

La prueba en el proceso penal acusatorio con tendencia adversarial: la teoría del caso y la actividad probatoria en el juicio oral*

Por Hesbert Benavente Chorres

Introducción

El proceso penal propio de un sistema acusatorio con tendencia adversarial descansa, por lo menos, en tres ideas fundamentales: a) la necesidad de servir como marco de respuesta a un conflicto de intereses generado a consecuencia de la comisión de un ilícito penal; b) que la respuesta a dar sea bajo la observancia de los principios y garantías de un debido proceso, donde se resalta el derecho a un juicio (oral) previo, y c) promover que sean los involucrados en el conflicto penal (víctima e inculpado) los que propicien una respuesta consensuada a su controversia, es decir, apuntar a una justicia penal consensual-restaurativa, a través de los mecanismos alternos de solución al conflicto jurídico-penal.

Sin embargo, un rol central siempre lo va a detentar la prueba; dado que, de la evidencia aportada al proceso, las partes podrán obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, luego de celebrado el juicio oral, o bien, podrán decidir si recurren o no a un mecanismo alternativo de solución del conflicto penal.

Frente a ello, el objetivo del presente estudio es analizar los aspectos referido a la prueba pero en el contexto del nuevo proceso penal de corte acusatorio con tendencia adversarial, adoptado en la reforma latinoamericana. Es decir, la moderna teoría de la prueba exige: a) diferenciar la actividad probatoria con la actividad de investigación; b) establecer la relación que guarda con la teoría del caso, y c) presentar los diferentes supuestos de recepción probatoria durante la audiencia del juicio oral: pruebas personales, pruebas documentales (y su diferencia con las documentadas), así como, las pruebas materiales.

Por otro lado, también se busca, mediante la presente investigación, un segundo objetivo, el cual consiste en exponer las técnicas de litigación oral que ayude al abogado litigante a enfrentar con éxito la dinámica del juicio oral. En ese orden de ideas, partimos del hecho de que el abogado (sea representante del Ministerio Público o de la defensa) no puede ingresar a la arena del litigio sin ninguna estrategia ni técnicas que, durante la audiencia del juicio oral, permitan demostrar que su caso es el más sólido y certero.

Por tal razón, examinamos por separado las estrategias para enfrentar la declaración del acusado, la de los testigos, la de los peritos, así como la admisión a proceso y su examen, tanto de la prueba material como documental.

* [Bibliografía recomendada.](#)

Capítulo Primero El proceso penal acusatorio con tendencia adversarial

A) Un nuevo paradigma: el proceso penal como marco de solución de un conflicto de intereses jurídico-penal

En una frase célebre del maestro español Luis Jiménez de Azúa consistente en “*Antes de hablar del árbol, muestra el bosque*”; implica la necesidad de comentar la dinámica del nuevo sistema procesal denominado “acusatorio con tendencia adversarial”.

Sin embargo, antes de ingresar al análisis de lo señalado, es menester, precisar la filosofía del proceso acusatorio con tendencia adversarial, la cual, nos permitirá entenderlo. Esta filosofía implica, en términos de Thomas Kuhn, la adopción de un nuevo paradigma a la hora de entender el sistema de justicia penal. Es decir, un marco de explicación del porqué la necesidad de contar con actores más dinámicos en el proceso penal –como por ejemplo, las partes–, y de herramientas forenses, tales como: la teoría del caso, las estrategias de litigación oral, entre otras.

Este nuevo paradigma del sistema de justicia penal debe reemplazar al anterior que es propio de una época donde se entendía al proceso penal como mero instrumento de aplicación de sanciones por parte del Estado a través de la persona del juez.

En efecto, la historia del proceso penal nos revela que el paradigma que permitió el diseño del sistema de justicia penal en Iberoamérica es aquel que consideraba al *proceso penal como marco para la legitimación de la sanción estatal*.

Este paradigma, parte del hecho de que el Estado ejerce y asume el monopolio del desempeño de la “violencia legítima”¹, lo cual, ha conllevado el empleo del proceso penal como herramienta para su finalidad sancionadora. En efecto, el monopolio del Estado, usualmente ha sido vinculado con el derecho a establecer normas penales (*poder político penal*); sin embargo, el mismo, también se manifiesta en la potestad estatal a exigir el cumplimiento de las mismas, y esta pretensión punitiva, según la doctrina, es de naturaleza *procesal* y no *sustantiva*². Por ende, el Estado, como titular del *ius puniendi*³ tiene como tareas, criminalizar conductas, establecer sanciones y lograr la imposición del castigo en el caso concreto.

¹ García-Pablos sostiene que sólo el *ius puniendi* estatal puede operar como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal –y las expectativas que éste genera– de forma pacífica e institucional; de forma racional y previsible, formalizada y eficaz, con escrupuloso respeto de las garantías individuales, cuando fracasan los mecanismos primarios de autoprotección del orden social. Sólo el *ius puniendi* estatal se halla en condiciones de asegurar la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa (García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 305).

² Al respecto, consúltese: Rodríguez Devesa, José M. - Serrano Gómez, Alonso, *Derecho penal español*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 37 y siguientes. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 37.

³ Para Villavicencio a la función punitiva del Estado se le pretende identificar incorrectamente como *ius puniendi*, dado que, no es un derecho, y por el contrario no alcanzaría para comprender la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. Lo que se está, según el

Siendo la pregunta ¿cuál es el marco que el Estado utilizará para una razonable aplicación de su función sancionadora? Al respecto, consideramos que el marco debe ser el de un proceso penal que presente a un juez dotado de las más importantes funciones procesales, así como, un esquema procedimental que le permita desarrollar adecuadamente sus funciones, en detrimento de la actividad procesal que los demás sujetos puedan realizar.

En efecto, el Estado, a través del Poder Judicial, impone la sanción al responsable de la infracción de la norma jurídico-penal. Pero la misma, que parecería una verdad de perogrullo conlleva un modelo explicativo y legitimante: *El Estado, a través de los magistrados que conforman un poder estatal: el Judicial, se convierte en el actor principal que dinamiza las instituciones vinculadas al monopolio de la violencia legítima.*

Y para lograr el objetivo de imponer el castigo se debe fortalecer al órgano estatal quien lo impone; en otras palabras el Estado debe fortalecer a uno de sus poderes para lograr el cometido sancionador del *ius puniendi*. Es decir, se fortalece el rol del juez (penal): *director de la instrucción, facultado para actuar pruebas de oficio, dirigir el juzgamiento, emitir la sentencia y ser el responsable de su ejecución, dejando a las partes (acusadora y acusada) un rol cada vez menos protagónico.*

El esquema procedimental que permite el desenvolvimiento de toda la dinámica del juez es aquel dividido en dos fases: instrucción y juzgamiento. El primero, destinado a que el juez recabe la información que le permita establecer la presunta comisión de un delito y la responsabilidad del imputado. El segundo, destinado a que el juez, luego de la actividad probatoria, emita su fallo o sentencia.

Para lograr la finalidad de la primera fase, el juez deberá limitar toda actividad, principalmente del imputado, que trate de obstaculizar la recolección de la información que le permita formular juicio sobre la naturaleza de los hechos y del juicio de responsabilidad, que a la postre será confirmada o inusualmente, rechazada, durante la fase de juzgamiento. Asimismo, deberá asegurar toda la información que recolecte a través del principio de la escrituralidad. Y finalmente, para evitar todo peligro de obstaculización procesal, y so pretexto de una sospecha fundada de comisión delictiva, se prefiere que el imputado esté privado de su libertad hasta el dictado de la sentencia.

Todo lo señalado grafica los rasgos principales del sistema *inquisitivo: el secreto, la escrituralidad y la detención del imputado mientras se espera el dictado del fallo.* En ese sentido, las características e incluso la justificación del sistema inquisitivo vienen dadas por la finalidad del proceso penal como marco para que el Estado, legítimamente, imponga una sanción al responsable del delito. Y a pesar que se pretende paliar a través de una segunda fase donde prime la oralidad y el contradictorio (el denominado “procedimiento mixto”⁴), en la praxis del sistema inquisitivo se puede sentenciar sobre la base de la información obtenida de la primera fase: instrucción,

citado autor es ante la potestad no mediatizada por la forma jurídica (Villavicencio Terreros, Luis, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2006, p. 88).

⁴ Para Maier, el procedimiento mixto significó solamente una modificación del sistema inquisitivo (Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal: fundamentos*, t. I, Bs. As., Del Puerto, 1996, p. 449).

convirtiéndose la misma, como dice Bacigalupo, más de hecho que de derecho, en la fase central del proceso penal y la que determina el resultado del mismo⁵.

Por ende, una primera aseveración es que, el paradigma de entender al proceso penal como marco de legitimación de la sanción estatal fundamenta, tanto al sistema inquisitivo (incluso al mixto con tendencia al inquisitivo), así como, al proceso penal y las funciones de los sujetos procesales que en el mismo, se desenvuelven.

Sin embargo, ya es por todos conocidos las críticas que se han efectuado en contra del sistema inquisitivo. Para ello, basta con señalar las palabras de Madlener, antiguo encargado del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional para España e Hispano-América, el cual precisa que el sistema inquisitivo denota un poder aplastante de la justicia y del juez, una falta de posibilidad de defensa, el empleo de la tortura, las penas arbitrarias y una falta total de independencia del juez que era nada más que el encargado del soberano, que en la época era el principal absoluto del Estado y así también la justicia⁶. En suma, el sistema inquisitivo no era pues un verdadero proceso. La aplicación de la ley penal correspondía a los tribunales, pero éstos no utilizaban el proceso; se trataba entonces de un derecho penal “típicamente administrativo” y en su actividad no se respetaron los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen a la esencia misma de la existencia del proceso⁷.

Pero, por otro lado, ante la crisis del paradigma ya comentado, surge uno nuevo, el cual parte que el problema no consiste en restar legitimidad al Estado de utilizar al proceso penal como marco de imposición de la sanción, sino que el peligro está en considerarla como la única finalidad, o simplemente la más importante, y ello, lamentablemente se ha dado en nuestra praxis procesal, centrada en el cumplimiento estricto de la ley penal, olvidándose que en el proceso penal, junto al conflicto entre la sociedad afectada por el delito y el responsable de los hechos, que efectivamente dispensa una consideración pública a la persecución penal, hay otro conflicto el que se entabla entre la víctima (el ofendido) y el autor del daño.

Este último conflicto, en palabras de Moreno Catena, es el que debe dar respuesta el sistema penal y el proceso penal, no puede ser olvidado, sino que ha de ocupar un puesto principal en las inquietudes de los juristas, por encima incluso de la prevención general, porque el proceso penal no puede desamparar a ninguno de los que están o deben estar en él, salvo que convirtamos al derecho en un puro ropaje formal⁸.

⁵ Esta cita fue tomada de las actas del debate celebrado en el marco de los diálogos jurídicos dedicados a analizar la necesidad de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal española, celebrado el 26 de abril del 2005 en el Centro de Estudios Jurídicos. Al respecto, consúltese: Bacigalupo Zapater, Enrique - Gimeno Sendra, Vicente - Moreno Catena, Víctor - Torres-Dulce Lifante, Eduardo, *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 147.

⁶ Madlener, Kurt, *Derecho procesal penal y derechos humanos*, en “La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI”, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998, p. 203.

⁷ Montero Aroca, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. III, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 16.

⁸ Moreno Catena, Víctor, *El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito*, en “Hacia un nuevo proceso penal”, Manuales de Formación Continuada n° 32, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2005, p. 58.

Esta, digamos segunda finalidad del proceso penal: *la solución del conflicto jurídico-penal*, parte de la premisa de que el delito, como todo problema jurídico, genera un conflicto de intereses, en donde las partes (los interesados) son llamados a tener un rol protagónico y activo en el proceso penal y el juez cumple funciones de control o garantía, así como, de juzgamiento.

El cambio de paradigma al acusatorio con tendencia adversarial implica el ver al delito como un conflicto de intereses⁹; en efecto, al hablar de delito debemos de pensar que detrás de ello hay una víctima y un responsable, y ambos, persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal. En palabras de Schünemann, no se trata de una mera oposición contraria al hecho, sino una oposición de intereses directa y sin restricciones jurídicas¹⁰.

Así, la víctima tiene los siguientes intereses: a) que se imponga una sanción al responsable del delito (*pretensión punitiva o de sanción*), la cual, será llevada por el Ministerio Público al órgano jurisdiccional a través del proceso penal, al afectar también el delito intereses públicos o sociales), y b) que se reparen los daños y perjuicios que ha sufrido (*pretensión resarcitoria o de reparación*). Por su lado, el presunto responsable tiene como interés: la declaratoria de su inocencia de los cargos que se le han formulado en su contra (*pretensión de absolucón*), o al menos, recibir una sanción atenuada (*pretensión de sanción atenuada*).

En ese sentido, podemos hablar de que el proceso penal es el medio por el cual se ventilará el conflicto generado por el delito, buscando hallar una solución en función a los intereses postulados, argumentados y probados. Ahora bien, en un conflicto de intereses, son, valga la redundancia, los interesados los llamados a desarrollar un rol protagónico; es decir, las partes deben de construir, argumentar y fundamentar sus intereses, expectativas o pretensiones¹¹. Y este nuevo paradigma es de recibo en los sistemas de justicia penal latinoamericanos más recientes.

⁹ En el Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca de 2006, en su art. 1°, señala que la finalidad del proceso es el de establecer la verdad procesal, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas, en un marco de respeto irrestricto a los derechos de las personas reconocidos en las Constituciones federal y local, en los tratados internacionales ratificados por el país y en las leyes.

¹⁰ Schünemann, Bernd, *La reforma del proceso penal*, "Cuadernos Luis Jiménez de Asúa", n° 26, Madrid, Dykinson, 2005, p. 54. Asimismo, para Madlener, el objeto del proceso penal es la resolución de un conflicto (*Derecho procesal penal y derechos humanos*, p. 207).

¹¹ Obsérvese como este fundamento justifica las más importantes innovaciones en el sistema de justicia penal: a) el Ministerio Público, como interesado en fundamentar, objetivamente, su pretensión de sanción, debe de encargarse de la investigación del hecho punible, y de los resultados de la misma, decidir si formula acusación o bien un requerimiento de sobreseimiento; b) tanto la parte acusadora, como la acusada, requieren de un instrumento metodológico que les permitan construir su versión de lo sucedido, recolectar la evidencia que requieren, depurar lo recolectado —eliminando todo vicio o defecto procesal que invaliden sus posiciones y sus evidencias—, así como, exponer sus posiciones. Este instrumento metodológico no es otro que la *Teoría del caso*, la cual, está presente en cada fase del proceso penal, a través de las actividades mencionadas: investigación preliminar, investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento, respectivamente; c) la solución del conflicto, puede darse a través de una sentencia emitida en el marco del juicio oral, o bien, a través de mecanismos consensuados (principio de oportunidad, terminación anticipada del proceso, negociación), o bien rápidos y expeditivos.

Así tenemos: Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998; Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, Argentina, de 1999; Código Procesal Penal de Nicaragua de 2002; Código Procesal Penal de República Dominicana de 2005; Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, Argentina y los respectivos textos adjetivos de los Estados mexicanos de Chihuahua y Oaxaca, todos ellos de 2006, como del Estado de México del 2009.

Por tal razón, no compartimos la finalidad que López Barja imputa al proceso penal, esto es, como el sistema utilizado para realizar el *ius puniendi*¹², porque ello denotaría que el delito solamente genera una relación entre el individuo del Estado, sin tomar en cuenta que en el proceso penal intervienen otros sujetos, como son la fiscalía y la víctima, que no intervienen a nombre del Estado, sino que sus expectativas tienen como titulares a la sociedad y al propio ofendido, respectivamente.

La intervención de tales sujetos procesales denota que por la comisión de un delito se ha generado una *relación de conflicto*¹³, es decir, un conjunto de expectativas contrapuestas, por un lado, entre el responsable del delito con la sociedad (representado por el Ministerio Público), y por otro lado, entre el responsable del ilícito penal con la víctima u ofendido; contraposición que espera una solución, ya sea consensuada, o bien, heterocompuesta a través de un fallo por parte del juez.

Ahora bien, esta *relación de conflicto* requiere la estructuración de un sistema procesal que permita su discusión y solución. Tal sistema debe presentar las siguientes características:

1) Que el sistema procesal permita la estructuración de un proceso que permita la discusión de la solución de un “conflicto” generado por la comisión de un ilícito penal. Por esa razón, tanto las partes como el juzgador tienen rol protagónico. Las partes, porque construyen, argumentan y buscan dar credibilidad a sus intereses, *per se*, contradictorios. El juez al emitir fallo condensa tales intereses, luego que las posiciones han sido contendidas –en el marco del juicio oral– en su decisión final que, valorando los actos de las partes, manifiesta un acto de autoridad.

2) Que el sistema procesal permita la realización de un conjunto de actos procesales, determinadas por disposiciones que reglamentan su ejercicio. Estas disposiciones son las denominadas “normas de procedimiento”.

3) Que el sistema procesal no excluya la función jurisdiccional del Estado, dado que, la actividad judicial, aún cuando esté realizada por algunos sujetos que no tienen función jurisdiccional, las partes, por ejemplo, importa un ejercicio público trascendente, tal vez el más importante que realice el Estado: *impartir justicia*.

4) Que el sistema procesal permita la solución del conflicto a través de una manera consensuada, o bien, a través del fallo judicial, dada como conclusión a la actividad dialéctica realizada por las partes.

¹² Acota el jurista español, que lo que se trata de buscar es un procedimiento en el que su objeto sea doble, por una parte, averiguar la comisión de un hecho delictivo, así como la determinación del autor y demás partícipes en dicho hecho, y por otra parte, la imposición de una pena o medida de seguridad a los indicados, y su ejecución (López Barja De Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 311).

¹³ Término utilizado por Carlos Creus (*Derecho procesal penal*, Bs. As., Astrea, 1996, p. 2).

5) Que el sistema procesal denote, una actividad procesal dialéctica. El concepto *dialéctico* a que se ha hecho alusión indica la presencia de intereses contradictorios de las partes, los cuales, constituyen el elemento central y distintivo del proceso judicial (civil, laboral, penal, etc.); donde todos, de una manera u otra, han coadyuvado para que se logren dos fines a través del proceso, uno privado: que se ponga fin al conflicto de intereses, y otro público: que se postule una sociedad con paz social en justicia.

Consideramos que la finalidad procesal de resolver el conflicto, aunado con las características señaladas *ut supra*, dotan de fundamento y contenido al denominado “sistema acusatorio con tendencia adversarial”¹⁴.

Este sistema, además de replantear de modo protagónico la presencia del fiscal en el proceso, destaca la tarea del juez penal, asignándole exclusivamente la facultad del fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público, el que, asistido por la policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación¹⁵. Asimismo, bajo la premisa que frente al delito el Estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, debía establecer el marco legal de sanción, así como, los aparatos de persecución, imposición y ejecución de sanciones, se determinó que el juez tenga todas las facultades para el logro de tales cometidos. Por tal razón, al juez penal se le dotó de facultades de investigación, actividad probatoria y de fallo. Sin embargo, el centrar la dinámica de todos los casos penales en lo que puede hacer el juez ha originado una serie de disfuncionalidades: a) lentitud en la resolución de los procesos penales; b) instrucciones deficientes; c) insuficiente argumentación en los fallos; etcétera.

Sin embargo, el cambio de paradigma al acusatorio con tendencia adversarial implica el ver al delito como un conflicto de intereses (y por ende acuñar una segunda finalidad al proceso penal, esto es, que además de permitir la realización del *ius puniendi*, debe procurar ser un marco de solución consensuada o heterocompuesta al conflicto generado por el delito). En efecto, al hablar de delito debemos de pensar

¹⁴ Al señalar el carácter de *tendencia a lo adversarial*, se debe a que la reforma colombiana no ha adoptado un sistema acusatorio-adversarial puro, ello porque el nuevo Código, aún presenta herencias del sistema procesal anterior (p.ej., la facultad excepcional de la prueba de oficio), y en concreto el sistema acusatorio puro, no puede existir pues se basa en una forma de democracia imposible de ejercer hoy: la democracia directa. Al respecto, consúltese: Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 25. Maier, *Derecho procesal penal: fundamentos*, p. 257. Ibáñez Guzmán, Augusto J., *Estándares internacionales para la reforma al sistema penal colombiano*, en “Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 187.

¹⁵ Al respecto, Gómez Colomer ha señalado las siguientes características: a) reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público con exclusión (o mínima intervención) generalmente de particulares sean o no ofendidos por el delito; b) atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al juez instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario; c) otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la *conformidad*, bien a través de la llamada “negociación sobre la declaración de culpabilidad”; d) conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal (Gómez Colomer, Juan, *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, “Revista Peruana de Derecho Procesal”, n° 1, Lima, Palestra, 1997, p. 338).

que detrás de ello hay una víctima y un responsable, y ambos, persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal.

No obstante, la actividad y dinamismo que impregnen las partes en el proceso penal debe canalizarse en las imputaciones o cargos que el Ministerio Público formule en su acusación, caso contrario, el proceso penal caería en un desorden procesal en donde cada parte apuntarían a diferentes blancos. La necesidad de la acusación fiscal es tal, que sin ella no habría la necesidad de continuar con un proceso penal. Esta es la exigencia que trae el acusatorio y, que a su vez, exige que el Ministerio Público sea el director de las investigaciones, por la sencilla razón que investigar y acusar son las dos caras de la misma moneda: se investiga para saber si se acusará, y se acusa de lo que se ha investigado.

Por otro lado, el dotar de esa importancia a la fiscalía no significa el minimizar la labor de la defensa, al contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas) los medios de investigación y de probanza que la ley flanquea a la fiscalía lo debe también ejercer la defensa. Ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés a su teoría del caso que presentarán ante el órgano jurisdiccional. Para ello, ambas partes deben entender que son adversarios, contrincantes, rivales, en el proceso penal, y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales. Si esto así ocurre, el debate que se dará en el juicio oral estará enriquecido de contenido e información que facilitará una adecuada decisión por parte del juzgador.

B) Un nuevo proceso penal adoptado en la última reforma latinoamericana: el proceso acusatorio con tendencia adversarial

Como primera matización se debe señalar que el proceso acusatorio con tendencia adversarial no forma parte de la tradición europea continental, de la cual han surgido los sistemas procesales como el acusatorio clásico, inquisitivo y acusatorio garantista. En efecto, el sistema adversarial es extraído del procedimiento penal anglosajón.

En ese sentido, el proceso penal angloamericano es un procedimiento de partes (*adversary system*), en el que éstas deciden sobre la forma de llevar a cabo la prueba, quedando la decisión de culpabilidad en manos del jurado (*verdict*), mientras que el juez profesional (*bench*) se limita, en su caso, a la fijación de la pena (*sentence*). La confesión de culpabilidad (*guilty plea*) permite, pues, pasar directamente a esa individualización punitiva. Así las cosas, no puede sorprender que desde hace cien años aproximadamente los fiscales y las defensas se presten a negociar tal reconocimiento (*plea bargaining*).

Entre sus principales rasgos tenemos¹⁶:

1) Postula un procedimiento marcadamente contradictorio, en donde toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes. En efecto, este sistema obedece a la presencia de intereses jurídicos contrapuestos: los del acusador y los

¹⁶ Benavente Chorres, Hesbert - Benavente Chorres, Saby Sandra, *La negociación penal y la conformidad. una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano*, "Revista Diálogo con la Jurisprudencia", vol. 10, n° 81, Lima, 2005, p. 169 y siguientes.

del acusado, los cuales son los llamados a exponerlos, fundamentarlos y dotarlos de todo el marco probatorio y de valoración normativa, a fin de que un tercero (llámese observador imparcial), el cual es el juez, decida cuál interés le funda razonabilidad para ser amparado, dando un pronunciamiento en el que se oriente por la imposición o no de consecuencias jurídico-penales.

2) Postula una igualdad funcional entre las partes tanto acusadora como acusada. Quizás sea aquí donde se dan los primeros malos entendidos con referencia al sistema adversarial; en efecto, un sector de los operadores jurídicos consideran que esta igualdad denota el destierro de toda aptitud déspota por parte del fiscal para con el abogado defensor, cuando este último le solicitaba alguna información o le cuestionaba algún acto procesal (valga la información, esta opinión fue tomada de la propia fiscalía).

Sin embargo, más lejos de la verdad no puede detentar esas opiniones; en efecto, la igualdad funcional denota que, así como uno tiene la libertad y la legitimidad para presentar los cargos que denotan la presencia de un título de imputación a un sujeto responsable, y todo ello a través de la presentación de los medios probatorios respectivos y dentro de los marcos legales, también la otra parte tiene la misma libertad, legitimidad y posibilidad para presentar el materia probatoria de descargo, sin ninguna exclusión o restricción fuera de lo que la ley establece para ambas partes.

Así, lo que se eliminaría será la equivocada idea de que sólo el fiscal puede tachar alguna fuente de prueba u oponerse a un determinado medio probatorio, siendo inaceptable que, por ejemplo, el procesado tache a un testigo de cargo presentado por la fiscalía, o se oponga a la realización de una inspección a un determinado establecimiento, solicitado por la fiscalía. Y este equivocado planteamiento es el que en la actualidad se viene practicando en la praxis judicial peruana, por lo que, la aplicación del sistema adversarial en nuestra realidad judicial implicará aceptar el postulado de la igualdad funcional (o de armas): las mismas posibilidades normativas que tiene el uno, lo tiene el otro, en el marco del proceso penal.

3) Postula el rol de un juez con funciones de garantía y de fallo. Como se ha indicado, el modelo adversarial, postula un procedimiento penal marcadamente contradictorio, propio de la tradición anglosajona (denominado *adversarial system*), en donde toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes, y tiene el efecto beneficioso de distinguir y separar claramente las tareas persecutorias y requirentes del titular de la acción penal pública –el fiscal– de las tareas decisorias asignadas al tribunal. En este contexto, el juez se halla en inmejorables condiciones para actuar de modo imparcial, pues él nunca impulsa la persecución y se limita a decidir las controversias y vigilar el cumplimiento de las reglas del procedimiento.

4) Postula la presencia de mecanismos de solución al conflicto jurídico-penal, como por ejemplo las negociaciones y las conformidades, y de esta forma se gana en economía procesal, dado que, los profesionales se benefician con la disminución de las exigencias técnicas y de la complejidad del trabajo. Los abogados pueden eludir riesgos de fracaso –con la repercusión correspondiente en sus honorarios– y los jueces tendrían “mejores posibilidades de ascenso, dado el aumento de cifras de sus sentencias y la disminución de la cuota de suspensión de juicios”. Piénsese, además, en lo gratificante que resulta eludir por esa vía la resolución real de aquellos asuntos en los que a las dificultades probatorias se une la indefinición de los tipos penales (delitos económicos, contra el medio ambiente, etcétera).

Con estas características no se pretende afirmar que en el sistema acusatorio adversarial no hay cabida para el respeto de los derechos humanos, establecido como fuerza ideológica del sistema acusatorio garantista moderno. Por el contrario, el movimiento de los derechos humanos también ha influenciado, en una medida u otra, en los países del entorno anglosajón. Sin embargo, lo que se pretende dejar por sentado, es que, el fundamento del sistema adversarial radica en considerar a los sujetos intervinientes como actores de una relación conflictual a ser resuelto en el proceso penal, en función al dinamismo que impregnen a sus actividades: *fortalecer mi teoría del caso, debilitar la de mi contraparte*.

Sin embargo, también puede comulgar tanto la referida relación de conflicto con la observancia de los derechos humanos (un ejemplo lo revela que en ambos sistemas se predica el principio de igualdad de armas¹⁷). En efecto, la actual corriente política-liberal que influencia al sistema acusatorio (tanto garantista, como adversarial), exige que la declaración de los derechos fundamentales de la persona se transcriba en la Constitución política a modo de garantías individuales, acompañado del instrumento jurídico necesario para evitar su conculcación; por lo que, debe dejarse asentado que sea cual fuese el movimiento de reforma del sistema de justicia penal, el mismo debe estar necesariamente en armonía con las garantías establecidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

C) Un nuevo proceso penal: las fases de investigación, intermedia, juicio oral y ejecución

Ahora bien, entendido el proceso penal como el marco, por el cual, no solamente se legitima la sanción estatal, sino que, funge como ámbito de discusión y

¹⁷ Igualmente, podemos citar, en el constitucionalismo norteamericano, las siguientes enmiendas (promulgadas el 15/12/1791) a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787):

Enmienda IV. El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

Enmienda V. Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Enmienda VI. En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.

Enmienda VIII. No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas.

Enmienda IX. No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

Asimismo, en el constitucionalismo inglés citamos los siguientes documentos: Carta Magna (1215), Acta de Hábeas Corpus (1679) y Declaración de Derechos (1689).

solución de un conflicto de intereses surgido a consecuencia de la comisión de un delito entre las partes –cuyo rol protagónico es el equivalente al de adversarios procesales, con las mismas herramientas y estrategias que permitan que sus expectativas sean acogidas por el órgano jurisdiccional–, el mismo requiere de etapas o fases procedimentales que permitan garantizar la eficacia de sus finalidades.

Así, estas etapas procedimentales son las siguientes:

1) *Etapa de investigación*. La etapa de investigación es aquella que busca reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

En la nueva dinámica del proceso penal, las primeras expectativas o pretensiones que son llevadas al órgano jurisdiccional son las de sanción y reparación; es decir, el sistema de justicia penal se moviliza cuando se le acusa a una persona la presunta comisión de un ilícito penal y, por ende, merecedora de una sanción penal; y, además, el hecho que debe reparar las consecuencias dañosas que ha originado.

Este deber de comunicar tales pretensiones, en principio, recae en el Ministerio Público (que a lo largo del presente estudio se utilizarán los términos: agente del Ministerio Público o bien fiscal), quien a la hora de recibir una denuncia o una querrela, o bien, un informe policial, o por último, al tomar conocimiento por *motu proprio* de la presunta comisión de un ilícito penal, será el encargado de formular la respectiva acusación en contra de una persona.

Sin embargo, no debe ser algo fortuito el hecho que el agente del Ministerio Público decida formular una acusación penal; por el contrario, ello debe ser a consecuencia de una investigación que previamente ha realizado, la cual, le permita reunir aquella información que le genere convicción de la existencia de un hecho, el cual, reúna, los elementos que lo califiquen como delito, así como, de la presencia de un presunto responsable.

Esta exigencia, tanto epistemológica (sólo se puede conocer la presencia de un delito, si previamente se indaga por la naturaleza de los hechos materia de denuncia, querrela o informe policial) como normativa (que dota de contenido, por ejemplo, a la garantía de un debido proceso) conlleva la necesidad de contar con una etapa de investigación, la cual, esté a cargo del Ministerio Público (sólo el fiscal acusa lo que investiga e investiga para decidir si acusa o no. Las funciones de investigación y acusación son inseparables, inescindibles de la actuación del Ministerio Público).

