

# Capítulo 16

## Origen, Impulso y Alteración del Procedimiento

### 1. Los incidentes y excepciones como cuestiones accesorias al objeto principal.

#### 1.1 Las cuestiones prejudiciales.

La cuestión prejudicial procederá cuando sea necesario determinar por un procedimiento extrapenal (*que se tendrá que dilucidar o dilucida en otra jurisdicción*) la existencia de uno de los elementos constitutivos del hecho punible. En este sentido, es importante advertir que el CPP se aleja del criterio normativo que anteriormente regía con relación a esta institución, ya que los jueces y tribunales sólo admitían la cuestión prejudicial, cuando la ley así lo permita (*validez o invalidez del matrimonio, la declaración administrativa de evasión impositiva por artículos ingresados ilegalmente al país, etcétera*). Sin embargo, tal limitación no se perfila del análisis de la ley, por lo que habrá que analizar, cada tipo penal, para determinar si entre sus elementos descriptivos o normativos se incorpora algún aspecto, cuya dilucidación necesariamente requiera un pronunciamiento en otra jurisdicción o fuero.

A modo de ejemplo, analicemos el artículo 178 del CP regula el tipo penal de “Conducta conducente a la quiebra”, el cual señala en su numeral 2º cuanto sigue: “*El hecho es punible solamente cuando: 1) el autor o la empresa fundada o ampliada por él, haya caído en cesación de pago o cuando se haya declarado la quiebra; y 2) no se pueda excluir una conexión entre las conductas descritas en el inciso 1º y la cesación de pago o la declaración de quiebra*”. La norma de referencia habla de incriminación, siempre y cuando, previamente, un juez del fuero civil y comercial haya declarado, cuanto menos, la cesación de pagos del autor o partícipe, sin cuyo presupuesto no se puede hablar de punibilidad de la conducta.

La cuestión prejudicial se puede plantear en cualquier estado del procedimiento (*oral o escrita, según el caso*) y ante el juez penal de las etapas preparatoria e intermedia, respectivamente; aunque, excepcionalmente y si se trata de una circunstancia nueva que surge con posterioridad al inicio del juicio oral y público, se puede plantear ante el tribunal sentenciador y dicho órgano deberá resolver sobre su procedencia.

Si el juez penal acepta la procedencia de la cuestión prejudicial, dispondrá la suspensión del proceso penal hasta que en el otro trámite procesal se dicte una resolución firme y ejecutoriada, sin perjuicio de que se realicen los actos de investigación que no admitan demora. A estos efectos, si el imputado se encuentra detenido, se ordenará su libertad; si el juez rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial, ordenará la continuación del procedimiento.

Una particularidad asimilable a la figura de la cuestión prejudicial constituye el *desafuero*, incidente fundado en el obstáculo para iniciar o continuar el procedimiento, por privilegios o inmunidades consagradas en la CN a favor de una persona por razón del cargo o función que desempeña; ante semejante coyuntura, se procederá conforme a las siguientes reglas:

- a) Cuando se formule denuncia o querrela privada contra un legislador, se practicará una información sumaria que no vulnere la inmunidad de aquél y que tenga por objeto realizar los actos de investigación sobre extremos cuya pérdida sea de temer o no reproducibles ulteriormente, y los indispensables para fundar la comunicación a que se refiere el párrafo siguiente.
- b) Si existiese mérito para formar causa y disponer su sometimiento o proceso, sin ordenar su captura, el juez penal lo comunicará, acompañando copia íntegra de las actuaciones producidas, a la Cámara respectiva, para que resuelva si hay lugar o no al desafuero para ser sometido a proceso.
- c) Si el legislador hubiese sido detenido por habersele sorprendido en flagrante delito que merezca pena corporal, la autoridad interviniente lo pondrá en custodia en su residencia, dará cuenta de inmediato del hecho a la Cámara respectiva y al juez penal competente, a quien remitirá los antecedentes a la brevedad.
- d) El juez penal procederá ulteriormente en la forma dispuesta en los dos párrafos anteriores, pudiendo ordenar la libertad del legislador si corresponde a las normas de este código, o cuando así la disponga la Cámara respectiva;
- e) Cuando se formule denuncia o querrela privada contra un funcionario que goce de inmunidad, el juez penal procederá en forma similar a la establecida en los dos primeros párrafo del apartado anterior, pero, según corresponda, la comunicación se dirigirá a la Cámara de Diputados, al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o a los organismos pertinentes;
- f) Cuando se proceda contra varios imputados y solo alguno de ellos gocen de inmunidad constitucional, el proceso podrá formarse y seguirse respecto de los otros;
- g) En todo lo demás, deberá actuarse de acuerdo con la Constitución Nacional y las leyes.

## 1.2 Las excepciones.

Las excepciones son medios de defensas que, por lo general, promueven los imputados y sus defensores, para la suspensión, cesación o extinción de los motivos que produjeran sus imputaciones o procesamientos. Según si el efecto perseguido a través de la promoción de la excepción es el de suspender la continuidad del mismo o de cesar definitivamente sus efectos, las excepciones pueden clasificarse en *dilatorias* o *perentorias*. Si bien el CPP no establece una clasificación detallada del tipo de excepciones, por los efectos que producen, si son admitidas y declaradas procedentes, podrá determinarse su naturaleza de perentoria o dilatoria, ya sea porque provoque la suspensión del procedimiento (el cual desaparecido, obligará la continuidad en el estado en que se encontraba) o la cesación definitiva del procedimiento (porque el obstáculo de persecución es insuperable y la causa debe ser archivada o sobreseída, según el caso).

El **artículo 329 del CPP** establece las excepciones que se podrán articular en el proceso penal, reiterando que su enunciado es *taxativo*.

La *legitimación* está reconocida para todas las partes que podrán oponerse al *progreso* del procedimiento, ante el juez o tribunal, mediante las siguientes excepciones:

- a) *Falta de jurisdicción o incompetencia;*
- b) *Falta de acción, por improcedente, o porque no fue iniciada legalmente, o porque existe un impedimento legal para proseguirlo, y;*
- c) *Extinción de la acción penal.*

Con relación a la ***excepción de falta de acción***, algunos consideran que el uso de dicha figura se presta a muchas confusiones, dado que no contempla, por ejemplo, el caso en que se reclame por este conducto una prescripción o una violación de la prohibición del doble procesamiento o juzgamiento. Al respecto es importante destacar que de una atenta lectura surgen tres supuestos con un solo efecto que culmina con la falta de legitimación activa y por estricta vigencia del principio acusatorio (*nemo iudex sine actore*), que pueden resumirse en los siguientes ejemplos: a) *si el excepcionante cuestiona la naturaleza de la acción penal, estamos frente a un caso de improcedencia de la acción;* b) *si cuestiona aspectos relacionados con la ausencia de un elemento objetivo de punibilidad o porque no se agotaron ciertos trámites previos que exige la norma ritual penal, se aplicaría el caso de que no fue iniciada legalmente, y;* c) *cuando la acción prescribió por el transcurso del tiempo o porque una nulidad impide la continuidad del procedimiento por la prohibición de retrotraer el procedimiento a etapas anteriores sobre la base de la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal previsto a favor del imputado, se aplicará el impedimento legal que impide la prosecución del procedimiento.*

Asimismo, en el caso de que el interesado promueva dos o más excepciones de una sola vez, éstas deberán interponerse conjuntamente, aunque el juez o tribunal resolverá primeramente por las que se refieran a la competencia y finalmente por las que puedan afectar la continuidad del procedimiento. Asimismo, la excepción podrá declararse de oficio por el juez o tribunal, salvo que se traten de cuestiones que exijan el reclamo o planteamiento de la parte afectada.

El rechazo de la excepción impedirá que en el futuro se vuelva a plantear, por los mismos motivos (si bien existen discrepancias de la controvertidos precedentes que dicen, por un lado, que las excepciones promovidas en la Etapa Intermedia y que por la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio oral y público, permitirían el reexamen de las mismas al principiar el juicio oral y público, y, por otra parte, otros precedentes señalan que si en la Etapa Intermedia se ejercieron las excepciones del artículo 329 del CPP, más adelante no se podrán promover bajo los mismos motivos, por estricto cumplimiento del precepto de marras, más allá del problema relacionado con la discusión sobre la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio oral y público.

De ahí la importancia de que si las excepciones articuladas en la Etapa Intermedia, son desestimadas en la misma resolución que, entre otras cosas, dicta el *Auto de apertura a Juicio Oral y Público que es irrecurrible*, el tribunal de apelaciones deberá declarar la admisibilidad del recurso en este aspecto, ya que si adopta *-como lo viene haciendo-* el criterio de que lo accesorio sigue la suerte del principal (*si el auto de apertura es irrecurrible, las demás resoluciones cobijadas en dicho auto, también siguen la misma suerte*), se coloca al imputado en absoluta indefensión, postura que afecta el derecho al recurso, tal como lo receipta el *artículo 8.2.h del Pacto de José de Costa Rica* (legislación positiva vigente por la Ley No. 1/89).

En cuanto al ***trámite***, corresponderá imprimirlo bajo la modalidad de incidentes, sin interrumpir la investigación. Merece destacarse aquí que la confusión entre las modalidades ***“incidentes”*** y ***“excepciones”*** como perfectamente sinónimas se da exclusivamente en este nivel, o sea, en lo que hace al trámite de la cuestión, principalmente si se tramita en forma escrita, ya que en forma oral se tienen reglas específicas para el juicio oral y público.

Fuera de esta *coincidencia*, no existe motivo para sostener que cuando el interesado (litigante) plantea una cuestión incidental lo está haciendo igualmente como excepción. Son similares, pero no idénticos, porque difieren en sus finalidades y en el carácter taxativo de las excepciones que impiden asimilarse a los incidentes innominados.

En el escrito en el cual el interesado deduzca un incidente, ofrecerá prueba y acompañará la documentación que obre en su poder. El juez dará traslado a las otras partes por tres días para que contesten y ofrezcan prueba. Si la cuestión es de puro derecho o nadie ha ofrecido prueba, resolverá dentro de los tres días siguientes. Si no se ha ofrecido prueba convocará, dentro de los cinco días a una audiencia, luego de la cual resolverá inmediatamente.

Los incidentistas tomarán a su cargo aportar la prueba a la audiencia.

El juez podrá tramitar según la vía incidental las peticiones o planteos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas o requieran la producción de prueba.

### 1.2.1 La excepción de incompetencia.

Cualquiera de las partes podrá promover una excepción de incompetencia ante el juez que se considera competente, como ante el juez incompetente que conoce del procedimiento. También lo puede plantear el juez en forma *positiva* (cuando pretenda la incompetencia de otro juez) o *negativa* (cuando considere que el competente es otro juez) solicitará por escrito, que se admita o rechace la competencia.

El trámite implicará que el *juez requerido* en el plazo de *tres días* se expida admitiendo o rechazando la pretensión del otro magistrado, en escrito fundado. Ahora bien, si dos jueces se declaran simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes nos encontramos ante un *conflicto de competencia* en cuyo caso, lo resolverá la Corte Suprema de Justicia, según las reglas de la competencia previstas en el CPP.

Recibidas las actuaciones, la Corte Suprema de Justicia resolverá el conflicto dentro de los tres días siguientes. Si se requiere la producción de prueba se convocará a una audiencia dentro de los cinco días. El secretario ordenará lo necesario para la producción de la prueba.

Resuelto el conflicto de competencia se devolverán las actuaciones, en forma inmediata, al juez o tribunal competente. Al resolver el conflicto se determinarán los actos del juez incompetente que conservan validez, sin perjuicio de la ratificación o ampliación de dichos actos por el juez competente.

### 1.2.2 Efectos que producen los incidentes y excepciones.

La admisión de las excepciones o incidentes, provocarán los siguientes efectos, según el caso:

- a) La cuestión de incompetencia se resolverá antes que cualquier otra;
- b) Si se reconoce la litispendencia se decidirá cual es el único juez competente;
- c) Si se declara la falta de acción, se archivarán las actuaciones, salvo que la persecución pueda proseguir por medio de otro de los que intervienen, en cuyo caso la decisión sólo relevará del procedimiento a aquél a quien afecta;
- d) En los casos de extinción de la acción penal así se declarará, y;

- e) La falta de poder suficiente y los defectos formales de un acto de solicitud de constitución como parte, podrán ser saneados dentro de los cinco días.
- f) Las resoluciones judiciales que deciden una cuestión prejudicial, la procedencia de la solicitud de desafuero, una excepción o una cuestión incidental serán apelables.

## 2. La aclaratoria.

Una particularidad se observa en cuanto al capítulo de las resoluciones judiciales, cuando incorpora una institución que anteriormente correspondía al régimen de los recursos ordinarios: la aclaratoria. Esta materia está comprendida dentro de las resoluciones judiciales, porque su *objeto* no busca alterar sustancialmente el contenido de la decisión que se pretende aclarar, lo que impide continuar con la denominación anterior de recurso, ya que se entiende por éste, todo medio de impugnación que ejerce una de las partes que se siente agraviada por la violación de un derecho o garantía o la inobservancia de un precepto que ampare su posición.

De esta manera, la aclaración del contenido de una resolución, en caso de proceder, *no altera lo sustancial de la parte dispositiva* y en ese sentido, más bien constituye un acto procesal más que es privativa de los jueces y tribunales para corregir errores materiales, suplir omisiones o aclarar expresiones oscuras, todo esto, con la finalidad de optimizar los alcances de la decisión originaria.

La aclaración la podrá realizar el mismo juez o tribunal antes que la resolución se notifique a las partes, o en su defecto, cuando se haya producido la comunicación, podrán plantear las partes en el plazo de tres días.

Finalmente, se hace expresa mención de una cuestión obvia, pero conveniente para traslucir una mayor seguridad para los justiciables y la sociedad en su conjunto: el momento que las decisiones judiciales adquieren firmeza. En ese sentido, no se requiere ninguna declaración expresa por parte del órgano que dictó la resolución, aunque es lógico que el carácter definitivo de la misma se opere por el transcurso de los plazos legales que el Código Procesal Penal prevé para recurrir. Debe recordarse que el plazo para recurrir los autos interlocutorios que recaigan en las dos primeras etapas es de cinco días, salvo la reposición que es de tres días.

En consecuencia, las decisiones en las dos primeras etapas quedan ejecutoriadas a las veinticuatro horas del quinto día de dictada la resolución, claro está, computada a partir de la notificación personal, con las excepciones legales previstas en el CPP (como el auto de apertura a juicio oral y público, que es irrecurrible).

