación de subordinación o dependencia: *En algunos casos no procede por lo regular el careo, y son: siendo de padre, é hijo reos: vasallo, y patrono, esclavo, y señor: marido, y muger: tutor, y pupilo; porque estos con dificultad se atreven á confirmar su dicho por la reverencia respectiva; en inteligencia de que procediendo, ha de hacerse de uno, y no de muchos á un mismo tiempo* (*Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, tomo I, 4.ª impresión, Madrid, 1779, p. 272).

¹⁶ Elizondo afirmaba a este respecto que *como en las causas criminales suele ocurrir con frecuencia el careo de reo á reo, testigo á testigo, ó de este con aquel, juzgo oportuno sentar el modo de proceder en él, exponiendo, que el del testigo con el reo procede quando este absolutamente niega lo que depona aquel* (*Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, tomo I, 4.ª impresión, Madrid, 1779, p. 272). Posiblemente fueron más frecuentes los careos entre reos que entre testigo y reo. Colón de Lariátegui corrobora en este sentido que en los tribunales castellanos sólo se careaban testigos con reos en casos particulares; por el contrario, en Cataluña *no los hay nunca por mas que resulten contradicciones en asertos positivos, por graduarlos no solo inútiles, sino perjudiciales* (*Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo III, 6.ª ed., Madrid, 1817, n. 80, p. 59). Tapia señalará posteriormente que *también está en uso el careo entre los reos cuando son muchos y se contradicen, mas no entre el reo y los testigos, excepto en los tribunales militares* (*Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, tomo VII, Valencia, 1829, p. 308).

¹⁷ También podía practicarse a instancias del promotor fiscal: *Quando se pidan por el Promotor, remitas los Autos al Asesor para que vea si conviene segun las circunstancias* (ÁLVAREZ Y POSADILLA, J., *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Valladolid, 1794, p. 319).

¹⁸ Fernández de Herrera Villarroel, escribano de cámara en la Sala de Alcaldes de la Casa y Corte, afirmaba que cuando examinaba a un testigo citado y éste aparecía dudoso o negativo, antes de carearlo con el citante solía llevar a aquél ante el juez, *en cuyo tiempo con su vista, y auer teniendole de mas madura deliberacion, dicen las mas vezes lo que suelen recatar al Ministro inferior* (*Práctica criminal*, Madrid, 1672, p. 129). También se infiere de la recomendación de Álvarez y Posadilla, dirigida a un escribano novel: *Nunca decretes por tí careo entre reo, y testigo, por lo inútil que es, y que solo sirve de aumentar perjuros, como tengo dicho; ni tampoco entre Reo y Reo* (*Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Valladolid, 1794, p. 319).

¹⁹ Juan y Colom consigna en este sentido la siguiente fórmula de auto para careo: *En tal Ciudad, ó Villa, tal día, mes, y año, el señor f. Corregidor,*

cuanto a su utilidad real para los fines de la investigación (lo que pudo contribuir a su proliferación en la práctica)²⁰.

El modo de practicar el careo aparece ya nítidamente perfilado en sus rasgos esenciales desde fechas tempranas, sin grandes diferencias entre unos autores y otros.

La diligencia se celebraba ante el juez, asistido de escribano. El acto comenzaba con la toma de juramento a los careados²¹. Tras la lectura de las declaraciones discordes²² los careados trataban -sin mediación del juez- de convenirse mutuamente mediante explicaciones, preguntas y reconveniones, que se documentaban en acta²³.

El enlace de la práctica con el sentido literal de las leyes recopiladas aparece más claramente en el tratamiento del perjurio. Cuando el citado contestaba con el contrario en el careo, el juez debía preguntarle la razón por la que no hizo en su primera declaración, si había sido objeto de amenazas o promesas y por quién. De nombrarse a alguna tercera persona el juez podía encarcelarla -al igual que al testigo- por su posible implicación en los hechos perseguidos (a este último, en cualquier caso, como presunto reo de perjurio)²⁴.

No hemos hallado apenas referencias a la celebración de careos en el plenario²⁵. Villadiego (1766) alude a un supuesto de careo entre reos *in limine sententiae*. Cuando pasado el período probatorio el delito no estuviera bien probado, constanding estar cometido, el juez podía poner al reo

indiciado a cuestión de tormento. Si confesando éste *hay otros compañeros con él, los ha de carear el Juez con el atormentado, si havia negado, y el Escribano lo assiente en el Processo, y les lee la confession del atormentado, diciendo, que digan la verdad; y si dixeren, que no es verdad lo que aquel dixo, les va dando tormento en la forma que al primero, y lo que passare, se assiente en el Processo, y el Escribano dà fé de todo ello, y el Juez lo firma*²⁶. Por lo demás, solamente Elizondo (1784) dedica algunas consideraciones a la diligencia en sede de prueba, pero sin hacer afirmaciones explícitas acerca de la posibilidad de su utilización en el juicio.

Paz Alonso lo admite sin mayores dificultades. Recibido el pleito a prueba, y señalado en el auto que se dictaba a tal efecto el plazo para practicarla, las partes presentaban por escrito "las listas de testigos de los que querían valerse, así como el interrogatorio de preguntas a cuyo tenor se solicitaba que fueran examinados. Otras veces se prescindía de este interrogatorio y se dejaba libertad al juez para que los examinase según las circunstancias reveladas en la acusación. *En todo caso, el juez no estaba nunca vinculado por el interrogatorio de preguntas presentado por las partes, sino que podía formular a los testigos todas las que creyese convenientes para un mejor esclarecimiento de los hechos, así como ordenar careos, etc.*, puesto que, recordémoslo, su oficio se extendía hasta la sentencia"²⁷.

&c. *haviendo visto estos autos, dixo: Que respecto de haverse examinado en ellos por testigo citado por F. à N. y no contestar este con la cita de aquel, mandó, que para la mayor comprobacion de esta causa, se careen los susodichos en la forma ordinaria (Instruccion de escribanos, en orden a lo judicial, facsímil de la 6.ª impresión, Madrid, 1769, lib. 3.º, p. 200).* Como se ha indicado, en la jurisdicción ordinaria -a diferencia de la militar- los jueces no estaban obligados a practicar careos.

²⁰ *No contestando el citado con la cita... ordinariamente, en virtud de la Ley 57, tit. 5 lib. 2 de la Recopil. se manda por el Juez carear al citante, y citado (JUAN Y COLOM, J., Instruccion de escribanos, en orden a lo judicial, facsímil de la 6.ª impresión, Madrid, 1769, lib. 3.º, p. 200).*

²¹ Tratándose de reos menores de edad, este juramento no se podía recibir sin la asistencia de curador.

²² Álvarez Posadilla precisa que, antes de reconvenirse, los careados debían señalar si la declaración que se les leía al inicio del acto era la misma que habían efectuado, y si se ratificaban en ella, cfr. *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Valladolid, 1794, p. 118.