En ese sentido, la etapa de investigación, para que sea eficaz, debe cumplir con las siguientes características:

a) Presenta una finalidad u objetivo. La finalidad de la investigación es la de establecer, por parte del fiscal, si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

b) Presenta un director o responsable de su realización. La dirección de la investigación debe estar a cargo del Ministerio Público.

c) Debe observar un plazo procesal. Dentro de la garantía a un debido proceso, recogida, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica, ninguna persona puede ser sujeta a una investigación penal indeterminada; admitir esta posibilidad,

conllevaría que el investigado presente una incertidumbre con relación a su situación jurídica, si va ser o no objeto de una acusación penal.

d) El agente del Ministerio Público debe contar con una estrategia. La dinámica del proceso penal exige el pasar por cada una de las etapas procesales con una estrategia, diseño o planteamiento metodológico. En el caso de la investigación penal, es responsabilidad del Ministerio Público el diseñar una estrategia o estructura de indagación o investigación, que según los parámetros que dan las normas legales, este diseño sería: 1) realización de diligencias o actos de investigación, usualmente encomendadas a la policía; 2) la aplicación de medidas cautelares o de coerción que aseguren la eficacia de la investigación, aún desde sus inicios; 3) la aplicación de medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos que permitan la obtención de la información básica e inicial sobre la presunta comisión de un hecho delictivo.

e) Es reservada. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados, quienes en cualquier momento, pueden obtener copia simple de las actuaciones (en ejercicio del derecho de defensa, así como, del principio de igualdad de armas o igualdad procesal).

f) La defensa debe contar con una estrategia durante la investigación. En principio, desde el momento que el abogado defensor toma conocimiento de los hechos que se le atribuyen al imputado o indiciado, y decide aceptar el caso, tiene la obligación moral de ir desarrollando una estrategia que ayude a su cliente, aún si está en fase de investigación inicial o preliminar. Sería una mala decisión dejar todo en manos del fiscal, esperando que el mismo realice una investigación defectuosa o irregular, para echar mano de ello y ganar puntos ante el juzgador, y ello, porque no siempre va a ocurrir, o solamente ocurre con una inusitada frecuencia en las películas de Hollywood, pero no necesariamente en la vida real. Ahora bien, su estrategia de investigación, y ello comparte con el fiscal, es la de ir elaborando su teoría del caso.

g) La defensa puede participar en las diligencias de investigación. En ejercicio del derecho a la defensa, el abogado defensor puede participar en todas las diligencias de investigación; incluso, puede aportar sus propias investigaciones (las pericias de parte, algún documento que aclare las investigaciones, etcétera). Además, se le debe facultar en solicitar al agente del Ministerio Público todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; en ese sentido, el fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

h) En algunas legislaciones la etapa de investigación se le ha dividido en dos subfases. En efecto, en aras de tornar más dinámica y eficiente la investigación penal, es usual que en la reforma latinoamericana, la investigación presente, en primer un lugar una serie de diligencias de indagación iniciales o preliminares, que se les conoce como *averiguación previa*, la cual, consiste en la preparación del ejercicio público de la acción penal que realiza el Ministerio Público con la colaboración de la policía. En ese sentido, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de considerar que está ante una causa probable de delito, la cual, deberá comunicar al órgano jurisdiccional, o bien, aplicar algún criterio de oportunidad. Como es el primer contacto del agente del Ministerio Público con los hechos, presuntamente, delictuosos, durante la averiguación previa deberá practicar las diligencias

de investigación más urgentes e indispensables que permita descartar la idea de un evento fortuito, de fuerza mayor o irrelevante para la justicia penal. Asimismo, como no es necesario que el fiscal realice todos los actos de investigación para lograr el cometido señalado líneas arriba, el plazo procesal que, en la legislación comparada, se le atribuye a la averiguación previa es muy corto o breve (sumarísimo).

Por otro lado, el agente del Ministerio Público no debe darse por satisfecho de haber eliminado todo rastro de presencia de un hecho fortuito o de fuerza mayor; con ello, aún no tiene la base para sostener una acusación penal. Frente a ello, una vez culminada la averiguación previa, si cree conveniente complementar los actos de investigación realizados con otras diligencias, entonces debe optar por pasar a la segunda subfase de la etapa de investigación penal, la cual en las legislaciones latinoamericanas, se la denomina: *investigación preparatoria propiamente dicha*; la misma, persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

No obstante, se debe tener en cuenta, que la investigación preparatoria propiamente dicha descansa en dos ideas: que sólo se pasa a la misma por decisión del agente del Ministerio Público, cuando, ante un caso probable de delito, decide complementar sus diligencias de investigación iniciales, y las diligencias no deben ser las mismas que realizó durante la averiguación previa, porque ello no condice con el carácter de complementario que se impregna a esta segunda subfase de investigación; si el Ministerio Público decide repetir una diligencia será cuando pretenda obtener una nueva información, o bien, a pedido de la defensa, fuera de ello, no tendría justificación alguna.

l) En la etapa de investigación, el juez sólo cumple funciones de control o garante. Lamentablemente, en América latina, se ha tenido la triste experiencia de haberse utilizado al proceso penal como un instrumento, por parte del Estado, para la violación a los derechos humanos (en concreto, del indiciado). Para ello, se requiere de un funcionario que, dentro del mismo proceso penal, garantice el respeto a los derechos humanos, aún desde la etapa inicial del mismo, como es la investigación. Al respecto, se ha considerado que este garante debe ser uno distinto al director de la investigación, a fin que este último no se convierta en juez y en parte al mismo tiempo.

Por ende, como el Ministerio Público es el director de la investigación penal, será entonces el Poder Judicial (a través de los jueces estatales o federales) el responsable de velar por el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en una investigación; asimismo, en los jueces deberán recaer las siguientes facultades: 1) autorizar cualquier medida procesal que afecte el ejercicio de derechos constitucionales; 2) autorizar la constitución de partes en el proceso penal; 3) exigir el cumplimiento de los plazos procesales, y 4) demás que señale la ley, dentro de la idea de control y garante de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal.

En América latina, el juez que ejerce estas funciones se le conoce como juez de investigación preparatoria o juez de control o de garantía, el cual, es diferente al juez o jueces encargados del juzgamiento de una persona.

2) *Etapa intermedia*. Existen dos posiciones en torno a la definición de la etapa intermedia. Por un lado, está aquella posición que la considera como un conjunto de actos preparatorios de la acusación y la audiencia del juicio oral, siendo actos meramente administrativos¹⁸. Por otro lado, está aquella posición que le da una naturaleza crítica, porque la tarea a desempeñar durante él es de naturaleza eminentemente crítica, en oposición a la investigativa donde predomina la labor práctica¹⁹.

Tomando posición por la segunda corriente, Ortells Ramos señala que la etapa intermedia es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción (o investigación) está completa –y en su caso completarla– y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación²⁰. Para Maier, el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, que hacen mérito de la etapa preliminar²¹.

Al respecto, y tomando posición por la segunda corriente, consideramos que la etapa intermedia funge como una fase de saneamiento, tendiente a eliminar todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de todo lo actuado, y que imposibilite la realización del juicio oral. Esta función de filtro gira en torno: a) en los requerimientos tanto de acusación como de sobreseimiento, emitidos por el fiscal, y b) la prueba presentada por las partes.

Las características de la etapa intermedia son:

a) Es judicial. Como la investigación penal ha concluido, el fiscal debe formular su respectiva decisión (de acusación o de sobreseimiento), la cual, será presentada al juez, que en la dinámica del nuevo proceso penal latinoamericano debe ser el juez quien ejerció las funciones de control y garantía durante las investigaciones; es decir, ante el juez de la investigación preparatoria o juez de control o de garantía, quien asume la dirección de la etapa intermedia.

b) Observancia de los plazos procesales. Igualmente, la etapa intermedia debe respetar los plazos procesales que señale la ley, todo ello, en aras del derecho a un debido proceso.

c) Finalidad de crítica y saneamiento. Como se indicó la etapa intermedia busca la eliminación de todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de todo lo actuado, así como, del juicio oral. Esta función de filtro gira en torno al análisis del pronunciamiento del Ministerio Público: acusación o bien el sobreseimiento, y la prueba presentada por las partes, que esperan se actúen durante la fase del juzgamiento.

3) *Etapa del juzgamiento o juicio oral*. De manera esquemática, cuando el Ministerio Público ha formulado acusación contra el imputado y luego de haberse esta-

¹⁸ García Rada, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima, Eddili, 1976, p. 196.

¹⁹ Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, t. VI, Bs. As., Ediar, 1987, p. 108.

²⁰ Ortells Ramos, Manuel, *El proceso penal abreviado*, Granada, Comares, 1997, p. 120.

²¹ Maier, Julio B. J., *La ordenanza procesal alemana*, Bs. As., Depalma, 1978, p. 108.

blecido, en la etapa intermedia, la inexistencia de algún vicio o defecto procesal que invalide todo lo actuado, así como, al haberse admitido las respectivas pruebas presentadas por las partes, el juez remite todo el expediente al juez o tribunal encargado de llevar a cabo el juicio oral.

Esto último, es una nota distintiva en el nuevo proceso penal latinoamericano. Es decir, el juez que participa en la investigación (no como el investigador sino como garante del respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en un proceso penal) es diferente al juez que dirigirá el juzgamiento, y ello, consideramos, por razones de observancia al principio de imparcialidad: evitar que el juzgador se contamine con actos previos a la realización del juicio oral que pongan en contradicho su imparcialidad a la hora de resolver el conflicto penal.

4) *Etapa de ejecución*. En esta etapa se regula todo lo necesario para que una sentencia quede firme y así su contenido, sea ejecutado. Por tanto, se examina el concepto, contenido y clases de la sentencia en materia penal; asimismo, los recursos impugnatorios que puede ser objeto; luego, y una vez que tenga su carácter de firme, se regula lo respectivo a su ejecución.

Por otro lado, en lo que respecta, al contenido de la sentencia; si la misma es absolutoria se cumplirá dando inmediatamente libertad al acusado, si se halla detenido, o cancelando la caución o fianza si se encuentra en libertad provisional. En cambio, si la sentencia condenatoria se cumplirá, aunque se interponga recurso impugnatorio alguno.

Asimismo, se estila el pago de costas, las cuales, en la legislación comparada, están constituidas por: a) las tasas judiciales, en los procesos por delitos de acción privada, o cualquier otro tributo que corresponda por actuación judicial; b) los gastos judiciales realizados durante la tramitación de la causa, y c) los honorarios de los abogados de la parte vencedora, y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes, en caso no constituyan un órgano del sistema de justicia, así como de los peritos de parte.

Capítulo II

La prueba en el proceso penal acusatorio con tendencia adversarial

A) Concepto de prueba

La prueba, o *cuestión probatoria* como señala Vázquez Rossi, es el conocimiento que se hace presente en el proceso y se refiere a la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos objeto de la relación procesal, y se vincula con los diversos sistemas procesales y con las ideas de verdad, conocimiento y plausibilidad socialmente imperantes, siendo el destinatario de tales componentes el juzgador, que a la luz de las constancias decidirá por la certeza de las respectivas posiciones²².

Como se puede apreciar, hemos resaltado dos figuras: sistemas procesales y verdad, dado que, consideramos que las mismas dan sentido, significado a la actividad probatoria. En efecto, en lo que respecta a los sistemas procesales, si se estu-

²² Vázquez Rossi, Jorge E., *Derecho procesal penal*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 280.

viese en uno de corte inquisitivo, el juez no necesita que las partes le soliciten determinado medio de prueba; puede ser necesario para comenzar la instrucción que el fiscal efectúe el requerimiento, pero una vez hecho el mismo el juez es el dueño de la investigación y dispone las medidas de prueba que él estime necesarias o útiles. En cambio, cuando prevalece el acusatorio, como es lo que propugna el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, son las partes quienes, en principio, deben ofrecer las pruebas para que ella se produzca²³. Y se dice en *principio* porque, y como se analizará más adelante, al no adoptarse un sistema acusatorio puro, cabe la posibilidad que, durante el juicio oral, el tribunal desarrolle actividades probatorias, como por ejemplo, lo establecido en el último párrafo del art. 364 del Cód. Proc. Penal Bs. As.²⁴.

Por otro lado, es la noción de la prueba cuando se relaciona con los conceptos de verdad. Así, Cafferata nos comenta que el objeto del procedimiento penal es la averiguación de la verdad real o histórica²⁵. En ese sentido, se habla de verdad real en contraposición al concepto de verdad formal, propia del proceso de derecho privado —donde el objeto del litigio es lo que las partes disputan y donde rige el principio dispositivo—²⁶.

Sin embargo, el jurista argentino Vivas sostiene que la Constitución sólo requiere la verdad en términos de verificación de la imputación, para destruir el estado jurídico de inocencia y no la verdad real en el sentido inquisitivo²⁷. Igualmente, Bovino precisa que la verdad que debe probarse en un procedimiento de derecho privado no se diferencia de la que debe probarse en un procedimiento penal, exceptuando el estándar probatorio y la carga de la prueba. Así como las partes, en el procedimiento de derecho privado, traban la litis y determinan el objeto de discusión probatoria, en el procedimiento penal será la acusación el acto que cumpla idéntica función²⁸.

Frente a lo señalado, somos de la opinión *que la verdad buscado a través de la prueba es aquella destinada a verificar la acusación durante el juicio*, y como indica Maier, no como principio que guía la investigación y el procedimiento en busca de una eventual verdad material o histórica²⁹. En efecto, en un momento inicial del proceso sólo pueden hablarse de afirmaciones que sostiene una parte, que por sí solas resultan insuficientes para llegar a sustentar la sentencia, requiriéndose, por tanto, la actividad de verificación en el proceso, es decir, de elementos que fuera de la simple aseveración de las partes, proporcionen el mismo resultado, de modo que los

²³ Cafetzoglus, Alberto N., *Derecho procesal penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 127.

²⁴ Valga la insistencia, el adoptar un sistema acusatorio puro no cabe la posibilidad de las pruebas de oficio.

²⁵ Rige el principio de instrucción, o sea, el principio con arreglo al cual el tribunal debe investigar la verdad material y no conformarse con lo que el Ministerio Público y el imputado someten a su consideración, le exponen y le solicitan. Por consiguiente, el juez penal no se conforma con la llamada verdad formal y la ley no confía, respecto de una consecuencia jurídica tan importante y terminante como la pena, en el criterio de quienes participan en el proceso (Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 75).

²⁶ Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y verdad histórica*, en "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Bs. As., Del Puerto, 1998, p. 49.

²⁷ Vivas Ussher, Gustavo, *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Córdoba, Alveroni, 1999, p. 238.

²⁸ Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Bs. As., Del Puerto, 2005, p. 61.

²⁹ Maier, *Derecho procesal penal: fundamentos*, p. 854.

hechos, en el balance final de la actividad procesal, se presenten como ciertos (o al menos, con suficiente grado de certeza que despeje toda duda razonable), para alcanzar una verdad, no absoluta, real o histórica, sino relativa, dentro del contexto dialéctico del proceso, con sus propios y exclusivos medios³⁰.

Por tanto la prueba es el resultado o conocimiento adquirido a través de actividades de verificación procesales, la cual, en un sistema con tendencia al acusatorio, tendría como principales actores a las partes, y su objeto será, a través de un contexto dialéctico, verificar la acusación durante el juicio oral.

B) Elementos de la prueba

Por su estructura es factible identificar los siguientes elementos:

1) Fuente de prueba. Es el origen donde emana la información. Así, las fuentes pueden ser: personas (acusado, víctima, testigos o peritos), lugares, objetos y documentos. Sobre la fuente de prueba cabe la tacha, que consiste en la imposibilidad jurídica de la fuente para manifestar su información al proceso; usualmente, la tacha se aplica contra personas, ya sea testigos³¹ o bien peritos.

2) Medios de prueba. Son aquellos instrumentos o vías que permiten el ingreso de la información al proceso penal. En ese sentido, de la fuente testigos, se tiene su medio de prueba, la testimonial; del perito se tiene como medio probatorio la pericia; del lugar o de las cosas, el medio de prueba es la inspección, y de los documentos los medios de prueba serían la exhibición, reconocimiento y el cotejo. Al respecto, también puede cuestionarse la admisibilidad de los medios de prueba, a través de la oposición, la cual descansa en la falta de pertinencia o utilidad del medio probatorio, o bien, por la inobservancia de alguna norma procesal, bajo sanción de nulidad, o la afectación de algún derecho constitucional.

³⁰ Moreno Catena, Víctor - Cortes Domínguez, Valentín, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 371.

³¹ Sin embargo, en un modelo acusatorio con tendencia adversarial, toda persona que tenga información, sensorial o bien de oídas, de lo sucedido y que es marco de análisis en el proceso penal, es hábil para prestar su declaración ante el juez de conocimiento; estando sujeto a las reglas del examen y del contra examen, así sea, si dicha persona presenta algún vínculo familiar, afectivo, amical, laboral, etc., con el acusado. En efecto, en modelos no acusatorios, el tema de la vinculación entre el testigo y el acusado era trabajado como una causal de inadmisibilidad de su declaración en el juicio oral; es decir, no era relevante lo que tenía que declarar, sino que, de plano se le excluía de declarar por el sólo hecho de tener algún vínculo o relación con el acusado, conllevando a una duda de su imparcialidad. No obstante, en el modelo acusatorio con tendencia adversarial, lo relevante no es la relación que tenga el testigo con el acusado, sino lo que tenga que declarar. Porque es ilógico eliminar de plano al cónyuge que presencié cómo mataban al otro cónyuge por el vínculo marital que tienen. Otra cosa es que el testigo mienta para favorecer o perjudicar al acusado. Pero el hecho de mentir no es una cuestión de admisibilidad de la prueba, sino de credibilidad, que son las partes a través del examen y del contra examen los llamados a establecer. Ello está recogido en el texto adjetivo chileno de 2000; es decir, en lo que respecta a la prueba testimonial, se regula el *principio del no testigo inhábil*, propio de un modelo adversarial; es decir, en el proceso penal chileno no existen los testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, y en la fase de juicio oral, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

3) Resultado de prueba. Es la convicción del juzgador en torno a la materia controvertida o cuestionada; por ejemplo, de la verosimilitud de la posición de la fiscalía, o bien de la defensa. Igualmente, se puede cuestionar el resultado probatorio, a través de los medios impugnatorios.

C) Diferencias entre los actos de prueba y los actos de investigación

Siempre ha reinado entre los operadores jurídicos, la confusión referida a que todas las diligencias que realizan tanto el Ministerio Público, al recibir una denuncia, y el juez penal, durante la instrucción, eran actos de pruebas; incluso, se generó, en la praxis judicial, el emplear términos, tales como: *de lo probado*, *de lo acreditado*. Sin embargo, en el nuevo proceso penal, sería una equivocación el equiparar las diligencias de investigación con los actos de prueba, y ello por la presencia de, por lo menos, cuatro diferencias, las cuales, son:

1) Por su objeto. Los actos de investigación tienen como objetivo indagar la existencia de un hecho, calificado como delictuoso. En cambio, los actos de prueba tienen como finalidad acreditar pretensiones, manifestadas a través de proposiciones afirmativas.

2) Por el momento procesal en que se realizan. Los actos de investigación, por ser preparativos, informativos –para la posible formulación de imputación y la probable presentación de una acusación–, se realizan con anterioridad al juzgamiento; por eso la necesidad que, previamente a la fase de juicio, exista una etapa de investigación. En cambio, los actos de prueba se realizan dentro del juicio oral, y ello, porque al llegar a la fase de juzgamiento, las partes presentan ante el tribunal el caso que van a demostrar como verosímil, valiéndose de la actividad que en el juicio realizan para cumplir, digámoslo, con lo prometido; por eso la importancia de los actos que se realizan dentro del juicio oral con los realizados anteriormente. Sin embargo, una excepción la encontramos en la denominada “prueba anticipada”, esto es, que ante la necesidad y urgencia en realizar una diligencia, la cual, sería irreproducible o de difícil reproducción en la fase de juzgamiento, su actuación se dará en la fase investigación, teniendo el valor de prueba; para ello, se debe realizar ante el juez de garantías y en presencia de los demás sujetos procesales³².

3) Por la aplicación del principio de contradicción. Se entiende por principio de contradicción, la potestad que tiene la parte de realizar un examen crítico de lo aportado por su contraparte, a tal punto de restarle valor, por falta de credibilidad, bien de la fuente de información o del contenido de la misma. En ese sentido, los actos de investigación, por el objetivo que persiguen y por el momento procesal en que se realizan, no están sujetos al principio de contradicción; máxime si la investigación, por naturaleza, es científica, objetiva y libre. En cambio, los actos de prueba si están sometidos al principio de contradicción, dado que, en el juicio oral, cada una de las partes tratará de demostrar que su caso es el verosímil y que el caso de su contraparte es falso o equivocado; incluso tendrán que contradecir la prueba que su contraparte presente.

³² Tal como lo dispone el art. 23, inc. 3° del Cód. Proc. Penal Bs. As.

4) Por los pronunciamientos que sustentan. Los actos de investigación, por regla, sustentan los pronunciamientos del fiscal; como por ejemplo: el decidir emitir la requisitoria de citación a juicio (art. 334, Cód. Proc. Penal Bs. As.) o bien solicitar el sobreseimiento de la causa (art. 321, Cód. Proc. Penal Bs. As.), depende de las diligencias de investigación que el fiscal, como director, realizó. Por otro lado, los actos de prueba sustentan los pronunciamientos del juez; en ese sentido, el condenar o absolver al imputado, dependerá de la valoración que el juez de a las pruebas aportadas durante el juicio oral.

Esquema:

Actos de investigación	Actos de prueba
Los actos de investigación tienen como objetivo indagar la existencia de un hecho, calificado como delictuoso.	Los actos de prueba tienen como finalidad acreditar pretensiones, a través de proposiciones afirmativas.
Los actos de investigación, por ser preparativos, se realizan con anterioridad al juzgamiento.	Los actos de prueba se realizan dentro del juicio oral. La excepción a esta regla está dada por la prueba anticipada.
Los actos de investigación no están sujetos al principio de contradicción.	Los actos de prueba si están sometidos al principio de contradicción.
Los actos de investigación, por regla, sustentan los pronunciamientos del fiscal.	Los actos de prueba sustentan los pronunciamientos del juez.

D) Principios de la prueba

Los principios fundamentales sobre la prueba son del más alto rango constitucional, dado que nacen de la Constitución y de los tratados internacionales y se reproducen en las leyes ordinarias o se aplican directamente si éstas aún no los contemplan.

La importancia de la prueba en el proceso penal se rige por determinados principios, basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones y condicionamientos, pero que radican en la obtención, incorporación al proceso y su valoración.

Existe uniformidad en la doctrina respecto a los principios que deben orientar la actividad probatoria; así tenemos: la inmediación, la concentración de la prueba, la publicidad, la libertad probatoria y la comunidad de la prueba.

1) *Inmediación*. Consiste en el conocimiento inmediato, directo y simultáneo de la prueba por los sujetos procesales para su debate pero, sobre todo, por los órganos encargados de la decisión judicial final. Este principio rige toda la actividad probatoria en el juicio oral y su importancia radica en la relación directa de la prueba y el tribunal juzgador, y en tal sentido, la oralidad juega un rol también importante; la pa-

labra hablada es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano; por lo tanto, todo aquello que se analice en el juicio pasa por la forma oral de comunicación: el examen de testigos, de la víctima, del acusado; de las pruebas objetivas o materiales, a través de las argumentaciones que hagan las partes sobre las mismas; etcétera.

2) *Publicidad*. La publicidad como principio rige el juicio oral y en tal sentido, comprende la actuación de la prueba con la posibilidad de que la colectividad pueda conocer de su actuación y debate así como la forma en que es valorada en la sentencia por el juzgador. La prueba se analiza y se discute en el juicio de manera pública, salvo los casos exceptuados por la propia ley empero, siempre será pública cuando se trate del juzgamiento de un funcionario público.

3) *Libertad de la prueba*. La libertad de la prueba se sustenta en la regla de que todo se puede probar y por cualquier medio, salvo las prohibiciones y limitaciones que nacen de la Constitución y el respeto de los derechos de la persona que se consagran.

Ciertamente, los objetivos de la actividad probatoria posibilitan un amplio marco de actuación de los sujetos procesales, pero siempre guardando la formalidad y solemnidad en el ofrecimiento y actuación de la prueba. En tal sentido, existe libertad probatoria, por ejemplo, para establecer la conducta que se atribuye ilícita; para establecer el grado de responsabilidad del imputado o de su eximente; o de las circunstancias que agravan o atenúan su conducta; o la naturaleza del perjuicio o daño causado; etcétera.

De otro lado, también se posibilita la limitación de la prueba por el juez cuando aquélla resulte manifiestamente excesiva; es decir, cuando el hecho se encuentre debidamente acreditado con otros medios de prueba.

Asimismo, la autoridad judicial sólo debe admitir las pruebas obtenidas que conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia de proceso, y rechazar aquellas que hayan sido obtenidas en forma ilegal, sin perjuicio de las acciones de investigación que correspondan.

4) *Comunidad de la prueba*. El esclarecimiento de la verdad en el proceso penal exige los elementos de prueba existentes en la causa penal, sin atender a que sujeto procesal los propuso u ofreció, deben ser de conocimiento común de todos los sujetos procesales. Ello significa que las pruebas ofrecidas por la defensa del procesado o del fiscal, no son de conocimiento exclusivo de la autoridad jurisdiccional, sino que también de aquella que no los ha ofrecido.

En virtud de la comunidad de la prueba se busca el equilibrio o igualdad que debe existir en el proceso penal: las partes deben tener las mismas posibilidades de ataque y defensa, sobre todo, tratándose de las pruebas que se incorporan al proceso; de tal manera que la parte carece de facultad para evitar que la parte contraria o distinta a ella la conozca y la valore en el proceso pues, precisamente, en ello radica la importancia de la prueba.

De allí que también se desprenda el principio de unidad de la prueba, pues toda la actividad probatoria constituye un todo dentro del proceso, aún cuando se obtenga en distintos momentos. La relación jurídico-procesal es una sola y cualquier actividad postulatoria sobre la prueba repercute en la otra parte.

5) *Concentración de la prueba*. El principio de concentración o continuidad de la prueba se evidencia en la necesidad de conocer y analizar la prueba de manera concentrada propiciando la mayor aproximación de tiempo en la actuación de aquéllas y la decisión jurisdiccional. De allí la exigencia doctrinaria y también normativa de que el juicio oral se realice en sesiones consecutivas, con las excepciones que la misma ley prevé.

E) Objeto de la prueba

Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

En ese sentido, son medios probatorios inadmisibles:

1) Los impertinentes. Es decir, aquellos que pretenden acreditar hechos que no son materia de proceso; ejemplo: la opción sexual del imputado, cuando el proceso penal es por falsificación de documentos.

2) Los que giren en torno a hechos públicos. Son hechos públicos aquellos publicitados por los medios de comunicación social. Los medios de comunicación se proyectan hacia una sociedad de masas, que recibe conocimientos por diversos medios: prensa, radio, audiovisuales, redes informáticas, que uniforman el saber colectivo sobre los hechos que se presentan como ciertamente acaecidos (eventos), donde las imágenes que se transmiten o se publican someten con su mensaje a la masa a la cual pertenece el juez y las partes.

Siendo así ¿para qué exigir pruebas sobre esos hechos comunicados, si todos –así sean falsos– creen que al menos ocurrieron verazmente? Con aceptar que el juez como parte de ese conocimiento colectivo, así éste sea transitorio y temporal, fije en un fallo un hecho, no se ocasiona para nadie ningún daño, porque si el juez inventare el hecho, la alzada y hasta la casación, al no conocerlo, lo eliminarían del mundo de los hechos ciertos, necesarios para poder sentenciar, y para ello bastaría la consciencia del sentenciador de la alzada de no conocer el hecho como cierto, ni poder tomar cuenta de él por no saber dónde buscarlo.

3) Los que giren en torno a hechos notorios. Se consideran notorios a los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal y propia de determinado círculo social, en el tiempo en que se produce la decisión judicial respecto de ellos. Son los hechos considerados como ciertos e indiscutibles por pertenecer a la historia o a las leyes naturales o a la ciencia o a las vicisitudes de la vida pública actual.

4) Los obtenidos por medios ilícitos. Este punto, por su importancia y envergadura será tratado en forma independiente.

F) Carga de la prueba

El *deber* de probar recae en el Ministerio Público, quien al momento de ejercer la acción penal y llevar la pretensión de sanción ante el órgano jurisdiccional, asume la carga de desvanecer la presunción de inocencia que protege a toda persona a quien se le imputa una responsabilidad penal.

En efecto, el art. 367 del Cód. Proc. Penal Bs. As., indica que a la acusación incumbe la prueba de la culpabilidad del acusado, y a las partes civiles incumbe la de los hechos en que funden sus pretensiones, defensas y excepciones.

Sin embargo, si analizamos el *derecho* de probar, que forma parte del contenido esencia del debido proceso, se colige que los demás sujetos procesales están facultados de solicitar, al juez, la admisión de sus medios probatorios tendientes a acreditar su pretensiones, posiciones o caso. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

Al respecto, y como ilustrativo, citamos un extracto de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana: “*Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculcado se deduce de la interpretación armónica de los arts. 14, párr. 2º; 16, párr. 1º; 19, párr. 1º; 21, párr. 1º, y 102, apartado a, párr. 2º, de la Const. Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, éste necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculcado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo*”³³.

En esta interesante jurisprudencia se ha establecido que el imputado no podrá cuestionar un fallo condenatorio como contraveniente a la presunción de inocencia, cuando ha existido pruebas de cargo y el imputado y su abogado defensor no han aportado elementos probatorios que las enerven. Ello es importante, porque, como estrategia, la defensa no puede detentar un rol pasivo durante el juzgamiento, dejando que el Ministerio Público sea la única parte quien ofrezca y desahoguen sus pruebas, so pretexto que no necesita hacer nada por imperio de la presunción de inocencia.

³³ Jurisprudencia emitida en virtud de los siguientes amparos: amparo directo 533/04, 7/3/05, unanimidad de votos, ponente: Óscar J. Sánchez Martínez, secretario: Enefino Sánchez Zepeda; amparo directo 526/04, 18/4/05, unanimidad de votos, ponente: Evaristo Coria Martínez; secretario: Rolando Fimbres Molina; amparo directo 567/04, 16/5/05, unanimidad de votos, ponente: Óscar J. Sánchez Martínez, secretario: Hugo Reyes Rodríguez; amparo directo 168/05, 16/5/05, unanimidad de votos, ponente: Óscar J. Sánchez Martínez, secretaria: Francisca C. García Peralta; amparo directo 531/04, 6/6/05, unanimidad de votos, ponente: Óscar J. Sánchez Martínez, secretario: Hugo Reyes Rodríguez.

No obstante *¿cuál debe ser el resultado cuando el tribunal, luego de recepcionada la prueba en la audiencia del juicio oral, no sabe a quién creer?*

Todos los testigos soportaron el interrogatorio bastante bien, y cualquiera de ellos, o varios podrían estar diciendo la verdad.

En ese sentido, cuando no se puede decidir quién estaba diciendo la verdad, entonces no ha habido prueba; pero, alguien tiene que ganar y alguien más tiene que perder. En este caso, el fiscal pierde, porque tenía la carga de la prueba y no pudo llevarla. Cuando el tribunal no se deja persuadir por ninguna de las partes, el perdedor es la persona que corrió el riesgo de la *falta de persuasión*.