De acuerdo a lo expuesto, mientras no haya transcurrido el plazo para recurrir alguna de las decisiones que pueden adoptar el juez o tribunal, la resolución no puede motivar la preclusión de una etapa y el inicio de otra, salvo que la misma ley expresamente señale lo contrario (*Ejemplo: las resoluciones que impongan, cesen o modifiquen una medida cautelar se cumplirán de inmediato, o sea, aunque no haya expirado el plazo que disponen los afectados para ejercer el derecho de recurrir*).

### 3. La queja.

Si bien en la mayoría de los códigos procesales corte inquisitivo, se incluía dentro del régimen recursivo a la queja por retardo de justicia o por denegación de recursos, ambas modalidades se suprimen en el CPP de 1998. La pregunta que nos hacemos, es la siguiente: *¿Por qué?* En *primer lugar*, porque no se refieren a materias propiamente impugnativas, ya que el agravio no es el contenido de una decisión, sino la falta de pronunciamiento o la denegación de un derecho como el caso de recurrir una decisión; en ambos casos, lo que se cuestiona es el mero trámite y no el valor intrínseco de sus pronunciamientos. En *segundo lugar*, porque la forma en que se articula el sistema recursivo, desecha la posibilidad de articular la queja por denegación del recurso, ya que en todo momento es obligación del magistrado que dictó una resolución tramitar el recurso, careciendo de competencia para entender sobre su admisibilidad o no, materia reservada al tribunal de alzada.

La queja se inserta en el contexto de la actividad procesal, dispone del siguiente *trámite*:

Si el juez o tribunal no dicta la resolución correspondiente en los plazos que le señala este código, el interesado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las veinticuatro horas no lo obtiene, podrá interponer queja por retardo de justicia. El juez o tribunal, con un breve informe sobre los motivos de su demora, remitirá inmediatamente las actuaciones al que deba entender en la queja, para que resuelva lo que corresponda. El tribunal que conozca de la queja resolverá directamente lo solicitado, cuando sea posible, o emplazará al juez o tribunal para que lo haga dentro de las veinticuatro horas de devueltas las actuaciones. Si el juez o tribunal insiste en no decidir, será reemplazado inmediatamente, sin perjuicio de su responsabilidad personal.

### 4. La reposición del plazo.

Las partes podrán solicitar la reposición total o parcial del plazo, cuando por defecto de la notificación, por razones de fuerza mayor o por caso fortuito, no hayan podido observarlo. Se considerará que existe motivo para pedir la reposición del plazo cuando no se cumplan con las advertencias previstas en el caso de la notificación al imputado.

La solicitud se deberá presentar por escrito ante el juez o tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas de desaparecido el impedimento o de conocida la providencia que originó el plazo y contendrá una indicación somera del motivo que imposibilitó la observancia, su justificación, con mención de todos los elementos de prueba para comprobarla.

### 5. Los requerimientos de las partes.

Las partes pueden ejercer todas las facultades previstas en el CPP, a más del compromiso de sujetarse a las reglas de la buena fe en el ejercicio de sus planteamientos. A tales efectos, los planteos se podrán efectuar oralmente (en las audiencias) y por escrito (en los demás casos) y siempre con una fundamentación fáctica, con invocación de los preceptos legales y la solución que se propone al tribunal.

Si el Código no establece plazo específico para que los jueces y tribunales se pronuncien respecto al planteamiento de las partes, el artículo 133 del CPP señala que lo harán dentro de los tres días contados desde la presentación.

**“Artículo 316. Facultades del Ministerio Público.** El Ministerio Público practicará todas las diligencias y actuaciones de la etapa preparatoria que no precisen autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional.

El Ministerio Público podrá exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso.

Todas las autoridades públicas están obligadas a colaborar con la investigación, según sus respectivas competencias y a cumplir las solicitudes o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley”.

**“Artículo 317. Participación en los actos.** El Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique, velando que su participación no obstruya el desarrollo de las actividades”.

**“Artículo 318. Proposición de diligencias.** Cualquiera de las partes podrá proponer diligencias en cualquier momento de la investigación. El Ministerio Público deberá realizarlas si las considera pertinentes y útiles, debiendo hacer constar las razones de su negativa, a los efectos que ulteriormente correspondan”.

# Capítulo 17

## Teoría de la Prueba

### 1. Nociones fundamentales sobre la prueba.

Por mucho tiempo se insistió en un modelo probatorio esquematizado, formalista, en que lo más importante era el estudio sobre el procedimiento de adquisición de la prueba –*que también es sumamente trascendente en un proceso penal republicano y democrático, pero no es el ámbito exclusivo y excluyente de otros que también cuidadosamente deben cautelarse*-, independientemente de su relevancia con lo que se discute en el juicio. La explicación al ritualismo de la prueba guarda estrecha relación con el modelo inquisitivo escrito, centralizado en la autoridad de la ley y el juez que con su decisión le dan vida a la historia (*hechos acaecidos y relevantes que deben ser discutidos y probados en el litigio*). En un modelo acusatorio en el que debe prevalecer la *centralidad del juicio oral y público*, la discusión en torno a la historia susceptible de discutirse y acreditarse se focaliza en la pertinencia de la prueba, en la lógica de las construcciones fácticas, y, fundamentalmente, en la coherencia entre lo que se prometió probar y lo que efectivamente se consolidó en el marco de una discusión oral, contradictorio y con especial celo en el respeto de la destreza de los litigantes y en la indiscutible necesidad de que la presunción de inocencia impone al acusador destruirla si es que tiene un caso para probarlo con certeza afirmativa.

De ahí que la prueba no es más que información relevante que se obtiene en un procedimiento a los efectos de la acreditación de una *teoría fáctica*. La información colectada y su conexión con el proceso penal permitirá al acusador –*principalmente, ya que el imputado está exonerado de la carga probatoria por la presunción de inocencia, lo cual no implica que si quiere, puede realizar actividad probatoria de descargo o en defensa de uno o varios aspectos de su teoría fáctica*-, construir coherentemente una *teoría probatoria* y sobre este base, finalmente, sostener su pretensión punitiva final con la reunión de sus teorías fácticas y probatorias (principio de congruencia) con la *teoría jurídica*.

### 2. Concepto de prueba.

La evolución de la prueba como instituto procesal penal, estuvo regida desde un principio por los sistemas políticos vigentes en los distintos períodos de la historia. Esta evolución se vio marcada por dos momentos bien definidos: primero, el señalamiento del culpable a cargo de la divinidad, limitándose los jueces a practicar los actos necesarios para que la misma se manifestase, (juicios de dios, las ordalías); segundo, la imposición a los jueces de formar por sí mismos la convicción razo-



nada sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual. Es sólo -a partir de aquí- que aparece el concepto moderno de la prueba, como una operación cognoscitiva y volitiva indispensable que debe realizar el magistrado para que la decisión que adopte en cualquiera de los sentidos consignados, sea reconocida y válida.

Desde ese momento -cuando el magistrado debía adquirir información válida en el juicio y sobre el cual debía formar su convicción- la prueba penal se ha caracterizado por la utilización de recursos técnicos y científicos, para el descubrimiento y valoración de elementos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de sus resultados, claro está, todo ello dentro de un marco de respeto y reconocimiento de los derechos individuales y las garantías constitucionales y procesales, respectivamente.

La prueba es el único medio seguro y confiable para llegar a la verdad real y al mismo tiempo constituye la mayor garantía contra las arbitrariedades judiciales; su formulación (el carácter de la prueba y el modo de considerarse en la decisión judicial) es indispensable en el proceso penal y hacia dicho objetivo se deben ceñir las diversas actividades procesales que en su contexto se efectúan, ya que solamente bajo este presupuesto se podrá obtener de una manera *legal* la correspondencia entre los hechos tipificados por una norma penal sustantiva con los acreditados como requisitos para el ejercicio legítimo del poder punitivo estatal.

Los hechos y el derecho aplicables son operaciones indivisibles, pues de la comprobación o acreditación de los primeros, se podrá aplicar -afirmando o negando su coincidencia- el segundo; de esto se puede deducir con absoluta relación de causalidad, que la inexistencia o deficiente realización de una investigación exhaustiva de los hechos, impedirá la aplicación correcta del derecho sustantivo, lo que conllevaría, en la desvirtuación del derecho procesal penal como *instrumento* legitimador del derecho penal, por desviar sus *contenidos* material (búsqueda de la verdad histórica o real de los hechos, redefinición del conflicto producido por el supuesto punible y defensa de la dignidad de las personas que intervienen en el proceso) y formal (cumplimiento de los principios constitucionales del *debido proceso penal* y *juez natural, independiente e imparcial*), respectivamente.

Es por eso que la tarea exhaustiva y esencial de un previo esclarecimiento de los hechos para la correcta aplicación del derecho penal sustantivo, coincide con el valor jurídico de justicia que es el presupuesto que preside todas las normas que componen el ordenamiento jurídico de una nación, pues nunca será justa la aplicación del derecho si los hechos no han sido determinados conforme al criterio de la verdad real.

El **concepto de verdad y su manifestación que son las normas que regulan la prueba en el proceso**, surgen directamente de la decisión de fundar un derecho penal de acto -propio de un sistema republicano y democrático de gobierno- y por lo tanto urgido por la reconstrucción histórica de los hechos. recuérdese que el sistema inquisitivo prescindía de este nexo imprescindible que mencionamos, porque ceñía la distorsionada eficiencia de su procedimiento en presunciones e indicios legales plagado de subjetivismos permitidos al juzgador y con el auxilio de instrumentos deleznable que permitían examinar al imputado como el principal (por no decir, exclusivo) *objeto de prueba* (los tormentos, la coacción, la presunción de culpabilidad, la tortura, etc.) y, a todo ello, se sumaba la persistencia de un derecho penal de autor que construía la supuesta verdad desarrollada por pruebas preconcebidas en la misma norma procesal, sobre el castigo del imputado no por lo que haya realizado, sino por lo que era, por sus antecedentes de cualquier naturaleza, por su manera de pensar o por la simple afirmación del juez de lo que podría hacer en el futuro, todo esto, conforme a la imaginación enfermiza de algún autócrata que funja de magistrado. De esta manera, la búsqueda de la verdad y la construcción lógico-racional de la misma a través del régimen probatorio admitido por todo proceso penal republicano, se constituyen en una garantía elemental para las personas –

principalmente, para el imputado- que articula frenos eficaces a la tentación permanente de castigar a las personas sobre bases distorsionadas o meramente subjetivas del juez.

Lo que sencillamente preconiza el CPP es que para condenar a una persona aplicándole las previsiones legales previstas en el código penal, es indispensable la certeza que adquiere el juez o tribunal para formar una convicción razonada sobre el conjunto del material probatorio adquirido en forma legal acerca de la reunión de los presupuestos necesarios para reputar la conducta del acusado como reprochable y sancionable. La ausencia de este estado mental que debe formarse el juez o tribunal, impide la correspondiente aplicación del derecho penal afirmativamente respecto a la persona imputada. Se puede presentar una situación que señale claramente una imposibilidad en la determinación asertiva de los hechos, o que los mismos no sean fehacientemente contundentes - *positiva o negativamente*- para sostener una certeza sobre la perpetración del hecho punible y la correspondiente participación del afectado.

Surge así la duda como una oscilación intelectual del juzgador entre la certeza positiva o la certeza negativa, sin que ninguno de los polos tenga la fuerza de atracción suficiente para llegar a la verdad rea en cualquiera de los sentidos consignados; en esta situación intelectual que se le presenta al juez, cobra plena entidad la aplicación del principio «*in dubio pro reo*», que es un desarrollo institucional íntimamente ligado al *principio de inocencia*, resguardando al imputado de cualquier arbitrariedad en el resultado de su suerte procesal.

Dicho principio jamás tendrá una aplicación o interpretación restrictiva o restringida, sino que se convierte en un instituto de ponderación que se amplía a todo el sistema de valoración de la prueba, por supuesto desde el grado de exigencia cognoscitiva que cada resolución y cada etapa procesal tiene en el texto del código procesal penal.

De todo lo anticipado a modo de introducción, debemos adentrarnos en el tópico en análisis y preguntarnos: *¿Qué es la prueba?* En un sentido amplio la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, o, en estricto prurito académico, la prueba es todo medio jurídico de adquirir certeza de un hecho o de una proposición; o más bien, parafraseando a *Mittermaier*, la prueba no es más que “*la suma de motivos productores de la certeza*”. *Máximo Castro*, nos enseña que la prueba es “*todo medio jurídico de adquirir certeza de un hecho o de una proposición*”; recapitulando con la cita de *Mittermaier*, el jurista nos explica que la prueba es “*la suma de motivos productores de la certeza*” y, *Francesco Carrara*, conceptúa como prueba “*todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición*”.<sup>1</sup> *Cafferata Nores* sostiene, en un sentido amplio, que la prueba es todo aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, explicación amplia que traslada al proceso penal impone la concepción probatoria como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva.

Y reitera *Cafferata Nores*: “*...Mirado desde una óptica técnicamente más estricta, el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado, aun cuando en el léxico jurídico ordinario, no siempre se los distinga con precisión: 1) el elemento de prueba; 2) el órgano de prueba; 3) el medio de prueba; 4) el objeto de la prueba...*”.

<sup>1</sup> CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO. “La Prueba en el Proceso Penal”, Editorial De Palma, 3ª Edición, Año 2002, Páginas 12/13.

### 3. Estados intelectuales del juez respecto a la verdad.

El **artículo 5** del CPP inicia este tópico cuando define una de las consecuencias directas de la aplicación del principio de la presunción de inocencia consagrado en el CN. Nos estamos refiriendo a la duda, que de persistir en el análisis integral *-fáctico y también en el orden de aplicación de las leyes-* del caso, los jueces decidirán siempre lo que sea más favorable para el imputado.