²³ *La práctica para apurar la verdad en los testigos varios sobre hechos, ó circunstancias substanciales se reduce à leerles a presencia judicial sus declaraciones, en virtud de las cuales se reconviene mutuamente, y extiende la diligencia con toda prolixidad (ELIZONDO, F.A. de, Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias, tomo IV, Madrid, 1784, p. 361).* Fernández de Herrera Villarroel incluye un modelo de acta al respecto: *En, &c. el Señor N. por ante mi el Escriuano hizo parecer ante si à N. y N. de los quales recibí juramento, &c. (siendo el reo menor, ha de ser con asistencia del curador este juramento, como en los demas actos de reos menores noto) y auendiéndole hecho, mandó se lea la cita, y lo que dize el citado (y en otros casos lo que dize el testigo, y reo, ó testigo, à reo y reo) y auendiéndole hecho a la letra, de que doy fee, uno y otro estuieren firmes en su deposicion, ò dize el que se conuence, que es verdad lo que dize el otro, ò en todo, ò parte, expresando las circunstancias en que quedan firmes, si ay esta nouedad, y de testigo a testigo el que cita, ò el citado dize, que es verdad lo que dize el que cita, ò a quien citó, que es, &c. de que se acuerda por tal circunstancia, que le ha traído a la memoria, y que es la verdad para el juramento, &c. y son de tal edad, &c. y los parentesis distinguen los casos varios que para esta diligencia acontecen (Práctica criminal, Madrid, 1672, pp. 127-128).*

²⁴ *Antes de cerrar esta diligencia, si el citado contestare la cita, se le hará pregunta, para que declare el motivo que tuvo para haver negado la verdad en su primera deposicion; y si fue persuadido à ello por alguno, con amenazas, ó promesas; y resultando culpado en esto qualquiera, se prenderá, por lo que pueda resultar de Reo, ò cómplice en el delito principal, ò en el de la persuasion, averiguandolo todo: y tambien se asegurará el dicho testigo para el mismo efecto, y para proceder contra él como à perjurio, en caso de resultar culpado en ello, ò en otra cosa (JUAN Y COLOM, J., Instruccion de escribanos, en orden a lo judicial, ed. facsímil de la 6.ª impresión Madrid, 1769, lib. 3.º, p. 201).* Otros autores aconsejaban que se procediera por delito de perjurio contra el testigo siempre que de los autos resultase que había depuesto o negado falsamente, cfr. ÁLVAREZ Y POSADILLA, J., *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Valladolid, 1794, p. 317.

²⁵ Supuesto distinto a la ratificación de testigos careados. Fernández de Herrera Villarroel señala que en los careos con reos no era necesario que los testigos se ratificasen. En su opinión, si la razón de ser de tal práctica se hallaba en que el examen del testigo de sumaria se efectuaba sin citación del reo, en este no se necesitaba, cuando en el acto del careo va enruada la citacion, y no comun, sino personalissima, y faz à faz (Práctica criminal, Madrid, 1672, p. 129). Cfr., en el mismo sentido, ELIZONDO, F.A. de, *Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, tomo 1, 4.ª impresión, Madrid, 1779, p. 271.

²⁶ VILLADIEGO VASCUNANA, A. de, *Instruccion política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1766, p. 93, n. 328.

²⁷ *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca, 1982, pp. 239-240. La cursiva es añadida.

3. LA DILIGENCIA DE CAREO EN EL SIGLO XIX

3.1. Legislación

Después de la Novísima Recopilación (que, como se indicó, habíase limitado a incorporar de la Nueva la ley de 1502) hay que esperar a la segunda década del siglo XIX para encontrar una nueva referencia legal a este instituto. Se trata del Decreto de Cortes de 11 de septiembre de 1820, sobre diferentes reglas para la sustanciación de los juicios criminales.

Mediante este Decreto se procuró, entre otros fines, acelerar la tramitación del procedimiento, eliminando de la instrucción todo aquello que no fuese conveniente o útil para los fines de la investigación (particularmente, la prolijidad en las evacuaciones de citas, a las que se mostraban tan proclives los jueces en las informaciones sumarias²⁸).

Muy probablemente, la diligencia de careo también fue utilizada abusivamente en la práctica antigua²⁹. No en vano, si se considera que la ocasión de practicar el careo se ponía de manifiesto tras la evacuación de una cita, bien pudo ocurrir que la proliferación de éstas abonase el terreno para una utilización desmedida de aquéllas³⁰.

A este fin el Decreto dispuso en su artículo 8.º que *siendo la evacuación de citas impertinentes é inútiles un abuso introducido con grave perjuicio de la brevedad de las causas se declara por regla general, que los Jueces no deben evacuar mas citas que aquellas que sean necesarias ó convenientes para la averiguación de la verdad en el asunto de que se trate, observándose lo mismo en cuanto á careos, reconocimientos y demas diligencias de instrucción*³¹.

A salvo de esta concisa mención, en los numerosos trabajos legislativos que forman el panorama de la codificación procesal penal decimonónica hasta la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal de 1872, la diligencia, o no es objeto de regulación, o es expresamente suprimida.

Exponente de esta última orientación es el proyecto de Código Procesal Criminal de las Cortes de Riego (1821), en cuyo artículo 208 se prohíbe la práctica de careos.

El proyecto de Código Criminal de 1829³² también suprimió la diligencia en su artículo 519. Previamente, la exposición de motivos justificaba que *las rebeldías, los careos y las calificaciones eran, bien consideradas, unas diligencias superfluas, que dilataban notablemente las causas sin ningún provecho*³³.

Se trataba, en cualquier caso, de proyectos legislativos que nunca entrarían en vigor. Si tuvo vigencia práctica -y de considerable influencia³⁴- el Reglamento provisional para la administración de justicia, de 26 de septiembre de 1835. Siguiendo lo dispuesto en el Decreto de 1820, el artículo 51 Tercera de este cuerpo normativo ordenaba a los jueces omitir la evacuación de aquellas citas, y la práctica de aquellas diligencias que sean superfluas ó inútiles (entre las que ahora no se hacía referencia expresa al careo)³⁵.

Tampoco parecen recoger la diligencia los trabajos realizados durante los años 1857-1861 por la Comisión designada para la elaboración de una Ley de Enjuiciamiento criminal. Al menos, en el título IX del Proyecto resultante, relativo al sumario, se asignaron al examen de testigos y declaración de los procesados sendas secciones (2.ª y 3.ª), pero nada se dispuso a este respecto con relación al careo³⁶.

3.2. Doctrina

Los tratadistas de práctica criminal del siglo XIX se cuidaron de incluir -con mayor o menor extensión- la diligencia de careo en los capítulos que dedican en sus obras al desarrollo del sumario.

Su lectura permite apreciar una clara evolución en el tratamiento de la institución respecto de la doctrina antigua (sin perjuicio de que la influencia de los autores de la centuria anterior sea aún patente -a veces literalmente- durante el

²⁸ En el Diálogo XVIII de su *Práctica criminal*, Álvarez Posadilla advierte al joven escribano protagonista de la obra que *cuides de evacuar todas las citas que resultan, porque hasta estar evacuadas todas, no está concluida la sumaria (Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos, Valladolid, 1794, p. 316)*.

²⁹ Gómez de la Serna reconoce expresamente que *con relación á la jurisdicción ordinaria, en donde á las veces se abusaba mucho de esta diligencia, está prevenido que solo cuando sea indispensable para la averiguación de la verdad se puedan decretar y practicar careos (Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 94)*. Cfr., igualmente, ARMAS Y SAENZ, R., *Práctica del nuevo enjuiciamiento criminal. Cuestiones que ofrece el texto legal; jurisprudencia vigente; formularios y diccionario técnico*, Madrid, 1882, p. 299 (donde menciona el careo como diligencia, de la que no se usó y abusó poco en el antiguo procedimiento). Seijas atribuye a la falta de regulación de la diligencia el que se introdujese fraudulentamente y hasta á que se abusase, que es lo que ha sucedido en todos los países en que la legislación no ha dispuesto nada en la materia [Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España), tomo II, Madrid, 1842, p. 206].