Al respecto, Bailey señala lo siguiente: “*Recuerde ese término, y siempre que usted oiga la expresión ‘carga de la prueba’, sustitúyala en la mente por ‘falta de persuasión’, porque en esto consiste realmente la carga*”³⁴.

G) Las pruebas de oficio

Al respecto, la posibilidad de las pruebas de oficio se sustenta, no si el juez deja o no su imparcialidad si decreta las mismas, sino en el hecho que la actividad probatoria se configura en función al modelo procesal adoptado. Y en ese orden de ideas, debemos de enfatizar que el sistema procesal penal que se viene adoptado en la reforma del sistema de justicia penal de los diferentes países latinoamericanos no es acusatorio-adversarial puro, por lo tanto, aún se le da al juez un papel activo, orientado a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia material; por tal razón, legislativamente hablando, es viable que el juez, durante el juicio oral, ordene pruebas de oficio, sobre la base de que no solamente es un instrumento funcional destinado a administrar normas jurídicas, ni a repartir en términos de justicia formal aquello que corresponde a cada quien³⁵. Por tanto, desde una perspectiva material, el adoptar un modelo procesal con “tendencia” al acusatorio-adversarial, legitimaría que textos adjetivos aún mantenga, por excepción, la figura de las pruebas de oficio.

Pero a pesar de esta afirmación, tenemos que hacer ciertos reparos que, al final, debe surgir en el lector la impresión que el camino más adecuado, sería una total responsabilidad probatoria a las partes, en especial al representante del Ministerio Público, quien tiene la carga de la prueba y es el llamado a verificar los términos de su acusación³⁶.

Así, en primer lugar, es usual que en la legislación comparada (por ejemplo, el art. 155, inc. 3° del Cód. Proc. Penal peruano del 2004), al regular las pruebas de oficio, indiquen que la *ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan las pruebas de oficio*. Sin embargo, en ninguno de sus apartados menciona esos casos, ni tampoco existe norma legal alguna que se haya ocupado de ese te-

³⁴ Bailey, Francis L., *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, México, Limusa, 2008, p. 84.

³⁵ Sobre el papel actual del juez, véase: Monroy Gálvez, Juan, *La función del juez en el derecho contemporáneo*, Lima, San Marcos, 2004, p. 10 y siguientes.

³⁶ No por nada, durante el juicio oral se han establecido técnicas de examen, por ejemplo, a los testigos y peritos, como son: examen directo, contra-examen, re-examen y recontra-examen, a fin de coadyuvar con la actividad probatoria de las partes.

ma. Una referencia para el legislador argentino serían los códigos cordobeses que utilizan fórmulas más circunstanciadas³⁷.

En segundo lugar, la regla de la excepcionalidad debió haber sido complementada con el principio de necesidad para el fundamento decisorio; es decir, la prueba de oficio debió ser entendida como necesaria cuando implique la posibilidad que el tribunal cambie su decisión; no habría, por tanto, otras razones que justifique esta figura. Por tanto, sería una mala praxis judicial que el tribunal sea el actor principal en los exámenes a acusados, testigos y peritos que se den en el juicio oral, so pretexto de un deficiente interrogatorio; él no está llamado a suplir las deficiencias del examinador, debiendo dejarlo que asuma las consecuencias de su deficiencia.

En tercer lugar, está el tema de las objeciones que como sabemos son un medio para ejercer el derecho de contradicción, cumpliendo las siguientes funciones: a) que ingrese al proceso información de calidad; b) evitar la introducción de pruebas ilegales, y c) minimizar el efecto demostrativo de las pruebas; en donde al abogado que se le objeta (obsérvese al abogado) debe guardar silencio y esperar a que el juez resuelva, luego contestar la objeción o reformular la pregunta. Al fin y al cabo convencer al tribunal que la prueba es irrelevante o inconducente. Pero si la persona objetada es el propio juzgador ¿cómo se podrá cumplir con esa finalidad?, porque obviamente para el tribunal su intervención, él lo cree relevante y conducente, salvo que se lleve al extremo el principio de buena fe, esto es, que el juzgador a la llamada de atención que haga el abogado, declare fundada la objeción hecha en su contra y reformule, siendo utópico por todas las implicaciones psicológicas que subyace a la formulación de una pregunta, su objeción y su reformulación³⁸.

Por ende, son razones que al menos deben de llamar la atención sobre si es necesario mantener un modelo procesal con una tendencia a lo acusatorio - adversarial que justifique la permanencia de figuras como la prueba de oficio, o bien el hecho de indagar si es más ventajoso adoptar un modelo acusatorio puro, con los cambios políticos y jurídicos que ello implique, en donde ya no tiene cabida la actividad probatoria oficiosa.

H) Valoración de la prueba

La valoración debe entenderse como un conjunto de operaciones mentales referentes al estado crítico de las pruebas actuadas en un proceso, tanto las aportadas por las partes como las adquiridas directamente por el juez.

³⁷ El Código de Córdoba (ley 8123) regula la denominada “investigación suplementaria”, la cual constituye un procedimiento (eventual) que se lleva a cabo como un acto inicial y preparatorio del juicio, estando destinada a cubrir omisiones de la instrucción o a evitar dificultades en la producción de pruebas durante la audiencia del debate. Así, en el art. 365 enumera los actos que de oficio el juez o tribunal puede disponer: a) reconocimiento de personas que no se hubieran practicado durante la investigación preparatoria; b) declaración de testigos que no pudieron comparecer al debate; c) reconocimiento de documentos privados ofrecidos como prueba; d) pericias y demás actos que no pudieron practicarse durante el debate. Para mayores detalles, véase: Creus, *Derecho procesal penal*, p. 110 y 111.

³⁸ Sobre las objeciones, véase: Castro Ospina, Sandra, *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 83 y siguientes.

Es actividad exclusiva del juez. Las personas del proceso son colaboradoras. Colabora con el juez, el testigo que relata los hechos que vio, el perito que señala la naturaleza de una mancha, el acusado que al negar su autoría, ofrece datos sobre quienes pudieron ser los responsables, el agraviado que cuenta la forma como se desarrollaron los hechos, el Ministerio Público cuando interroga a los testigos, inculgado y agraviado, etcétera.

Es decir todas las personas del proceso, principales y auxiliares, colaboran con el juez en su tarea de formarse convicción.

De la apreciación de la prueba depende de que exista armonía entre sentencia y justicia. Vida, honor y patrimonio del acusado dependen de que el juez obtenga éxito en esta tarea.

El concepto valoración de la prueba, consiste en una actividad procesal eminentemente racional necesaria y determinante para resolver sobre el *thema probandum* e implica ineludiblemente dos fases sucesivas e inseparables. Una actividad cognoscitiva rigurosamente escrutadora y selectiva dedicada a interpretar el significado de los medios probatorios válidamente incorporados en el proceso, considerando a cada uno, ya sea en su mera individualidad o como componente de un conjunto de su clase o en contraprestación con los demás y al final en relación sistemática con la totalidad acumulada de los mismos.

Frente a esta operación, el art. 371 del Cód. Proc. Penal Bs. As. regula el principio de libre valoración de la prueba. Al respecto, el procesalista Devis Echandía, señala con respecto a este principio de valoración de la prueba que: “*No se trata de saber si el juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una manera u otra, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba*”. Las pruebas que sustentan la pretensión y la oposición de las partes; tiene su correlativo en el deber del juez de escuchar, actuar y merituar de manera conjunta la carga probatoria aportada. Esta actividad valoradora en los aspectos de prueba-valoración-motivación, no deben ser expresados como meros agregados mecánicos sino ligados por un sustento racional dentro de las reglas de la sana crítica (los principios lógicos: de no contradicción, de identidad, tercero excluido, razón suficiente y la experiencia).

Sin embargo, la doctrina nos señala la presencia de sistemas de valoración de la prueba, las cuales son:

a) La prueba legal o tasada. Consiste en atribuir normativamente un determinado valor a cada medio de prueba, de tal manera que la autoridad judicial sólo la aplica en cada caso concreto sin mayor esfuerzo de análisis. En este sentido, el legislador diseña el *quantum* valorativo y prácticamente sustituye al juez.

La autoridad judicial se encuentra sujeta a determinadas restricciones legales pues se exigía que ciertos hechos se probasen de un modo determinado y no de otro; de tal manera que verificándose algunos presupuestos un hecho debe ser considerado como verdadero por el juez, aunque de ello no esté convencido, y de otro lado, prohíbe al juez que considere un hecho como verdadero, si no se verifica un cierto mínimo de prueba, que ella misma establece.

Poco ha sido la utilidad de este sistema que restringe al máximo la libertad del juzgador en la apreciación de los elementos de prueba, anulando la capacidad intelectual del juez y que atrofiaba mentalmente a los ciudadanos y con ello hacía propicia la propagación de supersticiones de las cuales no estaban exentas los jueces que quedaban castrados mentalmente, sin creencia científica ni principios ideológicos-políticos.

b) La íntima convicción. Se caracteriza por la ausencia de reglas que signifiquen conceder determinado valor a los medios probatorios. En este sistema la ley no establece reglas para la apreciación de la prueba, de tal manera que el juez tiene plena libertad de convencimiento sobre la prueba actuada, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender.

Se trata de una apreciación libre o absoluta de la prueba, propia del sistema de jurado, y en virtud del cual no resulta necesario dar expresión de los fundamentos o razones de la decisión judicial.

Sin embargo, este sistema no favorece la decisión judicial acorde con la razón y la lógica de la prueba, y por el contrario, ha sido entendida como una facultad arbitraria y peligrosa del juez, de apreciar la prueba sin ninguna obligación de explicar o fundamentar sus conclusiones.

c) Sana crítica o libre convicción. Este sistema supone la existencia de pruebas, que actuadas en la presencia del juzgador posibiliten la convicción necesaria en él para la expedición de la sentencia debidamente fundamentada.

La ley no le impone al juez normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y la experiencia común.

El juez llega a un convencimiento sobre la prueba basándose en sus conocimientos, en la razón, la lógica, la experiencia común, pues la decisión del juez debe ser obra del intelecto y de la razón, mientras la lógica se impone como antorcha que ilumina el camino que el juez recorre hasta antes de su decisión, acuciado por el ansia de descubrir la verdad de los hechos imputados.

Asimismo, para valorar la prueba indiciaria, el juez requerirá: 1) que el indicio esté probado; 2) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; 3) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes.

Como se indicó, este sistema es el adoptado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

I) Los acuerdos probatorios

Una innovación en materia de pruebas son las denominadas “convenciones probatorias”, esta figura es el acuerdo que realizan las partes del proceso penal en el sentido de dar por acreditados ciertos hechos sobre los cuales no exista contro-

versía respecto de su ocurrencia y las circunstancias que los rodean, y que debido a ello, no podrán ser discutidos en juicio.

“Las convenciones probatorias son acuerdos tomados entre las partes en un proceso penal. Estos acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera, si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, éstos serán tenidos por ciertos en el juicio oral y se dispensará de la carga de probarlos. En cambio, si se dispone que sólo determinada prueba será idónea para acreditar algún hecho, su efecto será que no habrá otro medio que lo pueda probar”³⁹.

Su utilidad se muestra, por citar uno de los casos, si sucede que existen puntos de encuentro respecto del tema central de debate o los accesorios a éste, e incluso en los medios de prueba existentes. De este modo, pues, la convención probatoria surge en el marco de la simplificación del proceso, en aras de la celeridad y economía procesal. Estos acuerdos están sujetos a la aprobación del juez de control durante la audiencia intermedia, previa negociación y debate entre las partes durante la citada audiencia.

Por otro lado, y en cuanto al procedimiento de celebración, lo usual es que estas convenciones se den en una etapa procesal anterior al juzgamiento, pero posterior a la investigación, que en doctrina se le conoce como etapa intermedia o preparatoria del juicio oral. En ese orden de ideas, en esta etapa procesal, se realiza una audiencia, donde, además de admitirse las pruebas, las partes podrán solicitar, en conjunto, al juez que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio.

Frente a ello, el celebrar un acuerdo o convención probatoria implica que, con anterioridad al mismo, las partes han tenido acceso a la información de su contraparte; conocen los elementos probatorios de los unos y de los otros, por lo cual, no tienen impedimento alguno para relevar de la práctica de la prueba un determinado tema o asunto.

Pero, no solamente han “descubierto” los elementos probatorios de la contraparte (y, por ende, se ha cumplido con la garantía de la no existencia de “pruebas sorpresas”, que en un proceso donde hay igualdad de armas, las mismas deben estar prohibidas) sino que, cabe la posibilidad que las partes se hayan reunido informalmente y negociar los términos de un acuerdo probatorio a ser solicitado durante la audiencia intermedia al juez de garantías.

En efecto, la negociación, como actividad procesal, es una figura de trascendental importancia en el proceso acusatorio con tendencia adversarial; en ese sentido, las partes pueden celebrar reuniones, conversaciones o tratativas, sin ninguna formalidad que no sea el de negociar temas que la ley permite, en igualdad de condiciones y bajo la observancia de los deberes de lealtad y buena fe. En ese orden de ideas, un tema materia de negociación es el de tratar de celebrar acuerdos probatorios, claro está con las limitaciones legales (como por ejemplo, que el Ministerio Pú-

³⁹ Ugaz Zegarra, Ángel F., *La convención probatoria. ¿Negociando a ciegas?: la importancia del acuerdo de descubrimiento de pruebas, como presupuesto de las convenciones probatorias*, disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/discoveryyconvenciones.pdf>.

blico no puede revelar la identidad de la víctima o testigos puestos en programa de protección).

Por otro lado, puede darse el caso que por falta de información las partes, por motu proprio, no celebren acuerdos probatorios. En ese sentido, por falta de información, la entendemos como el desconocimiento de estas figuras, su utilidad e importancia, o por el simple hecho de aún estar adheridos a una *cultura de litigio* o *etiquetar como acto ilícito e inmoral el “negociar”*. También puede darse el caso de que las partes no tengan una suficiente comprensión de aquellos temas que, por estar de acuerdo en su acreditación, no son necesarios someterlos al desahogo de pruebas. Frente a ello, el juez de garantías, durante la audiencia intermedia, podrá formularles proposiciones sobre el tema y si están de acuerdo, se tendrán por acreditados.

Finalmente, si se llega a celebrar un acuerdo probatorio, el juez de garantías indicará en el auto de apertura de juicio los hechos que se tengan por acreditados, a los cuales deberá estarse durante la audiencia de juicio oral.

J) La prueba anticipada

En doctrina se distingue entre *prueba anticipada* y *prueba preconstituida*, que si bien son conceptos afines, no son absolutamente idénticos. Pero en todo caso, tanto una como otra apuntan a una prueba que se produce *antes* de la oportunidad en que debiera hacerse que, como bien sabemos, no es otra que el *juicio oral*, puesto que es la etapa en que tiene lugar el juicio propiamente tal, constituyendo todas las anteriores actuaciones una mera preparación del mismo.

Teniendo en común la característica ya anotada, lo que distingue a la prueba preconstituida de la prueba anticipada es que, en la primera, el medio de prueba se produce incluso *con anterioridad a la existencia de un conflicto*, precaviendo que éste pueda llegar a ocurrir en el futuro. Ejemplo por antonomasia de esta clase de pruebas son los *documentos*, especialmente las escrituras públicas y privadas, mediante las cuales se deja constancia de los términos de un contrato. Si bien el campo de acción de las pruebas preconstituidas parece ser el proceso civil, donde predomina el documento como medio de prueba, también tienen aplicación en el proceso penal, como cuando en los bancos y grandes tiendas se instalan cámaras fotográficas o circuitos de televisión para grabar la comisión de posibles delitos en el interior de los mismos. Otro ejemplo serían las nuevas técnicas para facilitar la averiguación de delitos de narcotráfico, tales como la infiltración de agentes encubiertos o la práctica de entregas vigiladas.

En la prueba anticipada, en cambio, la prueba se produce con *posterioridad* a la ocurrencia del hecho que da origen al proceso. Aquí nuevamente es preciso hacer algunas distinciones, derivadas, a su vez, de la necesidad de fijar ciertos medios de prueba *perecibles*, esto es, aquellos que pierden su virtud probatoria por el simple transcurso del tiempo. Ejemplos de este tipo de prueba son los exámenes físicos a que son sometidos quienes han sido víctima de delitos que afecten de alguna manera su cuerpo (homicidio, lesiones, delitos sexuales, etc.) o los análisis de laboratorio de muestras orgánicas, tales como sangre, semen, pelos, etc., con el fin de individualizar a la persona a que corresponden, o bien pesquisar la presencia de alguna sustancia química en ellos (tales como veneno, alcohol, estupefacientes, etcétera).

Caen también dentro de esta categoría de pruebas anticipadas la inspección ocular y la fijación fotográfica o por otros medios de ciertos objetos o lugares, como por ejemplo, el aspecto que presentaba el lugar en que sucedieron los hechos. Si bien es cierto que todo medio de prueba pierde su aptitud probatoria pasado algún tiempo, en los casos nombrados esto ocurre en un lapso muy breve, de manera que es necesario fijarlos de inmediato, aunque se vayan a presentar en el juicio mucho después. Es lo que algunos autores denominan “pruebas en conserva”.

Pero el concepto de prueba anticipada que recoge, textos adjetivos como el Código Procesal Penal peruano del 2004⁴⁰ o el Código Procesal Penal de Chihua-

⁴⁰ Según el texto adjetivo peruano, durante la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al juez de la investigación preparatoria actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos: a) testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando éste sea procedente; b) carreo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior; c) reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio. La solicitud de prueba anticipada se presentará al juez de la investigación preparatoria en el curso de la investigación preparatoria o hasta antes de remitir la causa al juzgado penal siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma. La solicitud precisará la prueba a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio. También indicarán el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio. La solicitud, asimismo, debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto. El juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respecto a la prueba solicitada. El juez decidirá, dentro de los dos días, si acoge la solicitud de prueba anticipada y, en su caso, si aplaza la diligencia y el plazo respectivo. En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la prueba, el juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa. La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión. Si se trata de la actuación de varias pruebas, se llevarán a cabo en una audiencia única, salvo que su realización resulte manifiestamente imposible. La audiencia se desarrollará en acto público y con la necesaria participación del fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia, en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento. Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su incomparecencia no frustra la audiencia. Las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral. Si la práctica de la prueba no se concluye en la misma audiencia, puede ser aplazada al día siguiente hábil, salvo que su desarrollo requiera un tiempo mayor. El acta y demás cosas y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al fiscal. Los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener copia. Contra la resolución que decreta la actuación de prueba anticipada, que la desestime o disponga el aplazamiento de su práctica, así como decida la realización de la diligencia bajo el supuesto de urgencia, procede recurso de apelación, con efecto devolutivo. Finalmente, las mismas actuaciones de prueba podrán realizarse durante la etapa intermedia.

hua del 2006⁴¹ y de Oaxaca también del 2006⁴², es otro, pues no atiende al carácter intrínsecamente perecible de la prueba, sino a la imposibilidad de rendirla en el momento y lugar donde haya de realizarse el juicio oral, o más exactamente, a la probabilidad de que ello ocurra.

⁴¹ Según el art. 267 del Cód. Proc. Penal del Estado de Chihuahua (México), si el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia de debate del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia, vivir en el extranjero o exista motivo que hiciere temer su muerte, su incapacidad física o mental que le impidiese declarar, o algún otro obstáculo semejante, las partes podrán solicitar al juez o, en su caso, al tribunal de juicio oral, que se reciba su declaración anticipadamente. La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia y hasta antes de la celebración de la citada audiencia. En ese sentido, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de debate de juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en el mismo. En caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia. Cuando exista extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del juez, quien practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor público. Se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia. La audiencia en la que se desahogue el testimonio anticipado deberá video grabarse en su totalidad y, concluida la misma, se le entregará al Ministerio Público el disco compacto en que conste la grabación y copias del mismo a quien lo solicite, siempre que se encuentre legitimado para ello. Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de debate de juicio oral, la persona deberá concurrir a prestar su declaración.

Según el art. 270, cuando un peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la mitad de la sustancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. En este caso o cualquier otro semejante que impida se practique un peritaje independiente con posterioridad, el Ministerio Público se encuentra obligado a notificar al defensor del imputado, si éste ya se encontrase individualizado, o al defensor público, en caso contrario, para que si lo desea, designe un perito que, conjuntamente con el designado por el Ministerio Público, practiquen el peritaje, o bien, para que acuda a presenciar la realización de la pericia practicada por aquél. Aun cuando no comparezca a la realización del peritaje el perito designado por el defensor del imputado, o éste omita designar uno para tal efecto, la pericial se llevará a cabo y será admisible como prueba en juicio. En caso de no darse cumplimiento a la obligación prevista en el párrafo que antecede, la pericial en cuestión deberá ser desechada como prueba, en caso de ser ofrecida.

⁴² Según el art. 263 del Cód. Proc. Penal del Estado de Oaxaca, cuando sea necesario recibir declaraciones que, por algún obstáculo excepcionalmente difícil de superar, como la ausencia, la distancia insuperable o la imposibilidad física o psíquica de quien debe declarar, se presuma que no podrá ser recibida durante el juicio, las partes podrán solicitar al juez competente la práctica de la diligencia. Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiese para la fecha del debate, la prueba deberá producirse en la audiencia de juicio. En ese sentido, la solicitud contendrá las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia a la que se pretende incorporarlo y se torna indispensable. El juez ordenará el acto si lo considera admisible e indispensable, valorando el hecho de no poderse diferir para la audiencia de juicio sin grave riesgo de pérdida por la demora. En ese caso, el juez citará a todos los intervinientes, sus defensores o representantes legales, quienes tendrán derecho a asistir y a ejercer en el acto todas las facultades previstas respecto de su intervención en la audiencia. El juez hará constar el contenido de la diligencia en un registro con todos los detalles que sean necesarios, en la cual incluirá las observaciones que los intervinientes propongan. El registro contendrá la fecha, la hora y el lugar de práctica de la diligencia, será firmada por el juez y por los intervinientes que quisieren hacerlo. Cuando se trate de actos divididos o prolongados en el tiempo, podrán constar en actas separadas, según lo disponga el juez que dirige el proceso. Se podrá utilizar, a petición de parte o de oficio, grabación auditiva o audiovisual, cuyo soporte, debidamente resguardado, integrará el acta, en la que constará el método utilizado y la identificación del resguardo. Si las reglas señaladas en los párrafos precedentes son estrictamente observadas, el registro y las grabaciones del acto que hayan sido dispuestas, podrán ser incorporados a las audiencias por lectura o reproducción.

En lo que respecta al sistema jurídico argentino, el art. 274 del Cód. Proc. Penal Bs. As. precisa que las partes, durante la etapa de investigación preparatoria, podrán requerir al juez de garantías que realice un adelanto probatorio cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate.

Sin embargo, si el juez no considerara admisible el acto, deberá rechazar su realización por auto fundado. En caso contrario, el juez citará a las partes, quienes podrán asistir con todas las facultades y derechos previstos para el debate. Para ello, el imputado privado de su libertad será representado por su defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente.

En todos los casos, se elaborará un acta conforme lo dispuesto por el citado Código Procesal Penal, la que será suscripta por el juez actuante, el secretario del juzgado, las partes y demás intervinientes que correspondiere.

K) Prueba ilícita

Endoctrina, la prueba ilícita comenzó a ser tratada primeramente por Beling, en 1903, año en el cual, se publicó en Alemania su libro *Las prohibiciones probatorias como límites a la averiguación de la verdad*⁴³, considerando a la prueba ilícita desde la perspectiva de las pruebas prohibidas⁴⁴.

Pese a que tal estudio se inició con la obra ya mencionada, será en la jurisprudencia estadounidense, donde primero se abordará la posible solución a la existencia de prueba afecta algún grado de ilicitud.

Tal estudio, se tradujo en la elaboración por parte de los tribunales del país del norte, del concepto de exclusión probatoria; el cual permitió a éstos, poner atajo y resolver la disyuntiva representada por la inclusión en un proceso, de prueba afecta algún grado de ilegalidad.

Es específicamente en el año 1886, que se plantea por primera vez, la necesidad de excluir cierto material probatorio en un proceso. Pues la valoración de tales elementos de prueba dentro de un juicio en sede criminal, se erigía en una violación de los derechos esenciales garantizados a todo ciudadano, por el ordenamiento jurídico vigente en los Estados Unidos de América.

⁴³ Entendiendo a ésta, como límite a la obtención de la prueba, en este sentido nos dice “Que el principio de la investigación de la verdad material nos lleva más lejos aún: el juez no sólo no está sometido a la influencia decisiva de las partes, respecto a la investigación de la verdad, sino que en principio le están abiertas todas las posibilidades en su actividad. Bien es verdad, que existen prohibiciones de prueba, que se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales, frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad. Pero estas prohibiciones constituyen excepciones. Mientras que no concurran, debe el juez perseguir sus investigaciones hasta el final” (Beling, Ernst, *Derecho procesal penal*, Madrid, Labor, 1945, p. 214).

⁴⁴ “Beling, entiende que las prohibiciones probatorias pueden ser examinadas desde dos puntos de vista. Por una parte, se dividen en absolutas (prohibiciones referentes al tema probatorio) y relativas (referentes a los medios probatorios). Las primeras establecen un tema determinado y prohíben al juez toda prueba sobre él. Las últimas excluyen sólo ciertos medios de prueba, sin impedir al juez esclarecer el hecho por otros medios (López Barja, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1998, p 120).

Respecto de este primer esbozo de exclusión probatoria, suscitado en 1886, existen posiciones divergentes en orden a considerarlo la primera aparición de tal noción. En relación a lo anterior, resulta pertinente considerar lo expuesto por el profesor Joshua Dressler, quién sostuvo: *“La Suprema Corte adoptó a la cuarta enmienda como regla de exclusión, por primera vez el año 1914, en el caso que opuso a Weeks contra los Estados Unidos. En él, la Corte declaró inconstitucional el uso de evidencia obtenida por agentes policiales”*.

En ese sentido, la jurisprudencia norteamericana es iniciada al tratamiento de la prueba ilícita y su exclusión, a partir del caso “Boyd c/Estados Unidos”, en 1886. En aquel proceso se puso en entredicho una prueba aportada al juicio, consistente en una factura de propiedad del acusado. Dicho documento fue incorporado a la investigación, luego que la policía, mediante el uso de métodos reñidos con la ética, conminara al detenido a entregarlo personalmente al tribunal, vulnerándose de esta forma, toda garantía que el acusado de un delito ha de tener en un proceso. La Corte, luego de haber sometido a análisis la Constitución, especialmente en lo dispuesto, por la cuarta y quinta enmienda, estableciendo la primera: *“El derecho de todas las personas a su seguridad personal, la de sus hogares, la de sus papeles, y efectos personales contra todo registro y captura irrazonable”*, y la segunda: *“Tampoco podrá obligársele a la persona a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”* (en síntesis, ambas enmiendas establecen el principio de la no autoincriminación)⁴⁵.

Sostuvo, que si bien la aportación de documentos de forma compulsiva, constituía un quebranto a las garantías de todo procesado, para que dicha infracción fuera objeto de exclusión de toda valoración, era necesaria la existencia de una íntima relación, entre la infracción causada y ambas enmiendas ligadas entre sí, no estando la Corte por el argumento de considerar la ilicitud si lo anterior no se suscitaba.

En este primer esbozo del concepto de exclusión probatoria, queda en evidencia, como el peso de una eventual ilicitud del material probatorio descansa en el quebranto de las garantías, de las cuales goza el imputado en un proceso penal, consagradas todas ellas en el cuerpo de la Constitución.

Con el transcurso del tiempo, se suscitaba una situación similar, ésta enfrentó a “Adams c/Estado de New York”, en 1904. En este juicio, el acusado procedió a impugnar la sentencia dictada en su contra, basándose en que ésta había sido pronunciada, teniendo en consideración documentos de carácter privado, obtenidos en un allanamiento practicado sin reunir los requisitos legales requeridos, para validar la toma y resguardo de dichos antecedentes.

La Corte, confirmó la sentencia, rechazando la impugnación del material probatorio, siguiendo claramente el criterio restrictivo sentado en el fallo “Boyd c/Estados Unidos”.

Puesto que en “Adams c/Estado de New York”, si bien se había obrado, sin cumplir los requisitos legales adecuados para validar la prueba obtenida, la misma

⁴⁵ Hernández Basualto, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, “Colección de Investigaciones Jurídicas”, n° 2, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2002, p. 11.

no se constituía en una infracción, tanto de la quinta y cuarta enmienda, consideradas ambas conjuntamente.

Lo anterior otorgó como resultado, el rechazo de la acción de inadmisibilidad deducida por el acusado.

En 1914 se produce el caso “Weeks c/Estados Unidos”, en el cual, la policía del Estado de Missouri, ingresó al domicilio del inculcado sin autorización judicial, procediendo a retirar cartas y otros documentos personales; que más tarde, intento hacer valer en juicio contra el imputado.

En la situación anterior, el afectado impugnó tal medida ante los tribunales, solicitando la devolución de dichos documentos. La Corte, procedió invalidando dichos elementos de prueba, concluyendo muy claramente lo que pasamos a reproducir: *“Llegamos a la conclusión de que las cartas en cuestión, fueron tomadas desde la casa del acusado, por un agente de los Estados Unidos, actuando bajo el ministerio de su cargo, en directa violación de los derechos constitucionales del procesado; que habiendo hecho una oportuna petición para su devolución, la cual fue oída y dejada de lado por la Corte, se envolvió una negación de sus derechos constitucionales en la orden que rechaza tal solicitud, y que la Corte debería haber devuelto estas cartas al acusado. Al mantenerlas y permitir su uso en el probatorio estimamos, se cometió un error perjudicial, dado que en los papeles y propiedades confiscadas por la policía, no aparece que ellos actuarán bajo ningún título de autoridad federal, que habría hecho aplicable la enmienda a tales confiscaciones desautorizadas”*⁴⁶.

Por lo mismo, y complementando lo anterior, la Corte Suprema norteamericana señaló: *“Si cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito... la protección de la cuarta enmienda, declarando el derecho a estar seguros tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor”*⁴⁷.

Nuevamente y al igual que en los dos juicios anteriores, la argumentación para rechazar el material probatorio, nos reconduce al quebrantamiento de las garantías constitucionales del afectado.

La evolución continuó, a través de los casos “Silverthone Lumber Co.” de 1920, y “Nardone” de 1939, teniendo ambos como factor común, el efecto expansivo de la declaración de ineficacia desde la prueba obtenida ilegalmente a la prueba ilícita derivada.

El primero de ellos, “Silverthone Lumber Co. c/Estados Unidos”, versa sobre la petición del imputado, en relación a la exclusión de material probatorio incriminatorio esgrimido en su contra por la fiscalía. Basándose, en que éstos habían sido obtenidos por los agentes estatales que allanaron su domicilio, sin autorización judicial de ningún tipo.

Con el fin de exponer lo ya mencionado, transcribiré el análisis realizado sobre este caso por Zapata: *“El departamento de justicia y el alguacil de los Estados Uni-*

⁴⁶ Zapata, María F., *La prueba ilícita*, Santiago, Lexis-Nexis, 2004, p. 108.

⁴⁷ Hairabedián, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002, p. 39.