Hemos reiterado en varias ocasiones que entre las nuevas finalidades del proceso penal fundado, claro está, en una corriente ideológica en consonancia con el sistema republicano y democrático de gobierno, se destaca aquella que pretende arribar en forma transparente y objetiva a la averiguación de la verdad histórica del hecho acaecido o, como lo señala **Béling**, “... en la reconstrucción del modo más coincidente posible del hecho real a través del proceso de investigación penal en el que se preconiza la verdad material antes que la verdad meramente formal...”<sup>2</sup>

Cuando hablamos de varias finalidades que pretende colmar el proceso penal, se podrían citar, además del ya mencionado, a la posibilidad que otorga el derecho procesal penal de aplicar el derecho penal sustantivo o en la redefinición del conflicto humano a través de una sanción concreta, esto es, con la mayor dosis de consenso posible (vale decir, con la espontánea aceptación de las partes en litigio) y consecuentemente con el restablecimiento de la paz social en las relaciones humanas perturbadas por el delito o el crimen. Sin embargo, estas dos finalidades expuestas (posibilidad de aplicación del derecho penal sustantivo y redefinición del conflicto mediante la pacificación razonable de las relaciones humanas) son posibles a través de la principal y uno de los indispensables objetivos del proceso penal, cual es, la averiguación de la verdad histórica.

Lo que se debe pretender y obtener es la comprobación de la existencia del hecho punible (a los fines de la tipicidad y antijuridicidad) y, posteriormente, determinar el grado de participación con efectos punitivos que podrían recaer en el imputado. Estas operaciones tendientes a la comprobación del hecho investigado se denominan bajo la expresión la prueba que, en definitiva, no es más que una información relevante e incorporada a la causa, que por mecanismos de valoración efectuados por el juez o tribunal, le otorga cierta relevancia al criterio judicial para considerar que por medio de dicha información se acredita fehacientemente la responsabilidad del agente o la exclusión de su responsabilidad.

De esta manera, *la prueba es la base substancial para la validez de una sentencia ya sea absolutoria o condenatoria, porque de la correcta valoración de los hechos incorporados al proceso que efectúe un juez o tribunal, dependerá el grado de justicia de su resolución.*

De ahí que lo más importante para hablar de prueba es la acreditación de lo que se está afirmando o negando, o, en términos más sencillos, es la constatación acerca de que un hecho que se está investigando o que forma parte de un conjunto de circunstancias investigadas adquiere el grado de certeza. Una vez adquirida la certeza (que es la máxima escala de la excelencia probatoria en un proceso penal) se puede aplicar con mucha ecuanimidad y sobrada tranquilidad de conciencia por parte del juez, el derecho penal sustantivo y redefinir el conflicto penal del modo menos traumático posible, es decir, en forma pacífica. La búsqueda de la certeza, entonces, ha sido la idea-fuerza que ha movido a los procesalistas para organizar la metodología que convierta la información en bruto que ingresa a un proceso penal, por vía de inferencias y valoraciones que corresponden al juez, en elementos relevantes que posibiliten llegar a la certeza y fijeza sobre hechos esenciales que determinan la existencia del delito y el grado de responsabilidad del imputado en una causa penal.

<sup>2</sup> BÉLING, ERNST. “DERECHO PROCESAL PENAL”. EDITORIAL MARCOS LERNER. AÑO 1984.

Estos mecanismos para la obtención de la certeza que sería el vehículo principal para que un juez diga: está probado fehacientemente el hecho, susceptible de tipificación como delito y como tal, el imputado resulta vinculado como partícipe en calidad de autor, y de ello, su conducta es reprochable y, finalmente, merecedor de una sanción penal, precisan de una estricta observancia de ciertas reglas para que la información ingrese válidamente al proceso penal, de manera tal, que en ese proceso se desconozcan idénticos derechos o aún de mayor entidad que deben ser protegidos en el curso de la causa penal, tales como la defensa de los derechos y la presunción de inocencia de las personas. O sea, debe existir una coherencia entre información probatoria que “ingresa” al proceso penal, sin que por ello, se tengan que menoscabar las “garantías del imputado”. En este proceso de racionalización de las pruebas, se fue forjando una teoría y tal sentido, el juez o tribunal fue adquiriendo cada vez más relevancia en los procesos intelectivos de valoración de la información ingresada al proceso penal.

Sin embargo, ese “ingreso de información al proceso penal” no siempre adquiere la mayor jerarquía sobre la veracidad de un hecho o del conjunto de hechos investigados. Vale decir, en muchas ocasiones la certeza está ausente en la información que sirve a la investigación. En ausencia de la certeza, el juez se va formando una convicción acerca del acontecimiento sometido a su investigación, de tal manera que aquélla va impactando en su conciencia generándole distintos estados de conocimiento que podrían denominarse estados intelectuales del juez respecto a la verdad o certeza.

*La certeza es equivalente a la verdad y ésta puede ser conceptuada como la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad; empero, la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, pues el magistrado sólo lo puede percibir subjetivamente como creencia de haberlo alcanzado. Cuando esa percepción claramente subjetiva es firme, se dice que hay certeza, la cual se puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad. La certeza puede manifestarse en polos contrapuestos: positiva (cuando el juez tiene la firme convicción de que algo existe) y negativa (cuando el juez tiene la firme creencia o convicción de que algo no existe).*

Estas son posiciones absolutas y generalmente producen sus efectos directos e inmediatos en un proceso penal. *Ejemplo: si hay certeza positiva sobre la existencia de un hecho delictivo al imputado es casi seguro la condena, mientras que si es negativa respecto a la inexistencia de responsabilidad del agente o aún del hecho punible en sí, es casi seguro que resolverá el sobreseimiento o la absolución, según el estado en que se encuentre.*

Para arribar a esos estados intelectuales absolutos de certeza, el juez debe seguir un camino infructuoso para llegar a su conclusión, debe ir salvando obstáculos, reconvirtiendo y uniendo situaciones particulares y efectuar un trabajo del conjunto o masa probatoria. En ese tránsito se van produciendo una serie de estados intelectuales que denominamos intermedios, es decir, situaciones que no adquieren pleno convencimiento por parte del juez acerca de la certeza positiva o negativa, lo cual, a su vez, genera también sus efectos en el proceso penal; así se tienen los siguientes estadios intelectivos como ***la duda, la probabilidad y la improbabilidad.***

La ***duda*** generalmente surge de la indecisión del intelecto que debe optar entre la existencia o inexistencia del objeto sobre el cual está pensando. Existe pues, un equilibrio entre los elementos que inducen a afirmar la existencia y los que generan la negación de esa existencia, siendo ambos extremos atendibles por igual. De este modo, no se puede hablar de un equilibrio entre los elementos positivos o negativos de la existencia del hecho, sino más bien cabría decir que acaso la duda esté representada más que por el equilibrio, por la oscilación entre la afirmación y la negación, sin poder quedarse -el juez, claro está- con ninguno de los dos polos.

La **probabilidad** en cambio se da, cuando a pesar de la coexistencia de elementos positivos o negativos acerca de la existencia de un hecho, los elementos positivos sean superiores en fuerza a los negativos, o sea, tienen preponderancia desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento.

Cuando los elementos negativos sean superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista que se acaba de señalar), se dice que hay **improbabilidad** (o probabilidad negativa).

Seguramente se dirá que estos aspectos carecen de trascendencia a los fines de su ubicación en el contexto de las diversas etapas del proceso penal. Más es importante puntualizar que los grados de adquisición del conocimiento sobre la verosimilitud de un hecho o no, pueden motivar el impulso o el progreso de la investigación llegando, inclusive, hasta la etapa del juicio oral y público, cuya culminación a los efectos de la obtención de una sentencia condenatoria exige la certeza sobre la imputación inicial, vale decir, la existencia de una coincidencia entre la verdad y el estado subjetivo que adquiere el juez que se denomina propiamente certeza.

En la **Etapa Preparatoria** no se requiere más que la afirmación por parte del Ministerio Público la posible existencia de un hecho punible para que se produzca el requerimiento fiscal o algún planteamiento análogo por parte de aquél. No interesa en este momento que exista en el magistrado ningún tipo de convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación. La vinculación de una persona en carácter de imputada requiere una motivación fundada que acredite la sospecha sobre su participación en un hecho punible. Por el contrario, si es que se tiene la certeza de que no hubo participación punible o dicha participación parece improbable no se puede impulsar el procedimiento contra dicha persona. En este caso, la duda debe beneficiar al imputado por todos los efectos perniciosos que pudiera generar a la persona sometida al proceso y que por nuestra praxis no merecen mayores disquisiciones al respecto, pero ello no equivale al archivamiento, sino a que un proceso no podrá ir más allá de esta situación, si es que no se supera el estado de duda o sospecha inicial con el que se vincula al imputado a las resultas del trámite.

Ahora bien, si al momento de resolver la situación procesal del imputado (ejemplo: aplicación de una medida cautelar de orden personal o real) el CPP establece entre sus criterios de aplicación de las restricciones, la existencia de hechos suficientes (conjuntos o variados) que permitan sostener, razonablemente (en el contexto general de la investigación) que es autor o partícipe. En otras palabras, equivale a sostener que existen bases fácticas concatenadas o unidas en forma razonada por parte del juez para creerlo vinculado al hecho y, además, sea necesaria la presencia del imputado a las resultas del proceso.

Si es que no se dan esos elementos fácticos razonables, no se ha podido pasar a un estado superior a la duda que se refiere y es evidente que podría plantearse el sobreseimiento provisional de la causa o convertirse en libre por el transcurso del lapso sin el aporte de nuevos elementos de convicción o, en el mejor de los casos, porque se carece de fundamento (porque el hecho no fue cometido o no lo fue por el imputado o no encuadra en una figura penal, o media alguna causa de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusa absolutoria).

En este punto, conviene analizar una situación muy importante, el artículo 359 del CPP establece la pertinencia del sobreseimiento definitivo “...cuando e pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y sea imposible requerir fundadamente la apertura a juicio”. Es lo que se denomina **insuperabilidad de la duda razonable**, ya que resultaría imposible incorporar nuevos elementos que alteren el estado de insuperabilidad y bien sabemos que continuar al siguiente estadio constituiría una contravención a los principios razonables del proceso penal, afectando ostensiblemente la presunción de inocencia de las personas que por

una cuestión de cumplir con el “rito procesal”, no puede beneficiarse con el sobreseimiento, cuando en el futuro, el resultado será idéntico por que la situación fáctica se torna invariable.

Al culminar la Etapa Preparatoria, el Ministerio Público puede encontrarse con un avance del estado de sospecha razonable o duda hacia el de la probabilidad, en cuyo caso, podría acusar fundadamente, indicando los elementos que podrían alterar substancialmente la situación de probabilidad y convertirla en certeza procesal.

Estamos en la ***Etapa Intermedia***, en la que ordinariamente el Ministerio Público solicita la apertura del juicio oral y público, pero si eventualmente la defensa del imputado sostiene fundadamente que no ha superado el estado de duda o, simplemente, existen elementos que acreditan la inexistencia de punibilidad o alguna causal que elimine uno de los presupuestos para permitir una condena respecto a la conducta investigada y que se pretende acusar, podría plantear el sobreseimiento bajo las causales tradicionales del artículo 359 numeral 1° del CPP o señalando la insuperabilidad del estado de duda razonable como novedad institucional que prevé el artículo 359 numeral 2° del ritual penal.

Finalmente, en el ***juicio oral y público***, se requiere ineluctablemente de la certeza sobre la culpabilidad del imputado para obtener una condena en su contra, pues gozando éste de un estado de inocencia constitucionalmente reconocido y legalmente reglamentado, sólo podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la plena convicción del tribunal al respecto.

Como se puede verificar, el grado de adquisición de información que se va convirtiendo en convicción para el juez o tribunal, en un principio de la investigación, no es vital para frenar el trámite. La sospecha o duda, entonces, sólo puede motivar la investigación penal, ya que la improbabilidad impide el proceso y genera el archivamiento de los antecedentes hasta que aparezcan nuevos elementos.

Efectuada la imputación por la fiscalía, el estado de inocencia va cobrando mayor envergadura, ya que para pasar al juicio oral y público no solamente la improbabilidad evita su apertura, sino que también la duda *-strictu sensu-* tendría que impedir al fiscal la solicitud de elevación al juicio, ya que debe contar con una importante actividad informativa que la convertirá en prueba a ser rendida en la audiencia. Aun así, el estado de probabilidad de comisión de un hecho imputado a la persona del acusado, en el juicio oral y público, impedirán su condena por la vigencia plena del principio de inocencia, fundada en la preexistencia o persistencia de la duda razonable, no de cualquier duda.

Demás está decir con relación a esto último, que la simple duda no puede motivar una absolución porque en toda empresa humana, como el juicio oral y público, la reconstrucción exacta de la historia es imposible, lo que se obtiene es la coincidencia de los elementos trascendentales y substanciales para permitir la aplicación de la hipótesis punitiva prevista en la norma penal de fondo.

Si contrariando estos grados de adquisición de conocimiento que dispone el juez o tribunal al valorar los hechos en su conjunto, aún así emite una condena sobre indicios o presunciones y alegando una suerte de probabilidad en cuanto a la existencia del hecho y el grado de responsabilidad penal del agente, ello podría dar lugar a la apelación contra la sentencia sobre la base de lo dispuesto por el artículo 403 del CPP que establece vicios de las sentencias cuando en la fundamentación no se hayan observado las reglas de la sana crítica respecto a medios o elementos probatorio de valor decisivo. Es decir, la inobservancia del principio de certeza en cuanto a la responsabilidad del acusado, lo que equivale a la vulneración de la garantía de la presunción de inocencia y con ello la destrucción de uno de los pilares del debido proceso penal republicano.

# Capítulo 18

## Dinámica Probatoria en el Procedimiento.

### 1. Alcances de la “prueba” en el proceso penal.

#### 1.1 Elemento de prueba.

Es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de generar un conocimiento asertivo o probable acerca de uno o varios extremos que hacen a la imputación del hecho punible dentro del proceso.

Del concepto ensayado se pueden extraer los atributos esenciales, sin los cuales no se puede hablar de la existencia de un elemento probatorio.

- a) Objetividad. El dato tiene que derivar del mundo exterior al proceso, por lo que nunca puede constituir en una fuente cognoscitiva privativa del magistrado o tribunal. En otras palabras, debe provenir de afuera hacia el interior del proceso penal y en ese trayecto de ingreso, debe pasar por el estadio de control de las partes interesadas en el valor que proporciona el dato objetivo.
- b) Legalidad. El dato derivado del mundo exterior al proceso debe ingresar a éste en forma hábil, vale decir, ajustado a los cánones legales. Esto significa que la ilegalidad del elemento de prueba podría ser por su irregular obtención o por su irregular incorporación al proceso.
- c) Relevancia. El elemento de prueba será tal no sólo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad. Es decir, un elemento de prueba es relevante cuando es útil para formar, cuanto menos, un juicio de probabilidad sobre lo que se pretende demostrar como existente o inexistente.
- d) Pertinencia. El dato objetivo que se obtiene y que pretende formar una convicción de probabilidad sobre un extremo, será pertinente –y este es uno de los aspectos que requieren mayor prudencia para que los jueces y tribunales controlen la superposición innecesaria de pruebas o las notoriamente superfluas- mientras se vincule con la demostración de la existencia del hecho y del o los sujetos imputados, o con cualquier otra circunstancia que objetivamente merezca anexarse, v. gr. atenuantes, agravantes, elementos descriptivos del tipo, eximentes de pena, prescindencia de reproche, cualidades especiales del tipo, etcétera.