³⁰ De lo contrario, no habría tenido sentido una mención especial dentro del genérico "diligencias de instrucción" a que alude el precepto.

³¹ *Colección de los Decretos y Ordenes Generales de la Primera Legislatura de las Cortes Ordinarias de 1820 y 1821 (desde 6 de Julio hasta 9 de Noviembre de 1820)*, tomo VI, Madrid, 1821. El Decreto fue aprobado durante el Trienio Constitucional de Fernando VII, declarado nulo por Real Decreto de 1 de octubre de 1823 (junto con todos los actos del Gobierno Constitucional desde el 7 de marzo de 1820) y restablecido el 30 de agosto de 1836, cfr. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, tomo III (Procedimiento penal), Madrid, 1970, p. 23.

³² También conocido como "de la primera Junta". Esta Junta había sido nombrada por Fernando VII, mediante Real Decreto de 26 de abril, para continuar los trabajos del Código Penal iniciados en 1819 por el Consejo de Castilla, cfr. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, tomo III (Procedimiento penal), Madrid, 1970, p. 54.

³³ *Ibid.*, p. 55.

³⁴ Su aprobación supuso la derogación del tít. XXXII, lib. 12 de la Novísima Recopilación (y legislación anterior), anticipando los avances del sistema constitucional, cfr. *ibid.*, p. 79.

³⁵ Término de *est iter* legislativo es el artículo 421, II de la Ley de Enjuiciamiento criminal vigente: "Se procurará, no obstante, omitir la evacuación de citas impertinentes o inútiles".

³⁶ Cfr. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, tomo III (Procedimiento penal), Madrid, 1970, pp. 140-141.

primer tercio de la siguiente).

Salvo los aspectos concretos en que se percibe el influjo de las escasas disposiciones legales que inciden en la materia, no es fácil distinguir la innovación doctrinal de lo que simplemente pudiera constituir una constatación de los cambios que venían registrándose en el foro; menos aún, reconstruir las vicisitudes del tránsito de la práctica tradicional a la acabada regulación de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872.

Un primer punto de ruptura respecto de la doctrina anterior se aprecia en lo relativo a la enumeración de las posibles combinaciones de sujetos que tienen cabida dentro de la diligencia.

Los careos entre reos y entre testigos y reos -hasta el momento práctica desaconsejable y relegada a un plano secundario- comienzan a ser tratados, como una modalidad más, junto al tradicional celebrado entre testigos³⁷. También se incluirá a acusadores, acusados y ofendidos³⁸. No parece preocupar a los autores, sin embargo, la conveniencia de limitar el número de personas que podían intervenir en la diligencia³⁹.

En la formulación del supuesto que da lugar a la práctica del careo tiende a superarse la añeja terminología derivada de la evacuación de citas. Ésta continúa presente en

algunos tratadistas del primer tercio de siglo⁴⁰. Otros autores posteriores⁴¹ mencionan ya tan sólo la necesidad de que existan contradicciones o divergencias que depurar en el acto.

En cualquier caso, para acordar la celebración de la diligencia no basta la simple apreciación de una discrepancia entre varias declaraciones. En sintonía con lo establecido por el Decreto de Cortes de 11 de septiembre de 1820, se insiste ahora en que el careo solamente ha de ser decretado cuando resulte útil para la investigación de los hechos⁴².

El debate en torno a la utilidad o inconveniencia de la diligencia de careo toma carta de naturaleza, en atención al mayor número de autores que se ocupan de la institución.

Con relación al primer aspecto se destaca su aptitud para el esclarecimiento de los hechos controvertidos (o, en su defecto, para el hallazgo de la versión más verosímil). A este fin contribuye la coacción moral que sobre el falso ejercen las manifestaciones y actitudes del veraz, la presencia del juez y, en su caso, la publicidad del acto. El magistrado dispondrá asimismo de la oportunidad de apreciar directamente la firmeza y seguridad con que declaran los careados y sus actitudes (tan elocuentes o más que las palabras)⁴³. Por lo demás, se trata de una diligencia imprescindible cuando

³⁷ Los careos, según esta, pueden tener lugar entre los testigos, ó entre los procesados, ó entre unos y otros respectivamente (MURO, J., *Guía del escribano*, 2.ª ed., tomo II, Valladolid, 1847, p. 176).

³⁸ Así en Gutiérrez (1826), Miguel (1834), Seijas (1842) o García Goyena (1845). Con todo, Gómez de la Serna afirma que la práctica no admite los careos entre acusadores y acusados, y entre acusadores y testigos (*Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 93).

³⁹ Seijas, por ejemplo, define el careo como el acto en que dos ó mas personas procuran convencerse recíprocamente de la realidad ó circunstancias de un hecho en que hayan discordado (*Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España)*, tomo I, p. 68, Madrid, 1842 (art. 146 de su proyecto de Código de procedimientos en materia criminal)). Cfr., en el mismo sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 93. Rodríguez sólo precisa que cuando la contradicción consista en unos hechos respecto á unas personas, y de diferentes en cuanto á otras, se harán distintos careos, reuniendo siempre en cada uno los que discordaren en los mismos hechos (*Instituciones prácticas, ó curso elemental completo de práctica forense*, tomo II, Sevilla, 1843, p. 171).

⁴⁰ En seguida se evacuarán las citas de las personas que los testigos en sus deposiciones, ó el reo en sus declaraciones dixeron que estuvieron presentes, ó que podrían saber alguna otra cosa que pudiese aprovechar. Y si examinadas estas personas al tenor de la cita, dixeren otra cosa de lo que ella expresa, deberá el Juez mandar carear al citante y al citado, para que oyéndolos en careo, pueda tomar mas luz para averiguar la verdad (SALA, J., *Ilustración del derecho real de España*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1820, p. 314). [Los careos se practicarán] apareciendo fallida la cita por la negativa ó contradicción del citado (TAPIA, E. de, *Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, tomo VII, Valencia, 1829, p. 308).

⁴¹ Es el caso de Rodríguez, según el cual se recurrirá al careo si los reos incurrieren entre sí en contradicción en algunos extremos de sus declaraciones, ó la hubiere entre lo manifestado por estos y los testigos, ó entre los dichos de los últimos, con el objeto de apurar la verdad de los hechos, y de ver si es posible averiguar quien haya declarado con falsedad (*Instituciones prácticas, ó curso elemental completo de práctica forense*, tomo II, Sevilla, 1843, p. 170). En el mismo sentido, Zúñiga sostiene que el careo procederá cuando de las actuaciones practicadas en el sumario, ó de las declaraciones del reo y sus cómplices, ó de uno y otros y de los testigos resulta alguna divergencia acerca de los hechos y circunstancias esenciales (*Práctica general forense*, tomo III, Madrid, 1856, pp. 177-178).

⁴² Según Tapia, solo deberán usarle los jueces cuando conozcan que podrá ser útil a la averiguación, y de ningún modo perjudicial al progreso de la causa (*Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, tomo VII, Valencia, 1829, p. 309). En la misma línea Miguel, para quien sólo convendrá hacer uso de él cuando la penetración del juez prevea que sin riesgo de destruir los adelantamientos favorables de la causa haya de mejorarla (*El foro español, ó sea nuevo tratado teórico-práctico del orden, modo y forma de proceder en los tribunales de España*, tomo II, Madrid, 1834, p. 144). Rodríguez considera que sólo se decretará su práctica cuando según las circunstancias de los casos que ocurran se estimen necesarias, pues de lo contrario, como cuando aparezca desde luego la verdad de los hechos, está el Juez en la precisión de omitirlas, para evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos (*Instituciones prácticas, ó curso elemental completo de práctica forense*, tomo II, Sevilla, 1843, pp. 159-160). Finalmente, Zúñiga es de la opinión de que el juez y el promotor fiscal son los que en cada caso determinado deben calificar si es oportuno ó inconveniente el careo, según las especiales circunstancias que concurran (*Práctica general forense*, tomo III, Madrid, 1856, p. 178).