*dos, sin ningún tipo de autorización fueron a la oficina de su compañía e hicieron un barrido de todos los libros, papeles y documentos que encontraron ahí. De los cuales, se hicieron fotografías y copias de los papeles materiales. La Corte de distrito ordenó la devolución de los originales, pero depositó en custodia del tribunal las fotografías y copias. Posteriormente fueron emitidos emplazamientos para exhibir los originales, y frente a la negación de exhibirlos, la Corte emitió una orden de que los emplazamientos debían ser cumplidos, aunque había encontrado que todos los papeles habían sido confiscados en violación de los derechos constitucionales de las partes*⁴⁸.

Ante la petición de entrega de los originales, el acusado se negó, provocando que la disputa fuera resuelta ante la Suprema Corte.

Tal oposición, trajo consigo finalmente, el pronunciamiento del Tribunal Supremo a favor de la exclusión de dicho material, señalando en su fallo lo siguiente: *“La esencia de una disposición, que prohíbe la adquisición de evidencia de una determinada manera, no significa meramente que esa evidencia así obtenida no pueda ser usada ante la Corte, sino que ésta no podrá ser usada de ninguna manera, esto no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de ellos se obtiene desde una fuente independiente, podrán ser probados como cualquiera otros, pero el conocimiento obtenido por el agravio del propio gobierno, no puede ser usado por él en la forma propuesta*⁴⁹.

Como queda claro, la ilicitud de la prueba en este juicio; nos pone en contacto directo con la validez que la prueba ilícita derivada adquiere dentro de un proceso, puesto que en “Silverthone Lumber Co c/Estados Unidos”, lo cuestionado es el uso de información adquirida ilícitamente con miras a incriminar al acusado poseedor de ésta.

En 1939 se suscita el juicio “Nardone”, cuya relevancia radica, en ser la fuente original de la doctrina del *fruit of the poisonous tree*⁵⁰.

Es a partir de “Nardone c/Estados Unidos”, que la existencia de la prueba ilícita derivada, se asume como un problema de real importancia en el ámbito del derecho, iniciándose a partir de ella la búsqueda de una respuesta satisfactoria al dilema de su existencia.

En el caso “Nardone”, lo discutido ante la Corte Suprema, fue la negación por parte de un juez inferior (en Chile, sería un símil de la primera instancia en el sistema antiguo), a la solicitud presentada por el acusado con objeto de impugnar material probatorio.

El recurso de apelación deducido con miras a lograr la exclusión de la prueba objetada, tenía por fundamento, la existencia de un antecedente judicial previo, emanado de un primer juicio entre el acusado y el Estado. En éste, se había obtenido la declaración de ilegalidad por parte de los tribunales, de la prueba obtenida por medio de escuchas telefónicas, y que pretendía ser usada en contra del imputado.

⁴⁸ Zapata, *La prueba ilícita*, p. 150.

⁴⁹ Zapata, *La prueba ilícita*, p. 150.

⁵⁰ Doctrina del fruto del árbol envenenado, en que la prohibición de valoración se hace extensiva a la prueba derivada de la declarada ilícita.

En este segundo juicio, lo perseguido por el acusado, era evitar que a partir de esas escuchas, ya declaradas como prueba ilícita en el primero, se pudieran realizar nuevas gestiones, con miras a obtener nuevo material para perseguirlo criminalmente; diligencias que nunca hubiesen podido llevarse a cabo, sino se hubiese contado con la información extraída de las pruebas del primer caso “Nardone”.

Y ante la negativa del juez inferior de acoger su petición de exclusión del material probatorio aparentemente ilícito, recurrió de apelación ante la Suprema Corte, la que pronunciándose sobre dicho recurso, señaló: *“La carga recae, por supuesto, en el acusado en primera instancia, de probar, a satisfacción de la Corte, que las intervenciones telefónicas fueron ilegalmente empleadas. Una vez que es establecido como lo fue plenamente aquí, el juez competente debe dar oportunidad al acusado, aunque sea esta muy estrechamente reducida, para probar que una porción substancial del caso seguido en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Esto deja amplia oportunidad al gobierno para convencer a la Corte de que su prueba tuvo un origen independiente”*⁵¹.

En lo sucesivo se fueron presentando diversos litigios, apuntando todos ellos a la aplicación de criterios similares. A modo ejemplar, es pertinente citar el caso “Rochin c/Estado de California” de 1952, en el cual, la policía obligó a vomitar al acusado, para extraer cápsulas de morfina de su interior y así contar con pruebas decisivas para lograr su condena. La Corte, ante tales circunstancias adujo: *“Que la conducta de la policía en el caso, constituía un quebranto a la legalidad, al irrumpirse en el ámbito privado del recurrente, luchándose para abrir su boca, y remover lo que allí había, a través de la enérgica expulsión del contenido estomacal, conducta que escandaliza a la conciencia”*.

Por último consideraré, un litigio en donde es posible apreciar una nueva forma en que se manifiesta la prueba ilícita.

Este opuso a “Miranda c/Estado de Arizona”. En él, se estableció que si la policía a la hora de realizar una detención, no señalaba al acusado los derechos constitucionales que lo amparaban, se incurría en vicios de ilegalidad, lo cual conlleva a la necesidad de excluir del procedimiento criminal, lo declarado por el detenido, por no haber sido respetados sus derechos.

El argumento de la exclusión se sustenta en que el marco de garantías constitucionales que amparaba al imputado, sólo era posible en cuanto a su ejercicio, cuando dicho catálogo de derechos estuviera en conocimiento del detenido. Y mientras no sucediese de esa forma, el sistema creado para garantizar que todo el procedimiento criminal, desde un inicio hasta el final estuviera revestido de validez se derrumbaba. Quedando por ende toda gestión invalidada en caso de que dicha lectura no se llevare a cabo.

En ese sentido, existen múltiples definiciones de lo que ha de entenderse por prueba ilícita. Entre ellas, consideraré aquellas que nos permitirán arribar a un concepto propio, tomando en cuenta definiciones de corte general y particular, tales son:

Rodríguez Sol, la define de la siguiente manera: *“Propia y etimológicamente prueba ilícita, es aquélla que se practica contraviniendo la ley, independientemente*

⁵¹ Zapata, *La prueba ilícita*, p. 154.

*del efecto que la propia ley asigna a su inobservancia, de modo que tan ilícita sería la prueba obtenida mediante un acto radicalmente nulo, como mediante un acto nulo pero subsanable, e incluso una mera irregularidad podría calificarse como ilicitud probatoria*⁵².

Esta definición, resulta ser lo suficientemente general como para que cualquier infracción a una norma legal, se constituya en ilícita.

Al no realizarse una distinción en torno a que clase de normas se hace aplicable, hemos de entender en beneficio de esta definición, que toda norma del ordenamiento jurídico desde la Constitución en adelante, se entiende incluida dentro del concepto de ley.

Por lo mismo, la definición ya mencionada no resulta satisfactoria, pues no nos permite dejar en evidencia, cual es el sustrato que debe ser infringido para encontrarnos ante una prueba ilícita.

Algunos autores como Estrampes Miranda⁵³, hacen una distinción, entre concepciones amplias y restrictivas de la prueba ilícita.

1) *Concepciones amplias*. El primer tipo de argumento sustento de la idea de ilicitud probatoria, es el de la dignidad humana. Dicha noción, se constituye en la piedra angular del concepto de prueba ilícita. Teniendo en vista lo anterior, el profesor Estrampes Miranda hace suyo el razonamiento esbozado en un proyecto de ley de enjuiciamiento civil de 1974.

En donde, un grupo de profesores de derecho procesal, de las universidades españolas, sostuvieron: “*Que el tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos, que a juicio del mismo, se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de las personas*”.

Por consiguiente, toda prueba que infringe este peculiar carácter de digno del ser humano, ha de ser desplazada del procedimiento, por constituirse en una manifestación de prueba ilícita.

Estrampes Miranda en una posición distinta, considera a Montón Redondo, quien estima, que la base de toda prueba ilícita se sustenta, en la presencia de la figura del dolo a la hora de su obtención, por lo que cada vez que éste existiese, estaríamos en presencia de una prueba de este tipo.

Lo anterior, no es sino la manifestación del principio: “*Nemo auditur suam turpitudinem allegans*”.

Otros autores por él citados, sostienen que estamos en presencia de una prueba ilícita, cuando ésta ha sido obtenida con infracción de normas de derecho, no importando si la naturaleza de ellas es de rango constitucional, legal o incluso de principios base del sistema.

Dentro de esta concepción sitúa a Devis Echandía, quién define a las pruebas ilícitas, como aquellas: “*Que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o*

⁵² Sol Rodríguez, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Granada, Comares, 1998, p. 65.

⁵³ Estrampes Miranda, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 17 y siguientes.

atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o violan sus derechos fundamentales, que la Constitución y la ley amparan”.

Según el profesor Estrampes Miranda, algunos autores delimitan este argumento, al caso de violación de normas de rango sustancial, como por ejemplo; el conjunto de garantías constitucionales. Dentro de esta concepción, sitúa a aquellos profesores, que consideran que toda norma penal reguladora de la obtención y aportación de prueba al proceso, adquiere rango de garantía del imputado, por erigirse en un mecanismo propio del derecho a defensa del acusado, incluyendo dentro de esta posición a G. Conso y a la mayoría de la doctrina italiana.

2) *Concepciones restringidas.* Éstas, se encuentran representadas por quienes entienden que estamos en presencia de una prueba ilícita, cuando aquélla ha sido obtenida o practicada en violación de derechos fundamentales. Dentro de esta concepción cabe destacar la opinión del profesor González Montes, quién expone: “*Sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso, aquellos medios de prueba, en cuya obtención, se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba*”.

Con esta posición final, el autor en análisis deja abierta la posible definición de lo que hemos de entender por prueba ilícita, dándonos todo un abanico de posibilidades, pero siempre dejando subyacente la idea de entender a ésta como aquella que viola principios y derechos fundamentales.

Finalmente Bernardette Minvielle, define a la prueba ilícita como: “*La prueba obtenida extraprocesalmente mediante violación de derechos sustanciales consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, principalmente los derechos de la personalidad, prueba que se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de su ilícita obtención*”.

Del análisis de estas tres posiciones podemos colegir, que si bien en un inicio existen posturas de carácter general como las analizadas, éstas necesariamente deberán restringirse a medida que se avanza en la búsqueda de un concepto preciso, de lo que ha de entenderse por infracción constitutiva de una prueba ilícita.

Por lo ya expresado, es que las concepciones restringidas, así como la definición de Bernardette Minvielle, coinciden con lo que a mi juicio debe entenderse por prueba ilícita.

Por lo mismo, es que hago mías las palabras de Jacobo López Barja al sostener: “*El proceso penal de nuestro Estado social y democrático de derecho, que se funda en los principios establecidos en la Constitución, tiene necesariamente que llevar consigo la interdicción de la ilicitud*”.

Un proceso con todas las garantías —el derecho al proceso debido— exige que no se permita, la violación de lo dispuesto en las normas que conforman tales garantías y en definitiva debe considerarse absolutamente prohibida la vulneración de tales normas.

En conclusión, debe entenderse que estamos ante una prueba ilícita, cuando se infringen preceptos de rango constitucional, de forma directa o indirecta, ya sea a través de la vulneración de las garantías fundamentales o bien, de aquellas garantías

procesales, referentes al ámbito probatorio y de defensa del imputado, cometidas en la obtención, introducción o valoración del medio de prueba en cuestión.

Por otro lado, las razones por las cuales no deben admitirse aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, son:

a) La promoción de resultados precisos. Según éste, la razón por la cual la exclusión probatoria opera, radicaría en la inseguridad en cuanto al nivel de convicción que conlleva el aportar al proceso, una prueba no obtenida con los debidos resguardos legales. Lo anterior se traduce en que la prueba afecta a ilicitud, carece de la verosimilitud necesaria, que requiere el tribunal; para arribar a un convencimiento preciso sobre lo acontecido. Es por ello que admitir una prueba en tales condiciones, supondría aceptar un estado de incertidumbre, que impediría al juez de la causa un fallo certero y con estricto rigor, a prueba obtenida respetando todos los estándares y mecanismos de control establecidos.

b) Cuestión ética e integridad judicial. Esta posición tiene sustento en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, entre otros la encontramos, en “*Olms-tead c/Estados Unidos*”, en el que se expresaba: “*Que en un gobierno de leyes, la existencia del gobierno será puesta en peligro si falla en observar la ley escrupulosamente... El crimen es contagioso. Si el gobierno se vuelve un infractor a la ley creará desprecio por la ley... invitará a la anarquía*”. Lo que se persigue en estricto rigor, con el criterio de la integridad judicial, es evitar que los funcionarios públicos llamados a resolver contiendas entre los ciudadanos; se encuentren afectados a algún tipo de cuestionamiento por la opinión pública. Cuyo fundamento radique, en la utilización de medios probatorios ilícitos para dictar sus sentencias. Con la exclusión de dicho material, se evita tal crítica y se reivindica la legitimidad que los jueces necesitan para poder dictar sus decisiones.

La idea anterior se reitera en el caso “*Elkin c/Estados Unidos*” de 1960, en donde la Corte Suprema sostuvo: “*Que la exclusión de prueba ilícita tenía como razón el imperativo de la integridad judicial, por el hecho de que el uso de evidencias de este tipo por parte de los tribunales es indebido*”.

Este segundo argumento a favor de la exclusión probatoria, deja muchas dudas, pues no ataca al mal en sí sino a sus efectos, preocupándose exclusivamente de evitar, que la autoridad judicial caiga en desprestigio frente a la ciudadanía, sin colocar acento en el verdadero significado y trascendencia de excluir la prueba ilícita de un proceso.

c) Función preventiva. Por su parte este nuevo argumento, tiene por imperativo evitar la comisión de nuevas irregularidades en el ámbito probatorio, a través de la aplicación de sanciones a quienes incurran en ellas, y es posible verlo funcionar a través de dos mecanismos: la disuasión. Persigue que la conducta de los policías se someta al respeto de formalidades, relacionadas directamente con el apego a las garantías constitucionales y legales de los acusados. Haciéndoles presente que cualquiera sea la infracción que afecte a tales normas, traerá aparejado como resultado, la invalidación de la prueba obtenida y con ello la posible liberación de total culpabilidad del supuesto responsable, y la función de educación. Versa sobre la expectativa, de que los diversos agentes que operan dentro del ámbito del procedimiento penal, internalice la idea de que el respeto a las formas, implica a la larga un bien, que es el establecimiento de una posible verdad a través del uso de la prueba

obtenida por ellos, por sobre un mal, constituido por la inutilización de la prueba aportada, por haberse obtenido mediante prácticas ilegales.

Este fundamento ha sufrido una evolución, pues en un principio se señalaba que éste sólo hacía referencia a los policías, pero más tarde en un desarrollo mayor, se lo hizo extensivo a todos los que operan dentro del procedimiento.

Capítulo III

El juicio oral como etapa procesal para la recepción de la prueba

A) El derecho constitucional a juicio previo

Al igual que otros países⁵⁴, en Argentina, la Constitución Federal ha consagrado, el derecho a un juicio previo⁵⁵; así en el art. 18, establece que: “Ningún habitante podrá ser condenado sino en virtud de juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”⁵⁶.

Sin embargo, en otros países como el Perú, la Constitución Política de 1993 no consagra el derecho a un juicio previo, aunque en su lugar estipula la garantía de no ser penado sin proceso judicial, el cual conlleva que ninguna persona sea afectada o sancionada si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación⁵⁷. Sin embargo, esta omisión ha sido suplida en el art. I, inc. 2 del Título Preliminar del Cód. Proc. Penal peruano del 2004, el cual establece que: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código”⁵⁸.

⁵⁴ Por ejemplo, en el art. 20, A, fracción IV de la Const. Federal mexicana se plasma el principio de que el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente, así como, que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

⁵⁵ Binder comenta que unos lo han interpretado como la exigencia de una sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico; sin embargo, para el jurista argentino la norma constitucional se refiere al juicio como institución política-cultural (concretamente, juicio oral) (Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, p. 111 y 112).

⁵⁶ Ello significa que el derecho a un juicio previo si puede ser alegado en nuestro sistema debido, entre otros argumentos, que el mismo está plasmado en tratados internacionales que México ha suscrito y, por ende, forma parte de nuestro derecho. Así, tenemos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1), y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (art. 7.5).

⁵⁷ Bustamante Alarcón, Reynaldo, *Derecho a no ser sancionado o afectado sin previo proceso o procedimiento*, en “La Constitución comentada”, t. II, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 546.

⁵⁸ En el ámbito de la legislación comparada, encontramos este derecho en los siguientes textos procesales: Código de Procedimientos Penales de Bolivia (1999): art. 1°. “Nadie será condenado a sanción alguna si no es por sentencia ejecutoriada, dictada luego de haber sido oído previamente en juicio oral y público, celebrado conforme a la Constitución, las convenciones y tratados internacionales vigentes y este Código”.

Código Procesal Penal de Paraguay (1998): art. 1°. “Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el derecho internacional vigente y a las normas de este Código.

Al respecto, este derecho al juicio previo ha sido desarrollado a través de la denominada “fase procesal”: juzgamiento (o juicio oral⁵⁹), cuyo objetivo es la demostración de la acusación penal a través de la actuación y análisis de los medios probatorios; siendo, dentro de un modelo acusatorio, la etapa central del proceso (penal).

B) El juicio oral en la dinámica de solución de conflictos de intereses

Todo proceso judicial, entre ellos el penal, denota un marco de discusión de un conflicto de intereses⁶⁰. En efecto, el delito, como fenómeno jurídico, genera un conflicto de intereses⁶¹; es decir, al hablar de delito debemos de pensar que detrás de ello hay una víctima y un responsable, y ambos, persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal⁶².

Así, la víctima tiene interés en que se imponga una sanción al responsable del delito (pretensión punitiva, la cual será llevada por el Ministerio Público –dado que el delito también genera daño al interés público– al órgano jurisdiccional a través del

En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, en la forma en que este código determina”.

Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (2006): art. 1°. “Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República”.

⁵⁹ La etapa se ha conocido bajo diferentes denominaciones, las que destacan alguna característica de la misma; así se ha hablado de “plenario”, atendiendo a que tanto las partes como el órgano jurisdiccional actúan en la plenitud de sus facultades; de “debate” o “discusión”, destacando la mecánica eminentemente contradictoria, y de “juicio”, nombre que se ha impuesto y que deriva tanto de “juzgamiento” como de la circunstancia de que toda la actividad conduce, en definitiva, a la afirmación de reproche o absolución respecto de lo imputado.

⁶⁰ Frente a un conflicto de voluntades en torno a un interés entre dos personas, cualificado por la oposición de dos pretensiones opuestas, la única actividad posible es la de invocar, solicitar la tutela jurisdiccional del Estado. En la concepción carneltuttiana el proceso es la justa composición de la litis, entendiendo por litis el conflicto (intersubjetivo) de interés calificado por una pretensión resistida (Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, Bs. As., Ejea, 1971, p. 301). Igualmente para Leone, en el proceso penal siempre existe un conflicto, un contraste de intereses, y la actuación de las partes puede ser delineada en el conflicto entre el poder punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado (Leone, Giovanni, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, Jovene, 1961, p. 181). Igualmente, para Creus, el derecho procesal, frente al derecho sustancial, también es llamado a funcionar en hipótesis de conflicto (real o pretendido) para lo cual regula el acto o actuación jurisdiccional a la cual confluyen, además de la actividad del juez, la de las “partes” que se interesan en el conflicto (*Derecho procesal penal*, p. 3).

⁶¹ El principio del proceso penal como marco de discusión de un conflicto de intereses ha sido recepcionado en algunas legislaciones. Así, el art. 7° del Cód. Proc. Penal de Costa Rica precisa que: “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”.

⁶² Cabe precisar que nos apartamos de aquella corriente que postula que el conflicto de intereses es entre el presunto autor y el Estado y por el contrario, nos acercamos a aquellos postulados que personalizan el conflicto entre ofensor y ofendido, dentro del marco de un proceso penal acusatorio con tendencia adversarial. Al respecto, véase: Bovino, Alberto, *La participación de la víctima en el proceso penal*, en “Problemas de derecho procesal penal contemporáneo”, Bs. As., Del Puerto, 1996, p. 96 y siguientes. Cristhie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en “De los delitos y de las víctimas”, Bs. As., Ad-Hoc, 1992, p. 169 y siguientes.

proceso penal), y le interesa también que se reparen los daños y perjuicios que ha sufrido (pretensión resarcitoria).

Por su lado, el presunto responsable tiene como interés: la declaratoria de su inocencia (pretensión de absolución) de los cargos que se le han formulado en su contra, o al menos, recibir una sanción atenuada (pretensión de atenuación de la pena).

Frente a esta lucha de intereses son, valga la redundancia, los interesados los llamados a impregnar del dinamismo necesario, a fin que el órgano jurisdiccional falle a favor de alguno de ellos. Si lo afirmado lo trasladamos a sede de proceso penal son, entonces, las partes los llamados a impregnar de dinamismo la actividad procesal: investigadora y de probanza, tendiente al amparo de sus intereses o pretensiones. Ya no sería el juez el centro del proceso, sino las partes.

En ese contexto, el proceso penal debe estructurarse en momentos de postulación de las pretensiones opuestas, contradicción, probanza, solución e impugnabilidad de la decisión que resuelve el conflicto de intereses surgido a consecuencia de la presunta comisión de un ilícito penal. Al respecto, opinamos que la fase de investigación preparatoria es la llamada a cumplir el momento de postulación de las pretensiones, dado que, *persigue* reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa (art. 321, inc. 1°, Cód. Proc. Penal del Perú). En cambio, la fase de juzgamiento es la llamada a cumplir con los momentos de contradicción, probanza y solución del conflicto de intereses⁶³, dado que, en la misma se recibe en forma inmediata, directa y simultánea todas las pruebas que van a dar fundamento a la discusión y a la posterior sentencia⁶⁴.

La centralidad del juicio oral radica en que las partes podrán argumentar y probar sus pretensiones frente, ya no ante un juez de control o garante (cuya actuación opera en la fase de investigación), sino ante el juez de conocimiento, quien tiene la potestad de resolver el conflicto suscitado. Como señala Binder, el juicio es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se resuelve o redefine de un modo definitivo –aunque revisable– el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal⁶⁵.

Pero, el considerar al juicio oral como la etapa principal del proceso (art. 356, inc. 1°, Cód. Proc. Penal del Perú, 2004), también se debe al haz de principios y garantías que le envuelven a fin de lograr una *calidad de información* al juzgador que le permita resolver la litis puesta a su conocimiento. Por calidad de información se entiende como aquel conjunto de datos, filtrados, seleccionados, depurados, tendientes a probar, por un lado, si se ha cometido o no un ilícito penal, y por otro lado, la determinación de las consecuencias punitivas, y si fuese el caso, civiles generadoras del delito; información que es percibida por el juzgador de manera inmediata e im-

⁶³ Aunque cabe señalar que la solución del conflicto puede darse incluso antes de iniciarse el juicio oral. Por ejemplo, a través de las figuras de: principio de oportunidad o la terminación anticipada del proceso.

⁶⁴ Sosa Arditi, Enrique A. - Fernández, José, *Juicio oral en el proceso penal*, Bs. As., Astrea, 1994, p. 39.

⁶⁵ Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 233.

parcial, a través de una actividad contradictoria de las partes⁶⁶ y con pleno respeto a la presunción de inocencia y en presencia de la comunidad. En ese sentido, la inmediación, la contradictoriedad, la imparcialidad, el principio de inocencia y la publicidad, son el conjunto de principios que al operar en el juicio oral permitirán que el juzgador obtenga una información de calidad, confiable, que permita fundar su decisión en torno al conflicto suscitado entre el ofensor y el ofendido⁶⁷.

En suma, la fase de juzgamiento no debe ser considerado como una etapa más del proceso penal, sino la principal, porque en ella se producirá tanto la prueba como la decisión destinada a resolver un conflicto de intereses generado por la presunta comisión de un ilícito penal. Así, abona nuestra posición la Corte Suprema de Justicia del Perú, la cual, en acuerdo plenario n° 5-2006/CJ-116, en su fundamento sexto, se señala: “*El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral –fase angular del sistema acusatorio– sin la necesaria presencia del acusado*”.

C) La necesidad de contar con la etapa del juicio oral en el proceso penal

Vargas Viancos, primer director ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJAS), organismo internacional vinculado a la OEA, con sede en Chile, ha señalado las siguientes razones que justifican la necesidad de adoptar, en el proceso penal, la etapa del juicio oral⁶⁸:

1) Democratización creciente y mayor conciencia sobre los derechos humanos. Sin lugar a dudas un factor determinante en el creciente interés por el funcionamiento de los sistemas judiciales en el continente y el afán de introducirles reformas modernizadoras, especialmente en materia procesal, ha sido la revalorización del sistema democrático de gobierno, entendido también como una forma “racional” de resolver los conflictos en todos los planos del quehacer social.

La huella dejada por décadas pasadas, con el saldo de miles de desaparecidos, entre otras atroces violaciones a los derechos fundamentales, también sirvió para replantearse los mecanismos internos de control a la actividad gubernamental y, especialmente, el rol y “poder” del Poder Judicial para jugar eficientemente su papel.

2) Gobernabilidad desarrollo económico. Paralelamente, el creciente desarrollo experimentado por nuestras economías, signado por formas más abiertas y competitivas de transacción, tanto interna como externamente, dejaron en evidencia rápidamente que un posible obstáculo para la consolidación de tal modelo eran las debilidades institucionales en los diversos países del área y, fundamentalmente, las

⁶⁶ Es la actividad realizada por las partes a fin de controvertir el caso de la contraparte y presentar su propio caso.

⁶⁷ Como indica Vázquez Rossi, el juicio es el medio de establecimiento de la verdad judicial. La verdad surge de la confrontación, es patrimonio dividido de las partes, que introducen sus respectivas acreditaciones y en el análisis respectivo proponen sus argumentaciones, con un protagonismo que se basa en los intereses que representan y que, por ende, son relativos y verificables, hipotéticos y refutables (Vázquez Rossi, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 404).

⁶⁸ Vargas Viancos, Juan E., *Lecciones aprendidas: introducción de los juicios orales en Latinoamérica*, p. 5 y 6, disponible en <http://www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc40-5-S.pdf>.

trabas que implicaba un sistema jurídico y de justicia arcaico y lento, causante, en buena medida, de la inestabilidad en las relaciones jurídicas y, por ende, del aumento de los costos de transacción.

Diversos estudios en el área han demostrado, por ejemplo, la mayor predisposición de negociar con personas conocidas, por la facilidad para resolver informalmente potenciales conflictos, que para hacerlo abiertamente con cualquier oferente, aún cuando con este se pueda alcanzar un mejor precio. Igualmente, se han podido comprobar los nocivos efectos que las inestabilidades institucionales –de las que no quedan ajenos los poderes judiciales– causan, por ejemplo, en los volúmenes de la inversión extranjera. Por otra parte, el propio fenómeno de la evolución económica implica la incorporación de nuevos sujetos a la vida económica formal del país, con la consiguiente demanda por servicios judiciales que, tal como están hoy concebidos, presentan serias limitaciones al acceso.

3) Aumento de los problemas de seguridad pública. Las mismas circunstancias antes reseñadas –sistemas restrictivos de gobierno que dan paso a democráticos y evolución económica– traen aparejados fenómenos de violencia y criminalidad urbana desconocidos con anterioridad para algunos países del área, al menos en la magnitud que hoy se están viviendo. Las demandas que de allí surgen hacia el sistema de represión penal estatal son crecientes. La herramienta tradicional de alzar las penas ha terminado por desacreditarse como ineficiente e incluso contraproducente, dando lugar a formas más sofisticadas de intervención, tales como aquellas que se plantean sobre el sistema judicial.

4) Colapso de los sistemas judiciales, dentro de un contexto de reforma y modernización del Estado. En este contexto, el sistema judicial es percibido por la ciudadanía como lejano, oscuro y tremendamente ineficiente. La gente no entiende qué es lo que hace, ni menos cómo lo hace. Se les presenta como una estructura burocrática, que utiliza un lenguaje, una tecnología y una forma de hacer las cosas sumamente anticuadas. Paralelamente, se visualiza que el resto de la administración pública, con los múltiples problemas que aún presenta, está sosteniendo esfuerzos serios y consistentes de racionalización y modernización de su gestión, todo lo cual alienta procesos de reestructuración en este sector.

5) Presencia y participación de entidades de cooperación internacional. Finalmente, sin dudas parte importante por el crédito al impulso a estas reformas debe atribuirse a las entidades de cooperación internacional, que crecientemente han demostrado su interés por desarrollar actividades en el área de la justicia en Latinoamérica. Inicialmente fue el impulso de USAID, al cual se le han acoplado en los últimos años los bancos multilaterales –Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial–, la Unión Europea y otros países de ese continente.

Un común denominador en los esfuerzos de todas estas entidades de cooperación ha sido contribuir a los esfuerzos nacionales por oralizar sus sistemas procesales.

La acción de los dos últimos factores mencionados explica el porque por primera vez exista en América latina una política tan coherente entre los diversos Estados en materia judicial y una estrategia de cambio que en lo medular es bastante similar. Esto ha provocado, además, un acercamiento entre los diversos poderes judiciales,

ministerios de justicia, ONGs dedicadas al tema y expertos en la materia, que no tiene parangón.

Por otro lado, y siguiendo con la opinión de Vargas Viancos, existen factores que obstaculizan la implementación de la oralidad (y por ende del juicio oral) en el proceso penal; estos factores son⁶⁹:

1) Voluntad política. La introducción de la oralidad en los procedimientos persigue dotarlos de mayor transparencia y aumentar el control ciudadano de las decisiones judiciales y, por ende, la independencia y predictibilidad de las mismas. Si esta reforma es acompañada en material penal con la transformación de los procedimientos inquisitivos en acusatorios, se pasa a incidir en aspectos claves en la configuración política de los Estados y, en lo que es más determinante dentro de ellos, en el ejercicio del poder.

Tradicional y lamentablemente, en buena parte del continente ha habido poderes judiciales más o menos dóciles a los gobiernos, con grados de independencia bastante relativos, como se puede fácilmente comprobar al analizar las interferencias políticas en las designaciones judiciales. La idea del control recíproco de los poderes no ha llegado a tener plena consagración.

En materia penal, el ejercicio del poder punitivo del Estado ha tenido también escaso control y el Poder Judicial, más que un órgano independiente encargado de velar por los derechos ciudadanos frente al accionar estatal, ha sido transformado en un eslabón más en el ejercicio de ese poder punitivo, recayendo en él la función, característica de los sistemas inquisitivos, de lograr efectividad en la investigación del delito.

Son estas las circunstancias que los nuevos sistemas procesales pretenden, en última instancia, alterar. Como se verá entonces, requieren de una decisión y un compromiso muy firme de parte principalmente del Poder Ejecutivo, pero también de los restantes poderes del Estado, para poder concretarse. En buena medida lo que un gobierno hace al apoyar estas reformas es ceder parte del poder que hoy ejerce directamente, y entregárselo al Ministerio Público, con grados mayores de independencia política, y a los propios tribunales. Por eso no es de extrañar que hayan habido casos de gobiernos que se han encargado de abortar iniciativas de cambio en tal sentido que ellos mismos habían sugerido originalmente, al darse cuenta de lo que implicaban.