## 1.2 Órgano de prueba.

Para *Leone*, el órgano de prueba “*es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo trasmite al proceso*”.<sup>3</sup> Conforme a tal presupuesto, el portador del elemento de prueba actúa como vínculo de intermediación entre el dato trascendente que posee para los fines del proceso penal –*averiguación de la verdad histórica*- y el destinatario que debe discernir sobre el carácter objetivo de la información, su legal modo de obtención, su relevancia sobre el estado de certeza que confiere el dato y su pertinencia a los fines concretos perseguidos en el caso puntual; ese destinatario, obviamente, es el juez o tribunal.

El sujeto que porta el elemento de prueba, pudo haber obtenido la información de un modo accidental o coyuntural (de ordinario, acontece con los testigos) o por un mandato expreso del magistrado o encargado de la investigación (como ocurre con el caso de los peritos) que acude a su conocimiento en una determinada ciencia, arte u oficio para que determine el alcance de la información compleja que merezca un discernimiento legal con la finalidad de acreditar una circunstancia relevante para el caso.

Es evidente que también es portador de un dato el ofendido o la víctima y lo mismo se produce con respecto a la persona imputada, cuando presta declaración indagatoria. En este último aspecto, la situación jurídica del tratamiento del sujeto que porta un elemento (dato) de prueba, por revestir la calidad de imputado, no puede considerarse técnicamente como un órgano de prueba.

El imputado está exonerado de la promesa y juramento de decir verdad y todas sus manifestaciones pueden servir para consolidar su posición en el proceso, por lo que, a contrariu sensu, cualquier información que pudiera interpretarse *en contra de su presunción de inocencia*, no será considerado como prueba de certeza sobre una circunstancia que afecta dicho estado.

En tal sentido, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que la fiscalía deberá efectuar todos los actos de investigación concernientes a la determinación del hecho punible y la vinculación del imputado con el mismo, aunque éste haya señalado *-en su declaración indagatoria-* su responsabilidad por el hecho, con lo cual se puede colegir el carácter de la declaración como un medio de defensa y se la descarta no como un medio de prueba, cuyo órgano recaería en la persona del indiciado.

## 1.3 Medio de prueba.

El CPP regula la actuación del órgano de prueba al establecer los denominados “medios de prueba”, entendidos como “*los procedimientos determinados por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba, proporcionado por un órgano, en el proceso*”, todo esto, a los efectos de su correspondiente valoración a cargo del juez o tribunal competente. La regulación legal de los medios de prueba, permiten establecer el modo en que los datos o informaciones ingresarán al proceso, fundamentalmente para permitir el control y objeción de las partes. Esta contemplación jurídica guarda estrecha vinculación con el derecho de defensa que asiste, principalmente, al imputado y a las demás partes.

<sup>3</sup> LEONE, GIOVANNI. “TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL”. TRADUCCIÓN DE SANTIAGO SENTÍS MELENDI. EDITORIAL EGEEA. AÑO 1952.



De ahí que si alguna información trascendente pero ilegal por la vulneración del medio señalado por la ley procesal para su correcto ingreso al juicio penal, se erige en una verdadera valla protectora contra cualquier arbitrariedad en el manejo probatorio que pretenda destruir el estado de inocencia, medularmente defendido en el proceso integral.

## 1.4 Objeto de la prueba.

El objeto de la prueba *-íntimamente vinculado con el objeto del proceso penal-* puede conceptuarse como el dato o información que pueda ser probado a los efectos de acreditar *-en forma positiva o negativa-* el supuesto fáctico sostenido por la acusación pública o particular, según el caso.

En sentido *abstracto*, puede decirse que el objeto de la prueba pretende escudriñar *¿qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal?* Mientras que en un sentido *concreto*, debe responder a la pregunta *¿qué se debe probar en un determinado proceso?* La prueba puede versar sobre hechos naturales o humanos, físicos o psíquicos, sobre cualidades personales, sociales o de cualquier otra índole de los sujetos intervinientes. Asimismo, el objeto abstracto puede comprender las reglas de experiencia, costumbre de determinados ámbitos o grupos, obviándose, por ejemplo, *los hechos notorios o evidentes* que no requieren demostración *v. gr. las leyes vigentes, las cuestiones prohibidas en cuanto a su comprobación en el proceso (la prueba de la verdad en los delitos contra el honor, salvo las excepciones legales).*

Cuando hablamos del sentido *concreto* del objeto de la prueba, nos estamos refiriendo a la particularidad de un proceso penal (por ejemplo, acreditar la concurrencia de los elementos descriptivos y jurídicos del tipo penal, las circunstancias atenuantes o agravantes, las causas de justificación, las excusas absolutorias, las condiciones objetivas y subjetivas de punibilidad, el reproche reducido, la capacidad del imputado, etcétera).

Se puede notar del catálogo mencionado, que muchas de las cuestiones señaladas no se refieren a puntos controvertidos en el proceso, aunque sí es fundamental su acreditación para configurar, la mayoría de las veces, la pertinencia de los presupuestos de perseguibilidad en cuanto al hecho, al sujeto y la acción, respectivamente.

**En síntesis:** del cotejo de los diversos estadios incorporados en lo que concierne a la dogmática o teoría de la prueba, utilizando un ejemplo, podemos esbozar el siguiente orden concatenado y cronológico que conllevan una íntima vinculación a los efectos de su correcta apreciación por parte del juez o tribunal receptor del material probatorio.

La prueba testimonial es un *medio de prueba*, porque se puede incorporar al proceso penal mediante el estricto acatamiento de las reglas que regulan esta diligencia (quiénes pueden ser testigos, las inhabilidades, las facultades de abstención, el deber de abstención, la forma de prestar declaración, el carácter compulsivo de su convocatoria, la forma de obrar cuando incurrir en una falsa exposición de los hechos, su compulsión por la fuerza pública, etcétera). Es también, un *elemento de prueba*, considerando las manifestaciones vertidas por el deponente o testigo, dando a conocer todo lo que consta personalmente a través de sus sentidos; además de ser un medio y elemento probatorio, también es un *órgano de prueba*, porque se trata de una persona portador del dato relevante o valioso para la averiguación de la verdad histórica y que se convierte en el vehículo de transmisión al procedimiento, a través de sus dichos y manifestaciones. Finalmente, es un *objeto de prueba*, porque la información que se pretende obtener de las manifestaciones vertidas por el deponente se debe referir esencialmente a lo que se in-

vestiga o enjuicia. De ahí el carácter vinculante entre *objeto procesal* y *objeto probatorio*, respectivamente.

## 2. Libertad y actividad probatoria.

La libertad probatoria entendida como una matriz caracterizada de manera muy amplia y que se sintetizaría de la siguiente manera, según nos enseña Alfredo Vélez Mariconde: “*en el proceso penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba*”.<sup>4</sup> Obviamente que se la expresión se vincula estrechamente con lo que se conceptúa como objeto de prueba y medio de prueba, sobre cuyas vertientes se amplifica la regla de discrecionalidad probatoria.

El **artículo 173** del CPP regula la *libertad probatoria* en los siguientes términos: “...*Los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. Un medio de prueba será admitido si se refiere, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. El juez o tribunal limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos*”. Sin embargo, hay que realizar un digresión en el sentido de que la regla de apertura “*todo se puede probar y por cualquier medio*”, no implica equivalencia con el temido esquema utilitarista muy enquistado en el sistema inquisitivo y sintetizado en la fórmula: “*el fin justifica los medios*”.

De ahí que es importante advertir que la previsión del artículo 173 del CPP no es absoluta, ya que considera dos limitantes precisas: las excepciones probatorias y la utilidad o pertinencia del medio empleado, aspectos que se pueden abordar en diversas limitaciones que puntualizaremos seguidamente:

- a) ***En relación con el objeto de la prueba.*** Se puede efectuar prueba sobre cualquier circunstancia relevante para la investigación que guarde aproximación directa o indirecta con el caso; la relevancia se puede mensurar mediante un vínculo entre lo que se pretende probar y el objeto de la investigación o del proceso, simbiosis que genera la denominada *pertinencia de la prueba*. Las *excepciones a la libertad probatoria*, se dan en distintos niveles, a saber: a) las pruebas expresamente prohibidas por la ley; b) los hechos o circunstancias que no guarden consistencia con el objeto de la investigación, directa o indirectamente (por ejemplo, no se puede investigar los antecedentes de la vida privada del testigo para desacreditar su testimonio por razones morales, tampoco se puede analizar la situación socio ambiental del imputado al sólo efecto de discernir su peligrosidad, etcétera); c) los juicios de valor intrínseco que provengan de pronósticos acientíficos o carentes de un respaldo comprobatorio.
- b) ***En relación con los medios de prueba.*** La misma transcripción del *artículo 173 del CPP* establece como regla el principio de la amplitud probatoria en cuanto al usufructo de los medios. En este sentido, no se exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico. Existen discrepancias al respecto, ya que un sector sostiene que los medios probatorios a ser utilizados deben estar expresamente *reglamentados*, vale decir, sostenidos en el principio de *tasación o taxatividad*; sin embargo, la otra posición, de la cual es tributaria nuestro CPP, no vincula la labor de averiguación de la verdad histórica al principio de reglamentación del medio probatorio en forma taxativa, ya que acepta que se acudan a otros medios cuando sean úti-

<sup>4</sup> VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO. Obra citada.

les al descubrimiento de la verdad histórica de los hechos, cuanto menos en forma indirecta, de no ser posible la directa.

- c) Lo que no puede perderse de vista es que la amplitud del usufructo de los medios probatorios no puede dar lugar a la arbitrariedad en su consideración por parte de los tribunales, ya que el *procedimiento probatorio* dispone de unas reglas precisas, que pretende garantizar la eficacia de la obtención del dato y la función de contralor que ejercen las partes, sin cuya estricta observancia, su introducción resultaría ilegal y nula.

## 2.1 Alcance conceptual.

Decíamos que la libertad probatoria no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a éste se lo concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. Así se tiene que cada prueba se ajustará al mecanismo procesal apuntado en la ley, y si no existe regulación específica, se aplicará el criterio normativo análogo o más compatible con la naturaleza de la información que como medio se pretende introducir al proceso. Lo que no puede perderse de vista, sin ánimo de ser reiterativos, es el derecho que asiste a las defensas de las partes no sólo para ofrecer el medio probatorio, sino para controlar e impugnar la experiencia, tal como se desprende del artículo 17, numeral 9º de la CN.

Ahora bien, esta amplitud asimilada bajo la expresión “libertad probatoria” dispone de unas limitaciones precisas que se conocen bajo el nombre de *exclusiones probatorias*. El **artículo 174** del Código Procesal Penal dispone: “**Exclusiones probatorias.** Carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución, el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los actos que sean consecuencia de ellos”.

Esta norma conlleva dos hipótesis de excepción, a saber:

- a) No se puede introducir pruebas que afecten la privacidad o moral de las personas, o con métodos reprobados por nuestro ordenamiento, o con derivados de un acto ilícito que podría tener consecuencias penales; ejemplos: obtención de información reveladas por el secreto profesional y levantadas indebidamente por el portador del secreto; la información obtenida de centros de detención por parte del imputado, sin control de un defensor; la confesión jurada del imputado, aunque conste su consentimiento expreso a tal formulación; el descubrimiento de un hecho punible mediante la revelación de un cómplice que otorga la información por medio de tormentos o tortura; etcétera).
- b) Existen ciertas informaciones que sólo pueden obtenerse mediante la utilización de un medio de prueba en concreto. Un ejemplo concreto es el relativo con el examen mental obligatorio del imputado para discernir sobre su aptitud psíquica para ser considerado como sujeto reprochable, el que deberá efectuarlo un profesional médico; el juez, sin apelar a esta pericia, no puede determinar por otros medios análogos una conclusión sobre la incapacidad mental del imputado, porque el CPP expresa claramente que lo deberá efectuar por un medio concreto, cual es, la pericia médica.

## 2.2 Exclusión de la carga de la prueba.

Una pregunta reiterada en el ámbito penal, por su aparente confusión con los mismos criterios imperantes en la jurisdicción civil, se resume de la siguiente manera: **¿A quién corresponde la carga de prueba (onus probandi)?** En materia civil es muy fácil advertir que dicha carga se impone, en la mayoría de los casos, al que afirma una circunstancia controvertida frente a la otra parte (*ejemplo: el demandante debe probar los hechos alegados en su pretensión, el demandado al contestar la demanda y negar los hechos, tiene que probar porqué la tesis de la actora no es verdadera, y si decide reconvenir, el reconvenido –el demandante primigenio- es el que debe probar la negación de la posición sustentada por el contra demandante*). En el ámbito penal, contrariu sensu, este deber de probar los hechos afirmados o negados, corresponde exclusivamente al acusador público (Ministerio Público), regla que por la misma posición que ocupa la víctima, se traslada al querellante particular si es que decide asumir posición de parte formal en el proceso.

Esto es así por mandato constitucional, en el sentido del artículo 17 de la CN que reza: “*En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tendrá derecho a que: 1) sea presumida su inocencia (...)*”, con lo cual se pone de resalto que el Estado en el ejercicio de su poder punitivo, y a través de los órganos expresamente asignados para el cumplimiento de tal menester, deberá destruir el estado de inocencia del indiciado, situación que resulta inalterable e inatacable hasta que no existan elementos de convicción que en grado de certeza desvirtúen semejante presunción, garantizada, repetimos, por la CN y el derecho internacional vigente.

Esta prescripción constitucional se en el artículo 53 del CPP que reza: “*Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación*”, en concordancia con el artículo 4 del mismo cuerpo legal.