⁴³ En opinión de Tapia, mediante el careo el hombre veraz podrá argüir con sus reconveniones al engañoso ó fraudulentó: frente a quien dice que el careante más astuto envolverá al otro menos advertido ó más tímido, la presencia del juez alentará á éste si ha dicho la verdad, y su ingenuidad misma bastará para destruir la falacia del otro; el juez mismo descubrirá por las preguntas, respuestas, réplicas, semblantes y otras circunstancias quién ha dicho la verdad; el delincuente ó perjuro, estrechado con las reconveniones que se le hagan, se intimidará, y en último resultado vendrá á confesar lo cierto, o por lo menos se conocerá su perjuicio... Por todas estas razones se admite en casi todas las naciones de Europa (*Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, tomo VII, Valencia, 1829, p. 376). La influencia de este autor se aprecia -casi literalmente- en Escrihe, cfr. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, voz "Careo", París, 1869, p. 427.

no existan, aparte de los contradictorios, otros testimonios o declaraciones sobre los que el juez pueda fundar su convicción⁴⁴.

Sin embargo, en mayor número que sus partidarios, los detractores de la institución mostraban escasa simpatía por ella, haciendo propias -y aun añadiendo otras- todas las críticas y retenciones que habían formulado los tratadistas del período anterior (incidiendo de nuevo con particular énfasis en los inconvenientes de los careos entre reos o entre testigo y reo)⁴⁵.

Además de su ineficacia tantas veces comprobada para la averiguación de la verdad, o el obstáculo que supone la presencia de otra persona para conseguir una declaración espontánea, se resalta ahora la incompatibilidad de la diligencia con el secreto sumarial⁴⁶; junto a ello, desde el punto de vista de la valoración del resultado, la posibilidad de dejarse seducir por la habilidad dialéctica de los careados, o de su capacidad para escenificar una actuación que haga creíbles sus afirmaciones⁴⁷.

Por estas razones, algunos autores abogarán por la desaparición del careo de la práctica del foro⁴⁸; otros -la mayoría- no niegan la utilidad de esta diligencia en términos

más o menos amplios, pero recomiendan decretarla con cautela⁴⁹, cuando no servirse de ella excepcionalmente⁵⁰. Esta última solución será la acogida por el legislador de 1872⁵¹.

El careo se practica normalmente de oficio; nada impide, sin embargo, que la diligencia pueda ser propuesta a instancia de alguna de las partes (reo, acusador o promotor fiscal).

Las formalidades del acto experimentan un notable enriquecimiento respecto de las que se venían observando en el período anterior, hasta llegar a constituir prácticamente el sustrato de la redacción de la Ley de 1872.

Los autores de la primera mitad de siglo continuán consignando como requisito necesario el juramento de los careados, que se les recibe al comienzo del acto. Los posteriores excluyen ya de este trámite a los reos, exigiéndolo únicamente para los testigos⁵².

Se introducen algunas precisiones respecto de la lectura que ha de efectuar previamente el escribano. De existir diversas contradicciones entre unas mismas personas es conveniente -con el fin de asegurar un mayor orden- leer primero las que versen sobre un mismo punto. Asimismo, en los careos entre reos o entre testigo y reo, la lectura ha de limitarse a la parte de las declaraciones en que haya con-

⁴⁴ Cfr. SEJAS LOZANO, M., *Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España)*, tomo II, Madrid, 1842, p. 199.

⁴⁵ Posiblemente esta idea también estaba arraigada en el foro. La Ley provisional de 1872 suscitó las críticas de las Audiencias de Granada, Sevilla y Valencia por haber incluido a los procesados como sujetos de la diligencia, cfr. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, tomo III (Procedimiento penal), Madrid, 1970, p. 208.

⁴⁶ Los escollos á que espone el careo, consisten en poder retractar el reo citante su confesion del delito en dicho acto por las contestaciones del citado (MIGUEL SÁNCHEZ, F., *El foro español, ó sea nuevo tratado teorico-practico del orden, modo y forma de proceder en los tribunales de España*, tomo II, Madrid, 1834, p. 144). La idea había sido apuntada por algunos prácticos del siglo anterior: *No en todas ocasiones es segura esta diligencia de testigo á Reo, porque puede retractarse el citante de lo dicho, y no aprovechar su deposición* (Juan y Colom, J., *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial*, facsimil de la 6.ª impresión, Madrid, 1769, lib. 3.º, p. 200). En la discusión a que dio lugar el proyecto de Ley de bases de organización de tribunales y enjuiciamiento criminal de 1863 en la Comisión del Senado, Rodríguez Vaamonde puso en cuestión el carácter secreto del sumario (o, al menos, que lo fuese en su totalidad) en virtud de la posibilidad existente de practicar careos de testigos con acusados, cfr. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, tomo III (Procedimiento penal), Madrid, 1970, p. 163.

⁴⁷ En los debates que mutuamente han de entablarse entre los careados, necesariamente tienen que medir sus fuerzas intelectuales, y colocados en la necesidad de sostener cada uno lo que antes tenía manifestado, habrán de usar de todos los esfuerzos lógicos de que sean capaces para conseguir la convicción del contrario; de manera que el que tenga mejor talento, precisamente habrá de alcanzar el triunfo de la confesion de su contrario, si es que no le hace confesar y decidirse. Por último, es igualmente natural la desigualdad que ha de concurrir en los careos entre reos y testigos, como producto de la diversa condicion de aquellos entre quienes se celebra, porque necesariamente han de presentarse en el debate un malvado y un hombre de bien, circunstancia poco á propósito para que se puede conseguir el objeto que se apetece. Efectivamente, si el procesado es el verdadero criminal, probablemente la falta de verdad estará por parte de éste, en términos que se presentarán á recomenirse un hombre que acostumbrado á los delitos é interesado en sostener la negativa, descaramente rechazará cuantas reconvencciones se le hagan por un testigo fidedigno, así como por el contrario cuando el acusado sea inocente, el testigo será un calumniador, que por no descubrir su infamia habrá de sostener con todo empeño, y á pesar de las reconvencciones mas claras y fundadas, el contenido de su declaración. Otros autores esfuerzan estos argumentos, asegurando que rara vez el careo dió en la práctica el resultado que de él se esperaba (García Goyena, F. y Aguirre, J., *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo IX, 2.ª ed., Madrid, 1845, p. 73).

⁴⁸ Así Gutiérrez, quien afirma que la utilidad del careo en alguna ocasion no puede recompensar los muchos perjuicios que podrá ocasionar en otras innumerables... Nosotros estamos persuadidos de que convendría desterrar del foro la práctica del careo como mas propia para oscurecer la verdad que para aclararla (*Práctica criminal de España*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, 1826, p. 261).