La voluntad política que debe acompañar la reforma debe además trasuntarse en el monto de los recursos que se le asignen para su implementación. El mejor indicador actual para advertir la importancia desmejorada de los sistemas judiciales en nuestros países es analizar el porcentaje del presupuesto que se les asigna. Los aportes estatales deben a consecuencia de la reforma sufrir un aumento de importancia.

Igualmente deben estar dispuestos los gobiernos que impulsen estos cambios a dar una larga batalla parlamentaria y de convencimiento público, con la certeza, además, que la implementación del cambio aparejará, sobre todo en los primeros

⁶⁹ Vargas Viancos, *Lecciones aprendidas: introducción de los juicios orales en Latinoamérica*, p. 14 y 16.

momentos, serios problemas y críticas, como por lo demás sucede con todo cambio de envergadura que se emprenda.

2) Debilidad de los poderes judiciales. Los poderes judiciales de nuestros países han estado históricamente alejados de cualquier esfuerzo de planificación, los cuales no tenían realmente mucho sentido cuando las cosas se hacían con la única justificación de que “siempre se han hecho así”. Esto hace sumamente difícil emprender un cambio al interior de dichas instituciones. Esta circunstancia inhibe también a muchos a concederle facultades y recursos a poderes judiciales con dosis bajas de legitimidad y capacidad de gestión.

Paradójicamente, los sistemas judiciales no siempre están conscientes del mayor poder que reciben con estos cambios y en más de alguna ocasión no lo quieren, por estar acostumbrados a las antiguas rutinas de trabajo. Por lo que las más de las veces no sólo hay que convencer a la sociedad de la conveniencia del cambio, sino incluso al propio Poder Judicial, que no se ve a sí mismo como el beneficiario del mismo.

3) Resistencia al cambio. A lo anterior debe agregarse la gran resistencia al cambio que existe en el medio jurídico. La enseñanza memorística del derecho a la que estamos acostumbrados no alienta precisamente a perspectivas creativas frente al entorno y no entrega armas para poder adaptarse con rapidez a los cambios.

A esta circunstancia idiosincrática de los abogados debe unirse una forma de gestionarse la profesión, acorde con el modelo escriturado, que no es económicamente eficiente ante sistemas orales. Estos últimos alientan la formación de oficinas legales con un mayor número de profesionales y la manutención de una menor cantidad de juicios por cada uno de ellos, por la mayor dedicación que deben asignarle al tener necesariamente que asistir personalmente a audiencias orales y por ende tener menos posibilidades de delegar en funcionarios como permite el actual sistema.

Indudablemente, los necesarios cambios de esta organización impactan también en los costos de la defensa letrada. Por ello no es de extrañar que surjan fuertes oposiciones a la implementación de las reformas de parte de las asociaciones gremiales de abogados. Otro sector con gran capacidad de ejercer presión por morigerar la fuerza de éstas en materia penal son los policías, los que en el sistema escriturado inquisitivo poseen un grado de poder y autonomía inadmisibles en un sistema acusatorio oral.

4) Deficiencias en la implementación. Como ya se indicaba, la falta de capacidad de planificación en el sector, unida a esa idea de que en el mundo jurídico las normas tienen la capacidad de “hacer” la realidad, por lo que no hay que preocuparse demasiado por cosas “domésticas”, han constituido las grandes deficiencias que han debido afrontar las reformas. La mayoría de ellas han venido acompañadas de una gran improvisación: tardía designación de los funcionarios, escasa capacitación, falta de adecuación de los espacios físicos y una muy limitada previsión de los problemas que se irán presentando con el nuevo sistema.

5) Desatención de ciertos elementos de la reforma. Otro problema que ha sido común en las diversas iniciativas es la falta de una solución adecuada a la necesidad de contar con asistencia jurídica gratuita de calidad para vastos sectores de la

ciudadanía que están imposibilitados para acceder a los servicios de abogados pagados –quienes por lo general están muy poco preparados para el nuevo sistema–. La figura tradicional de los defensores públicos allegados a los tribunales muestra sus limitaciones tanto en cuanto a cobertura, como a la calidad y poder de éstos –generalmente mal remunerados– sobre todo si en materia penal deben enfrentarse a fiscalías crecientemente mejor estructuradas y con mayores facultades.

La alternativa de institucionalizar la defensoría pública, como en el caso de Chile a través de corporaciones con un alto número de funcionarios, tampoco ha resultado ser satisfactoria por las deficiencias de política interna y de gestión que se notan en su interior. Sin lugar a dudas el lema de la asistencia jurídica guarda relación fundamentalmente con los recursos que para esta función se destinen, pero no es menos cierto que aún se encuentra pendiente una solución eficiente para la gestión y el control de la utilización de éstos. En la reforma procesal penal, la policía ha sido un sector que no ha recibido –o no ha podido recibir– la atención que se merece. La adecuación de los procedimientos policiales a los estándares del nuevo modelo procesal es sin dudas una asignatura pendiente.

D) Principios que rigen el juicio oral en el nuevo Código Procesal Penal

Según la doctrina, los principios que rigen el juicio oral son: la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. A continuación se desarrollarán cada uno de estos principios en razón a su agrupamiento en dos ítems:

1) *Principios vinculados con la actividad probatoria.* En primer lugar, resalta un conjunto de principios vinculados con la actividad probatoria que se desarrolla en el juicio oral, los cuales son:

a) Principio de oralidad. Se encuentra recogida en varios instrumentos internacionales⁷⁰, y se lo considera como un instrumento o medio facilitador de la esencia de la justicia básica y garantista de los derechos mínimos de sus destinatarios. En efecto, todo lo expuesto o argumentado por las partes o por el juzgador al ser expresado verbalmente (y consignado en las actas de la audiencia⁷¹) permite la comunicación durante la audiencia y la actuación de sus intervinientes, incluso se prevé la posibilidad del apoyo de un intérprete o traductor, si así se requiere.

Así, técnicamente la oralidad consiste en la utilización del sistema de signos fonéticos (lenguaje oral), siendo sus ventajas una mayor facilidad de emisión, una mayor potencia expresiva y la ineludible inmediación entre emisor y receptor, con la

⁷⁰ Art. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁷¹ Sin embargo, en el procedimiento escrito –al contrario de lo que ocurre en la audiencia de debate en el juicio oral–, dada la estructura del órgano jurisdiccional (que permite el reemplazo de los jueces sin renovación de los actos ya realizados), es menester que las audiencias sean documentadas en actas en las que se vuelque la totalidad de las manifestaciones de los intervinientes, de modo más completo posible, lo que también se impone para los actos de la instrucción (que es escrita) en el sistema con juicio oral. Al respecto, consúltese, Creus, *Derecho procesal penal*, p. 129.

consecuente posibilidad de que dichos signos fonéticos sean acompañados por acciones⁷². Su importancia, por tanto, radica tanto en el aspecto escénico y en el contenido del contradictorio⁷³; por lo que, el abogado litigante requiere sacar el máximo provecho del lenguaje oral, el cual, acompañado del gestual, permitirá una mejor comprensión tanto de la veracidad de su planteamiento, así como, de las falencias del caso, que pueda encontrar y resaltar, de su contraparte.

Por otro lado, se alude a la oralidad en sentido amplio y en sentido estricto (también llamada “oralidad-inmediación”). La primera noción equivale a aquel sentido amplio y sencillo, de pensar en la oralidad apenas en relación a la forma de la práctica del acto procesal. Así, todo proceso en el que prevalezca, como instrumento de realización de los actos, la forma oral debe ser caracterizado como un proceso oral.

Sin embargo, y como indica Cruz Arenhart, mucho más interesante es el segundo sentido atribuido a ese principio⁷⁴. En efecto, pensar en la oralidad-inmediación es pensar en un complejo de sub-principios que deben estar presentes cuando se examina un proceso oral. Cuando se piensa en proceso oral se pretende el contacto directo del juez con las partes y con la prueba del proceso, a fin de permitir la solución más adecuada y apuración más precisa de los hechos de la causa. Por ello, examinar la oralidad bajo el prisma también de la intermediación, es reconocer que el proceso, al mismo tiempo que se desarrolla predominantemente por la vía oral, debe observar los principios de la convicción racional del juez, de la inmediatez, de la publicidad, de la concentración y del incremento de los poderes de disciplina del juez, además de tantos otros que son consecuencia de los mismos.

De hecho es evidente que el principal interés en tornar un proceso predominantemente oral es permitir no solamente la simplicidad en la forma del acto procesal, sino, sobre todo, el perfeccionamiento de la instrucción de la causa. La oralidad, vista desde este prisma, democratiza el proceso, ya que impone a quien juzga el contacto directo con las partes y el diálogo entre los mismos.

Además, agiliza la solución del litigio, en la medida en que estimula la concentración de los actos procesales.

b) Principio de publicidad. Con referencia a la publicidad, la misma permite la participación de la comunidad⁷⁵, la que es finalmente la interesada en que la problemática se solucione, observando cómo los jueces cumplen su función; colocando de manifiesto y censurando los excesos, abusos o, si sucede, la impunidad⁷⁶.

Al respecto, señalamos la siguiente jurisprudencia que abona nuestra posición: “*La función política de control del Poder Judicial que cumplen los particulares, a tra-*

⁷² Torres, Sergio - Barrita, Cristian, *Principios generales del juicio oral penal*, México, Flores, 2006, p. 27.

⁷³ Ramírez Martínez, Enrique, *Juicio oral*, “Revista Mexicana de Justicia”, ene.-jun., 2005, p. 98.

⁷⁴ Cruz Arenhart, Sergio, *La oralidad en la justicia. El caso brasileño*, “Revista Ius et Praxis”, año 14, n° 2, Universidad de Talca, 2008, p. 128.

⁷⁵ Salvo las excepciones que la ley pueda señalar.

⁷⁶ Este principio tiene la particularidad de no referirse a ninguno de los sujetos procesales que intervienen en el caso, sino, en cambio, a personas distintas de esos sujetos; no se refiere a la posibilidad del conocimiento de los actos por las partes, sino a la publicidad popular (Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Bs. As., Del Puerto, 2005, p. 74).

vés de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 8/12/83).

Por su parte, Oronoz Santana indica que para que se logre una verdadera justicia, el proceso debe realizarse frente a la comunidad, apreciando los ciudadanos cómo los funcionarios judiciales, desarrollando su actividad lo hacen de conformidad con las normas procesales, observando desde el mismo momento en que se formule la acusación, hasta la sentencia misma⁷⁷. Por tanto, todas estas ventajas justifican la creación de las condiciones apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia.

c) Principio de inmediación. En lo que respecta a la inmediación se refiere a la necesidad de que el juez que va a proferir la sentencia aprehenda el conocimiento directo que deviene del acopio probatorio, y así logre formar su convicción frente al caso propuesto. Es aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal⁷⁸. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando debe practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia (a excepción de las pruebas preconstituida y la anticipada). Según Roxin, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral⁷⁹.

En ese orden de ideas, y a fin de clarificar la importancia del principio de inmediación, presentamos dos sentencias de Perú:

“Otro punto denunciado por el demandante relacionado con el derecho a la prueba es la afectación del principio de inmediación. Éste establece que la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia. El accionante sostiene la afectación de dicho principio alegando que el informe final se elaboró sobre la base de diligencias realizadas por varios jueces. Planteada así la presunta afectación, este Tribunal considera que ella no tiene sustento, puesto que, de acuerdo a lo señalado a propósito del principio de inmediación, el cual garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas, éste no resulta afectado cuando más de un juez en la etapa de instrucción conoce del proceso, ya que ellos no serán los encargados de dictar sentencia” (sentencia del Tribunal Constitucional, expte. n° 1934-2003-HC/TC Lima, consid. 3° y 4°).

“Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones –por capaz que sea– de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser contraexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad” (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación n° 09-2007 Huaura, consid. 2°).

⁷⁷ Oronoz Santana, Carlos M., *El juicio oral en México y en Iberoamérica*, México, Cárdenas Blasco Editores, 2006, p. 157.

⁷⁸ Guerrero Peralta, Oscar, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2005, p. 153.

⁷⁹ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Del Puerto, 2000, p. 395.

d) Principio de contradicción. Con referencia a la contradicción, la misma supone la posibilidad que tienen las partes –llámense fiscal y defensa del acusado– para sustentar sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, de discusión o debate sobre las mismas y de la argumentación final o alegatos que pudieran sostener previo a la decisión final del juzgador⁸⁰. Este principio describe la naturaleza del juicio oral, como etapa procesal comunicacional (dialógica) y dialéctica; es decir, en la debida y operativa oportunidad de que las partes hagan oír sus razones, controlen y aporten circunstancias, aleguen sobre las mismas y efectúen sus respectivas peticiones ante el órgano de decisión, el que deberá fallar conforme a los elementos obrante. Por definición, es una etapa dialéctica, que se manifiesta de modo preponderante por la actividad paritiba, lo que a su vez exige la diferenciación de los sujetos y de la posición de los órganos de la acusación respecto de la defensa y de todos estos en relación al tribunal⁸¹. En ese sentido, el juez no interviene en la actuación probatoria, salvo contadas excepciones con fines exclusivamente de esclarecimiento.

e) Principio de presunción de inocencia. En sus orígenes, la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez “absuelve”, declara y confirma dicho estado de inocencia⁸²; mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.

Lucchini señalará que la presunción de inocencia es un “*colorario lógico del fin racional asignado al proceso*” y la “*primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario*”⁸³. Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa por lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “*la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal*” y “*la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda*”⁸⁴.

Para Nogueira Alcalá, la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a

⁸⁰ Indica Sánchez Velarde, que salvo que se manifieste un supuesto de aceptación a la acusación fiscal, las pruebas deben debatirse en el juicio oral pues ello es lo que se espera del esquema acusatorio del juicio para que el juez realizando labor de valoración pueda dictar la sentencia que corresponda (Sánchez Velarde, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima, Idemsa, 2004, p. 569).

⁸¹ Vázquez Rossi, *Derecho procesal penal*, p. 409.

⁸² La expresión “estado de inocencia”, es empleada por Gozaíni, quien señala que le parece difícil explicar que una persona se presuma inocente cuando se le tiene anticipadamente culpable (por ejemplo, cuando se le dicta el procesamiento –que es un juicio de probabilidad incriminante–) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva, pareciéndole una contradicción (Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional*, Bs. As., Belgrano, 1999, p. 227).

⁸³ Lucchini, Luigi, *Elemento di procedura penale*, Florencia, Barbera, 1995, p. 15.

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001, p. 551.

través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir⁸⁵.

Gozaíni indica que el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial⁸⁶.

Al respecto, consideramos a la presunción de inocencia como una garantía individual⁸⁷; como un derecho público contenido en la Constitución, a favor de las personas, que exige que sea ante la autoridad que esté (de competencia penal o no) y ante el procedimiento que se le sujete (igualmente, penal o no), no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso⁸⁸, así como, el ser considerados como excepcionales aquellas medidas que restringen la libertad del imputado. Es un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica⁸⁹.

Finalmente, describimos un extracto de una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en torno a la presunción de inocencia: *“De la interpretación armónica y sistemática de los arts. 14, párr. 2°; 16, párr. 1°; 19, párr. 1°; 21, párr. 1°, y 102, ap. a, párr. 2°, de la Const. Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 19, párr. 1°, particularmente cuando previene*

⁸⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, “Ius et Praxis”, n° 11, Talca, 2005, p. 221 y siguientes.

⁸⁶ Gozaíni, Osvaldo A., *La presunción de inocencia. del proceso penal al proceso civil*, “Revista Latinoamericana de Derecho”, año III, n° 6, México, 2006, p. 158.

⁸⁷ Las garantías individuales son derechos públicos que deben ser respetados por las autoridades, limitaciones en el ejercicio de sus funciones, y son derechos subjetivos, pues otorgan una acción personal para lograr que la autoridad no viole los derechos garantizados por la Constitución (Guillén López, Raúl, *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*, México, Porrúa, 2003, p. 98).

⁸⁸ En la legislación comparada, es interesante lo que establece el art. 12 de la Const. de El Salvador: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

⁸⁹ Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 232.

que el auto de formal prisión deberá expresar ‘los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado’; en el art. 21, al disponer que ‘la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público’; así como en el art. 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole ‘buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos’. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado⁹⁰.

2) *Principios vinculados al desarrollo en sí del juicio oral.* En segundo lugar, se tienen los principios referidos al desarrollo del juicio oral, los cuales son:

a) Principio de continuidad. Surgió en oposición al fragmentarismo discontinuo de los procedimientos escritos. En efecto, por la misma necesidad de los requisitos de la percepción, no puede haber espacios temporales considerables entre los diversos actos producidos durante la audiencia⁹¹. La prueba debe estar viva en los sentidos de los jueces, que la deben tener palpitando en sus memorias, al tiempo de dictado de la sentencia; de allí que la instrumentación de la audiencia no apunte a hibernar la prueba como ocurre en el juicio escrito. Aunque cabe señalar, que en la legislación comparada se tiene la posibilidad de grabación, de que se efectúen resúmenes o de levantar versiones taquigráficas; sin embargo, es excepcional y es que obedece a la *ratio* de facilitar la tarea de los sentenciadores⁹².

Para Levene, el principio de continuidad se refiere a la exigencia de que el debate no sea interrumpido, es decir, que la audiencia se desarrolle en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión⁹³.

⁹⁰ Amparo en revisión 1293/2000, 15/8/02, 11 votos, ponente: Sergio S. Aguirre Anguiano, secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El Tribunal pleno, en su sesión pública, aprobó la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial, México, Distrito Federal, 16/8/02.

⁹¹ El art. 360 del Cód. Proc. Penal del Perú precisa que instalada la audiencia, ésta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión. La audiencia sólo podrá suspenderse: a) por razones de enfermedad del juez, del fiscal o del imputado o su defensor; b) por razones de fuerza mayor o caso fortuito, y c) cuando este Código lo disponga. La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que éste no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

⁹² Al respecto, señalamos el art. 394 Cód. Proc. Penal de Argentina. Al respecto, véase: Cafetzoglus, *Derecho procesal penal*, p. 234.

⁹³ Levene, Ricardo, *Manual de derecho procesal penal argentino*, t. I, Bs. As., Depalma, 1993, p. 112.

b) Principio de concentración. La concentración de los actos en el juicio oral impone la necesidad de que lo que se haga sea en presencia de los que en él intervienen en forma sucesiva y sin perder la debida continuidad. Ello permite que las conclusiones, tesis y solicitudes que se presenten, no pierdan el hilo conceptual entre el momento en que se acopian y el que se discuten, además que sean continuos al instante en que se toma la decisión. San Martín Castro acota que es una novedad en el nuevo Código la profundización de los principios de unidad y concentración del debate, dado que, entre sesiones de una misma audiencia, no pueden intercalarse o realizarse otros juicios, salvo que en ese lapso puede concluir, es decir, si la nueva causa lo permite⁹⁴.

c) Principio de identidad física del juzgador. En lo atinente a la identidad física del juzgador, la misma parte de la necesidad de que el juez presencie físicamente toda la audiencia del debate oral, además, debe ser quien personalmente dicte la sentencia, sin posibilidad de delegación alguna⁹⁵. Ello con el objetivo de que quien dicta el fallo sea el mismo que presenció en forma directa e inmediata la producción y acopio de los elementos probatorios, así como también la discusión de sus consecuencias jurídico-penales y la incidencia en la decisión a tomar⁹⁶.

Asimismo, para graficar el impacto de este principio en la legislación y jurisprudencia comparada, citamos una jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú: *“En ese sentido, el hecho de que se desconociera la identidad de los magistrados encargados de llevar a cabo el juicio oral lesionó el derecho al juez natural, toda vez que el justiciable no estaba en la capacidad de poder conocer con certeza quiénes las personas que lo juzgaban”*⁹⁷.

d) Principio de la presencia obligatoria del imputado y de su defensor. En doctrina se lo conoce como el derecho a estar presente en el juicio. En ese sentido, el carácter adversativo del modelo acusatorio, el hecho de que la defensa se constituye con el apoderado y el imputado, y el reconocimiento al derecho del imputado de controlar y ejercer su propia defensa, obligan a considerar cuidadosamente la posibilidad del juicio en ausencia. Si el juicio se desarrolla sobre la base de dos versiones enfrentadas, cuyo soporte argumentativo se realiza de manera autónoma (cada parte recopila evidencia) ¿puede el imputado no estar presente durante la celebración del juicio?

Al respecto, se puede considerar dos situaciones: 1) negativa a estar presente; la estrategia defensiva es un asunto que concierne, salvo actos claramente inadmisibles para el apoderado, exclusivamente a la defensa y al imputado; así, si la defensa opta por el que el imputado no asista al juicio oral, en principio de ser una de-

⁹⁴ San Martín Castro, César, *Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal*, en “El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales”, Lima, Palestra, 2005, p. 39.

⁹⁵ Sin embargo, el art. 359, inc. 2° del Cód. Proc. Penal del Perú establece como excepción a este principio la ausencia prolongada de uno de los miembros del colegiado o la aparición de algún impedimento. En ese caso, será reemplazado por una sola vez por el juez llamado por ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. No obstante, la licencia, jubilación o goce de vacaciones de los jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia.

⁹⁶ Alarcón Granobles, Héctor, *Garantismo penal en el proceso acusatorio colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p. 49.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente n° 2926-2002-HC/TC, consid. 6°.

cisión considerada como válida y de exclusiva responsabilidad de la defensa (caso si inadmisibles es que no esté presente ningún abogado defensor, porque, al menos, debería estar el de oficio).

En este orden de ideas, como se ha admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es posible que se juzgue en ausencia del acusado, si éste se niega a hacerse presente en el juicio⁹⁸; posición contraria lo asume la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual en una jurisprudencia señala lo siguiente: “Como se desprende de los arts. 73; 87, párr. 1° y 2°; 94, párr. último y 411, entre otros, del Código Federal de Procedimientos Penales, en los juicios penales, por su propia naturaleza, no existe representación para efectos de responder de los actos u omisiones ilícitos que se atribuyan al inculcado, por lo que la obligación de comparecer en el proceso penal y de cumplir con la pena que en su caso se imponga es personalísima e insustituible, de tal manera que si el juzgador cita personalmente al procesado, que goza de la libertad provisional bajo caución, a comparecer a la audiencia final del juicio y solamente se presenta su defensor, es claro que existe incumplimiento al mandato del juez”⁹⁹, y 2) imposibilidad de informar al acusado; esto ocurre cuando el Estado ha desplegado todos los medios a su disposición para dar con el paradero del acusado y, a pesar de ello, no lo encuentra.

e) La preparación del juicio oral. La preparación del juicio o debate oral, gira en torno a dos aspectos: subjetivo y objetivo. En lo referente a lo subjetivo, la misma comprende la delimitación del órgano juzgador, así como, la concurrencia de las partes a la audiencia. En lo atinente a cuestiones objetivas, se tiene lo referente al lugar de juzgamiento, instalación de la audiencia y ubicación de las partes en la misma.

Por otro lado, y con respecto a la ubicación de los sujetos procesales, existen dos modelos: a) latinoamericano tradicional, y b) norteamericano.

⁹⁸ Este tema presenta una gran relevancia, dado que, el Poder Ejecutivo del Perú ha enviado, con carácter de urgente, un proyecto de ley de simplificación del juicio oral al Congreso, en donde se propone: “el acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso de la Sala; sin embargo, una vez escuchada la formulación de cargos y por razones justificadas podrá autorizársele el permiso, en cuyo caso será representado por su defensor”.

Agrega que “si el acusado ha prestado su declaración en el juicio oral o se acoge al derecho de guardar silencio y deja de asistir a la audiencia, ésta continuará sin su presencia y será representado por su defensor” (propuesta de modificación al art. 243 del Cód. de Proc. Penales de 1940, aún vigente en algunos distritos judiciales del Perú). Asimismo, propone que “la Sala, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que otro de los acusados o un testigo o perito no dirá la verdad en su presencia”. Además, refiere que si los testigos o peritos no pueden asistir por causa justificada, podrán declarar a través de una videoconferencia u otro sistema de reproducción a distancia.

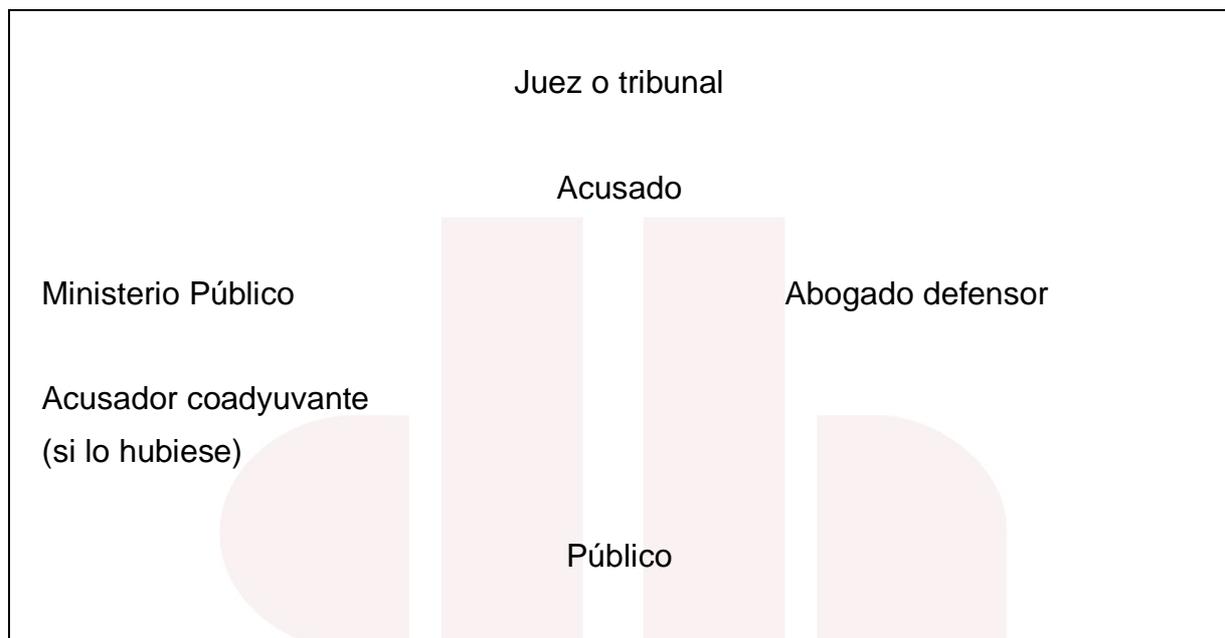
Sin embargo, indica que “las diligencias de confrontación, de debate pericial o de reconocimiento estarán sujetas a las mismas reglas” (propuesta de modificación al art. 256 del Cód. de Proc. Penales de 1940). Sin embargo, como se acotó, en el derecho comparado se está flexibilizando el principio de presencia física del acusado; para mayores detalles, véase: Bernal Cuellar, Jaime - Montealegre Lynett, Eduardo, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 212.

⁹⁹ Amparo en revisión 1028/96, Carlos Mendoza Santos, 13/1/98, unanimidad de diez votos, ausente: Mariano Azuela Güitrón, ponente: Humberto R. Palacios, secretario: Manuel Rojas Fonseca.

El Tribunal pleno, en su sesión privada, aprobó la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial, México, Distrito Federal, 23/3/98.

En lo que respecta al primer modelo, el mismo descansa en la tradición inquisitiva-latinoamericana que, en los últimos siglos conllevó la siguiente ubicación de los sujetos procesales en la sala de audiencia: el magistrado tiene a su frente al acusado; a su derecha, al Ministerio Público y al abogado del acusador coadyuvante (conocido en otros países latinos como el abogado de la parte civil), y a su izquierda al abogado defensor del acusado. Asimismo, los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la sala de audiencias.

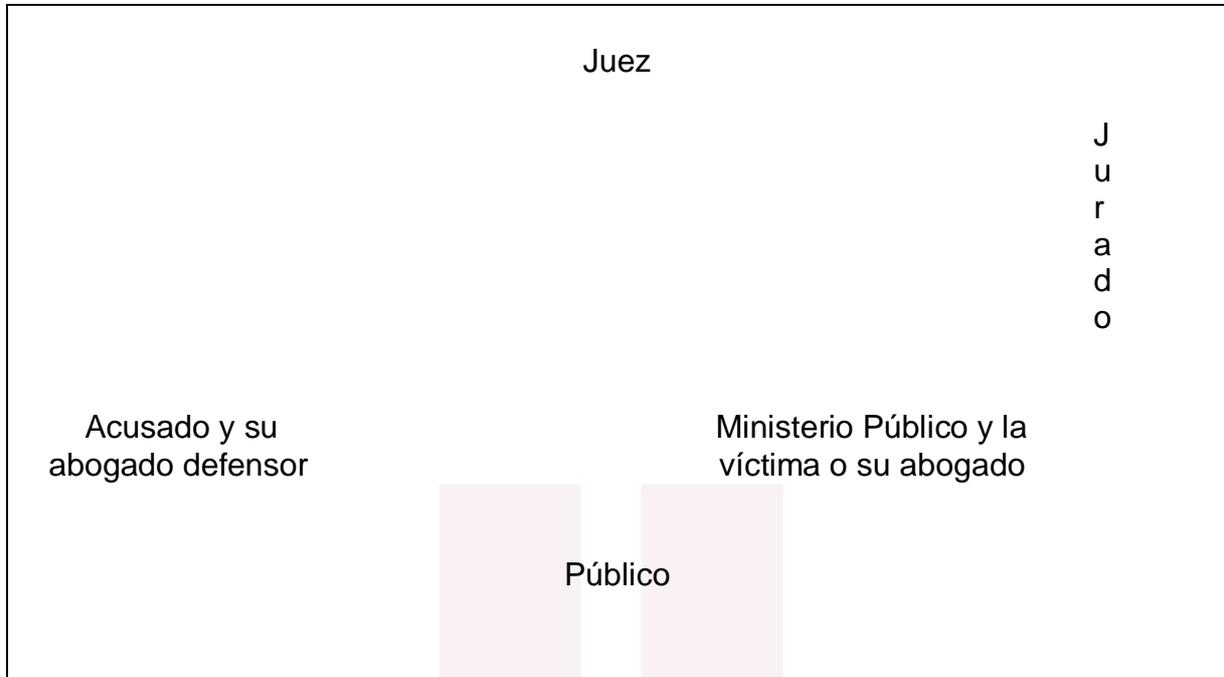
Modelo latinoamericano (tradicional)



Este primer modelo de ubicación de los sujetos procesales en la audiencia del juicio oral tiene la desventaja de no permitir una comunicación continua entre el acusado con su abogado defensor, el cual es un derecho reconocido tanto en las normas internacionales de protección de los derechos humanos, así como, que forma parte del contenido del derecho constitucional a la defensa. Igualmente, y el gráfico así lo demuestra, semejante ubicación trae a la mente las audiencias del otrora Tribunal de la Santa Inquisición, donde el acusado tenía que estar al frente del tribunal, purgando sus faltas y culpas.