## 3. Etapas de la actividad probatoria.

La actividad probatoria permite segmentar tres momentos o etapas trascendentes a los fines de la incorporación y valoración del material fáctico que servirá de base para una sentencia judicial:

- a) **La proposición.** El proceso penal está disgregado en tres etapas bien definidas, según se pudo analizar en capítulos anteriores; sin embargo, es importante advertir que el momento que ordinariamente dispone el Ministerio Público para proponer la prueba que se hará valer en juicio, coincide con la fecha en que debe presentar la acusación, según lo dispone el artículo 347 del CPP que reza: “*Acusación y solicitud de apertura a juicio... La acusación deberá contener: 1) ...; 2) ...; 3) ...; 4) ...; y 5) el ofrecimiento de la prueba que se presentará en juicio...*”. Existe la excepción de que se realice prueba anticipada como el denominado *anticipo jurisdiccional de prueba*, el cual se podrá verificar mediante solicitud en la etapa preparatoria, en los términos del artículo 301 del CPP o en cualquier momento de la investigación y aún en la etapa intermedia, hasta la realización de la audiencia preliminar.

De igual manera, si existen hechos nuevos posteriores al dictado del auto de apertura a juicio oral y público, el ministerio público y el querellante, en su caso, deberán proponer la prueba de que se valdrán respecto a estos nuevos elementos de discusión, lo que se podrá producir en el plazo seña-

lado por el artículo 365 del CPP o en cualquier instancia del desarrollo del juicio oral y público, siempre que sea antes de la culminación de la etapa de producción probatoria.

En cuanto a las demás partes, las defensas deberán proponer la prueba que harán valer en juicio - advirtiendo que no están obligados a probar sus extremos, por lo aseverado en el apartado anterior-, en el plazo común de cinco días que disponen para controvertir la conclusión de la investigación fiscal (acusación u otros actos conclusivos), en forma escrita, o, si lo prefieren, en forma oral en la audiencia preliminar del juicio oral y público.

b) **La recepción de la prueba.** Este momento se reserva, principalmente, para el juicio oral y público sobre la base de los principios de inmediación, concentración y publicidad que, obviamente, rigen en plenitud en este estadio procesal. Empero, existen diligencias que adquieren calidad de prueba como los anticipos jurisdiccionales que se ofrecen y diligencian en la misma etapa preparatoria. Lo mismo acontece, con las pericias y los informes técnicos que ordenan los jueces penales de garantías, bajo conducción del Ministerio Público, aunque su informe oral se efectúa en el juicio oral y público, lo único que podría verificarse es una impugnación de la misma por afectación de alguna regla que garantiza la imparcialidad e idoneidad de la experiencia técnica, circunstancia que aconsejaría la realización de un nuevo trabajo, pero en el mismo desarrollo del juicio oral y público.

En la Etapa Intermedia, el juez penal de garantías también puede ordenar y recibir prueba de oficio, siempre y cuando su realización radique en las fuentes de actuación desplegada por las partes; el diligenciamiento o recepción de pruebas que servirán para dirimir las cuestiones propias de la etapa intermedia, también se efectuarán en la audiencia preliminar que es oral y pública.

Durante el juicio oral y público, el tribunal se limitará a recibir la prueba ofrecida por las partes, aunque se permite que disponga la recepción de *oficio* de alguna diligencia que sirva para una mejor explicación de los hechos, siempre y cuando, no sustituya con tal determinación, la negligencia u omisión de las partes en el impulso procesal.

c) **Valoración probatoria.** Valorar consiste en una intuición emocional de preferir una cosa o situación frente a otra u otras alternativas que dispone el agente; en el concepto de *Cafferata Nores*, la valoración es “...la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos”.

Dicha labor desarrollan los jueces del juicio oral y público, aunque existen estadios intermedios de valoración extrínseca de la prueba que se pueden verificar en etapas anteriores, y que excepcionalmente permiten una valoración anticipada de ciertas pruebas, al sólo efecto de su pertinente introducción en la etapa final del proceso:

1. En la Etapa Preparatoria se puede impugnar alguna prueba introducida al proceso por vía del anticipo jurisdiccional, principalmente cuando esta diligencia incumpla con las reglas de defensa en juicio que conmina el artículo 166 del CPP bajo pena de nulidad absoluta;
2. Dicho planteamiento se puede efectuar por vía incidental y solamente contra las diligencias que constituyan anticipos jurisdiccionales o la recolección de evidencias que exijan ciertos recaudos como el estar precedidas de resolución judicial fundada (allanamientos, secuestros, interceptación, etcétera);
3. En la Etapa Intermedia, las partes podrán señalar vicios y exclusiones probatorias en los términos del artículo 174 del CPP, aunque se vuelve a recalcar, que se tratan de planteamientos excepcionales a los efectos de evitar la introducción en el cúmulo probatorio de ciertos datos que por su forma de obtención resultan repudiables para el derecho, y;
4. Finalmente, tras la culminación de la Audiencia Preliminar, el Juez Penal al dictar el auto de apertura a juicio oral y público, puede ordenar la exclusión –a solicitud de parte o de oficio- de

la prueba ofrecida por las partes, en cuyo caso, su valoración negativa se daría también por la existencia de un obstáculo en los términos del artículo 174 del CPP.

#### 4. Sistemas de valoración probatoria.

En la doctrina probatoria del ámbito penal, se conocen y se plasman en el derecho positivo de los países receptores del sistema acusatorio puro, mitigado o mal denominado mixto (*inquisitivo encubierto*), tres modelos de valoración probatoria, a saber:

- a) **Sistema de prueba tarifada o tasa legal.** Esta modalidad deja a criterio de la ley procesal el valor y eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo los presupuestos o requisitos que deben darse para que el juzgador asuma la convicción de tener por probada determinados hechos o circunstancias (aunque íntimamente no lo esté), y, viceversa, señalando los casos en que *no puede darse por convencido*.

Un ejemplo de este sistema es el CPP de 1890, que entre sus normas, señalaba que el testimonio uniforme y conteste de dos personas de reconocida fama, constituirá plena prueba sobre el dato informado por el declarante; al contrario de lo ejemplificado, el CPP de 1890 establecía que no se tendrá por acreditado el delito, si es que no constaba el cuerpo del delito.

Demás esté decir que este es el modelo de valoración adoptado por los códigos inquisitivos y representa un verdadero obstáculo a la tarea jurisdiccional de razonar el conjunto probatorio en forma armónico, ya que la imposición de criterios de valoración probatoria no condice entre lo que “realmente” se pudo probar o acreditar en el proceso; de ahí, que la mayoría de los códigos desechan este criterio, aunque existen resabios o esquemas de valoración que asimilan estas deformaciones a la libertad probatoria.

- b) **Sistema de la íntima convicción.** Aquí la ley no establece regla alguna para la ponderación probatoria.

El juez tiene la libertad de convencerse, conforme a su íntima percepción, de la acreditación o no de los hechos sobre los cuales versara el juicio, emprendimiento que se traduce en la conocida expresión forense: “*el juez entiende, según su leal saber y entender*”, con lo que se pueda sostener que el magistrado no está obligado a expresar los fundamentos precisos de sus determinaciones respecto a la masa probatoria valorada. Es obvio que la no sujeción a tasas legales respecto a la ponderación positiva o negativa de una circunstancia, constituye un avance, pero de ahí a liberar al entendimiento particular de cada juez, sin la exigencia de una motivación razonable del veredicto, linda con la arbitrariedad, y la arbitrariedad es sinónima de injusticia.

Este es el modelo prevalente en el sistema de juicio por jurados.

- c) **Sistema de la libre convicción o sana crítica racional.** Reconoce el valor esencial de la libertad que dispone cada juez para convencerse de los hechos traídos a su conocimiento, poniendo una exigencia gravitante y diferente con los demás sistemas: la acreditación debe ser el fruto racional de las pruebas en que se las apoye.

Algunos dicen que este sistema no tiene restricciones y hay que responder afirmativamente, en principio, pero reconociendo una limitante infranqueable, cual es, el irrestricto apego a las normas que gobiernan el correcto pensamiento humano. De esta manera, la *libre convicción* se caracteriza por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, respetando los principios de la recta razón, es decir, las normas de la *lógica*, de la *psicología* y de la *experiencia común*.

Otro elemento que merece añadirse es la indispensabilidad de la motivación de las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las *razones* de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: *la descripción* del elemento probatorio (el testigo dijo tal o cual cosa, el peritaje concluyó sobre tal aspecto, etcétera) y su *valoración crítica*, tendiendo a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya. ***Este es el modelo adoptado por la Ley N° 1286/98 Código Procesal Penal de la República del Paraguay.***

# Capítulo 19

## Los Medios de Prueba en Particular.

### 1. La pericia.

#### 1.1 Noción y fundamento.

La pericia, en la noción explicada por el Profesor Cafferata Nores, “*es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba*”.<sup>5</sup> Es importante tener presente que la expresión más sencilla que se articula en torno al valor de la prueba pericial como dato técnico proveniente de personas con una especialización eficaz a los efectos de mensurar una situación relevante propia del proceso, se sintetiza en el dicho: “*el juez es perito de peritos*”. Sin embargo, tal aseveración es incompleta, ya que el magistrado lo que puede colegir del cotejo entre los datos proveídos por la experiencia técnica con las reglas de valoración de la sana crítica, es una reconstrucción de los elementos descriptivos, normativos y extra-normativos vinculados a cada tipo como aspecto central de la equivalencia entre lo normado y lo probado (teoría de la subsunción).

Ejemplo: el tribunal puede requerir para una correcta reconstrucción de la teoría del caso concreto que juzga, la explicación y conclusión de un elemento normativo, extra-normativo o descriptivo –*el homicidio, la lesión física o patrimonial, la manipulación de graficaciones técnicas, la defraudación en el derecho de autor o inventor, etcétera-*, incorporado al tipo penal.

A tal coyuntura podrá arribar, esencialmente, mediante información técnica proporcionada por personas capaces de generar en su convicción, la certeza indispensable para tener acreditado uno o más componentes insertos en el tipo. Esto no se acota con el análisis del tipo, ya que también se puede acudir al trabajo pericial para determinar la antijuridicidad y la reprochabilidad, por lo que al utilizar la expresión “*teoría de la subsunción*”, nos estamos refiriendo a todos los presupuestos de punibilidad señalados en el artículo 14 del CP.

De ahí que el fundamento de la pericia, reiterando la opinión de *Cafferata Nores*, se puede sintetizar en que: “*...así como para fundar la necesidad del testimonio de ha dicho que el juez “no puede verlo todo”, con igual o mayor razón se ha señalado que “tampoco puede saberlo todo”. Partiendo de esta base, en ciertos casos se impone la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando ha verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba son necesarios determinados co-*

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO. Obra citada.



*nocimientos artísticos, científicos o técnicos; es decir, conocimientos propios de una cultura profesional especializada... ”.*<sup>6</sup>

## 1.2 Requisitos de la pericia.

Se podrá ordenar una pericia cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica. Dicha diligencia la practicarán expertos que actuaran en forma imparcial, objetiva e independiente. Los expertos deberán contar con título habilitante en la materia relativa al punto sobre el que dictaminarán, siempre que la ciencia, arte o técnica estén reglamentadas; caso contrario, se designará a una persona que tenga idoneidad manifiesta.

Las normas procesales relativas a la prueba pericial, no regirán para quien declare como testigo sobre hechos o circunstancias cuyo conocimiento los adquiriera directamente aunque utilice las habilidades o aptitudes especial que posea en la ciencia o arte para informar al tribunal.

De esta manera, regirán plenamente para esta circunstancia, las reglas de la prueba testimonial.

No podrán actuar como peritos:

- a) Quienes por insuficiencia, alteración de sus facultades mentales o por inmadurez no comprendan el significado del acto;
- b) Quienes deban abstenerse de declarar como testigos;
- c) Quienes hayan sido testigos del hecho objeto del procedimiento, y;
- d) Los inhabilitados.

Los peritos serán seleccionados y designados por el juez o por el ministerio público durante la etapa preparatoria, siempre que no se trate de un anticipo jurisdiccional de prueba. El número de peritos será determinado según la complejidad de las cuestiones a plantear, considerando las sugerencias de las partes, aunque si la cuestión no reviste complejidad lo usual es que se designe a uno solo. Los peritos serán citados en la misma forma que los testigos; tendrán el deber de comparecer y de desempeñar el cargo para el cual fueron designados.

Si no son idóneos, están comprendidos en algunas de las incapacidades citadas, presentan un motivo que habilite su recusación o sufran un impedimento grave, lo manifestarán al comparecer, acompañando los elementos de prueba necesarios para justificar su afirmación.

El Ministerio Público y las partes deberán fijar con precisión los temas de la pericia y el órgano facultado para autorizarlo deberá fijar un plazo máximo para la presentación de los dictámenes.

Si la diligencia la ordena el juez o el Ministerio Público y dentro del plazo que establezcan, las partes tendrán la facultad de podrá proponer otro perito en reemplazo del ya designado, o para que dicte conjuntamente con él, cuando por las circunstancias particulares del caso, resulte conveniente su participación, por su experiencia o idoneidad especial. Asimismo, están facultadas para proponer fundadamente temas para la pericia y objetar los admitidos o propuestos por otra de las partes.

Las partes podrán recusar a los peritos y éstos inhibirse sobre la base de las mismas causales establecidas por el artículo 50 del CPP reservada para los magistrados.

El juez resolverá todas las cuestiones que se planteen durante las operaciones periciales.

<sup>6</sup> CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO. Obra citada.

Los peritos practicarán juntos el examen, siempre que sea posible. Las partes y sus consultores técnicos podrán asistir a él y solicitar las aclaraciones pertinentes, debiendo retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación. Si algún perito no concurre a realizar las operaciones periciales dentro del plazo otorgado, por negligencia, por alguna causa grave o simplemente desempeña mal su función, el juez ordenará la sustitución.

### 1.3 Criterios de valoración de la pericia.

El dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado, de manera clara y precisa. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias.

Cuando los informes sean dudosos, insuficientes o contradictorios, el Juez o el Ministerio Público podrán nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que lo examinen y amplíen o, si es factible y necesario, realicen otra vez la pericia.

De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hayan sido nombrados después de efectuada la pericia.

El juez valorará el informe pericial en su conjunto, acudiendo a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración los elementos principales que guardan relación con el objeto de la experiencia técnica, así como su cotejo con los datos proporcionados por otros medios de prueba que guarden relación con lo sostenido en el dictamen oral o escrito proporcionado por el experto.