⁴⁹ Lo que conecta nuevamente con lo dispuesto por el precitado Decreto de 11 de septiembre de 1820. Señala Zúñiga a este respecto que *nuestra opinion es, y está fundada en las observaciones de la experiencia, que muy pocas veces deben decretarse los careos, porque en muy pocas producen los resultados que se desean, cual es la aclaracion de la verdad; pero tampoco negaremos que hay ocasiones en que pueden producir efectos ventajosos. Cualquiera regla general sobre este punto es muy aventurada* (*Práctica general forense*, tomo III, Madrid, 1856, p. 178).

⁵⁰ Tapia aconseja el careo cuando el careo uo medio de aclarar ó desvanecer las contradicciones en que incurren el citante y el citado (*Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, tomo VII, Valencia, 1829, p. 308).

⁵¹ Cuyo artículo 351 se pronuncia en términos muy parecidos a los utilizados por Tapia en la cita reproducida en la nota anterior: *No se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito ó la culpabilidad de alguno de los procesados* (aun cuando, como veremos, la redacción de este precepto se inspira más directamente en lo dispuesto por el artículo 245, I del Código procesal italiano de 1865).

⁵² Véase ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense*, tomo III, Madrid, 1856, p. 178. La Constitución de 1812 disponía ya en su artículo 291 que *a nadie ha de tomarse [el juramento] en materias criminales sobre hecho propio* [Tierno Galván, E., *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, 2.ª reimp., Madrid, 1975, 62]. En la justicia militar, la Real Orden de 23 de octubre de 1875 estableció que los careos de los acusados no se celebrasen con promesa de decir verdad, cfr. SOCÍAS, M., *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, adicionadas previa autorización de S. M. con las disposiciones vigentes*, tomo III, Madrid, 1885, n.º 57, p. 191.

tradicción, en aras de la salvaguarda del secreto sumarial⁵³.

El juez debe preguntar a los careados si se ratifican en sus declaraciones o tienen alguna modificación que hacer. Tras las respuestas (que han de quedar consignadas en la diligencia) mostrará a los careados las contradicciones en que hubiesen incurrido, fijando de este modo el objeto de la discusión⁵⁴.

Se destaca la importancia de la presencia del magistrado durante la celebración del careo, como exigencia de la necesaria inmediación⁵⁵ y garantía de la corrección y respeto mutuo con el que deben conducirse los careados (cuando no actúa como una suerte de coacción moral contra el mendaz)⁵⁶. En esta línea, algún autor explicita por primera vez el cuidado que ha de observar aquél para evitar que en el acto se produzcan violencias o intimidaciones⁵⁷.

El peso de la discusión recae exclusivamente sobre los careados. El juez ha de limitarse a excitar a éstos a que mutuamente se reconvenzan para aclarar los puntos en que se hallen discordantes. Por lo demás, no ha de inmiscuirse

en el debate que se suscita, pues que la cuestión de divergencia es solo entre los testigos: imparcial y justo, debe cuidar que ninguno se propase y que haya espontaneidad en las manifestaciones de los que mutuamente se contradicen⁵⁸.

Lo cierto es que no faltan denuncias de abusos en este sentido. García Goyena (1845) refiere que entre los jueces de su tiempo había quienes tomaban parte en la contienda hasta el punto de impedir la manifestación espontánea de los careados. Frente a ello, recomendaba que la actuación del juez se limitara a reconducir la discusión cuando los careados se desviasen de la cuestión controvertida, y a rechazar las preguntas inconducentes o superfluas que pudieran formularse⁵⁹.

Los autores insisten igualmente en la necesidad de una documentación exacta y completa del contenido de las manifestaciones vertidas y de todo lo ocurrido durante el acto⁶⁰, lo que permitirá a las partes remitirse -si es el caso- en el juicio a lo practicado entonces, y al juez tenerlo en cuenta al tiempo de pronunciar su fallo⁶¹ (pero sin llegar a

⁵³ Cfr. GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo IX, 2.ª ed., Madrid, 1845, p. 74. Cfr., igualmente, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 95.

⁵⁴ Cfr. Ortiz de Zúñiga, M., *Biblioteca de escribanos ó tratado general teórico-práctico para la completa instrucción de estos funcionarios*, tomo II, Madrid, 1841, p. 149. Cfr., igualmente, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 94. Seijas precisa que la pregunta que dirige el juez a los careados para saber si se ratifican o no deberá formularla primero al procesado o persona que le sea favorable. El acto terminará en este punto si se consigue la concordancia de las declaraciones. cfr. *Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España)*, tomo I, Madrid, 1842, pp. 68-69 (art. 146 de su proyecto de Código de procedimientos en materia criminal).

⁵⁵ Ya algunos tratadistas del primer tercio de siglo recomendaban enarecidamente que el careo se practicara ante el juez, y que éste, en ningún caso, debía delegar en el escribano o auxiliar. Así, según Tapia, *nunca decretará el juez lego un careo sin acuerdo de asesor, ni ha de fiarse esta diligencia al escribano actuario (Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, tomo VII, Valencia, 1829, p. 309). Miguel, que sigue al anterior autor, también señalará en este sentido que el careo suele ser útil y eficaz ó sumamente perjudicial, siendo mas las veces que declina en esto último... Por este peligro no ha de fiar la práctica del careo... *Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España)*, tomo I, Madrid, 1842, p. 144.

⁵⁶ Es la opinión de Seijas, quien afirma que el foro nos enseña diariamente que en proporción de la mayor dignidad de que está revestido el juez ante quien se practican los careos, así son sus resultados (*Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España)*, tomo II, Madrid, 1842, p. 200).

⁵⁷ En el artículo 147 del proyecto de Código de procedimientos en materia criminal de Seijas (1842) se puede encontrar, tal vez, el antecedente de los artículos 350 y 623 de la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal de 1872 (posteriormente 454 y 713 de la actual): *El ministerio judicial en estos actos evitará toda seducción, amenaza ú otro medio directo ó indirecto que tienda á alterar la verdad*.

⁵⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 96.

⁵⁹ Véase GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo IX, 2.ª ed., Madrid, 1845, pp. 74, 75. Con mayor amplitud, Seijas prescribe que el juez dará a este acto el ensanche únicamente necesario á fijar el hecho si fuere posible, ó á descubrir si hubo falsedad voluntaria de parte de alguno [*Teoría de las instituciones judiciales*, tomo I, Madrid, 1842, p. 69 (art. 146 de su proyecto de Código de procedimientos en materia criminal)]. La práctica antigua aflora en la previsión -contenida en el mismo lugar- de que el que rectifique su dicho, habrá de dar razón esponiendo la que antes tuvo, y la que le asiste para modificar ó cambiar su aseveración.

⁶⁰ Últimamente, se redactan por escrito las preguntas, contestaciones, reconveniones y cuanto hubiere pasado en aquel acto, y se firma la diligencia por todos los concurrentes (Ortiz de Zúñiga, M., *Práctica general forense*, tomo III, Madrid, 1856, p. 178).

⁶¹ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 95. Goyena pone en relación la necesidad de una completa documentación con la valoración de la prueba: *Tanto las preguntas como las reconveniones y contestaciones que mutuamente se hicieren y dieren los testigos careados, se insertarán en la diligencia en la misma forma que se hubiesen expresado para que al tiempo del fallo puedan reconocerse por el juez, y deducir de ellas la prueba que arrojen* (GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo IX, 2.ª ed., Madrid, 1845, p. 74).

exigir la constancia de la impresión personal del juez sobre las actitudes de los careados⁶². Por lo demás, el careo también podrá practicarse en el plenario⁶³.

4. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1872 Y LA COMPILACIÓN DE 1879.