Por otro lado, está el modelo de ubicación norteamericano, donde, a la derecha del juez están sentados el acusado junto con su abogado defensor; a su izquierda el representante del Ministerio Público, conjuntamente con la víctima u ofendido, o bien el abogado de éste; detrás de ellos está el público, y en una sala contigua están los testigos o peritos que han sido llamados para declarar. Asimismo, y en el caso que hubiera jurado, los integrantes del mismo estarán sentados a la derecha del acusado y de su abogado defensor.

Modelo norteamericano



La ventaja de este segundo modelo de ubicación de los sujetos procesales en la audiencia del juicio oral es que permite la constante comunicación, entre sí, tanto de los integrantes de la parte acusadora como los de la parte acusada, sin que se perturbe el desarrollo de la audiencia.

Por otro lado, y sea el modelo de ubicación adoptado, el auxiliar jurisdiccional tomará las medidas necesarias para que los testigos no puedan dialogar entre sí. Los testigos y peritos sólo serán introducidos a la sala de audiencias a medida que sean llamados para ser examinados.

De ambos modelos, el más adecuado es el segundo; en ese sentido, y eliminando la figura del jurado (inexistente en legislaciones como el de Buenos Aires) se puede adecuar la sala de audiencia al modelo norteamericano.

f) Característica del juicio oral. Las características del juicio oral son: 1) es judicial. Su dirección y realización está a cargo del órgano jurisdiccional; 2) es pública. Porque la audiencia puede ser presenciada por terceras personas que velan por el cumplimiento de los principios y garantías que, como hemos señalado, rodean al juicio oral; 3) es oral. Porque para garantizar la inmediación del juez con los órganos de prueba y facilitar la actividad de las partes, el medio de comunicación verbal es el más adecuado; 4) es dialéctica. Como en la fase del juicio oral se desarrollan los actos de prueba, los mismos descansan en el examen y contra-examen que las partes, sobre los órganos de prueba, realizan, y 5) es dialógica. Porque las partes tratarán de comunicar al juez que fallará, que su teoría del caso es la más certera, o, que al menos, la de su contraparte no lo es tanto.

Capítulo IV

La teoría del caso como orientación a las partes para la estructuración de sus medios probatorios

A) La necesidad de contar con un planteamiento metodológico: la teoría del caso

Si los hechos que el abogado maneja no son subsumibles dentro de un tipo penal no tiene un caso penal sino una historia, pura y simple. Si los hechos son subsumibles dentro del tipo penal, pero no hay prueba, se tiene una buena historia delictiva. Si los hechos son subsumibles dentro del tipo y demás se tiene una buena prueba, se tiene un caso.

Lo señalado es la esencia de la actividad del Ministerio Público dentro de la dinámica del nuevo proceso penal. La pregunta es ¿y la defensa, ante esta forma de proceder de la fiscalía, que podrá hacer? Al respecto, consideramos que la defensa necesita también una estrategia o planteamiento metodológico que, permita desaparecer toda sombra de responsabilidad penal para su patrocinado, o al menos, lograr una respuesta por parte del sistema de justicia penal lo más favorable a su cliente. Tanto el Ministerio Público como la defensa deben contar con una estrategia para afrontar el caso, un planteamiento metodológico, *una teoría del caso*.

En ese sentido, en una ponencia dictada en el marco del XX Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología celebrada en Lima, del 23 al 26 de septiembre de 2008¹⁰⁰ se comentó, entre otros puntos, la interpretación del art. 371 del Cód. Proc. Penal colombiano (2004), el cual señala: “Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, *podrá* hacer lo propio”. Como se aprecia, se resaltó el término *podrá*, el cual, y en el marco de una interpretación literal, denota que es una potestad de la defensa presentar, durante la audiencia del juicio oral y en la etapa de los alegatos iniciales, su teoría del caso.

Al respecto, se comentó que se debe tener cuidado con semejante expresión, porque, y muy al margen que la carga probatoria lo tenga el Ministerio Público así como la observancia de la presunción de inocencia que le asiste al imputado, la defensa no puede presentarse al juicio oral sin una estrategia, y que, el silencio del abogado defensor o su poco activismo durante el juzgamiento, conllevaría el riesgo que el tribunal sólo reciba información proporcionada por una sola de las partes, esto es, la fiscalía. Por tal razón, lo redactado en el art. 371 del Cód. colombiano, podría originar interpretaciones tan sesgadas entre los abogados, llegando al absurdo de creer que el contar con una estrategia en la arena procesal es simplemente una potestad. Sentido que, por lo señalado en el presente estudio, debe ser totalmente descartado.

En ese orden de ideas, durante el referido certamen académico se levantaron observaciones al comentario esgrimido en el párrafo anterior, que consideramos per-

¹⁰⁰ Al respecto, la mesa, donde expuse mi ponencia, estaba presidida por el distinguido jurista doctor Alberto Bovino, a quien se le hace extensivo los saludos respectivos.

tinentes reproducir, así como, las respuestas que a las mismas se efectuaron; a fin de coadyuvar al desempeño de la defensa durante la fase de juzgamiento.

1) Una primera observación consistió en que el carácter potestativo que la normatividad colombiana señala para la teoría del caso de la defensa, se debe al respeto de una serie de garantías procesales, tales como: la carga probatoria, la presunción de inocencia y, sobretodo, por el silencio que puede guardar el acusado durante el juicio (como ocurrió en los juicios de Montesinos, ex asesor del entonces presidente del Perú Alberto Fujimori); por ende, no hay una obligación de expresarse durante el juzgamiento. Al respecto, se debe decir que una cosa es la teoría del caso, como herramienta metodológica que contiene la estrategia procesal de cada una de las partes, y otra cosa es el silencio que el acusado presente durante su juzgamiento, y aún así, en nada sería de absurdo el pensar que ese silencio responde a una estrategia adoptada por la defensa. Por otro lado, el que la defensa cuente con un planteamiento metodológico en nada contraviene la observancia de las citadas garantías procesales; al contrario, sería la aplicación de una de ellas, la denominada “igualdad de las partes”; es decir, si el fiscal dirige su actuación, aún durante el juicio oral, mediante una estrategia, construida, desarrollada y pulida, igual proceder puede hacerlo la defensa.

2) Otra observación consistió en que el abogado defensor no tiene por qué construir todo un planteamiento metodológico, dado que, le puede ser suficiente la errónea estrategia o la mala dirección de la investigación por parte del fiscal o agente del Ministerio Público; por lo que, para qué es necesario desplegar o exponer toda una estrategia por parte de la defensa, si es suficiente desnudar los errores de la fiscalía. Al respecto, es verdad la presencia de una deficiente investigación realizada por el fiscal, la cual, obviamente, va a conllevar que su estrategia se funde en yerros que en nada le favorecerá¹⁰¹. Sin embargo, sería un error del abogado defensor el siempre pensar que va ganar su caso por los errores incurridos por el fiscal; eso sería jugar con el azar, con la rueda de la fortuna; máxime si en el diseño de corporatividad aplicado en el Ministerio Público, el caso puede ser respaldado por todo un equipo de fiscales y asistentes, donde no siempre todos se van a equivocar. Por el contrario, la defensa debe contar con un plan de trabajo, cuyo éxito, además de la calidad de contenido y aplicación que presenta, se vería respaldado por errores en la estrategia de su contraparte, pero es sólo eso, un respaldo, no el sustitutivo.

3) Una tercera observación gira en torno al hecho que, si el fiscal tiene la obligación de contar con un planteamiento metodológico desde el momento en que toma conocimiento de la presunta realización de un hecho delictivo, la defensa no tiene por qué desplegar todo un esfuerzo constructivo e investigador, sino que, le basta en participar en las diligencias que el fiscal, como director de las investigaciones, realiza e incluso detectar puntos comunes que a la postre sean objetos de convenciones probatorias. Esta observación se ubica en la teoría del caso, no de su etapa

¹⁰¹ Al respecto, se puede citar el caso colombiano, en donde se señala la existencia de incentivos perversos en las metas fijadas a los fiscales. Al parecer, tienen como meta objetiva la emisión de programas metodológicos, lo que lleva a que no los usen como planeación de la investigación, sino como resultado en sí mismo; es decir, si tienes un planteamiento eres un buen fiscal, no importando la calidad de contenido del mismo. Hartmann, Mildred - Villadiego, Carolina - Riego, Cristián, *La reforma procesal penal en Colombia*, p. 17.

Disponible en: www.cejamericas.org/doc/proyectos/informesequimiento_rppColombia.pdf.

expositiva durante el juicio, sino en sus fases de construcción y de recolección del material informativo, las cuales, operan durante la fase de investigación.

Sin embargo, no compartimos lo observado, y para ello basta la siguiente reflexión: si con el modelo procesal anterior, criticábamos la pasividad de la defensa, durante la etapa de instrucción, al dejar todo en manos del juez; entonces también será digno de criticar la misma pasividad al dejar todo, ahora, en manos del fiscal. En ese sentido, si al defensor se le faculta solicitar diligencias de investigación al fiscal, y si no tiene una respuesta aceptable, puede recurrir al juez de garantías, es porque el carácter activo-participativo que se le impregna a su actuación, aún en etapas tan tempranas como la de investigación; pero lo tiene que hacer, sobre la base de una estrategia, y si participa en las diligencias de la fiscalía, lo hace teniendo como brújula su estrategia, caso contrario será un *invitado de piedra, alguien que golpea al viento, sin objetivo, ni dirección*. Asimismo, si durante la etapa intermedia se llegan a convenciones probatorias, que bueno, pero esa decisión las partes lo adoptan en el marco de su estrategia construida, no a ciegas.

Y retomando el texto colombiano, su redacción es tan confusa, porque también puede interpretarse en el sentido que, la defensa, que cuenta con su teoría del caso, si lo desea puede, utilizando el momento procesal de los alegatos iniciales, exponer o caso contrario, abstenerse. En ese sentido, lo facultativo no sería la teoría del caso, sino el uso de la palabra durante los alegatos iniciales, y ello, en diferentes legislaciones como la peruana, no es facultativo sino obligatorio.

En suma, y ya desde una perspectiva práctica, la defensa *debe* contar con su teoría del caso, no ir sin una estrategia a la arena del litigio. Asimismo, el exponerla, durante los alegatos iniciales, no le resta efectividad alguna a su estrategia, por el contrario, permite al juzgador tener una visión diferente de los hechos, la cual, y dependiendo de la actividad probatoria a realizarse en el juicio oral (en la cual, es pensable un acusado que guarda silencio a un abogado defensor callado, sin nada que hacer, sin nada que decir, esperando que la fiscalía cometa errores, a fin de ganar), ser de recibo en la sentencia.

B) Concepto de la teoría del caso

Sobre este punto, podemos identificar dos grupos de modelos conceptuales. Por un lado, aquellos que denotan el carácter narrativo o explicativo de la teoría del caso, y por otro lado, aquellos que resaltan su carácter sistémico.

Así, dentro del primer grupo conceptual tenemos a McCullough para quien la teoría del caso es la historia que el abogado quiere que acepte el juzgador. Plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado. Es la “trama” para su obra que es el juicio. Como cualquier buena trama, normalmente incluirá ciertos elementos típicamente necesarios para narrar una historia: personajes; escenarios; elementos temporales; acción; sentimientos¹⁰².

Para Torrico Salinas la teoría del caso es una “explicación jurídica”. Así, “*para el Ministerio Público es una explicación jurídica de por qué ciertos hechos ocurridos*

¹⁰² McCullough, Michael, *Teoría del caso y tema*, Programa de fortalecimiento y acceso a la justicia.

*deben dar una sanción penal en contra de su autor. Igualmente, para la defensa es la explicación jurídica de por qué no debe sancionarse al ser humano a quien se atribuye una conducta o en su caso, sancionarlo con una determinada penalidad*¹⁰³.

Para Abdalá Ricauté, miembro de la Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia, “es el planteamiento que hace la acusación o la defensa, sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan”¹⁰⁴. Asimismo, para Lovera, la misma constituye “la narración sucinta de los hechos o de la historia que será presentada y sobre la que se pretende su aceptación... debe ser la trama para la “obra” del fiscal que es el juicio”¹⁰⁵. Finalmente, para Salas Beteta es “el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana”¹⁰⁶.

De este grupo de definiciones se resalta el elemento *narrativo* de la teoría del caso, y en ese sentido, se puede colegir que la misma denota la explicación, desde la óptica del acusador y/o de la defensa, de los hechos materia de proceso. Sin embargo, no se debe caer en la errónea idea que sólo se esta ante una historia, versión o explicación narrada, porque ello se ha venido dando en la praxis a través de los alegatos los cuales son las exposiciones, durante el juicio oral, de los argumentos de hecho y de derecho que sustentan las pretensiones de las partes.

En efecto, la teoría del caso tiene un significado mayor, al dotarle a las partes de un análisis estratégico del proceso; ordenando y clasificando la información; adecuar los hechos al tipo penal y tener los argumentos básicos para tomar decisiones importantes. No se le puede reducir a su fase expositiva, dado que, y como se verá más adelante, la teoría del caso se construye desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos materia de proceso, e implica la articulación de varios elementos, como son lo fáctico, jurídico y probatorio.

Por ende, al referirnos a la construcción y articulación de elementos es que nos acercamos al segundo modelo conceptual de la teoría del caso, que permite hablar de “teoría” y no solamente una historia, *persuasiva*, de lo que ocurrió.

Como indica la Procuraduría General de República Dominicana¹⁰⁷ para que podamos afirmar que estamos frente a un caso es necesario: 1) contar al menos provisionalmente con un cuadro fáctico posible; 2) constatar que esos hechos tienen relevancia penal porque son subsumibles dentro de alguna norma penal que cree-

¹⁰³ Torrico Salinas, Julio C., *Estrategias de litigación. Teoría del caso y dibujo de ejecución*, disponible en: www.gtz-justicia.org.bo/capacitacion/cap_04_eve/005.pdf.

¹⁰⁴ Abdalá Ricauté, Ricardo, *Técnicas del juicio oral*, disponible en <http://es.geocities.com/avpenal/juicr1kwk.html>.

¹⁰⁵ Lovera, Claudio, *Teoría del caso*, disponible en <http://www.inecip.org.py/proteccion/download/teoriadelcaso.pdf>.

¹⁰⁶ Salas Beteta, Christian, *Técnicas de litigación oral*, disponible en http://www.ofdnews.com/comentarios.php/2460_0_1_0/.

¹⁰⁷ Procuraduría General De La República Dominicana, *Modelo de gestión de fiscalías. Procesamiento de casos*, disponible en <http://www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/modelo/>.

mos aplicable, y 3) contrastar esos hechos con la prueba, de modo que cada elemento fáctico sea demostrado por un elemento de convicción.

En ese orden de ideas, la teoría del caso denota la conjunción, según Montes Calderón, de la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que manejan el fiscal y el defensor respecto de un caso concreto. O sea, es el conjunto de hechos que él ha reconstruido mediante la prueba, y ha subsumido dentro de las normas penales aplicables de un modo que pueda ser probado; este conjunto es el que defenderá ante el juez¹⁰⁸.

Como se aprecia, la teoría del caso no consiste en solamente narrar una historia, desde la óptica de la parte expositora, con la finalidad de persuadir al juzgador; sino que, *es, por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio*; los cuales, no solamente benefician a las partes (las cuales procuran el amparo de sus pretensiones o intereses en sede de proceso penal), sino también al juez, dado que, se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de intereses jurídico-penal al cual ha tomado conocimiento.

Es tal la complejidad de la teoría del caso que escapa del mero alegato o exposición, dado que, si falta alguno de los tres niveles de análisis antes mencionados estaríamos en presencia de un simple relato o historia, pero no frente a un caso penal.

En suma, a la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina “teoría del caso”, la cual es elaborada a partir de la prueba y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar. Esta teoría es la que guiará la investigación, se someterá al contradictorio en el juicio oral y finalmente se validará o rechazará en la sentencia.

C) Niveles de análisis de la teoría del caso

Como se indicó en el anterior punto, si las partes pretende realizar un análisis estratégico de los hechos materia del proceso penal, entonces se requiere la realización de tres tipos de análisis: fáctico, jurídico y probatorio¹⁰⁹. A continuación, se desarrollará cada uno de estos niveles.

1) *Nivel de análisis fáctico*. Es la reconstrucción de los hechos que el interesado le ha narrado al profesional en derecho, los cuales son obtenidos primero por

¹⁰⁸ Montes Calderón, Ana, *Teoría del caso*, Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia USAID, Nicaragua.

¹⁰⁹ Estos niveles de análisis lo encontramos en el art. 371.2 del Cód. Proc. Penal peruano, el cual establece que: “Acto seguido, el fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas”.

medio de la *notitia criminis* y posteriormente por el acopio de entrevistas y documentación probatoria¹¹⁰.

Consiste en la elaboración de proposiciones fácticas que permitan, por un lado, conocer, a detalle, el suceso materia de imputación penal, y por otro lado, identificar los hechos relevantes que permitirán establecer la responsabilidad o no del imputado.

Se debe prestar especial atención a la investigación, búsqueda, identificación, análisis e interpretación de los hechos que llegan a nuestro conocimiento. Con ello, se puede definir lo que posee relevancia penal, es decir, si pueden satisfacer o no los elementos que estructuran el delito por el cual es procesada la persona del imputado¹¹¹.

Lo siguiente será construir nuestras proposiciones. Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Dicho de otro modo es un elemento legal reformulado en lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, experiencias éstas sobre las que un testigo si puede declarar¹¹². Por ejemplo: que el imputado se encontraba en el lugar de los hechos, en el día del homicidio; que el imputado disparó sobre la víctima, y que la víctima a consecuencia del disparo murió.

Asimismo, desde el lado del defensor, podemos citar, como ejemplos, las siguientes proposiciones fácticas, conducentes a liberar de responsabilidad al imputado¹¹³: a) el imputado no estuvo en el lugar de los hechos; b) el imputado estaba en su casa cuando mataron a la víctima, y c) el imputado no tenía móvil para matar a la víctima.

Se quiere resaltar la importancia que la defensa elabore también su teoría del caso. En efecto, si se parte que la carga probatoria lo detenta el Ministerio Público; que el imputado no tiene la necesidad de elaborar argumentar a favor de su defensa, dado que, la fiscalía le toca destruir la presunción de inocencia; o bien, que en el proceso penal se puede discutir una argumentación (la de la fiscalía) o dos (la de la fiscalía y la defensa), sería, estratégicamente, una equivocación dado que, el juzgador sólo tendría una visión de los hechos, lo presentado por la fiscalía.

Por tanto, nos distanciamos del modelo colombiano cuando establece que la presentación de la teoría del caso, al iniciarse el juicio oral, es obligatoria para el fiscal y potestativa para el defensor; para ambos debería ser obligatoria en aras de contribuir a la dilucidación de la controversia jurídico-penal, y aún, si se mantiene la hipótesis de potestativa para la defensa, entonces la misma debería declinar esa pretendida facultad, puesto que, de no hacer la presentación de su teoría, habrá dado el primer paso para perder el juicio en atención, valga la insistencia, a que el juez de conocimiento sólo tendría una visión de los hechos.

Recomendaciones:

¹¹⁰ Montes Calderón, *Teoría del caso*.

¹¹¹ *La dimensión fáctica del discurso y su evaluación*, en "Lecturas complementarias", Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal en Colombia y USAID, Bogotá, 2003, p. 109.

¹¹² Baytelman, Andrés - Duce, Mauricio, *Litigación oral en juicios orales*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2001, p. 44.

¹¹³ Salas Beteta, *Técnicas de litigación oral*.

1) Desmenuzar los hechos materia de proceso, sin caer en generalidades¹¹⁴. Los detalles son vitales a la hora de establecer la responsabilidad (o no) del imputado. No hay que dejar nada por asentado, presumido o sobreentendido.

2) Escoger aquellos hechos, especificados, detallados, desmenuzados, que puedan ser conectados por un lado, con los elementos legales del delito materia de proceso¹¹⁵, y por otro lado, con la probable presencia de atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad¹¹⁶.

3) Presentar las preposiciones fácticas en secuencia cronológica, pues es el modo como el entendimiento humano capta mejor las ideas que le son comunicadas.

4) Recordar que la contraparte igualmente está elaborando su teoría del caso, por ende, también esta formulando sus proposiciones fácticas. En ese sentido, no se debe dejar ningún detalle o cabo suelto, dado que, lo puede aprovechar la contraparte.

5) Evaluar e identificar aquellas preposiciones fácticas fuertes de aquellas débiles. Son fuertes en la medida en que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas. Hay proposiciones fácticas que son tan fuertes, que ellas solas satisfacen el elemento completamente. En cambio, la debilidad de una proposición fáctica tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida. La fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no puede evaluarse respecto de cada una de ellas individualmente consideradas, sino de todas ellas sopesadas unas con otras, tanto las propias como frente a las de la contraparte¹¹⁷.

6) Tener en cuenta el “test de superposición”; el mismo establece que: mientras mi contraparte esté en más condiciones de superponer a mi misma proposición fáctica otra interpretación, al menos igualmente razonable y creíble sobre esos hechos, más débil es mi propuesta.

2) *Nivel de análisis jurídico*. Consiste, dos fases. La primera tiene como objetivo, por un lado, determinar la ley penal aplicable, y por otro lado, la teoría jurídica a ser empleada en el caso. La segunda fase consiste en examinar los elementos de la conducta punible; esto es la subsunción de los hechos en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada.

¹¹⁴ La base fáctica mínima es aquella que permite responder las siguientes preguntas: quién, qué, a quién, cómo, dónde, cuándo, por qué, resultado.

¹¹⁵ Así, por ejemplo: a) acción; b) sujeto autor; c) sujeto destinatario de la acción; d) elementos objetivos de la acción que quedaron involucrados; e) modo de realización; f) motivaciones (aunque, en este último caso, no siempre es necesario, pero se debe incluir siempre y cuando sea posible; obviamente las mismas son más importantes para la teoría del caso de la fiscalía, pero no siempre son obvias).

¹¹⁶ La posibilidad de que existan eximentes en el caso materia de análisis, debe ser tomadas en consideración no sólo por la defensa, sino también por la fiscalía, dado que, por principio de objetividad, el fiscal debe descartar cualquier causal que impida la configuración de la responsabilidad penal y por ende de acusación.

¹¹⁷ Nótese que la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no tiene que ver con que tengamos prueba para acreditarla, la prueba es crucial, pero es otro problema. Véase: Lovera, *Teoría del caso*.

Con relación a la primera fase, la misma consiste en *identificar y seleccionar tanto la norma penal como la teoría jurídica a ser usados en el caso*. Con relación a la norma penal, se debe tener en cuenta lo siguiente:

1) La observancia del principio de legalidad y sus garantías tales como: taxatividad y prohibición de analogía.

2) Las reglas de aplicación espacial de la ley penal: Lugar de comisión del delito; así como, la regla de la territorialidad y sus excepciones: principio de pabellón, principio de real o de protección de intereses, principio de personalidad o nacionalidad, principio universal o de justicia mundial.

3) Las reglas de aplicación temporal de la ley penal: momento de comisión del delito, así como, las reglas de irretroactividad, retroactividad benigna y ultraactividad.

4) Las reglas de aplicación personal de la ley penal: verificar la presencia de inmunidades o prerrogativas.

Por otro lado, con relación a la teoría jurídica, nos estamos refiriendo a la *teoría del delito* que manejaremos para dotarle de sentido penal a los hechos materia de proceso. En ese sentido, la teoría del delito es una herramienta de trabajo, que permite a las partes analizar de una manera organizada los diferentes contenidos jurídicos y normativos aplicables a una conducta.

Ahora bien, se debe de seleccionar aquella teoría del delito que será el instrumento de análisis jurídico, dado que, en la doctrina encontramos varias teorías del delito. Así, por ejemplo, aquellos que lo construyen bajo una estructura bipartita del delito: antijuridicidad y culpabilidad¹¹⁸; otros que tienen una visión tripartita del hecho punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹¹⁹; otros que agregan un cuarto elemento: la punibilidad.

Frente a ello, y de esta forma continuar desarrollando el presente punto, vamos a seleccionar una teoría del delito que parta en considerar los siguientes elementos del ilícito penal: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

De esta manera, y apoyándonos en la teoría del delito seleccionada, tenemos el siguiente esquema:

1) Conducta: a) voluntad; b) exteriorización.

2) Tipicidad: a) tipicidad objetiva: sujeto activo; sujeto pasivo; bien jurídico protegido; conducta típica; medios típicos; resultado típico¹²⁰; b) tipicidad subjetiva: Dolo. Dolo directo, dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual y elementos subjetivos diferentes al dolo; culpa. Consciente o con representación; o inconsciente o sin representación.

3) Antijuridicidad.

4) Culpabilidad: a) capacidad penal o imputabilidad; b) conocimiento potencial de lo antijurídico de su actuar; c) exigibilidad de otra conducta.

¹¹⁸ Sobre el entendido que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad.

¹¹⁹ En el entendido que la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad.

¹²⁰ Para un estudio más riguroso no se puede dejar de lado el juicio de imputación objetiva (tanto del comportamiento como del resultado).

A este esquema se deben agregar los siguientes puntos:

1) Formas de realización del tipo penal: a) actos preparatorios; b) tentativa; c) consumación.

2) Autoría y participación: a) autor. Directo, mediato o coautores; b) partícipe. Instigador o cómplice: primario o secundario.

La configuración de los elementos de este esquema permitirá establecer la configuración de un ilícito penal. Sin embargo, al mismo se deben agregar dos esquemas conceptuales más:

1) Teoría modificatoria de la responsabilidad penal: a) atenuantes: genéricos, específicos o mixtos; b) agravantes: genéricos, específicos o mixtos.

2) Teoría de los eximentes de responsabilidad penal: a) aquellos que eliminan la conducta: fuerza física irresistible; movimientos reflejos; estados de inconsciencia; b) aquellos que eliminan la tipicidad: error de tipo, ya sea vencible (si no existe el tipo culposo que ordena la ley imputar al sujeto activo), o bien, invencible; acuerdo o consentimiento; c) aquellos que eliminan la antijuridicidad: legítima defensa; estado de necesidad justificante; ejercicio legítimo de un derecho; cumplimiento de un deber; cuando el personal policial o militar, en uso reglamentario de su arma de fuego, cause lesiones o muerte a otra persona; d) aquellos que eliminan la culpabilidad: 1) inimputabilidad: anomalía psíquica; grave alteración de la conciencia; grave alteración de la percepción; minoría de edad; 2) error de prohibición invencible; 3) error de comprensión culturalmente invencible; 4) inexigibilidad: estado de necesidad exculpante; obediencia jerárquica; miedo insuperable.

Todos estos esquemas deben ser seleccionados y adecuadamente empleados por las “partes”, sin excepción alguna.

Por otro lado, este nivel de análisis jurídico se completa con una segunda fase consistente en un proceso de subsunción lógico-normativa, con el objetivo que las proposiciones fácticas configuren cada elemento de las teorías expuestas líneas arriba, esto es: la configuración del delito, de modificación de responsabilidad penal y los eximentes de responsabilidad jurídico-penal.

3) *Nivel de análisis probatorio*. Construida la teoría del delito, el paso siguiente es organizar la prueba de tal forma que la misma apoye la referida teoría. En ese sentido, los medios de prueba tienen por finalidad demostrar que no solamente tenemos una historia, sino un suceso en la realidad.

Frente a ello, cabe señalar que el *análisis probatorio consiste en establecer las evidencias que corroboren la existencia de aquellas proposiciones fácticas que configuran (o descartan) los elementos de la teoría del delito* seleccionada. Es la denominada “prueba del caso”, es decir, el conjunto de elementos derivados de las fuentes personales, documentales o materiales con que se cuenta deben someterse también a un riguroso examen en cuanto a su licitud y también en lo que se refiere a sus contenidos implícitos y explícitos, de manera que sea posible afirmar que respaldan la hipótesis fáctica y jurídica que se ha formulado y que no se trata tan solo de una interesante historia.

Entre las evidencias con las que podemos contar, tenemos¹²¹:

a) Por su naturaleza física, la evidencia se puede organizar por clases: 1) evidencia personal o testimonial. Es el llamamiento de testigos y peritos. Comprende el interrogatorio directo para los testigos y peritos ofrecidos por la parte, y contra-interrogatorio para los testigos y peritos ofrecidos por la contraria; 2) evidencia documental. Son los documentos, a saber, cualquier superficie que soporte un mensaje comunicante: fotografías, planos, pictografías, fórmulas comerciales (cheques, facturas, letras), fórmulas legales (escrituras públicas, testimonios de escritura pública); 3) evidencia real. La palabra “real” viene del latín *res*, que significa “cosa”. Es la evidencia compuesta por cosas, o sea, por objetos: cuchillos, armas, lesión visible en el cuerpo.

b) Por su fuerza demostrativa, la evidencia se puede clasificar en dos tipos, según: 1) evidencia directa: Establece existencia del hecho en forma inmediata. Ejemplo: en el caso de prueba testimonial, está dada por el testigo que vio la realización de la acción típica matar, falsificar, librar el cheque sin fondos, el desapoderamiento, la usurpación; 2) evidencia indirecta o circunstancial: En materia de evidencia real, está dada por el rastro de sangre; en materia de evidencia demostrativa, está dada por la fotografía del vehículo donde consta el hundimiento de la puerta cuyo testigo indica que fue a causa de las patadas del ofensor. En materia de evidencia testimonial, sería el caso del testigo que oyó un grito, volvió a ver y pudo constatar que el ofendido estaba herido en el suelo y había varios sujetos, de los cuales uno tenía un cuchillo en la mano. Esta evidencia es indirecta porque el testigo no presencié la acción típica sino su momento inmediato posterior.

Ahora bien, para cada proposición fáctica debe corresponder dos o más evidencias que la demuestren o nieguen. Y señalamos dos o más evidencias, porque si sus proposiciones lo sustentan en una sola evidencia, corre varios riesgos; por ejemplo, que no la ubique o halle, o bien si la encuentra, que su contraparte la destruya; en todos estos casos, si no se cuenta con esa evidencia, no podrá demostrarse la configuración de la preposición fáctica planteada, y, por ende, de algún elemento de la teoría jurídica seleccionada. En cambio, si cada proposición descansa en dos o más evidencias, puede al menos confiar que si una de esas evidencias no es hallada o bien es destruida por la contraparte, le quedan las otras que darán veracidad a su proposición fáctica.

Una adecuada teoría del caso permite saber qué evidencia buscar, dónde, así como, permite una funcional división de trabajos, ya sea fiscalía o en la defensa. Asimismo, durante el desarrollo del juicio oral permite establecer los parámetros del examen y contra-examen de testigos y peritos, así como, el análisis de las demás pruebas¹²².

Para graficar los tres niveles de análisis, presentamos la siguiente tabla que debe ser llenada por las partes a la hora de elaborar su teoría del caso:

¹²¹ Montes Calderón, *Teoría del caso*.

¹²² Sobre el debate y análisis probatorio durante el juicio oral bajo el esquema de aplicación de la teoría del caso, véase: Baytelman, Andrés - Duce, Mauricio, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Lima, Alternativa, 2005, p. 110 y siguientes.