No obstante, y siguiendo con la exposición del Profesor Cafferata Nores, es importante que los jueces tomen en consideración, una serie de pautas y advertencias para efectuar la operación valorativa que antecede:

- a) Se ha recomendado, desde el punto de vista *subjetivo*, la valoración ético-psicológica de la personalidad del perito, pues “no es difícil intuir si el perito se encuentra en relación con el imputado. Si sólo se ha tenido el cuidado de ser objetivo o si, más o menos hábilmente, ha tratado de adaptar los hechos a conclusiones mendaces o artificiosas. Si está dotado de suficientes astucia y poder crítico (ya que es notoria la característica ingenuidad de los científicos puros). Si pertenece a sectas o escuelas que profesan a las meras hipótesis un culto igual al que sólo merece la verdad aplicada a todos” (Manzini, Derecho Procesal Penal, Tomo III, Página 412).
- b) Se señalado como fuente de posibles errores del perito, los defectos de percepción de las circunstancias sobre las cuales basará sus conclusiones, sus deficiencias de *raciocinio* (las conclusiones, lógicamente correctas pueden no ser verdaderas), su oscilación entre posiciones científicas diversas, la mera descripción de otra opinión sin puntualizar su estudio al caso particular y el nivel personal de sus conocimientos que pueden surgir, principalmente, del examen oral que las partes concitan con preguntas aclaratorias, en ocasión del juicio oral y público.
- c) Finalmente, desde un punto de vista *objetivo*, se ha señalado como pautas de valoración el sustento de los métodos científicos utilizados. El grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencias, arte o técnica; “*si entre las premisas y conclusiones hay un necesario nexo lógico; si el informe es en sí mismo preciso o indeciso, coherente o contradictorio, concluyente o inconcluso*” (Manzini, obra citada, Página 418).
- d) También, y siempre dentro de la misma pauta objetiva a ser tomada en consideración, se atenderá a la firmeza o calidad de los fundamentos, la uniformidad o disconformidad de las conclu-

siones (si hubiese varios dictámenes) y los demás elementos de prueba producidos en el proceso.

## 2. El testimonio.

### 2.1 Concepto.

El testimonio es la declaración de una persona física que la presta ante un tribunal o juez durante el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer o percibir a través de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con la finalidad de permitir la reconstrucción de los mismos, a los efectos de adquirir información que permita al órgano juzgador formarse una convicción conforme a las reglas de interpretación probatoria, según el sistema adoptado.

### 2.2 Caracteres.

- a) Debe tratarse de personas de existencia física, ya que las personas jurídicas se expresan a través de sus representantes que, obviamente, también son personas físicas.
- b) Las personas que pueden declarar como testigos puede la víctima en general, así como la persona particularmente damnificada, pero se excluye al imputado sobre la cual pesan sospechas de haber intervenido en el hecho punible.
- c) Para que la declaración sea válida, debe efectuarse *dentro del proceso*, por lo que cualquier manifestación fuera de tal contexto, carecerá de relevancia. No obstante, si esas declaraciones extrajudiciales constan por escrito, susceptibles de validez, podrá incorporarse al proceso mediante la denominada prueba documental.
- d) La persona que depone como testigo sólo puede declarar sobre los hechos que llegaron a su conocimiento, dando explicación de los motivos o la manera de adquisición de la información, y, además, deberán referirse a los hechos investigados o acusados. De ahí la denominada oposición a preguntas impertinentes o inoficiosas que pretenden formular las partes, cuando no guardan relación con la principal o accesoria del objeto del juicio.
- e) Finalmente, es importante advertir que si bien los testigos sólo podrán dar explicación de los datos o aspectos conocidos bajo sus percepciones sensoriales, cuando el deponente tiene ciertos conocimientos o aptitudes, se permite una opinión o conclusión sobre los hechos relatados, configurándose así, lo que técnicamente se denomina el *testigo perito*.

### 2.3 Requisitos de la prueba testimonial.

Toda persona que conozca los hechos investigados será interrogada, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad. En tal sentido, toda persona tendrá el deber de concurrir a la citación judicial y declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

**¿Quiénes pueden abstenerse de comparecer?** El Presidente de la República, el Vicepresidente, los miembros de las cámaras legislativas, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Procurador General de la República, el Contralor y el Sub contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, los miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, los miembros del Consejo de la Magistratura, los miembros del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, los embajadores y cónsules extranjeros y los oficiales generales de las fuerzas armadas en actividad y en tiempo de guerra, quiénes podrán solicitar que su deposición se desarrolle en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán, oportunamente, la fecha y el lugar de la declaración.

## 2.4 Incompatibilidades.

Podrán abstenerse de declarar: *el cónyuge o conviviente del imputado; sus ascendientes o descendientes, por consanguinidad o adopción y los menores de 14 años e incapaces de hecho, quienes pueden decidirlo por medio del representante legal.* Las personas mencionadas serán informadas sobre su facultad de abstenerse de declarar antes del inicio de cada declaración. Ellas podrán ejercer la facultad aún durante su declaración, incluso para preguntas particulares.

En el caso de los menores de catorce años, la declaración se llevará a cabo con la presencia del representante legal.

## 2.5 Prohibiciones.

Deberán abstenerse de declarar, bajo pena de nulidad, sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento, en razón de su oficio o profesión, salvo expresa autorización de quien se los confió: *los abogados, procuradores y escribanos, los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares de las ciencias médicas; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado y los ministros o religiosos de cualquier credo podrán abstenerse a declarar sobre lo que les fuera narrado bajo el secreto de confesión.*

En caso de ser citados comparecerán y explicarán las razones de su abstención; sin embargo si el juez estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración, mediante resolución fundada.

## 2.6 Formas de realización de la prueba testimonial.

Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones, de las responsabilidades por su incumplimiento y prestará juramento de decir verdad. Acto seguido cada testigo será interrogado por separado sobre su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad. Si el testigo teme por su integridad física o de otra persona podrá indicar su domicilio en forma reservada, pero no podrá ocultar su identidad. A continuación, se le interrogará sobre el hecho. Cada

declaración constará en acta, salvo cuando se lleven a cabo en las audiencias orales o en el juicio oral y público.

Para el examen de testigos se libraré cédula de citación conforme a lo establecido en este código. En casos de urgencia podrán ser citados verbalmente o por teléfono, sin perjuicio que el testigo se presente espontáneamente, lo que se hará constar.

Cuando el testigo no resida en el lugar donde el tribunal actúa, ni en sus proximidades, o sean difíciles los medios de transporte, se realizará la declaración por la autoridad judicial de su residencia, sólo cuando sea imposible su presencia, conforme a lo dispuesto por este código.

Si el testigo carece de medios económicos para el traslado, el juez dispondrá lo necesario para asegurar su comparecencia.

Si el testigo no se presenta a la primera citación se lo hará comparecer por la fuerza policial, sin perjuicio de su procesamiento, cuando corresponda. Si después de comparecer se niega a declarar, se dispondrá su detención por veinticuatro horas, a cuyo término, si persiste en su negativa injustificada se iniciará contra él causa penal.

Si el testigo se halla en el extranjero se procederá conforme a las reglas nacionales o internacionales, para el auxilio judicial. Sin embargo se podrá requerir la autorización del Estado en el cual se halle, para que el testigo sea interrogado por el representante consular o por el juez de la causa, quien para el efecto podrá trasladarse al país donde se encuentra.

El juez podrá ordenar de inmediato, la aprehensión de un testigo cuando haya temor fundado de que se oculte, fugue o carezca de domicilio. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, que nunca excederá de veinticuatro horas. El Ministerio Público podrá ordenar la detención del testigo por el plazo máximo de seis horas, para gestionar la orden judicial.

## 2.7 Criterios de valoración de la prueba testimonial.

Al explicar la importancia de la valoración de la declaración testimonial, el Profesor Cafferata Norres nos enseña que “...frente a la comprobada fragilidad de la prueba por testigos (los testimonios falsos o erróneos han sido la causa de la mayor parte de los trágicos errores judiciales que relatan los autores), la tarea valorativa deviene de imperiosa necesidad...”.

Resumiendo las pautas de los tratadistas más connotados ensayan para ajustar algunos elementos objetivos para mensurar el valor de la prueba testimonial (*Alfredo Vélez Mariconde, Gorphe, Carrara, Manzini y Calamandrei*), pudimos extraer en los siguientes ítems algunos parámetros que el juez o tribunal debe analizar para formar convicción:

- a) El desarrollo y calidad de las facultades mentales del testigo;
- b) La lucidez y el recuerdo que pueden obtener de simples preguntas específicas;
- c) La agudeza de los sentidos que mayormente entran a tallar para proporcionar la información (si se trata de escuchas, habrá que auscultar la fineza auditiva; si se trata de explicaciones de una determinada ciencia o arte, habrá que analizar la experticia del lego o no lego en la materia, etcétera);
- d) Habrá que analizar las condiciones temporales y emotivas en que se percibió la información relevante (con escaso tiempo de reacción, de percepción, con mucha luz, con temor, con ira, con poca atención de los detalles, etcétera);
- e) El manejo de las reglas lógicas de comparación en situaciones similares al dato objetivo y central que se pretende obtener (la descripción muy puntual de un detalle, frente a otros de similar envergadura y otorgados en forma vaga y muy imprecisa, denota

- una fantasía o sugestión por alguna influencia que el juez o tribunal deberá considerar caso por caso;
- f) El tiempo transcurrido entre el evento que relata el deponente con la fecha de su declaración, es trascendente, ya que recuérdese que cuanto mayor es el lapso entre uno y otro extremo, la recordación es más fragmentada, inexacta y, a veces, hasta irrelevante para la reconstrucción histórica del hecho investigado o acusado;
  - g) La sinceridad de las informaciones globales concedidas por el deponente, se podrá contrastar con el interés reflejado en el resultado del pleito, el conocimiento con las partes, sus expresiones subjetivas sobre ciertos eventos o aspectos accidentales de la información suministrada, aplicándose el adagio latino: “*mendax in uno, mendax in totum*” (el que es mentiroso en una parte, será mentiroso en el todo), y;
  - h) Finalmente, de la valoración particular del testimonio habrá que cotejar los datos similares suministrados por el deponente con otras deposiciones similares u otros medios de prueba que permitan discernir sobre la credibilidad o no de la declaración, con lo cual la valoración conforme a las reglas de la sana crítica racional estará completa e integrada.

### 3. Los careos.

El careo es una confrontación inmediata (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuál es la que mejor refleja la verdad. No se puede considerar como un medio *autónomo de prueba*, ya que si bien presenta rasgos particulares, su esencia está íntimamente vinculada con otros medios de prueba nominadas (testigos, peritos y aún los imputados, en los casos que el código lo permite). Lo más trascendente de esta operación de contradicción directa, es que el magistrado es el sujeto que pretende obtener de primera mano, la valoración sobre cuál de las deposiciones contrapuestas, adquiere mayor relevancia a los efectos de su valoración final.

Los requisitos para la pertinencia del careo, pueden resumir en tres aspectos sustanciales:

- a) Es una atribución casi exclusiva del tribunal, aunque la proposición puede venir de las partes;
- b) Las eventuales contradicciones deben versar sobre *circunstancias o hechos relevantes o de suma trascendencia para el objeto del proceso*, y;
- c) El careo no puede servir para recuperar el valor de una declaración dudosa a costa de otra que no adquiere semejante anomalía, ya que ambas deben ser contradictorias en aspectos esenciales y ninguna de ellas permite arribar a una valoración.

Demás está decir, que si a pesar de las discrepancias entre una u otra declaración, una de ellas resulta sincera y apta, el acto del careo sería irrelevante, porque falta el aspecto de la *contrariedad mutua y de mutua neutralización que, en el ejemplo antedicho, no se verifica*.

En cuanto a la reglamentación del careo en el CPP, señala que podrá ordenarse el careo de personas que en sus declaraciones hayan discrepado sobre hechos o circunstancias importantes, pero el imputado no será obligado al careo. En caso que el imputado decida hacerlo, deberá asistir su defensor, bajo pena de nulidad.

Regirán respectivamente las reglas del testimonio, de la pericia y de la declaración del imputado, procurándose que el careo se efectúe en el juicio oral y público y respetando el principio de incommunicación de los careados entre sí.

## 4. El reconocimiento e inspección de personas y cosas.

Los documentos, objetos y otros elementos de convicción incorporados al procedimiento podrán ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen sobre ellos. Los elementos que tengan carácter reservado serán examinados privadamente por el juez. Si son útiles para la averiguación de la verdad los incorporará al procedimiento, resguardando la reserva sobre ellos.

**Reconocimiento de personas.** Podrá ordenarse que se practique el reconocimiento de una persona para identificarla o establecer que quien la menciona, efectivamente la conoce o la ha visto.

Cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona de la cual solo se tengan fotografías, ellas se presentarán a quien debe efectuar el reconocimiento, con otras semejantes en número no inferior a cuatro y se observarán analógicamente las disposiciones precedentes. El mismo procedimiento se aplicará cuando el imputado no se someta al reconocimiento de persona, o cuando obstruya el desarrollo del acto.

Se ubicará a la persona sometida a reconocimiento junto con otras de aspecto exterior semejante. Se preguntará claramente a quien lleva a cabo el reconocimiento, si después del hecho ha visto a la persona mencionada, si entre las personas presentes se halla la que mencionó, y en caso afirmativo, se le invitará para que la señale con precisión.

Cuando la haya reconocido expresará las diferencias y semejanzas que observa entre el estado de la persona señalada y el que tenía a la época a que alude su declaración anterior.

La observación de la rueda de personas podrá ser practicada desde un lugar oculto, cuando se considere conveniente para la seguridad del testigo.

La diligencia se hará constar en acta donde se consignarán, todas las circunstancias útiles, incluso los datos personales y el domicilio de los que hayan formado la rueda de personas. Asimismo, se adoptarán previsiones para que el imputado no se desfigure. El reconocimiento procederá aún sin consentimiento del imputado. Cuando el imputado no pueda ser traído, se podrá utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas.

Durante la etapa preparatoria, deberá presenciar el acto el defensor del imputado, con lo cual el acta podrá ser incorporada al juicio por su lectura.

Cuando varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí.

Cuando sean varias las personas a las que una deba reconocer, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un sólo acto, siempre que no perjudique la investigación o la defensa.

**Reconocimiento de objetos.** Antes del reconocimiento de un objeto, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa. En lo demás, regirán las reglas que anteceden.

## 5. Documentos e informes.

El Juez y el Ministerio Público podrán requerir informes a cualquier persona o entidad pública o privada. Los informes se solicitarán verbalmente o por escrito, indicando el procedimiento en el

cual se requieren, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y las consecuencias previstas para el incumplimiento del deber de informar.