1. La Ley provisional de Enjuiciamiento criminal, de 22 de diciembre de 1872, es el primer texto legislativo que dota a este instituto de un régimen completo. Dicha ley estructuró la regulación del careo partiendo de un modelo de proceso basado en la separación orgánica de las funciones de instruir y juzgar (esta última, mediante un juicio oral y público, de instancia única).

La importancia de la Ley provisional -que constituye igualmente el primer cuerpo orgánico de derecho procesal penal español⁶⁴- radica, además, en su directa repercusión sobre la regulación actual.

En su mayor parte, los escasos preceptos que ahora se ocupaban de la institución fueron ubicados en sede de sumario (lib. I, tít. VII, cap. I, arts. 347 a 350), incluyéndose otros dos más dentro del libro dedicado al juicio oral (lib. II, tít. III, cap. II, arts. 623 y 640.1.º)⁶⁵.

Para la redacción de estos artículos⁶⁶ se asumió la práctica secular del foro (enriquecida con las aportaciones de la doctrina decimonónica), así como las directrices más

o menos explícitas de la legislación hasta el momento vigente.

Particularmente, es el caso del artículo 8 del Decreto de 11 de septiembre de 1820 y el 51 Tercera del Reglamento provisional de 1835, en lo relativo a la necesidad de que el hecho o circunstancia sobre los que versara la discrepancia interesase en el sumario (cfr. art. 347).

El contenido de varios preceptos deja sentir igualmente la influencia de algunas soluciones adoptadas en otros ordenamientos.

En este sentido, la consagración del carácter excepcional de la diligencia (art. 351: *No se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito ó la culpabilidad de alguno de los procesados*); la mención del deber de observación de la actitud de los careados (art. 349: *El Secretario dará fe de todo lo que ocurriere en el acto del careo, y de las preguntas, contestaciones y reconvenções que mútuamente se hicieren los careados, así como de lo que se observare en su actitud durante el acto*) y la posibilidad de acordar la práctica de careos dentro del juicio oral (art. 640: *Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 1.º Los careos de los testigos entre sí ó con los procesados que el Presidente acordare de oficio ó á propuesta de cualquiera de los individuos del Tribunal*), encuentran un claro paralelo en el tenor de los artículos 245 (167 y II⁶⁸) y 309⁶⁹ del Código de proce-

⁶² Esta sensibilidad llevará a algunos a denunciar una corruptela frecuente entre los escribanos de la época, consistente en la reducción de la diligencia a diversas fórmulas estereotipadas que poco o nada podían indicar respecto de lo que realmente había ocurrido en el acto: *En la práctica se observan dos abusos en esta parte dignos de corrección, por los resultados á que dan lugar, consistentes el primero en usar los escribanos de la cláusula general se hicieron otras varias preguntas y reconvenções sin resultado alguno en la averiguación de la verdad... El primero de los vicios mencionados nace generalmente de la pereza en estender circunstanciadamente el resultado del careo, y la cláusula en fuerza de ser tan general nada significa, porque no sabiendo el juez cuáles fueran las preguntas, cuáles las reconvenções, y qué respuestas se dieron á unas y á otras, para nada sirve la inserción de semejante cláusula, puesto que ningún juicio pueden formar por lo que en ella se refiere. Por otra parte, el escribano que la inserta y el juez que la consiente son igualmente criminales; porque ó las preguntas ó reconvenções son conducentes y útiles para la averiguación de la verdad ó inconducentes y superfluas; si lo primero, faltan á su deber y causan un grave perjuicio, porque por su culpa se omite la expresión de unos hechos que hubieran de contribuir á corroborar la prueba; y si lo segundo, el juez no debió permitir que se hicieran, puesto que les está mandado que no toleren hacer preguntas inconducentes á los testigos (GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero, ó liberaría de jueces, abogados y escribanos*, tomo IX, 2.ª ed., Madrid, 1845, pp. 74, 75). Cfr., en el mismo sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 95 (quienes, más allá, consideran que *este silencio puede contribuir eficazmente á la convicción*).*

⁶³ Aun cuando se destaca que se trata de una diligencia eminentemente sumarial, cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense*, tomo III, Madrid, 1856, p. 178; MUÑOZ, J., *Guía del escribano*, tomo II, 2.ª ed., Valladolid, 1847, p. 176; GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 94. Señas llegará incluso a proponer el juicio como el momento por excelencia para practicar careos. Este autor, que ha definido la diligencia como una coacción moral, y la publicidad, como un elemento de presión psicológica sobre el que pretende negar la verdad, entiende que el careo será más eficaz en el escenario de un debate público ante el tribunal que en la instrucción (donde la posibilidad de que los testigos se instruyeran mutuamente de sus manifestaciones puede perjudicar el secreto del sumario). Por esta razón considera que *los careos deben limitarse cuanto sea posible en el sumario*, sin llegar hasta el extremo de excluirllos de esta fase, ya que no hay que descartar su utilidad en algunos casos. Tales careos, en todo caso, habrán de practicarse nuevamente en el juicio, *Cfr. Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España)*, tomo I, p. 68; II, p. 204. Gómez de la Serna señala, en el mismo sentido, que *esta diligencia, especialmente en debate público, puede producir excelentes resultados y contribuir poderosamente al descubrimiento de la verdad (Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 94)*.

⁶⁴ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E. (con Herce), *Derecho Procesal Penal*, 10.ª ed., Madrid, 1984, p. 18.

⁶⁵ Cfr. PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de administración de justicia*, vols. I y III, Barcelona, 1974.

⁶⁶ Se reputa esta ley como una obra personal de Montero Ríos, a cuya redacción se entregó sin auxilio de Comisión ni Cuerpo consultivo alguno, cfr. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, tomo III (Procedimiento penal), Madrid, 1970, p. 201, n. 16.

⁶⁷ Egli [el juez de instrucción] non userà di questa facoltà quando potrà in altro modo procurarsi indizi sufficienti in ordine al reato ed ai suoi autori.

⁶⁸ Sarà sempre fatta menzione del contegno tenuto durante l'atto di confronto dalle persone tra le quali esso avrà avuto luogo.

⁶⁹ Il presidente o il pretore potrà, sulla domanda delle parti, od anche d'ufficio, ordinare che i testimoni esaminati, ch'egli designerà, si ritirino in altro luogo, per essere in seguito nuovamente sentiti sia separatamente, sia in presenza gli uni degli altri.

dimiento penal italiano de 1865⁷⁰.

2. La Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, de 16 de octubre de 1879⁷¹, inspirada nuevamente en el sistema tradicional de concentración de funciones en un mismo órgano, supuso la abolición del juicio oral y público⁷².

Este efímero cuerpo normativo recogió los preceptos que la Ley de 1872 había dedicado a la diligencia en el sumario (ahora arts. 599 a 603), realizando algunos pequeños retoques⁷³. Los correspondientes a la vista oral fueron suprimidos por razones obvias⁷⁴.

5. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL VIGENTE

1. Tras el pequeño paréntesis de la Compilación de 1879, la Ley de Enjuiciamiento criminal, de 14 de septiembre de 1882, restauró el espíritu de la regulación de su antecedente de 1872 volviendo a separar orgánicamente el sumario del juicio oral.

La nueva ley importó de su predecesora (en número y contenido) los preceptos que se ocupaban de la diligencia.

Como aquélla, ubicó en capítulo propio dentro del sumario (lib. II, tít. V, cap. VI), el núcleo del régimen de los careos, evitando de este modo la duplicación y consiguiente dispersión normativa que supondría dedicar un precepto específico a la materia en sede de declaración de procesados y testigos⁷⁵.