Tabla de construcción de la teoría del caso

Hechos	Teoría jurídica seleccionada	Subsunción de los hechos en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada	Evidencias
<p>Aquí se redactan las proposiciones fácticas.</p> <p>Recuerde que los detalles son importantes; no deje nada por sentado.</p>	<p>Aquí se identifican los elementos de la teoría jurídica a ser aplicada en el caso: 1) elementos del delito; 2) atenuantes; 3) agravantes; 4) eximentes.</p>	<p>Aquí cada elemento que configura o descarta algún elemento de la teoría jurídica seleccionada, descansa en varias proposiciones fácticas.</p>	<p>Es el material probatorio que permite establecer la veracidad de los hechos.</p> <p>Obsérvese que cada hecho o proposición fáctica debe descansar en dos o más evidencias.</p>

D) Características de la teoría del caso

Para que la teoría del caso sea verdaderamente útil, debe cumplir con las siguientes condiciones¹²³:

1) Sencillez. Los elementos que la integran deben contar con claridad y sencillez los hechos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.

2) Lógica. Porque debe guardar armonía y debe permitir deducir o inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.

3) Credibilidad. Para lograrse explicar por si misma, como un acontecimiento humano real, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Debe ser fundamentalmente persuasiva. La credibilidad está en la manera como la historia logra persuadir al juzgador.

4) Suficiencia jurídica. Porque todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad. Desde el punto de vista del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o admisibilidad de los medios de prueba (cadena de custodia).

5) Flexibilidad. Ya que inicialmente se concibe cómo será el juicio pero este siempre está sujeto a un conjunto de avatares e imprevistos como todo proceso ad-

¹²³ Salas Beteta, *Técnicas de litigación oral*.

versarial. La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de teoría del caso destruye la credibilidad de cualquier sujeto procesal.

E) Utilidad de la teoría del caso

Para Espinoza Bonifaz, la teoría del caso presenta las siguientes ventajas¹²⁴: 1) realizar un análisis estratégico del caso; 2) ordenar y clasificar la información del caso; 3) adecuar los hechos al tipo penal, lo cual servirá para defender la tesis; 4) determinar que es lo que esperamos de la investigación; 5) seleccionar la evidencia relevante; 6) detectar debilidades propias, y 7) identificar las debilidades de la parte contraria.

F) La tetradimensionalidad de la teoría del caso

Como se indicó en los puntos anteriores, la teoría del caso no es simplemente la narración de una historia en la cual se busca persuadir, llevar a nuestras aguas al juzgador. Por el contrario, es un método que permite establecer una estrategia frente al proceso penal en la cual se es parte; a su vez, un sistema analítico que permite, establecer un plan de investigación o de defensa (como lo veremos más adelante) en la búsqueda del fortalecimiento de los fundamentos fácticos y jurídicos planteados en la teoría del caso, así como, de aquella base probatoria que le dará, en el juicio oral, credibilidad al caso, versión o posición planteada por las partes.

Ahora bien, la misma se ha establecido para darle dinamismo al juicio oral, dado que, al ser la etapa más importante del proceso penal y la sede del debate probatorio, será el momento ideal donde las partes asienten sus posiciones estratégicas entorno a los hechos materia de proceso (esto es, su caso), refuten la de su adversario y logren convencer al juez de conocimiento en la decisión y contenido de su sentencia. Si bien esta aseveración es cierta, sería un error considerar que la teoría del caso se origina en el juicio oral; es decir, si bien su virtualidad lo observaremos en esa etapa procesal, su origen data de un momento muchísimo anterior.

En efecto, sería iluso pensar que los abogados, horas o días antes del inicio del juicio oral recién, en la intimidad de sus despachos, realizarán los tres niveles de análisis que comprende la teoría del caso; es decir, recién elaborarán, por primera vez, sus preposiciones fácticas, la selección de la teoría jurídica, la subsunción de las preposiciones a cada elemento de la teoría jurídica seleccionada y la identificación de las evidencias que den certeza a las preposiciones.

Esta forma de trabajar daría un cero de utilidad práctica, por las siguientes razones: 1) si en las etapas procesales anteriores, el abogado no ha tenido un plan estratégico que desarrollar y solamente ha andado a “ciegas”, entonces no habrá obtenido provecho alguno de la dinámica tanto de la investigación como de la fase intermedia; 2) si por primera vez el abogado elabora un análisis estratégico faltando poco tiempo para el inicio del juicio oral, el mismo puede correr el riesgo de ser incompleto o incoherente, y, posiblemente, presentar tantos cabos sueltos en contra de la credibilidad de su versión, que hubiera preferido hacer el análisis tiempo antes

¹²⁴ Espinoza Bonifaz, Augusto R., *Estrategias de litigación oral: teoría del caso*.

para poder completarlo o fortalecerlo; 3) nuestra antigua praxis forense nos ha demostrado, la falta de preparación y conocimiento de aquellos abogados que por la premura de brindar sus alegatos en el juicio oral brindan una serie de argumentos inconexos, ambiguos, que presentan más de una explicación¹²⁵ o, peor aún, sin ninguna base fáctico-normativo. *Hay que insistir que no estamos en la misma lógica de los alegatos propios del juicio oral, sino en la elaboración, recolección de elementos, depuración y exposición de una estrategia.*

Consideramos que, si mantenemos en la mentalidad del abogado que aún se está con la antigua práctica de los alegatos en el juicio oral se restaría importancia y utilidad a la teoría del caso; sin mencionar que la desnaturalizaríamos al creer que la misma continúa siendo la exposición de los argumentos de cada una de las partes; por el contrario, valga la insistencia, es una herramienta metodológica cuya utilidad se aprecia desde los inicios del proceso penal y que llega a su máximo punto en el juicio oral, cuando se da el debate y la confrontación de las versiones del caso que las partes formulan, a fin de darle una calidad informativa al juez de conocimiento para que pueda resolver el conflicto de intereses jurídico-penal.

Por otro lado ¿en qué momento debe configurarse la teoría del caso? Para responder esta pregunta debemos de partir de la siguiente premisa: *la teoría del caso se construye debido al carácter adversarial del proceso penal.* En efecto, el proceso penal es el marco de discusión de un conflicto de intereses originado por la comisión de un delito. Intereses de carácter público como privado; público, en el sentido que el delito afecta a la sociedad (ello legitimaría la intervención procesal del Ministerio Público); privado, porque también encontramos una concreta víctima quien persigue expectativas de sanción (llevada al órgano jurisdiccional por el Ministerio Público) como de reparación, sin olvidarnos los intereses o expectativas propias del imputado, quien busca la absolución, o por lo menos, una sanción atenuada.

Ahora bien, el carácter adversarial denota que cada una de las partes buscará demostrar la credibilidad de sus intereses y refutar las de su contraparte. Pero pensar que ello va ocurrir sólo durante la fase de juzgamiento, sería un error de perspectiva y estrategia, dado que, al juicio oral se llega previo análisis estratégico tanto de las fortalezas y debilidades de su postura como las de su adversario, y ello se logra contando, con un método y con el tiempo suficiente para aplicarlo y dejarlo desarrollar.

El método no sería otra que la *teoría del caso*, el cual es el camino, como se indicó antes, para la elaboración de un análisis estratégico del proceso; ordenando y clasificando la información; adecuar los hechos al tipo penal y tener los argumentos básicos (de corte fáctico, jurídico y probatorio) para tomar decisiones importantes en aras de que sus intereses sean amparadas por el órgano jurisdiccional y no las de su contraparte.

El tiempo debe ser el adecuado para afrontar con solvencia el momento procesal de postular el caso, defenderlo y refutar la del otro. En ese sentido, el juicio oral

¹²⁵ Se es recomendable que tenga una sola teoría del caso, la cual se sepa que se podrá comprobar durante el juicio. Múltiples variaciones de acontecimientos no convencen, y denotan una falta de preparación por parte del abogado, la carencia de un plan estratégico (el mismo que se debería contar desde el comienzo del proceso penal), así como, una mala comunicación con el juez de conocimiento que va a resolver el caso.

sólo es el momento o etapa procesal que se ha hecho referencia, obviamente, se requiere de un momento procesal anterior que permita elaborar y construir el caso.

Al respecto, consideramos que la teoría del caso *empieza a construirse desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos*. Como indica Salas Beteta, una vez que se tenga la información que servirá a cada una de las partes, se debe definir cuál será la teoría del caso a demostrar.

Se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben ser sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio. *La teoría del caso no se comienza a desarrollar en el momento de la audiencia, sino desde la misma investigación*. Con la *notitia criminis* y las primeras entrevistas, tanto el defensor como el acusador están en posición de iniciar lo que será el borrador de su teoría del caso. Las pruebas que vayan acopiando irán perfilando esa idea, hasta hacerla tomar cuerpo de hipótesis. No hay duda de que en la teoría del caso el abogado deberá ir añadiendo y desechando elementos. Para cuando llegue al juicio, el litigante deberá haber acopiado todos los elementos probatorios que demostrarán su hipótesis fáctica y jurídica, los cuales serán muy importantes en la preparación del caso.

Pero, la construcción de una teoría del caso no se da al azar, tiene una metodología, que para nosotros, está compuesta de cuatro fases, las cuales son: a) constructiva; b) recolectiva; c) depurativa, y d) expositiva, las cuales están en correspondencia con cada una de las fases del proceso penal, puesto que, los objetivos, estructura y dinámica de cada etapa del proceso coadyuva a la eficacia de la teoría del caso; esto es lo que denominamos “la tetradimensionalidad de la teoría del caso”: *cuatro fases que conectados con las etapas del proceso penal, permitirá un diseño coherente y adecuado*. A continuación se analizará cada una de estas fases.

1) *Fase constructiva de la teoría del caso*. Es aquella fase donde los abogados, al tomar conocimiento de la *notitia criminis*, elaboran sus primeras hipótesis de trabajo que permitan darle a los hechos materia de proceso un sentido favorable a sus intereses. En efecto, cuando se conoce, ya sea el Ministerio Público o el abogado defensor, los hechos configuradores de un ilícito penal, deben de ir elaborando sus hipótesis iniciales (que pueden ir variando mientras el proceso penal va desarrollándose, a fin de llegar a uno definitivo, la cual será postulada y demostrada en el juicio oral).

Ahora, cuando nos referimos por *hipótesis iniciales* nos estamos refiriendo al análisis fáctico, jurídico y probatorio que hemos desarrollado anteriormente; es decir, por construcción del caso se entiende desmenuzar los hechos, seleccionar la teoría jurídica aplicable al caso, subsumir los hechos en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada e identificar las evidencias que den sustento a cada uno de los hechos ya desmenuzados.

Obviamente, si postulamos que la construcción de la teoría del caso se da desde el mismo inicio del proceso penal, con qué materiales los abogados cuentan para realizar la construcción en los términos indicados en el párrafo anterior.

Los materiales cognitivos son la información presentada por la denuncia o por el informe policial, y las resultas de los actos de investigación realizadas merced de las diligencias preliminares. En otras palabras es a mérito de tales diligencias (las iniciales o preliminares) donde los abogados podrán contar con la información necesario para establecer su caso; para el Ministerio Público, el contar con iniciales elementos de convicción que le permita inferir que se está ante la probable comisión de un delito con su presunto responsable identificado, y para el abogado defensor el conocer los hechos y cargos que se le imputa a su patrocinado y construir su básica estrategia de defensa.

En ese sentido, *las diligencias de investigación preliminar* son fundamentales para la construcción del caso, dado que, en la misma se realizan los primeros *actos de investigación*¹²⁶ urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

Lo indicado tiene como soporte jurídico lo dispuesto el art. 267 del Cód. Proc. Penal Bs. As. que señala que el fiscal debe proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos que aparezcan cometidos en la circunscripción judicial de su competencia. Asimismo, en el último párrafo del art. 268 del citado texto adjetivo, con la salvedad que no se está ante un tema de prueba suficiente (como propone el citado artículo), sino de actos de investigación suficientes que causen en el Ministerio Público convicción que se está ante un caso probable de delito.

Ahora bien, estos actos de investigación tienen un valor “informativo y referencial” que buscan, no probar o acreditar el delito y la responsabilidad del imputado, sino formar “convicción” al Ministerio Público; es decir, que éste sea quien se convezca que los hechos materia de investigación tiene un carácter criminal.

Pero ¿cómo se va convencer? Por un lado, con la versión de los hechos que está construyendo, y por otro lado, con el desarrollo de las diligencias de investigación, que le permita encontrar las iniciales y básicas evidencias que permitan establecer como ciertas las preposiciones fácticas elaboradas y que han sido subsumidas en cada uno de los elementos de la teoría jurídica seleccionada, que le permita concluir la “delictuosidad” de los hechos materia de su conocimiento.

Hay una relación lógica entre construcción del caso con las diligencias iniciales o preliminares de investigación; dado que ¿cómo saber las diligencias a realizar si no se tiene una guía u orientación de aquellas preposiciones fácticas que se quieren

¹²⁶ Los actos de investigación son aquellos destinados a averiguar la realización (o no) de un hecho. Estos se diferencian con los actos de prueba, dado que, los últimos persiguen establecer la credibilidad de las afirmaciones (tendientes a fortalecer la imputación penal o su descargo). Asimismo, se diferencian, porque los actos de investigación presentan un valor informativo, no probatorio, conducente a formar convicción al Ministerio Público de la presencia de un caso probable de comisión de un delito. En cambio, los actos de prueba, buscan fundar la decisión del juez a la hora de establecer la responsabilidad o no del imputado. Finalmente, otra diferencia consistiría que los actos de prueba operan dentro del juicio oral, porque el mismo permite someterlos a la regla del contradictorio; en cambio los actos de investigación se dan antes del juicio oral; la excepción a esta regla esta dada por las pruebas preconstituida y anticipada, las cuales se actúan antes del juicio, por la imposibilidad de ser reproducidas durante la fase de juzgamiento.

establecer como ciertas, así como, de aquellas evidencias, básicas e iniciales, que se pretenden hallar? Asimismo ¿de qué sirve construir las preposiciones fácticas, realizar el proceso de subsunción normativa e identificar las evidencias, sin contar con herramientas de indagación como son las diligencias preliminares de investigación, que permita la realización de las urgentes e inaplazables diligencias?

El Ministerio Público, al momento de tomar conocimiento de los hechos, cuenta con las diligencias iniciales de investigación (o como se conoce en el derecho comparado: *averiguación previa*), para que, aquella información básica e inicial obtenida o que se obtenga con las diligencias iniciales, permita ir construyendo su caso; no es solamente para decidir si continúa con las investigaciones y de esta forma llegar a la requisitoria de citación a juicio o dispone el archivo de la denuncia, sino para que se vaya informando y elaborando una versión, provisional, de lo que realmente ocurrió y si presenta o no relevancia penal.

Igualmente la defensa, tiene que sacar provecho del objetivo y dinamismo de las diligencias preliminares de investigación. En efecto, el art. 273 del Cód. Proc. Penal Bs. As. acota que las partes podrán proponer diligencias; en ese sentido, el Ministerio Público Fiscal las practicará cuando las considere pertinentes y útiles. Asimismo, el art. 276 del citado texto adjetivo precisa que, salvo el caso del examen físico o mental del imputado, las partes y sus auxiliares técnicos tendrán derecho a asistir a registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones; frente a ello, el Ministerio Público Fiscal debe garantizar en todo momento el control de dichos actos por el imputado y su defensa, cuando por su naturaleza y características se puedan considerar definitivos e irrepetibles.

En ese orden de ideas, la defensa puede participar en las diligencias iniciales o preliminares de investigación, o mejor aún, hacer sus propias indagaciones; para ello, también ha tenido que haber construido su inicial versión de lo sucedido, a través de las preposiciones fácticas que ha elaborado, el proceso de subsunción normativa efectuado (que aparentemente da como resultado el descarte de algún elemento que denote la ilicitud de los hechos, o bien la responsabilidad de su patrocinado, o por lo menos, detectar la presencia de algún atenuante), así como, de aquellas evidencias que debe de encontrar en aras de dar credibilidad a su versión.

Si el abogado defensor adopta una postura pasiva durante tales diligencias, sin teoría del caso elaborada, dejando todo en manos del Ministerio Público (convencido que solamente con redactar escritos, asesorando a su cliente que no se autoincrimine y esperanzado que “algo” pueda ocurrir en el curso del proceso que favorezca a su patrocinado y de esta forma ganar el caso), entonces está muy equivocado, dado que, ha adoptado una estrategia tan negativa que se aventura a una probable sanción a su cliente por falta de preparación técnica de su abogado defensor.

En suma, la investigación preliminar establece exigencias tanto para el Ministerio Público como para la defensa. Para el primero, porque, como director de la investigación, debe ejercer su dirección a través de un eficaz “plan de investigación o averiguación”. Para la defensa porque la norma le flanquea la posibilidad de intervenir en todas las diligencias de investigación, proponiendo o haciendo, por su cuenta, sus propias averiguaciones (en una idea de adversariedad e igualdad de armas que configuran la dinámica del proceso penal). Pero, para el logro de estas exigencias, las partes deben tomar conciencia que desde este momento inicial deben de contar

con una estrategia, tanto cognitiva como operativa. Cognitiva, en el sentido de conocer lo que pretenden averiguar y demostrar, llegado el momento, en un eventual juicio. Operativa, en el entendido de contar con un esquema de diligencias tendientes a hallar aquellas evidencias básicas que fortalezcan sus posiciones y/o debiliten las de su adversario. Y esta estrategia no es otra que la *teoría del caso*, que las partes, ya en la etapa de investigación preliminar deben ir construyendo.

2) *Fase recolectiva de la teoría del caso*. Una vez elaborada la teoría del caso, con el análisis, preliminar, del contenido fáctico, jurídico y evidencial respectivo, entonces se ingresa a una segunda fase, denominada aquí “recolectiva”. Esta fase consiste en que las partes reunirán (recolectarán) los elementos de convicción para formular, en el caso del Ministerio Público, la requisitoria a citación del juicio oral, y al imputado preparar su defensa, todo ello en estricta observancia del análisis estratégico, previamente realizado.

En efecto, al haber construido su estrategia, las partes deben hallar aquellas evidencias que fortalezcan su posición y debiliten la de su contraparte. Ahora bien, con las diligencias iniciales de investigación, las partes no pueden pensar que encontrarán todas las evidencias que requieren; necesitan de toda *la etapa de investigación preparatoria* cuyo objetivo sea, esencialmente, la recolección de las evidencias que permitan solidificar tanto la posición del Ministerio Público como de la defensa.

Por tal razón, el art. 266 del Cód. Proc. Penal Bs. As. precisa que: “*La investigación penal preparatoria tendrá por finalidad:*”

1) *Comprobar, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, si existe un hecho delictuoso.*

2) *Establecer las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o incidan en su punibilidad.*

3) *Individualizar a los autores y partícipes del hecho investigado.*

4) *Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.*

5) *Comprobar a los efectos penales, la extensión del daño causado por el delito”.*

Esta etapa permite al Ministerio Público disponer de todas las diligencias que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines sobre la base de la estrategia que debió de haber elaborado a su inicio. Sin embargo, sólo se procederá a la fase recolectiva de la teoría del caso durante la etapa procesal de la investigación preparatoria, cuando no sea coherente y fundado, por parte del Ministerio Público, la estrategia del archivo o no pueda prosperar la estrategia de aplicación de criterios de oportunidad¹²⁷.

¹²⁷ De otro lado, ello también conviene a la defensa; es decir, si a la hora de construir el caso, observa que no es estratégico recurrir a los tipos de archivos o a criterios de oportunidad, entonces, necesita de la etapa de investigación preparatoria, a fin de recolectar aquellas evidencias que favorezcan su estrategia de defensa: absolución o aplicación de una sanción atenuada.

Evitada la citada salvedad, las partes deberán de recolectar aquellas evidencias –material informativo–, acorde con su teoría del caso construida. Para ello, recurrirán, entre otras, a las siguientes diligencias:

1) Declaraciones (entrevistas). Se dispone la concurrencia del imputado, agraviado y testigos que no hubieren declarado en la investigación preliminar o habiéndolo hecho se requiera o soliciten su ampliación.

2) Pericias. La pericia se ordena por el Ministerio Público en la etapa preparatoria o por el juez de la investigación preparatoria en casos de prueba anticipada. El examen o explicación pericial sólo ocurrirá en el juicio oral, ante la autoridad jurisdiccional.

3) Documentos. El Ministerio Público solicitará la presentación del documento y en caso de negativa, solicitará al juez que ordene la incautación del mismo. Declaraciones anónimas contenidas en documentos no serán incorporadas.

4) Inspección y reconstrucción. La inspección es dirigida por el Ministerio Público, en donde se examina la escena del crimen con la finalidad de alcanzar una mejor apreciación de los hechos. La reconstrucción es dirigida por el Ministerio Público, y debe contarse, en lo posible, con presencia de testigos y peritos, a fin de verificar si el delito se efectuó o pudo acontecer de acuerdo con las declaraciones y demás elementos de convicción obtenidas.

5) Diligencias especiales. Tales como: a) levantamiento del cadáver; b) necropsia; c) embalsamiento del cadáver; d) examen de vísceras y materias sospechosas; e) examen por lesiones y agresiones sexuales; f) preexistencia del embarazo: delito de aborto, y g) preexistencia del bien patrimonial.

Como se indicó en el punto anterior, la defensa puede realizar sus propias averiguaciones; asimismo, podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. En ese sentido, los cimientos de una buena preparación consisten en una buena investigación; no obstante, a los estudiantes de leyes se les proporcionan tan pocos conocimientos en materia de investigación que difícilmente podrán juzgar si el trabajo que entrega un investigador es excelente, bueno, mediocre o incompetente. Por lo tanto, si uno pretende ser un buen abogado litigante, tiene que aprender a trabajar como investigador¹²⁸; sin embargo, al final de este capítulo brindaremos unas recomendaciones para afianzar la labor de investigación del abogado defensor.

3) *Fase depurativa de la teoría del caso.* Puede darse el caso que, las partes al estar recolectando las evidencias y el material informativo observan la necesidad de realizar ajustes a su caso, a sus hipótesis de trabajo. Ello es viable, porque una de las características de la teoría del caso es su “flexibilidad”; es decir, su capacidad de adaptabilidad o comprensión de los posibles avatares e imprevistos que se pueden presentar durante el desarrollo del proceso.

Por otro lado, se puede dar otro supuesto: se han recolectado aquellas evidencias que fortalecen la construcción del caso; sin embargo, se debe de realizar un examen de licitud y pertinencia de las mismas, a fin que, durante el juzgamiento, a la

¹²⁸ Bailey, *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, p. 98.

hora de plantear el caso en forma pública y solicitar la actuación de las evidencias, esta actuación pueda ser realizada sin ningún tipo de vicio o defecto.

Estos dos supuestos, la modificatoria del planteamiento estratégico del caso, y, el examen de licitud y pertinencia de aquellas evidencias que lo fortalecerán, son los objetivos de la denominada “fase depurativa de la teoría del caso”. Es decir, se requiere de una etapa procesal donde las partes puedan realizar las últimas “afinaciones” a su análisis estratégico y dejar todo listo para el cercano juicio oral.

Ahora bien, esta fase depurativa, según nuestra opinión y tomando como referencia el derecho comparado, ocurre en la etapa procesal denominada “etapa intermedia o preparatoria del juicio oral”. En ese orden de ideas, la naturaleza de esta etapa procesal es la de un “saneamiento”, en las que se podrá, por un lado, subsanar o modificar el contenido del pronunciamiento del Ministerio Público, y por otro lado, analizar el material probatorio presentado por las partes para su posterior actuación durante el juicio; análisis tendiente a establecer la pertinencia, utilidad y licitud del acto probatorio.

Por ende, la etapa intermedia funge como un filtro, un depurador, que extiende sus efectos en las teorías del caso construidas por las partes. A continuación, estudiaremos los dos supuestos de depuración señalados líneas arriba.

1) Primer supuesto de depuración. El pronunciamiento del Ministerio Público, como es el caso de la requisitoria de citación a juicio, puede ser objeto de oposición (art. 337, Cód. Proc. Penal Bs. As.). Ahora bien, en el derecho comparado –situación que no ha previsto el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires– frente a una oposición, el juez señala día y hora para la realización de una audiencia preliminar tendiente al análisis de aquella oposición.

Consideramos que estas variables están conectadas con la teoría del caso construida por el Ministerio Público, que bien, por su incoherencia, incongruencia o debilidad, puede, sin necesidad de llegar al juicio oral, descartar la presencia de un caso relevante penalmente.

2) Segundo supuesto de depuración. Consiste en el tema de ofrecimiento y admisión de los medios probatorios. En el caso, del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, este tema es visto por el tribunal que llevará a cabo el juicio oral, resolviendo estas cuestiones de acuerdo al art. 338 de la citada norma legal. Sin embargo, en el derecho comparado, el ofrecimiento y admisión de las pruebas son actos procesales que ocurren en la denominada “etapa intermedia”, estableciéndose dos filtros por los cuales serán sometidos los medios probatorios para decidir por su admisión; estos filtros son: a) que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso, y b) que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos.

Estos filtros también guardan conexión con la teoría del caso elaborada por las partes, específicamente al momento de la identificación de las evidencias que las sustentarán. Las partes, con la ayuda de la teoría del caso, sabrán cuáles son las

evidencias pertinentes, conducentes y útiles, y si lo han hecho adecuadamente, entonces no habrá temor alguno sobre la admisión de las mismas en sede de etapa intermedia.

Sin embargo, y aunque no se menciona en los filtros anteriormente acotados, también debe analizarse la licitud y legalidad de los medios probatorios; ello ejemplifica, aún mejor, esta fase de depuración de las evidencias que forman parte de la teoría del caso de cada una de las partes.

4) *Fase expositiva de la teoría del caso.* Por fase expositiva se entiende al momento en que las partes expongan, sustenten y debatan cada una de las versiones esgrimidas, previamente construidas (durante las diligencias iniciales de investigación), recolectadas las evidencias (durante toda la etapa de investigación preparatoria) y depuradas (durante la etapa intermedia).

Es en esta fase, donde las partes harán públicas sus estrategias al exponer su caso, el cual permita amparar sus intereses o expectativas. Pero no solamente harán una función expositiva, sino además realizarán una actividad dialéctica, dialógica y confrontacional, tendiente a mostrar la fortaleza de su versión y lo débil que es la versión de su contraparte.

Obviamente, para ello, requiere de una etapa procesal donde rijan, a plenitud, principios tales como: oralidad, inmediación, contradictorio y publicidad. Por ende, es la etapa del *juicio oral o juzgamiento*, la idónea para la exposición y debate de las teorías del caso elaboradas por las partes, máxime si, al término del juicio, el juez de conocimiento emitirá sentencia.

La centralidad del juicio oral radica en que las partes podrán argumentar y probar sus pretensiones frente, ya no ante un juez de garantías, sino ante el tribunal que llevará a cabo el juzgamiento (cuyos integrantes se les conocen como jueces de conocimiento), quien está potestado a resolver el conflicto suscitado. Como señala Binder, el juicio es la etapa principal del proceso penal porque es allí donde se resuelve o redefine de un modo definitivo –aunque revisable– el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal¹²⁹.

Pero, el considerar al juicio oral como la etapa principal del proceso, también se debe al haz de principios y garantías que lo envuelven a fin de lograr una *calidad de información* al juzgador que le permita resolver la litis puesta a su conocimiento. Por calidad de información se entiende como aquel conjunto de datos, filtrados, seleccionados, depurados, tendientes a probar, por un lado, si se ha cometido o no un ilícito penal, y por otro lado, la determinación de las consecuencias punitivas, y si fuese el caso, civiles generadoras del delito; información que es percibida por el juzgador de manera inmediata e imparcial, a través de una actividad contradictoria de las partes¹³⁰ y con pleno respeto a la presunción de inocencia y en presencia de la comunidad. En ese sentido, la inmediación, la contradictoriedad, la imparcialidad, el principio de inocencia y la publicidad, son el conjunto de principios que al operar en el juicio oral permitirán que el juzgador obtenga una información de calidad, confia-

¹²⁹ Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 233.

¹³⁰ Es la actividad realizada por las partes a fin de controvertir el caso de la contraparte y presentar su propio caso.

ble, que permita fundar su decisión entorno al conflicto suscitado entre el ofensor y el ofendido¹³¹.

Ahora bien, durante la etapa del juzgamiento, la teoría del caso pasa por ciertos niveles, los cuales son:

a) *Nivel comunicativo*. El mensaje o comunicación del abogado es su teoría del caso. El medio natural de la transmisión es el *relato*, a fin de convencer al juzgador –recipiente del mensaje– de que se trata la versión más fidedigna de los hechos y de la interpretación de la ley más adecuada y justa.

¿Cómo entonces, comunicar efectivamente el mensaje de la teoría del caso? Para comunicar su teoría del caso, el abogado debe convertir la esencia de su teoría en una historia sencilla, coherente y convincente que se pueda transmitir rápido y fácilmente.

La teoría del caso debe poder reducirse a un tema central expresable en frases o palabras memorables, hasta emotivas, que encapsulan y reflejan lo esencial de dicha teoría. Un tema simple es preferible aunque hay veces que puede ser sofisticado.

Se debe recordar que el juez espera de la historia presentada por el abogado una versión coherente y lógica de los hechos, y una interpretación natural de las normas aplicables. Evidentemente no hay que convencerlo en cuanto a los hechos no controvertidos. Por tanto, el abogado durante el juicio debe centrarse en transmitir su versión de las cuestiones y los hechos controvertidos.

A través de la exposición, el abogado busca atraer al espectador para que éste simpatice con su versión de los hechos. La exposición debe ser puntual, concreta y sobretodo dramatizable, esto es, recrear el drama humano de manera convincente. Para la exposición se puede complementar el uso de la comunicación oral a través de medios audiovisuales: fotografías, diagramas, diapositivas, cuadros, modelos, documentos magnificados y simulaciones computarizadas¹³².

Finalmente, el momento procesal durante el juzgamiento donde los abogados comunicarán su teoría del caso es con los alegatos preliminares, a los que anteriormente se ha hecho referencia. Por ende, se debe diferenciar el mensaje a comunicar: el caso, con el momento procesal de la exposición: alegatos preliminares.

b) *Nivel confrontacional*. Este nivel consiste en que las teorías del caso comunicadas serán objeto de confrontación por las partes, a través del debate probatorio, en el siguiente orden: examen del acusado; actuación de los medios de prueba admitidos, y oralización de los medios probatorios.

Con relación al examen del acusado no es propiamente un verdadero interrogatorio, sino un medio de defensa que permite a los acusados tomar posición frente

¹³¹ Como indica Vázquez Rossi, el juicio es el medio de establecimiento de la verdad judicial. La verdad surge de la confrontación, es patrimonio dividido de las partes, que introducen sus respectivas acreditaciones y en el análisis respectivo proponen sus argumentaciones, con un protagonismo que se basa en los intereses que representan y que, por ende, son relativos y verificables, hipotéticos y refutables (Vázquez Rossi, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 404).

¹³² Al respecto, véase: Cantu Cerna, Napoleón, *Técnicas del juicio oral en el sistema penal de Nuevo León*, Monterrey, Comité de Reforma del Sistema de Justicia de Nueva León, 2004, p. 88.

a la acusación y a las pruebas de que ésta se valga; esto es, dar la posibilidad al acusado de posicionarse en el juicio¹³³. Por tal razón, opinamos que *interrogatorio* es un término equivocado, debe ser el de *declaración*, siendo su abogado defensor el último en intervenir.