Con respecto a la prueba documental, la misma se regirá en cuanto a su validez extrínseca por las reglas del código civil para los instrumentos públicos y privados, según el caso.

No obstante, su ofrecimiento se efectuará con la acusación y la proposición defensiva en la etapa intermedia, salvo documentación nueva (con posterioridad al dictado del auto de apertura a juicio oral y público), situación que se podrá alegar en cuanto estado del juicio oral y público, cuidando siempre el tribunal de no suplir la negligencia o actuación deficiente de las partes.



# Capítulo 20

## Medios Auxiliares para Adquirir Información.

### 1. Alcance conceptual.

Para llegar al estado intelectual de certeza se deben utilizar las fuentes y los medios probatorios que son las vías legales que permiten que ingrese la información al proceso y ella pueda ser utilizada para construir las decisiones. Dicha construcción se efectuará sobre la base de ciertos principios, entre los cuales -siguiendo la tradición-, optándose por el más compatible con el sistema republicano y democrático de gobierno: el de la sana crítica. En esencia, el principio constituye un sistema de valoración de la prueba, sustentado en la libre convicción del juez, expresamente fundado. Es decir, rechazando la prueba tasada o legal y sustituyéndola por la libre e integral apreciación de la masa probatoria producida ante el juez o tribunal durante el juicio oral y público (*anexando reglas lógicas, de razón y de experiencia a más del conocimiento profundo de las normas aplicables al caso*). Además, obliga que los jueces y tribunales expliquen (*a través de la motivación de la sentencia*) el modo para adquirir el estado de certeza que finalmente constituyen los fundamentos de su decisión.

Por eso, la sana crítica es un sistema de valoración probatoria que sólo tiene sentido en sistemas con juicio oral, ya que sólo en ellos existe la inmediación y la concentración, que permiten la adopción de los criterios racionales para la formación de una convicción judicial.

Con la simple lectura del Código es posible advertir que se ha seguido una ordenación tradicional dentro de las legislaciones de tipo moderno. Por supuesto se abandona la división de los medios de prueba entre aquellos legislados en el capítulo del «cuerpo del delito» y otros en el capítulo del plenario, en el derogado Código de 1890.

Esa división no corresponde al estado actual de la legislación y de la ciencia procesal, como ya lo anticipara Víctor B. Riquelme hace cincuenta años.

A más de esto, el concepto de «cuerpo del delito», elaborado hace siglos cuando aún no existían los desarrollos actuales del derecho penal y que servía para determinar con precisión dentro del proceso el conjunto de elementos que hacían a la existencia misma del hecho punible (y por ello la doctrina penal lo considera un antecedente del actual concepto de tipo penal) no tiene razón de ser en la legislación procesal moderna.

El concepto de «cuerpo del delito» es confuso y anticuado, una rémora del sistema inquisitivo que en nada contribuye a la administración de justicia. La existencia del hecho se prueba a través de todos los medios de prueba y según la capacidad de cada uno de ellos. Los elementos que deben ser probados están indicados en la legislación penal y su desarrollo científico corresponde a la dogmática penal, que a través de su sistema estratificado de análisis, alcanzó un significativo grado de pre-

cisión, entre aquellos que se refieren a la ilicitud y los que corresponden a la reprochabilidad o a la punición.

En este sentido, el Código Penal indica cuáles son los elementos vitales -por así decirlo- que deben integrarse a la relación de hechos en toda investigación a fin de configurar los distintos tipos penales. Ejemplo: es lógico que la existencia de un cadáver es fundamental para hablar de un homicidio culposo o doloso, la predeterminación de un abuso de confianza sustentado en un típico acto de disposición contractual debe acreditarse en el tipo de la apropiación, la actividad engañosa y falsa tendiente a configurar la estafa a más de la comprobación del perjuicio patrimonial en los delitos contra el patrimonio, sin perder de vista que en los delitos contra la propiedad mal podría alegar calidad de víctima quien no pueda justificar la titularidad del bien afectado por el desconocimiento de dicha titularidad por parte del imputado, etcétera. Como se puede observar, el cuerpo del delito, entonces, deja de tener consistencia y toda su construcción probatoria respecto a un determinado tipo penal, debe enjugarse sobre la base de una construcción informativa sustentada en la valoración razonada de la totalidad del conjunto de pruebas arrimadas a la investigación penal susceptibles de ser juzgadas en el juicio oral y público, etapa en la que realmente se efectúa dicha operación en puridad.

## 2. Los límites formales para la averiguación de la verdad.

Los medios de prueba requieren de la indispensable observación de unos presupuestos formales, sin los cuales, carecería de eficacia su vinculación respecto a un hecho o acontecimiento que pretende respaldar como acaecido a los fines de su afirmación o su negación.

Esas formas no se refieren a ciertos ritos que en su expresión formulista acarrearán reglas de nulidad sin una razón sustantiva que permita discernir al juez y a las partes cuál ha sido el error y consecuente perjuicio ocasionado por la violación de las formas consignadas jurídicamente para la obtención de un medio de prueba. Al contrario, guardan estricta relación con los derechos y garantías procesales de factura constitucional (*sin perder de vista las que consagran el derecho internacional vigente y el código procesal penal u otras leyes vinculadas a la materia*), porque la violación de formas pueden y deben afectar seriamente algún derecho o garantía principalmente relacionado a la condición humana del imputado y las demás partes.

- a) **Prohibición de considerar al imputado como “órgano” de prueba.** El imputado concebido como persona a la cual se sindicó la perpetración de un hecho punible con un sentido terminológico lato (ver “calidad” de imputado) es considerado como «sujeto esencial» del procedimiento y como tal portador de derechos y garantías procesales, no siempre fue considerado bajo dicha característica, vale decir, como sujeto de derechos. Si hurgamos la historia de nuestro proceso penal encontraremos varios ejemplos que reportan que el imputado fue casi siempre “objeto” del proceso y nunca un “sujeto” de derechos. Por efecto de dicha consideración –como objeto de la investigación penal-, sus derechos fueron socavados, restringidos al punto que en la práctica resultaban “inexistentes”.

Es así como se le privó de la posibilidad de rechazar la pretensión punitiva del Estado (pidiendo ser oída en forma oral o escrita antes de la formación de una causa penal en su contra), el decreto de la detención y la prisión preventiva eran regla ante la mínima existencia de sospechas acerca de su vinculación con el hecho, la tortura fue quizás, el modo más preferido y “eficaz” para la obtención de su confesión, la inversión de la presunción de inocencia en la culpabilidad del imputado hasta

que éste no demuestre en forma contundente su exclusión como participante del hecho investigado, por citar algunas maneras de desmedro de la persona imputada.

En el siglo XVIII se produce una reacción contra esos principios negadores de la condición humana y se rompe con aquel sistema. No obstante, el claro reconocimiento de los derechos procesales al imputado en la Constitución de 1992 y en el derecho internacional vigente, la práctica ignora, muchas veces, tales mandatos, incluso más allá de las previsiones constitucionales, tratando al imputado como un objeto del procedimiento y por ello nos hemos preocupado de insistir en su carácter de sujeto procesal, activo y esencial.

Demás está decir que CPP repele en forma puntual esta consideración, al punto que considera que la eventual confesión del imputado como autor o partícipe de un hecho punible ante la Fiscalía no es suficiente para que la investigación de éste se restrinja, ya que de valerse únicamente de una suerte de confesión del imputado como base de su acusación, la misma deberá ser desestimada por el Juez Penal.

Precisamente, el espíritu de la norma es el de rechazar cualquier resquicio que permita desdibujar el principio comentado y que se traduce en que dentro de un proceso penal de corte acusatorio y republicano, el afectado (imputado o sindicado) nada tiene que probar y sus dichos, en esencia, jamás pueden configurar prueba en contra de su situación, por aquello que sus manifestaciones representan el ejercicio de la defensa material en un proceso penal, cuya regulación legal lo ubican como sujeto esencial de la relación procesal penal.

b) **La supresión de los tormentos y apremios físicos o psíquicos.** Si bien parece obvio que en pleno siglo XXI todavía hagamos hincapié en esta prohibición que constituyó la piedra basal de las conquistas y luchas por los derechos humanos, proyectada desde la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la realidad en “América Latina” sigue siendo penosa en cuanto a esta práctica inhumana y degradante, ya que las estadísticas brindadas por organismos protectores de DD. HH., continúan denunciando casos repetitivos de torturas físicas, psicológicas y morales. Pues bien, la Constitución sigue proscribiendo la tortura, los tratos crueles e inhumanos y cualquier comportamiento de autoridades y particulares que pueda afectar la condición digna del ser humano. No obstante, en este tópico la prisión preventiva –utilizada como anticipo de pena- o aún, las condiciones degradantes e inhumanas de los recintos carcelarios que albergan a personas contra las cuales todavía –en su mayoría- no existe sentencia condenatoria firme, podríamos incluirlos como elementos que constituyen –en una dimensión distinta pero igualmente cruel como los efectos de una tortura física- torturas morales y psicológicas.

En cierta forma, la figura del *juez de ejecución penal*, responde a una iniciativa de “política criminal” tendiente a “controlar sobre bases jurisdiccionales y civiles” la labor administrativa de los recintos penitenciarios, todo esto, para denunciar y castigar a los funcionarios que siguen ejecutando estas tareas deleznales.

c) **La protección de la intimidad de las personas.** La CN de 1992 señala varios aspectos que cuidadosamente deben cumplirse a los efectos de pretender otorgar validez a una información para su ingreso válido al contexto del proceso penal.

Ejemplo: los recintos privados deben ceder como espacio prescindente de la intrusión de terceros en los casos que exista orden de autoridad judicial, iguales presupuestos se necesita para la interceptación de correspondencia y de las comunicaciones de cualquier naturaleza, la conducta privada de las personas estará exenta de la autoridad de los magistrados, en fin, todos estos modos de admisión de información requieren, inexorablemente, el cumplimiento de ciertas formalidades sin cuyo cumplimiento carecen de validez en un proceso de la naturaleza que fuere.

Las mismas están fundadas en la necesidad de proteger la intimidad de las personas que puede verse afectada seriamente por la poca consistencia de una imputación y un control ineficaz de los medios de obtención probatoria que, la mayor de las veces, vulneran la presunción de inocencia de las personas. En este sentido, el mandato constitucional inserto en el artículo 17.1 es precisamente la brújula interpretativa de las limitaciones probatorias; en efecto, si ninguna persona puede ser presentada como culpable ante los terceros antes de que exista sentencia condenatoria firme y ejecutoriada, un correlato del susodicho principio es que la intimidad y la privacidad de las personas está exenta de la autoridad de los magistrados, salvo que sea indispensable para la investigación del caso concreto.

De esta manera, el principio protector de la presunción de inocencia cede al principio de la averiguación histórica de la verdad (interés social y público) en casos taxativamente previstos por las normas constitucionales y procesales, los cuales deben cumplir ciertas pautas o presupuestos sin los cuales carecerán de eficacia probatoria. Uno de esos requisitos es que las alteraciones de la intimidad o privacidad de las personas deberán fundarse en resolución judicial y con un alcance restrictivo que también deberá señalarse expresamente en la misma decisión.

d) **Las denominadas exclusiones probatorias.** Estas limitaciones formales para la obtención de información que pueda discurrir en el proceso penal, en nuestro caso, también se denominan prohibiciones probatorias o exclusiones probatorias y a esta fórmula se ciñe el artículo 174 del CPP cuando dispone una ampliación en cuanto a la ineficacia de actos probatorios obtenidos en violación de las normas constitucionales, internacionales o secundarias respecto a los que sean directa o indirectamente consecuencia del acto primigeniamente viciado. La doctrina procesal penal moderna, denomina este alcance extensivo de la ineficacia de los actos procesales cumplidos en violación de las formas expresamente señaladas como *la teoría de los frutos del árbol envenenado* en el sentido que si el árbol está envenenado por el germen del vicio sustantivo, sus frutos (los subsecuentes actos que preceden a aquél) también adolecen del mismo defecto y la consecuencia de inviabilidad para su agregación o valoración en el juicio oral y público.

Siguiendo esa posición consolidada a nivel de la doctrina de las pruebas, el Código Procesal Penal dispensa un tratamiento de los medios tradicionales de prueba, sin perder de vista sus elementos ordinarios, pero asegurando la máxima transparencia en los modos de obtención de información probatoria cuando se trata de espacios en los cuales sensiblemente pueden verse afectados el ámbito de intimidad y privacidad de las personas.

Dentro de este tratamiento tradicional de los medios de prueba se halla un régimen especial para inspección de lugares, personas o vehículos, el secuestro de cosas relacionadas con el delito, que exige el cumplimiento de ciertos presupuestos tales como la advertencia al inspeccionado o al titular de la casa o bien afectado por la diligencia de lo que se pretende o se busca o, en su caso, tratándose de casos de inspecciones colectivas de personas contar con el conocimiento del fiscal o, en ciertos casos, que las actas que materializan el acto realizado consignen la presencia de por lo menos dos testigos de actuación que no se encuentren vinculados con la policía y, en lo posible, vecinos del lugar. Es de destacar que estos presupuestos deben ser observados estrictamente, sin ceder a prácticas de excepción, porque el sistema de protección para adquirir información probatoria se constituiría en letra muerta o en una simple exposición de objetivos meramente idealizados.

e) **La búsqueda de la verdad real o material.** Es el objetivo central que asumen el juez, el tribunal y el Ministerio Público con estricta observancia de las disposiciones establecidas por este código. A tal efecto, los hechos y circunstancias relacionados con el procedimiento podrán ser admitidos por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes. Un medio de prueba será admitido si se refiere al

objeto de la investigación y es útil para el descubrimiento de la verdad. No obstante, el juez limitará los medios de prueba ofrecidos cuando ellos resulten manifiestamente excesivos.

Esto último en el sentido de rechazar el diligenciamiento de ciertas pruebas se circunscribe a lo que denominaremos exclusiones probatorias queriendo significar la ineficacia de valor alguno de todo acto que vulnere garantías procesales consagradas en la Constitución, en el derecho internacional vigente y en las leyes, así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos. Finalmente la valoración del material probatorio está sujeto, como anticipamos, a las reglas de la sana crítica, a cuyo efecto los jueces formarán su convicción jurídica de la valoración conjunta y armónica de todas las pruebas producidas, lo que técnicamente se denomina masa probatoria.

### 3. Formalidades para la inspección o registro del lugar.

Ordinariamente es una tarea que realizará la Policía en su función preventiva de la investigación del hecho acaecido. A estos efectos, la misma custodiará el lugar del hecho y comprobará, mediante la inspección del lugar y de las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean consecuencia del hecho punible.