También al igual que su predecesora reservó otros dos artículos (arts. 713 y 729.1.º) a disciplinar la forma de celebrarse los careos en el juicio oral (cap. III, lib. III), pero ahora situándolos en dos secciones distintas: el primero, dentro de la prueba de testigos (sec. 2.ª, lo que, en cierto modo, contradecía el criterio sistemático utilizado en el sumario) y el segundo, en la sec. 5.ª ("Disposiciones comunes a las cuatro secciones anteriores").

En cuanto al contenido, sólo se introdujeron pequeñas modificaciones.

Mientras que el artículo 347, precedente del actual

451, se limitaba a señalar que cuando los testigos ó los procesados entre sí ó aquellos con éstos discordasen acerca de algun hecho ó de alguna circunstancia que interese en el sumario, podrá el Juez instructor celebrar careo entre los que estuvieren discordes, este último añadió como inciso final "sin que esta diligencia deba tener lugar, por regla general, más que entre dos personas a la vez". La adición está inspirada probablemente en el §168, III de la Ordenanza procesal austríaca de 1874⁷⁶.

El tenor literal del artículo 348 de la Ley de 1872 permitía entender que era el secretario quien debía preguntar a los careados al inicio del acto si se ratificaban en sus declaraciones o tenían alguna variación que hacer (leyendo el Secretario á los procesados ó testigos entre quienes tenga lugar el acto las declaraciones que hubiesen prestado, y preguntado á los testigos, despues de recordarle su juramento y las penas de falso testimonio, si se ratifican en ellas ó tienen alguna variación que hacer). Con objeto de deshacer esta ambigüedad, el legislador de 1882 precisó la redacción del artículo 452, I vigente (donde ya no existe duda de que este cometido corresponde al juez): "El careo se verificará ante el Juez, leyendo el Secretario a los procesados o testigos entre quienes tenga lugar el acto las declaraciones que hubiesen prestado, y preguntando el primero a los testigos...".

Finalmente, respecto de la posibilidad de practicar careos en el acto del juicio oral, el artículo 729.1.º incluyó el careo entre acusados (que no se contemplaba expresamente en el antiguo 640, cit. supra), suprimiendo la alusión a los miembros del tribunal que hacía este último, y atribuyendo la iniciativa de proposición, en su lugar, a las partes.

2. La redacción originaria de 1882 tan sólo ha sido objeto de una reforma, efectuada por la reciente LO 14/1999, de 9 de junio⁷⁷, para añadir un segundo párrafo a los artículos 455 y 713⁷⁸.

Al margen de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento criminal, diversas normas posteriores han incidido más o menos directamente en el contenido de la regulación del careo. Es el caso de la Ley de 24 de noviembre de 1910 (al permitir a los testigos declarar bajo promesa), y el artí-

⁷⁰ Cfr. *Codice di procedura penale del Regno d'Italia*, Milano, 1865.

⁷¹ Posteriormente reformada por Decreto de 6 de mayo de 1880.

⁷² Con anterioridad, el Decreto de 3 de enero de 1875 había suspendido la observancia de la Ley provisional en lo relativo al Jurado y al juicio oral y público ante los Tribunales de Derecho.

⁷³ Eliminar la palabra *instructor*, que en la regulación anterior acompañaba a la de *Juez*, y sustituir la de *Secretario* por *actuario* ó *Secretario*.

⁷⁴ La nueva regulación de la diligencia pasó a hallarse en su cap. VI (*De las declaraciones é incommunicaciones de los procesados, de las declaraciones de los testigos y del careo de los testigos y procesados*), sec. 3.ª (*Del careo de los testigos y procesados*), cfr. PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de administración de justicia*, vols. I y III, Barcelona, 1974.

⁷⁵ Cfr. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Derecho procesal penal*, vol. I, p. 539.

⁷⁶ Cuyo tenor literal disponía a este respecto que "en principio, la confrontación no podrá tener lugar entre más de dos personas a la vez", cfr. *Code d'instruction criminelle autrichien*, traduit et annoté par Edm. Bertrand et Ch. Lyon Caen, Paris, 1875.

⁷⁷ De modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de protección a las víctimas de los malos tratos.

⁷⁸ "No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial".

culo 229.2.º de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refiere a la diligencia en el contexto de la formulación de los principios procedimentales de inmediación y publicidad⁷⁹.

6. EL "CAREO" DE LA JURISDICCION MILITAR: LAS ORDENANZAS DE 1768

El art. 23, tít. 3.º tratado 5.º de las Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, de 22 de octubre de 1768⁸⁰, adoptó con el nombre de careo una antigua diligencia instructoria del derecho francés (confrontation), regulada últimamente en los artículos 12 y ss., tít. XV, de la Ordenanza de 1670⁸¹.

No se trataba, pues, de la figura típica de la jurisdicción ordinaria (dirigida al esclarecimiento de la verdad de hechos o circunstancias objeto de declaraciones contradictorias⁸² y no prevista expresamente para reos con testigos⁸³), sino de una peculiar forma de materializar el derecho de

defensa del reo⁸⁴ en las causas criminales reservadas a Consejo de Guerra ordinario⁸⁵.

Este trámite, preceptivo y reglado, se celebraba ante el fiscal⁸⁶ como cierre de la instrucción de la causa (esto es, tras la ratificación -por separado- de los testigos y del reo)⁸⁷.

Permitía confrontar directamente al reo con cada uno de los testigos que habían declarado contra él en el sumario, ofreciendo a éstos la oportunidad de reiterar nuevamente su declaración a la vista de aquél. El reo, a su vez, podía exponer todas las razones que deseara aducir en su defensa (bien formulando tachas contra la persona de alguno de los testigos, bien rebatiendo sus afirmaciones)⁸⁸.

La observancia de esta formalidad planteaba muchos inconvenientes, inherentes a la propia confrontación⁸⁹, o derivados de la dificultad de citar a los testigos civiles cuando los regimientos eran movilizadas a otro lugar. Por ello, algunas disposiciones posteriores recomendaron no abusar de tales careos, particularmente en las causas por delitos comunes atribuidos a la jurisdicción militar.

⁷⁹ "Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vista, se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley".

⁸⁰ Estas Ordenanzas, promulgadas por Carlos III, constituyen una suerte de precodificación del derecho militar, aplicable por primera vez para todo el Ejército. Su precedente inmediato se sitúa en el reinado de Fernando VI, que aprobó las Ordenanzas de la Armada de 13 de octubre de 1748. Pese a su innegable valor como recopilación del derecho vigente, el panorama de la jurisdicción militar a finales del siglo XVIII era caótico, merced a la proliferación de jurisdicciones militares especiales y la consiguiente incertidumbre en cuanto a las normas aplicables en cada caso, cfr. GIL GARCÍA, O., *Atribuciones de la "Justicia Militar" en España: fiel indicador de nuestra historia reciente*, Burgos, 1999, pp. 57-58.

⁸¹ El régimen de la confrontation había sido ya establecido en las Ordenanzas de 1536 (cap. 3, art. 17) y 1539 (art. 153). De ella se percibe aún una influencia muy clara en el artículo 319 del Código de instrucción criminal de 1807, cfr. HÉLIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, tomo I, París, 1845, p. 636.

⁸² Según la Real Orden de 18 de agosto de 1866, *el curso que establece el art. 20, tít. 3.º, p. tratado 5.º de la Ordenanza de 1748, no se propone por primordial objeto la investigación del delito, ni de los culpables; constituyese más propiamente un medio de defensa á favor del acusado y por esta circunstancia no puede menos de tener lugar* (cit. en BACARDÍ, A. de, *Segundo apéndice al Nuevo Colón*, Barcelona, 1871, p. 195, nota).

⁸³ La Real Orden de 18 de agosto de 1866 (citada anteriormente) señalaba a este respecto que el careo militar se diferencia, además, del que se practica en sumario, respecto á las personas entre quienes se celebra, limitándose el de la Ordenanza á los acusados y testigos, y practicándose el primero entre los mismos testigos, entre acusadores y acusados y entre estos últimos (cit. en Bacardí, A. de, *Segundo apéndice al Nuevo Colón*, Barcelona, 1871, p. 195, nota). Conviene precisar, sin embargo, que en las causas militares también se practicaba el careo común entre testigos cuando los citados no eran contestes. Los autores recomendaban esta diligencia en las causas de gravedad, véase COLÓN DE LARRIÁTEGUI, F., *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo III, 6.ª ed., Madrid, 1817, n. 614, p. 325; n. 652, p. 338; nn. 772-773, pp. 403-404.

⁸⁴ En el juicio criminal ordinario el "careo" haría las veces de publicación, traslado de pruebas al reo y defensa, pero concentrados en un solo acto y sin la inmediación del órgano juzgador.

⁸⁵ La confrontación de los Consejos de Guerra de Oficiales Generales estaba prevista en el art. 10, tít. 6.º, trat. 8.º.

⁸⁶ En los Consejos de Guerra ordinarios esta función se atribuía al Sargento Mayor quien, aparte de instruir el sumario (también llamado *sumaria* o *memorial*), formalizaba la acusación ante el Consejo de Guerra, asistía a la vista y redactaba la sentencia. Esta concentración de las funciones de instruir y acusar subsistió hasta el Código de Justicia Militar de 1890 (arts. 40 y 133) para el Ejército de Tierra y, para la Armada, hasta la promulgación de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Marina de 1894 (arts. 85 y 90), cfr. ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, 1991, pp. 214-219.

⁸⁷ Precedía a la formulación de la acusación (conclusión).

⁸⁸ El artículo 23 del citado cuerpo legal regulaba con precisión el procedimiento de confrontación. El careo se iniciaba con la toma de juramento del reo (quien, en la práctica, podía acudir asistido de defensor). El instructor hacía entrar al primer testigo según el orden de declaración, y le recibía igualmente juramento. Preguntaba al reo si lo conocía, si sabía le tuviera odio, mala voluntad o se los hubiera demostrado en alguna ocasión, y si le tenía por sospechoso. Tras tomarse nota de sus respuestas, se le leía la deposición del testigo. Si el reo estaba conforme con ella, se hacía constar su aprobación. De no estar conforme o formular tacha, se tomaba razón de lo que alegara en su defensa. Terminada su declaración, el instructor se dirigía al testigo para preguntarle si conocía al reo, si era el mismo por quien había declarado, y qué se le ofrecía decir respecto de lo que el reo reprochaba de su declaración. El resultado de la confrontación (conformidad o desacuerdo) se expresaba en el acta, que firmaban todos. A continuación se despedía al testigo y se hacía entrar al siguiente, con quien se observaba el mismo procedimiento, cfr. Tapia, E. de, *Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, tomo VIII, Valencia, 1830, pp. 190-192, 343-344; COLÓN DE LARRIÁTEGUI, F., *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo III, 6.ª ed., Madrid, 1817, nn. 80-86, pp. 59-63. La Ordenanza francesa de 1670 regulaba esta diligencia de forma algo diversa, admitiendo igualmente el careo entre reos, cfr. HÉLIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, tomo I, París, 1845, pp. 636-637.

⁸⁹ Vilademunt y Serra la consideraba desaconsejable, *pues ademas de poder mediar anteriores preparaciones que desfiguren la causa; esto de estar el testigo cara á cara con el reo basta para intimidarse uno á otro, singularmente el testigo con la compasion, siendo fácil que convenga el de mejores potencias, y preciso que ceda el testigo quando media amistad, calidad superior en el reo, ó temor á este ó al patrocinante; de modo que aun los autores que las tienen por útiles exceptúan estas confrontaciones en muchos casos* (cit. por Colón de Lariátegui en *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo III, 6.ª ed., Madrid, 1817, n. 80, p. 59).

Así, la Real Orden de Carlos IV de 26 de julio de 1803⁹⁰ estableció respecto de los procesos contra malhechores y contrabandistas que, "á ejemplo de lo que se practica en la jurisdicción ordinaria, no se ejecuten careos, sino cuando sean conducentes, ó bien por la discordancia de los testigos en hechos que recordados mutuamente puedan aclarar la verdad, ó por otras justas causas"⁹¹. Más lejos aún, el Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821 dispuso que en

las causas de rebelión, sedición y robos en cuadrilla se excusasen todo lo posible los careos⁹².

El empleo del término "careo" indujo a confusión a algunos importantes juristas del XIX, quienes, tal vez no apercibidos de la existencia de las leyes recopiladas por su desubicación⁹³, o tal vez haciendo caso omiso de ellas por su parquedad, situaron aquí el antecedente de la diligencia⁹⁴.

⁹⁰ Expedida en respuesta a una consulta elevada al rey por el capitán general de Andalucía, donde se exponían las dificultades existentes para verificar los preceptivos careos entre unos reos presos en Écija y los testigos que habían declarado en la causa formada contra aquéllos por el comandante del batallón de infantería ligera de Barbastro.

⁹¹ Cfr. en COLÓN DE LARRIÁTEGUI, F., *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo III, 6.ª ed., Madrid, 1817, p. 179 (n. 1); SOCÍAS, M., *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, adicionadas previa autorización de S. M. con las disposiciones vigentes*, tomo III, Madrid, 1885, n.º 69, p. 164.

⁹² Cfr. GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo IX, 2.ª ed., Madrid, 1845, p. 72; SEIJAS LOZANO, M., *Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España)*, tomo II, Madrid, 1842, p. 201. El Decreto, promulgado durante el Trienio Constitucional de Fernando VII, fue restablecido el 30 de agosto de 1836, cfr. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, tomo III (Procedimiento penal), Madrid, 1970, p. 81.

⁹³ Que no había escapado a autores anteriores, como Fernández de Herrera Villarroel (1672) o Juan y Colom (1769), cfr., respectivamente, *Práctica criminal*, Madrid, 1672, p. 129; *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial*, facsímil de la 6.ª impresión, Madrid, 1769, lib. 3.ª, p. 200.

⁹⁴ Así Gutiérrez afirmará que el careo no se halla establecido en nuestra legislación... Sin embargo, le vemos prescrito en la Ordenanza del ejército (*Práctica criminal de España*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, 1826, p. 261). Tampoco Seijas, que la define como una institución puramente militar entre nosotros: si los Tribunales ordinarios la han adoptado ha sido convencidos de sus buenos efectos y por una práctica contra la intención de la ley: esta no ha hablado de ellos sino para condenarlos, lo mismo en las disposiciones antiguas que en las modernas [Teoría de las instituciones judiciales (con proyectos formulados de códigos aplicables a España), tomo II, p. 201]. ¿A qué leyes antiguas se referiría este autor? Cfr., en el mismo sentido, Gómez de la Serna, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1861, p. 93 (para quien las ordenanzas del ejército dieron por primera vez el carácter de derecho escrito á lo que venía observándose como costumbre).