El funcionario policial a cargo de la inspección labrará un acta que describa detalladamente el estado de las cosas y cuando sea posible, recogerá y conservará los elementos probatorios útiles, dejando constancia. El acta será firmada por dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no deberán tener vinculación con la policía. Bajo las formalidades precedentemente expuestas, podrá ser incorporada al juicio por su lectura.

### 4. Formalidades para el levantamiento de evidencias.

En caso de muerte violenta o cuando existan indicios de la comisión de un hecho punible, antes de procederse a la inhumación del occiso, la policía, realizará la inspección corporal preliminar, la descripción de la situación o posición del cuerpo y de la naturaleza de las lesiones o heridas, además de las diligencias ordenadas por el Fiscal o el Juez. La policía intentará identificarlo a través de cualquier medio posible.

*En ausencia del fiscal o del juez, la policía, luego de realizadas las operaciones de rigor, de oficio, procederá a levantar el cadáver, disponiendo su traslado a los gabinetes médicos de la policía judicial si es que funcionara o al lugar en donde se practicará la autopsia, a los efectos de su identificación final y la entrega a sus familiares.*

Cuando por la percepción exterior de la inspección corporal preliminar, no se conozca de una manera manifiesta e inequívoca la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver, por el cuerpo médico forense, o en su caso, por los peritos que se designen, quienes informarán sobre la naturaleza de las lesiones, el modo y la causa del fallecimiento y sus circunstancias. En todos los casos, los peritos manifestarán si la muerte ha sobrevenido a consecuencia de aquéllas, o si ha sido el resultado de causas preexistentes, concomitantes o posteriores, extrañas al hecho. Si el Ministerio Público no ha solicitado la realización de la autopsia, las otras partes podrán solicitar al juez que la ordene, conforme a las reglas de los actos irreproducibles.

## 5. Formalidades para la inspección de vehículos.

La Policía podrá realizar la requisita de un vehículo, siempre que haya motivos suficientes para suponer que una persona oculta en él objetos relacionados con un hecho punible. A estos efectos, se usará el mismo procedimiento y se cumplirán las mismas formalidades previstas para la inspección de personas.

Cuando la policía realice inspecciones de personas o de vehículos, colectivamente, con carácter preventivo, deberá comunicar al Ministerio Público con seis horas de anticipación. Si la inspección colectiva se realiza dentro de una investigación ya iniciada, se deberá realizar bajo dirección del Ministerio Público. Si es necesaria la inspección de personas o vehículos determinados, el procedimiento se regirá según el procedimiento previsto para dicha situación.

## 6. Las operaciones técnicas.

Para una mayor eficacia y calidad de los registros e inspecciones, se podrán ordenar operaciones técnicas o científicas, reconocimientos y reconstrucciones, todo esto, con el fin de aproximarse con la mayor seguridad posible a la verdad histórica de los hechos investigados. En tal sentido si el imputado decide participar en la diligencia regirán las reglas previstas para su declaración, lo que acontecerá asimismo para los testigos, peritos e intérpretes que se regirán por las disposiciones pertinentes en el Código Procesal Penal.

En la Etapa Preparatoria no se necesita que tales operaciones se realicen como anticipo jurisdiccional, sino que en la medida de lo posible se efectuará bajo la dirección del Ministerio Público, aunque esto no obsta que para asegurar la contundencia de las conclusiones de tales operaciones se pueda realizar como prueba anticipada, siempre que su posterior realización dificulte la veracidad de sus conclusiones.

## 7. El registro.

Cuando haya motivo suficiente que permita suponer que en un lugar público existen indicios del hecho punible investigado o la presencia de alguna persona fugada o sospechosa, si no es necesaria una orden de allanamiento, la policía realizará directamente el registro del lugar. Si es necesario realizar una inspección personal o el registro de un mueble o compartimiento cerrado destinado al uso personal, en lugar público, regirán análogamente los artículos que regulan el procedimiento de la inspección de personas o vehículos.

Se invitará a presenciar el registro a quien habite o se encuentre en posesión del lugar, o cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad; cuando sea posible se conservarán los elementos probatorios útiles. Del registro se labrará un acta que describa detalladamente el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean de utilidad para la averiguación de la verdad.

Si el hecho no produjo efectos materiales se describirá el estado actual de los objetos, procurando consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, y los medios de prueba de los cuales se obtuvo ese conocimiento.

A los efectos de realizar el registro, se podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que se hallan en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad de los testigos, sin perjuicio de ser compelidos por la fuerza policial, según lo previsto por este código; la restricción de la libertad no durará más de seis horas, sin recabar la orden del juez.

Los registros con o sin allanamiento en lugares cerrados o cercados, aunque sean de acceso público, sólo podrán ser practicados entre las seis de la mañana y las diez y ocho de la tarde.

Se podrán practicar registros nocturnos:

1. En los lugares de acceso público, abiertos durante la noche y en un caso grave que no admita demora en la ejecución, y;
2. En los casos en que el juez lo autorice expresamente, por resolución fundada.

Cuando el registro deba efectuarse en un recinto privado particular, sea lugar de habitación o comercial, o en sus dependencias cerradas, se requerirá siempre orden de allanamiento escrita y fundada del juez o tribunal.

## **8. El secuestro.**

### **8.1 Objeto y finalidad del secuestro.**

Los objetos y documentos relacionados con el hecho punible y los sujetos a comiso, que puedan ser importantes para la investigación, serán tomados en depósito o asegurados y conservados del mejor modo posible. Aquel que tenga en su poder objetos o documentos de los señalados precedentemente, estará obligado a presentarlos y entregarlos, cuando le sea requerido, siguiendo los medios de coacción permitidos para el testigo que rehúsa declarar; si los objetos requeridos no son entregados se dispondrá su secuestro. Quedan exceptuados de ésta disposición las personas que deban abstenerse de declarar como testigos.

Regirá el procedimiento prescripto para el registro, determinándose precisamente que la orden de secuestro será expedida por orden judicial en resolución fundada.

Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia en los depósitos de los tribunales o en los lugares especialmente destinados para estos efectos, siempre a disposición del juez.

Si se trata de bienes de significativo valor se los entregará a quienes aparezcan como sus poseedores legítimos, en calidad de depositarios judiciales.

Transcurridos seis meses sin reclamo ni identificación del dueño o poseedor, los objetos podrán ser entregados en depósito a un establecimiento asistencial o a una entidad pública que los necesite, quienes sólo podrán utilizarlos para cumplir el servicio que brindan al público. Igual trámite se observará cuando se trate de bienes perecederos, que no puedan ser conservados. Si los objetos secuestrados corren riesgo de alterarse, desaparecer, sean de difícil custodia o perecederos, se ordenarán reproducciones, copias o certificaciones sobre su existencia y estado.

Los objetos secuestrados serán asegurados con el sello y la firma del encargado de su custodia y los documentos serán firmados y sellados en cada una de sus hojas.

Los objetos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo, serán devueltos a la persona de cuyo poder se obtuvieron, tan pronto como se pueda prescindir de ellos. Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente en calidad de depósito judicial e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos. En caso de controversia acerca de la tenencia, posesión o dominio sobre una cosa o documento, para entregarlo en depósito o devolverlo, se instruirá un incidente separado y se aplicarán, análogamente, las reglas respectivas del procedimiento civil.

## 8.2 Limitaciones para el secuestro.

No podrán ser objeto de secuestro:

- a) Las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o que deban hacerlo en razón del secreto;
- b) Las notas que hayan tomado los nombrados anteriormente sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia, a las cuales se extienda el derecho o el deber de abstenerse de declarar, y;
- c) Los resultados de exámenes o diagnósticos relativos a las ciencias médicas realizados bajo secreto profesional.

La limitación sólo regirá cuando las comunicaciones u objetos se encuentren en poder de aquellas personas que pueden abstenerse de declarar; o en el caso de abogados y profesionales de las ciencias médicas, si están archivadas o en poder del estudio jurídico o del establecimiento hospitalario y consultorios privados.

La orden de secuestro será expedida por el juez, en una resolución fundada.

## 9. El allanamiento.

### 9.1 requisitos y necesidad del allanamiento.

Para el *allanamiento*, el juez expedirá un mandamiento en el que constará:

- a) En el mandamiento se consignará el juez o tribunal que ordena el allanamiento y la breve identificación del procedimiento;
- b) La indicación exacta del lugar o lugares a ser registrados;
- c) La autoridad designada para el registro;
- d) El motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a practicar, y;
- e) La fecha y la firma del juez.



## 9.2 Allanamiento de locales públicos.

Las restricciones establecidas para el allanamiento de domicilios o habitaciones no regirán para las oficinas administrativas o edificios públicos, templos o lugares religiosos, establecimientos militares, lugares comerciales de reunión o de esparcimiento, abiertos al público y que no estén destinados a habitación familiar. En estos casos se podrá prescindir de la orden de allanamiento con el consentimiento expreso y libre de las personas a cuyo cargo estén los locales. En caso de negativa o imposibilidad material de conseguir el consentimiento, se requerirá la orden de allanamiento y se podrá hacer uso de la fuerza policial para su cumplimiento.

Quien prestó el consentimiento será invitado a presenciar el registro; para el ingreso y registro de oficinas dependientes de un poder del estado se necesitará autorización del funcionario competente. ***Si durante el desarrollo del procedimiento, quien dio la autorización, la niega o expresa haberla consentido por coacción, la prueba de la libertad del consentimiento corresponderá a quien lo alega.*** En el acta respectiva se consignarán los requisitos previstos por este código y el consentimiento otorgado.

**Excepciones.** Se podrán prescindir de la orden de autoridad competente:

- a) Cuando existan denuncias fundadas sobre personas extrañas que fueron vistas introduciéndose en un lugar con evidentes indicios de que van a cometer un hecho punible;
- b) Cuando el imputado, a quien se persigue para su aprehensión, se introduzca en una propiedad privada, y;
- c) Cuando voces provenientes de un lugar cerrado anuncien que allí se está cometiendo un hecho punible o desde él se pida socorro.

**Garantías.** El mandamiento ***tendrá una duración de dos semanas***, después de las cuales fenece la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado en cuyo caso constarán esos datos.

La orden de allanamiento será notificada al que habite o se encuentre en posesión del lugar donde deba efectuarse, entregándole una copia del mandamiento. Cuando no se encuentre el propietario, se notificará a su encargado o a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar, prefiriéndose a un familiar del primero. El notificado será invitado a presenciar el registro. Asimismo, si no encuentra persona alguna en el lugar, o si quien habita la casa se resiste al ingreso, se hará uso de la fuerza policial para ingresar. Practicado el registro se consignará en acta su resultado, cuidando que el lugar quede cerrado y resguardado de otras personas.

## 10. Requisa personal.

Los documentos, objetos y otros elementos de convicción incorporados al procedimiento podrán ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen sobre ellos. Los elementos que tengan carácter reservado serán examinados privadamente por el juez. Si son útiles para la averiguación de la verdad los incorporará al procedimiento, resguardando la reserva sobre ellos.

## 11. Clausura de locales.

Cuando para la averiguación de un hecho punible grave sea indispensable la clausura temporaria de un local o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensiones no puedan ser mantenidas en depósito, se procederá a asegurarlas, según las reglas del secuestro.

## 12. Interceptación de comunicaciones.

Siempre que sea útil para la averiguación de la verdad, el juez ordenará, por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la interceptación o el secuestro de la correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra clase, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto. Regirán las *limitaciones del secuestro de documentos u objetos*.

**Apertura y examen de correspondencia.** Recibida la correspondencia o los objetos interceptados, el juez procederá a su apertura haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá para sí el contenido de la correspondencia. Si guarda relación con el procedimiento ordenará el secuestro, caso contrario, mantendrá la reserva de su contenido y dispondrá la entrega al destinatario.

**Intervención de las comunicaciones.** El juez podrá ordenar por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas.

El resultado sólo podrá ser entregado al juez que lo ordenó, quien procederá según lo indicado en el artículo anterior.

Podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de aquellas partes que considere útiles y ordenará la destrucción de toda la grabación o de las partes que no tengan relación con el procedimiento, previo acceso a ellas del Ministerio Público, del imputado y su defensor.

La intervención de comunicaciones será *excepcional*.

## 13. Acerca de los medios extraordinarios de prueba.

En este punto, podemos mencionar como sinónimo de *medios extraordinarios de prueba*, sin que la expresión sea la más idónea respecto a lo que se pretende describir, una serie de circunstancias especiales que por no provenir del origen propio de las partes como proponentes de los medios probatorios, merecen esta denominación:

- a) En la Audiencia Preliminar, el juez penal puede disponer la realización de prueba de oficio, siempre y cuando la fuente radique en las actuaciones puestas a consideración del magistrado, por las partes. Este constituye, un medio especial de producción pro-

batoria que, en cierta forma, se aparta del principio dispositivo de las partes en cuanto a la proposición probatoria, pero fundado en la regla estatal de protección del interés social en la averiguación de la verdad histórica. Aunque sigue siendo un aspecto bastante discutible, porque se puede prestar a violaciones del principio de la defensa en juicio, de ahí que los jueces se muestren parcos con el ejercicio de esta potestad.

- b) En el Juicio Oral y Público, se pueden producir dos circunstancias excepcionales: *a) cuando surjan hechos nuevos, el juez o tribunal pueden advertir a las partes un cambio de calificación y disponer que tomen un tiempo prudencial para el ofrecimiento de pruebas (artículo 400 del CPP), y; b) también pueden ordenar, excepcionalmente, prueba de mejor proveer, tomando como parámetro la misma situación plasmada en la audiencia preliminar de la etapa intermedia (que la fuente originaria de la prueba de oficio, radique en las actuaciones propias de las partes), aunque la norma procesal no efectúa esta advertencia, pero es atendible que por la vigencia del principio de bilateralidad y contradicción, esta potestad se ejerza conforme a los mismos parámetros.*
- c) Finalmente, los Tribunales de Apelaciones y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también disponen de la potestad de ordenar audiencia complementaria de prueba y sustanciación de los recursos, aunque las partes no lo hubieran solicitado, aspecto que también denota una actividad probatoria excepcional, aunque por la naturaleza del sistema recursivo del modelo acusatorio, las pruebas deberán sustentarse, única y exclusivamente, en cuestiones de derecho (interpretaciones doctrinarias, jurisprudenciales, etcétera).