Luego viene el examen a testigos y peritos. Empezando por el denominado “examen directo”, siendo realizado por aquel que lo propuso. El objetivo es establecer los elementos que la parte se propone probar y que ésta sea creíble ante el juzgador¹³⁴. Luego sigue el *contra-examen*; se realiza después del examen directo y es realizado por la parte contraria; los objetivos son: tachar la credibilidad del testigo, o procurar que el testigo reconozca aspectos positivos para su caso y negativos para el contrario, o atacar la experticia del perito propuesto por la contraparte¹³⁵. Luego sigue el *reexamen o re-directo*; es el nuevo interrogatorio, posterior al contra-interrogatorio que efectúa la parte que hizo el interrogatorio directo al testigo o perito; se encuentra limitado a las áreas cubiertas en el contra-interrogatorio, para aclarar las dudas que surgieron¹³⁶. Finalmente, puede darse un *recontra-examen*, es el examen al testigo posterior al reexamen y está limitado a las áreas cubiertas en el re-directo.

En todo este periodo de declaraciones son de vital importancia las objeciones, dado que, son un medio para ejercer el derecho de contradicción. En términos generales tienen por finalidad permitir que el juicio se adecue a los principios de buena fe, lealtad y presunción de inocencia. Para Castro Ospina cumplen las siguientes funciones: que ingrese al proceso información de calidad, esto es que no provenga del

¹³³ Moreno Catena - Cortes Domínguez, *Derecho procesal penal*, p. 394.

¹³⁴ El examen se debe estructurar de forma temática, es decir, primero cubrirá las distintas conclusiones y luego los procedimientos llevados adelante para arribar a las mismas. Esto se debe a que nos debe interesar destacar la conclusión para luego revisar los detalles y otros aspectos que llevaron a la misma. Al explicar el procedimiento se debe seguir un orden cronológico que se haga cargo de los distintos pasos que se fueron dando en el tiempo para llegar a la conclusión expuesta. Si el experto insiste en utilizar términos difíciles hay que pedirle que explique su significado en términos legos.

Debido a la amplitud del objeto potencial de la declaración de los peritos y al poder del conocimiento experto, el litigante, al presentar al perito en el juicio, debe tener especial cuidado en destacar cómo la apreciación de los hechos por él presentados, así como las opiniones por él vertidas, exigen de un conocimiento especializado, en donde la mirada común del lego resulta abiertamente insuficiente para su adecuada comprensión.

Es importante hacerle ver al tribunal que ellos también están en la categoría de legos respecto de dicho conocimiento, por lo que, si le creen al perito, deberán preferir sus conclusiones técnicas a las que los propios jueces puedan detentar en forma autónoma.

Asimismo, es trascendental el control del examen con la finalidad de evitar que los peritos dicten cátedra o aporten más datos que los solicitados.

¹³⁵ Las reglas de litigación del contra-examen de peritos imponen exigencias de preparación, ya que la efectividad del contra-examen obliga a interiorizarse en los conocimientos del experto. Ello supondrá la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del experto o asesorarse por otro experto de la misma disciplina que pueda orientar su trabajo en el contra-examen. Pero cuidado, el contra-examen de un experto, es siempre un ejercicio extremadamente complicado, todas las destrezas se ponen a prueba al contra-examinar peritos.

¹³⁶ Tiene por finalidad aclarar las dudas que hubieran surgido en el contra interrogatorio; o bien, rehabilitar al testigo impugnado, o sea devolverle credibilidad mediante prueba de su carácter o sobre el contenido de su testimonio para explicar o negar la prueba impugnatoria. El re-directo se lleva a cabo bajo las mismas reglas pautas del interrogatorio directo.

interrogador; evitar la introducción de pruebas ilegales, inconducentes, superfluas o repetitivas, y minimizar el efecto demostrativo de las pruebas¹³⁷.

Doctrinalmente, las preguntas que pueden ser materia de objeciones en el juicio oral son: capciosas, impertinentes, sugestivas, conclusivas, que soliciten opinión a un testigo lego, confusas, ambiguas, vagas, ininteligibles, especulativas, argumentativas, compuestas, repetidas, tendenciosas, prohibidas, que vulneran la excepción de declarar, referidas a un testimonio de oídas, que tergiversen la prueba, perentorias, que incluyen amenazas, coacciones o premios, que tiendan a ofender al declarante.

Luego se continúa con la actuación de la prueba material consistente en los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

Posteriormente, se procede a la oralización de los medios probatorios. Quien pida oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil. Cuando los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial. Los registros de imágenes, sonidos o en soporte informático podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual. Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.

c) *Nivel conclusivo*. En este punto, luego del debate probatorio, el abogado debe sugerir conclusiones al juez de conocimiento acerca de la prueba presentada, mostrándole de qué manera cada prueba e información se conjuga para probar sus proposiciones fácticas y hacer creíble su *teoría del caso*.

Es en este momento es en que se dará unidad y coherencia al relato que se ha venido construyendo a lo largo del juzgamiento, ya que con él se busca iluminar el juicio del juzgador acerca de lo que el conjunto de la prueba dice y de donde se puede extraer que diga eso.

El momento procesal donde opera este nivel conclusivo es en los alegatos finales, donde se brinda los argumentos al juez que le permitan concluir que los hechos probados se subsumen perfectamente o se corresponden exactamente con el análisis jurídico o la proposición jurídica que se le presentó¹³⁸.

En este momento el abogado debe demostrar un perfecto conocimiento y dominio del caso e inferir, a través del raciocinio, el significado jurídico de los hechos probados. Además, debe desplegar su entusiasmo con el lenguaje verbal y no verbal, con el fin de proyectar seguridad y firmeza en sus conclusiones.

¹³⁷ Castro Ospina, *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, p. 84.

¹³⁸ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá, Quebecor World, 2003, p. 179.

En el alegato final la teoría del caso deja de ser un planteamiento para convertirse en la verdad que debe ser declarada. Lo que fueron promesas en la declaración inicial son ahora la verdad material establecida en el debate.

G) Excurso: el abogado defensor debe ser un investigador

La función de investigación del defensor comienza desde su designación en una litis penal, de inmediato deberá imponerse de los hechos denunciados, de los medios de convicción recogidos; igualmente, deberá intentar conocer la versión del indiciado o imputado a la mayor brevedad. La investigación es una tarea introductoria que permite desplegar las demás, es una labor constante, que perdurará durante todo el proceso penal¹³⁹.

Desde la óptica del abogado defensor como director de la labor de investigación de la defensa, obviamente se visualiza a un profesional que reconoce los diversos planos de indagación¹⁴⁰:

1) Respecto a los hechos denunciados y la normativa aplicable. Si es *fáctica* (relativa a los eventos denunciados) deberá ubicar, valorar y si es de utilidad, asegurar cualquier medio de convicción y, cuando sea necesario deberá asesorarse por peritos o expertos o dedicar el tiempo necesario al estudio del dato o tema técnico relevante en la defensa; si es de *orden jurídico*, manejará las fuentes bibliográficas, doctrinarias o de jurisprudencia relevantes al caso, así como las exigencias legales y los procedimientos que determinan la autenticidad y legalidad de la prueba. Además, deberá tener claridad respecto de los propósitos de cualquier pesquisa, de conformidad con su teoría del caso.

2) Respecto de medidas cautelares o de coerción. La circunstancia que una persona pierda sus bienes materiales y más importante aún, su libertad, involucra al defensor en la investigación para prevenir o modificar las medidas impuestas. Una buena labor de investigación y documentación del caso por cuenta del investigador, puede resultar definitiva para evitar la afectación o restricción al ejercicio del derecho a la libertad, o por lo menos para obtener la medida menos grave para tal afectación. Será entonces tema obligado a indagarse para este tipo de decisiones preliminares en cabeza del juez de garantías: los antecedentes de todo tipo del imputado, su arraigo, su profesión u oficio, sus actividades económicas, su núcleo familiar, sus actividades con la comunidad, su capacidad económica, sus vínculos con entidades gubernamentales, sociales, eclesiásticas, etcétera. La defensa debe entonces orientar de manera inmediata su investigación hacia los temas pertinentes, en aras de controvertir los supuestos fácticos, jurídicos y probatorios invocados por la fiscalía para la medida cautelar, cuidándose de no revelar su estrategia de defensa, en tan temprana instancia del proceso penal.

3) Seguimiento. Desde la entrevista inicial, como se verá líneas adelante, el investigador de la defensa debe no sólo identificar posibles evidencias, localizarlas embalarlas, valorar su idoneidad y aporte según la estrategia de defensa, etcétera.

¹³⁹ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, p. 21.

¹⁴⁰ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, p. 22 y 23.

Resulta fundamental crear mecanismos que permitan la planificación y el seguimiento de toda la indagación.

1) *Elementos para diseñar una estrategia de defensa.* En principio, la estrategia de defensa penal es la técnica de planificar, proyectar y dirigir las actuaciones de la defensa hacia un resultado concreto. El defensor deberá estudiar su caso, al principio será un análisis preliminar constituido por las diversas opciones que tiene el proceso, luego se planificarán actuaciones, se establecerán tareas de acuerdo con un cronograma, se analizarán los avances y se valorará cualquier cambio o requerimiento de investigación; así como el fiscal diseña un programa metodológico, se espera que la defensa planifique, controle, supervise, evalúe, oriente y asesore jurídicamente la investigación en pro de la mejor estrategia de defensa. El propósito de la estrategia es mantener un control sobre el caso, dar seguimiento y evitar la improvisación, siempre con un objetivo específico: el mejor resultado posible para el imputado.

Por otro lado, un defensor que aspira un trabajo profesional y eficiente no puede dejar al azar o a la mera improvisación sus actuaciones, debe establecer una estrategia que le permita:

Visualizar y desarrollar sus opciones, revaluando permanentemente, en aras de fortalecer su teoría del caso.

Prever y reaccionar adecuadamente ante las estrategias de la contraparte, de manera que se minimice o anule cualquier peligro.

Diseñar una estrategia requiere interiorizar el proceso, mediante el estudio y análisis, la debida preparación y por supuesto, una comunicación clara con el imputado. A continuación, algunos aspectos a incluir en su guía de trabajo¹⁴¹:

a) Conocer el hecho atribuido. El conocimiento de los hechos atribuidos es la base fundamental para el diseño de cualquier estrategia de defensa. Con la introducción de la oralidad en los sistemas procesales modernos el defensor será convocado para asumir la representación legal de personas que no conoce, en procesos totalmente ajenos para él y, en muchas ocasiones, los otros operadores del sistema (fiscales y jueces) podrán pretender que el defensor se incorpore de inmediato a la actuación requerida (audiencia de prisión preventiva, por ejemplo) y que, en el camino, se entere de los hechos, porque la prioridad de los primeros es realizar la audiencia.

b) Dominio técnico jurídico. En el caso del principio de oportunidad o cualquier otra medida alterna, así como, del proceso penal común, el defensor deberá conocer sus características y ventajas para el asunto bajo examen. Podría ser que frente a un caso existan diversas opciones, deberá entonces analizar cuáles son las más ventajosas para su patrocinado. Asimismo, el defensor debe conocer los elementos objetivos y subjetivos constitutivos del delito atribuido al imputado, así como otros temas relacionados con el derecho penal general y especial.

c) Conocer los elementos probatorios existentes. El conocimiento de los elementos probatorios es otra pieza medular al diseñar una estrategia de defensa. Ello

¹⁴¹ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, p. 99 a 105.

implica tener acceso a esas evidencias existentes, sean materiales, periciales o de cualquier naturaleza, es poder tener un acercamiento y analizar básicamente: 1) el elemento probatorio que aportan al proceso, su relevancia en la imputación; 2) revisar su legalidad y autenticidad, y 3) tomar decisiones respecto de posibles impugnaciones o la planificación de actos de investigación por parte de la defensa, ya sea, la solicitud de nuevas pericias y adiciones o aclaraciones.

d) Dialogar con el imputado. El imputado tiene derecho a comunicarse libre, privadamente y por el tiempo necesario con su abogado defensor, no sólo para analizar todos los aspectos antes mencionados, sino además, para discutir precisamente la estrategia de defensa, es decir, con el anterior panorama cuáles serán las actuaciones de la defensa a seguir.

e) Análisis de los hechos. El defensor deberá tomar primero los hechos al margen de la versión de su patrocinado, es decir, como aparecen en la denuncia; este ejercicio es de enorme relevancia, pues permite tener el punto de vista del fiscal y visualizar las opciones de la contraparte.

f) Elaborar una guía de trabajo. No es posible dejarlo todo a la memoria del defensor, así como se sugiere una guía para atender la entrevista es conveniente se utilice un formato para registrar la estrategia de defensa, con indicación de una serie de eventos que luego pueden olvidarse, confundirse o cuando se de alguna sustitución de defensor, incluso desconocerse.

2) *La entrevista inicial entre el defensor y su cliente.* Del apartado anterior, se desprende que el abogado defensor debe hacer lo posible para dialogar con su representado y conocer los hechos acusados antes de cualquier diligencia, de lo contrario estaría improvisando, dejando pasar fases procesales como un mero formalismo, sin ejercer la defensa técnica que a él corresponde.

En ese sentido, para efectuar la entrevista, el defensor deberá tener presente¹⁴²:

a) Conocimiento de la imputación y la acusación. Resulta imposible iniciar una conversación con el imputado sin tener claridad respecto del hecho atribuido, así como los medios de convicción recolectados o en trámite; el defensor tiene derecho a solicitar la denuncia y a conocer cualquier evidencia (incluso de orden material) para revisarla (con los cuidados mínimos para no alterarla) y discutirla con su patrocinado. Facultad que se va desarrollando durante el proceso penal, según el escenario del mismo y la condición del defendido.

b) Condición de tiempo y lugar. Contar con suficiente tiempo, así como disposición para mantener un diálogo claro y privado donde tanto él como su representado, solventen todas sus dudas y definan actuaciones. El derecho a la privacidad de su comunicación es exigible, y está en manos de cada profesional hacerlo valer.

c) Guía de entrevista. La independencia es un atributo esencial del ejercicio profesional de la abogacía; sin embargo, el contar con un formato, sería el más adecuado. Así tenemos el siguiente formato:

¹⁴² Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, p. 73 a 75.

1) Datos preliminares. *Presentación del defensor.* Indicar el nombre, lugar donde lo podrá localizar tanto él como sus parientes, el horario de atención; funciones del defensor, naturaleza del servicio, si está vinculado a la defensoría de oficio.

Deberes del abogado. Señalar que él será su abogado al margen de su responsabilidad o no en los hechos, que hará lo posible por ayudarlo sin garantizarle resultados, pues los mismos dependerán de una serie de factores. Que el defensor trabaja bajo el secreto profesional por lo que cualquier conversación entre ellos no será divulgada y sólo se utilizará para planear su defensa y para cumplir con la función de asesorarlo y representarlo en defensa de sus intereses.

2) Atención del caso. *Sinopsis del caso.* Aludirá brevemente a la denuncia y a cualquier medio de convicción por el cual se inició el proceso, si se tiene a la mano, es conveniente leer textualmente el contenido de las piezas, indicar nombres, fechas, lugares, etcétera.

Derechos del imputado, especial referencia al de abstención. Necesidad de relato al defensor. Inicia explicando la condición de indiciado, imputado o acusado que asume dentro del proceso, sus derechos. Uno de los derechos más importantes es el de abstención, en qué consiste y las implicaciones en caso de renuncia, luego enfatizar la necesidad de contar con su colaboración para ayudarlo, por lo que resulta esencial –si es su deseo– le manifieste lo ocurrido en torno a los hechos denunciados. El defensor le solicitará se refiera a su versión de los hechos (si tiene alguna), la escuchará con atención, anotando los datos de utilidad, actividad básica para concretar la estrategia del debate, además, desde el punto de vista del acusado causa muy buen efecto, pues se ofrece un espacio donde la persona experimenta, que en realidad se le dio oportunidad de hablar. Resulta útil permitirle que se refiera a los hechos de manera espontánea (con intervenciones puntuales para evitar divagaciones), luego, el defensor podrá interrogar sobre lo manifestado por el procesado u otras dudas.

Sinopsis del proceso. De formas breve le indicará las fases del proceso, las atribuciones básicas de las partes intervinientes, la posibilidad de preacuerdos o manifestaciones del principio de oportunidad. Es de suma trascendencia dar algunas recomendaciones en cuanto a su comportamiento con otros intervinientes del proceso: policía, fiscales y víctimas.

Retoma de evidencia del proceso. El defensor repasará la denuncia y cualquier medio de convicción, así como los diligenciados por el fiscal o la policía. Tomará nota de todos los comentarios y observaciones que el sindicado pueda realizar en cuanto a ese material. Pero además: a) observará cualquier detalle del imputado que pueda ser de relevancia de acuerdo con la denuncia y a una eventual versión del imputado, por ejemplo, prendas de vestir, características físicas o lesiones; con el propósito de solicitar que el despacho tome nota de las mismas o se diligencie una gestión en particular, obviamente, cuando se considere relevante dentro de la investigación de defensa; b) elaborará un listado con los medios de convicción preliminarmente disponibles, ya sean sugeridos por el procesado o deducidos por el defensor, como documentos, evidencia material, testigos, inspección, pericias, etcétera. En suma, anotará toda referencia a una posible prueba de descargo, en qué consiste, dónde se localiza y qué podría acreditar.

Indagación sobre captura. Si la persona atendida está capturada es necesario que el defensor se informe sobre los detalles de la detención: hora, lugar, circunstancias (si existía orden o no), si se ejecutaron inspecciones o intervenciones corporales, reconocimientos, secuestros, allanamientos, si se le informaron sus derechos al momento de la detención o fue objeto de presiones para dar una declaración, si presenta algún tipo de lesión a causa de la captura o por hechos posteriores a la misma. Todos estos datos tienen el propósito de verificar la licitud de las actuaciones y si fuera preciso impugnarlas o recomendar otras medidas.

Valoración preliminar. El defensor explicará en palabras comprensibles al acusado, cuál es su valoración inicial y las primeras actuaciones por realizar. El procesado tiene derecho a conocer qué piensa hacer el defensor inicialmente en el proceso y por qué razón. Resolverá con el acusado si es conveniente o no rendir declaración. Siempre en tono preliminar, analizará y le explicará la viabilidad de acogerse al principio de oportunidad o cual otra situación que pueda significar una afectación o salida al proceso.

Medidas cautelares. Después del diálogo respecto de la conducta atribuida, se explicará en qué consisten las medidas cautelares, si se han decretado o se pueden decretar, cuáles son las consecuencias para el imputado, su duración u omisión, por parte del imputado. Una de las tareas preliminares más importantes es recoger información que se pueda aportar especialmente al juez de investigación preparatoria para acreditar el arraigo del sindicado, ya sea por vínculos familiares (hijos, padres o pareja que dependen económicamente de él), estabilidad de domicilio, créditos, estudios, situación laboral, asiento de sus negocios o cualquier otra circunstancia para prepararse a combatir un juicio de probabilidad de fuga o de obstaculización. En este punto, el defensor deberá colaborar en lo posible, localizando a parientes, explicando la forma en que pueden coadyuvar, luego, haciendo las gestiones necesarias ante la autoridad competente.

Deberes del imputado. Para la entrevista inicial será prioritaria la explicación de actos que puedan traducirse en una privación de libertad. Así, nunca se podrá omitir los efectos de su incomparecencia a cualquier citación judicial o de un cambio de domicilio sin notificar o requerir autorización para ello (en el evento de un arresto domiciliario) a la autoridad judicial. Si se presenta una circunstancia excepcional por la cual se viera imposibilitado de comparecer al llamamiento judicial, habrá que advertirle la necesidad de comunicarse a la mayor brevedad con el defensor y –de ser factible– aportar un comprobante de la situación (ejemplo, sufrió un problema de salud importante: constancia del centro hospitalario donde fue atendido), a fin de acreditar la existencia de una causal suficiente y no causar perjuicio al procesado. Pero igualmente será subrayar la necesidad de comunicación con el abogado defensor, para la toma de decisiones y la búsqueda de las mejores opciones.

Retoma de compromisos. Al finalizar es importante recapitular en los compromisos contraídos por ambas partes, con indicación de fechas. Ejemplo, imputado: localizará al testigo, deberá llevarlo para entrevistar con el defensor tal día y hora, por su parte el defensor solicitará determinada pericia, etcétera.

d) Actitud leal y comprometida. El defensor durante la entrevista –como en todo el proceso– debe ser leal y honesto con su patrocinado, no debe engañar, tampoco garantizar resultados. Es conveniente que inicie esta sesión advirtiéndole al proce-

sado, que aunque no puede prometer resultados concretos (pues la conclusión del juicio depende de muchas variantes), si le garantiza, que como su abogado defensor hará lo posible para ayudarlo y lo asistirá con todos los medios disponibles pero legales para ello.

e) Otros requerimientos. Primero, indicar que es imprescindible que el defensor conozca los elementos típicos de la conducta punible imputada, sobre cual versará la entrevista con el imputado, siempre será conveniente que asista con el texto legal. Por otro lado, existencia circunstancias excepcionales sobre las cuales deberá tomar previsiones el defensor: si el imputado fuera una persona que se comunica en idioma diferente al castellano, deberá cerciorarse de contar para la diligencia con un traductor o intérprete que le asista y permita su comunicación con el procesado, si éste se encuentra bajo el efecto de drogas, alcohol o en un estado mental que imposibilita un diálogo o una comprensión mínima por su parte, se sugiere no realizar la entrevista y solicitar de inmediato el traslado al médico forense respectivo, para que dictamine y deje constancia del estado físico y mental del imputado, pues esa condición puede constituir un elemento básico, por ejemplo, para alegar en torno a la inimputabilidad, o un estado de emoción violenta, que si no se asegura, puede convertirse en una dificultad de peso dentro de una estrategia de defensa.

3) *Sobre la recomendación que el investigado declare o se abstenga.* El derecho a la no incriminación forma parte del derecho de defensa, y se activa desde las diligencias de investigaciones iniciales o preliminares. Esto significa que, a partir de ese momento, deviene obligatorio por las autoridades hacer las advertencias de los derechos del investigado, entre ellos el que se comenta a guardar silencio y de las implicaciones probatorias de cualquier manifestación incriminatoria durante el juicio, pero además que de renunciar al derecho sobreviene la garantía de la asistencia legal, vale decir el derecho a declarar en presencia de un abogado. Es importante, entonces, indagar al defendido en caso de que haya renunciado a este derecho, para establecer si tal renuncia cumple con las condiciones de validez, es decir, que haya sido inteligente, voluntaria y libre, condiciones que debe acreditar el fiscal quien tiene la carga de la prueba sobre tales requisitos de validez¹⁴³.

Por otro lado, se establecen las siguientes reglas que determinan la recomendación de declarar o abstenerse de hacerlo¹⁴⁴:

a) Nunca sitúe a su patrocinado en el lugar de los hechos si no hay prueba que lo incrimine. Si por ejemplo, el defensor dialoga con su patrocinado y éste le describe una escena de legítima defensa, por más convencido que se encuentre el defensor de esta versión, si no aparecen los testigos situando al procesado en el lugar, no hay por qué exponerlo a una confesión que puede ser reconocida como verosímil sólo en parte (la comprobación de que quien causó la muerte fue el imputado).

b) Si considere más ventajosa para la defensa la posibilidad de declarar, valore: 1) la oportunidad; un proceso judicial toma su tiempo y una manifestación típica del derecho de defensa es brindar la oportunidad de declarar al imputado en cualquier fase del mismo, por esa razón el defensor deberá valorar muy bien el momento

¹⁴³ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, p. 81.

¹⁴⁴ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, p. 83 a 86.

para hacerlo, incluso considerando cualquier ventaja que la ley otorgue como sucede con las reducciones de pena en etapas tempranas del proceso; 2) la necesidad; el defensor debe interiorizar el proceso y determinar qué tan imprescindible resulta para el éxito del litigio la declaración del imputado, considerar que nadie lo puede obligar a declarar, que está protegido por la presunción de inocencia y que la carga de la prueba le corresponde al fiscal; 3) si la versión del acusado resulta plausible; un relato ilógico o exagerado tiene efectos tan devastadores como una actitud irónica o prepotente, por esta razón el defensor deberá escuchar al imputado antes de ponerlo a declarar, para hacer cualquier recomendación en torno al contenido, así como, a los aspectos de forma; 4) las aptitudes y opinión del imputado.

4) *La preparación al defendido que va a brindar su declaración.* Cuando la mejor o única alternativa es que el imputado declare, el defensor debe tomar algunas previsiones, no es posible limitarse a manifestar que el consejo profesional es declarar y pasivamente esperar que los hechos se desarrollen. La decisión de declarar implica adoptar varias medidas¹⁴⁵:

a) Precise el momento de la declaración. Durante el proceso pueden darse diversos momentos en los cuales el imputado puede declarar o se le pregunta directamente si desea hacerlo, el defensor deberá indicar claramente cuando va a declarar si esa fue la decisión y cuando deberá manifestar su deseo de abstenerse. Recuerde que hasta el último momento de presentación de la prueba en juicio, existe la posibilidad de llamar a declarar al defendido. En muchos casos ésta parece la mejor estrategia.

b) Describa la diligencia: lugar e intervinientes. Describir el lugar donde rendirá declaración y detallar las atribuciones de las personas que legalmente pueden intervenir durante el acto (en especial, el papel de su defensor), proporciona al imputado una mayor seguridad, no está sujeto al azar, sabe dónde estará ubicado, cómo se desarrolla la diligencia, con la probabilidad de mejores resultados en una declaración no expuesta a la ansiedad y nerviosismo de quien ignora a lo que se expone.

c) Recomendaciones previas. Dé algunas orientaciones generales: que esté tranquilo, que se tome el tiempo necesario, que sea concreto, que se realice su relato cronológicamente, si es posible y conviene para la defensa, precise fechas, nombres, lugares, etcétera.

d) Fije el contenido de la declaración. El defensor debe analizar qué tanto necesita referirse a los hechos y eventuales medios de convicción, eso deberá informarlo con claridad al imputado para evitar cualquier perjuicio.

e) Previamente, escuche el relato del imputado y realice las precisiones necesarias. Solicite al procesado que declare como si estuviera en el despacho judicial, le hará preguntas previendo las que pudiera realizar las otras partes. Le corregirá y explicará cualquier enmienda en su declaración, para que interiorice la razón de sus observaciones. Escuchar al imputado tantas veces como sea necesario, para garantizar que su declaración no le afectará.

¹⁴⁵ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano*, p. 87 a 92.

f) Interrelacione la declaración. Si hay evidencia documental, material, pericial o incluso declaraciones que se opongan o se relacionen con el relato del imputado, resulta indispensable prepararse para atenderlas. Algunos ejemplos: si la declaración del sindicado es opuesta a la del ofendido, deberán proyectarse cuáles preguntas posiblemente se van a efectuar y lo más importante, sus respuestas, de acuerdo a la estrategia diseñada. Otro supuesto podría ser, el manejo de evidencias materiales o documentales, que con seguridad le serán mostradas al sindicado, ya sea para referirse espontáneamente a ellas o dar respuestas a cuestionamientos.

g) Explique las prevenciones que se harán antes de su declaración. Una de las obligaciones de cualquier autoridad es informar sobre su derecho de abstención, su derecho de declarar o permanecer en silencio. La formalidad que antecede la declaración del sindicado deberá serle explicada por el defensor, con el fin que comprenda lo que se le indica, pues por lo general, se utilizan términos muy técnicos no siempre comprensibles para el procesado.

h) Explique cómo ejercer el derecho de abstención, aún cuando se vaya a declarar. Si se le imputa varios hechos, deberá quedar muy claro que el imputado tiene la opción de declarar con respecto a unos hechos y en cuanto a otros, podrá abstenerse (si son varios hechos delictuales, los imputados, frente a cada uno de ellos tienen el derecho de no auto-incriminación), e incluso, respecto de los acontecimientos en los cuales decidió dar su relato, podrá acogerse a su derecho de abstención en cualquier momento.

i) Otras recomendaciones. La práctica irá instruyendo al defensor sobre varios de los consejos que se le pueden dar al imputado en el momento de su declaración, lo cual dependerá del caso y sujetos participantes del proceso. Veamos algunos de ellos: 1) señalarle que cuando declare es importante que vea al funcionario (juez o fiscal) que está tomando su declaración, no da buena impresión que durante la diligencia y sobre todo cuando es interrogado, vuelva su vista al defensor; esa actitud resta espontaneidad y credibilidad a su dicho; 2) enfatizarle que cuando no entienda una pregunta, lo diga, pidiendo se le aclare; 3) subrayarle que cuando se le interroga se limite a contestar lo que se le pregunta, si no sabe o no recuerda, que no invente; 4) aconsejarle si es preciso, respecto a su vestimenta.

Capítulo V

La recepción de las pruebas personales: la declaración del acusado

A) Momentos procesales de la prueba

La prueba, en materia penal, pasa por tres momentos o juicios, los cuales son:

a) Ofrecimiento de los medios de prueba. Esta actividad consiste en la presentación ante el órgano jurisdiccional de las declaraciones, documentos, objetos, etc., tendientes a acreditar el caso. Es un derecho que tienen las partes en cuanto al caso que proponen al juzgador.

b) Admisión de los medios probatorios. El juicio de admisibilidad gira en torno al establecimiento de la validez o licitud de las pruebas ofrecidas por las partes, su

grado de pertinencia y utilidad para resolver las cuestiones planteadas en el proceso penal.

Frente, a ello, el órgano jurisdiccional debe observar las siguientes reglas en cuanto al *juicio de admisión de la prueba*; es decir, requisitos para admitir la prueba, los cuales son:

1) Libertad de prueba. En nuestro sistema procesal se ha consagrado la libertad de medios de prueba; es decir, la libertad de elección y de empleo de los diversos medios de prueba, que da lugar, como regla, que no se requiera para la comprobación de un hecho en particular un medio especial o exclusivo de prueba; salvo que, existan prohibiciones de medios de prueba o si la ley establece la probanza de un determinado hecho con un preciso medio de prueba.

2) Legalidad de la prueba. El requisito de legalidad del medio de prueba exige que el mismo deba estar previsto en general por la ley, y que ésta no lo excluya en el proceso correspondiente, atendido cuál es el objeto de éste.

3) Idoneidad. Mediante la idoneidad ha de tenerse en cuenta que la ley permita probar con un medio de prueba determinado el hecho –o parte de él– objeto de prueba.

Para ejemplificar las reglas antes señaladas, analizaremos un tema que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el proceso penal seguido contra el ex presidente del Perú, Alberto Fujimori, por la presunta comisión de los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro¹⁴⁶ planteó. Es el caso si ¿se podrá admitir como prueba el audio de una conversación telefónica interceptada por una tercera persona sin orden judicial?

En efecto, se presentó como prueba de cargo en el proceso seguido contra Fujimori un audio denominado: “Diálogo Fujimori–Montesinos”, el cual contiene las conversaciones entre Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás Hermoza Ríos y Fujimori –conversaciones sucesivas: Montesinos / Hermoza y Montesinos / Fujimori– en el curso de la insurrección militar del 13/11/92. Tales conversaciones fueron transmitidos por el programa periodístico: “La Ventana Indiscreta”.

El general Hermoza Ríos expresó que el medio de comunicación fue telefónica; que él se encontraba en la casa oficial asignada al comandante general del Ejército; que en plena crisis, como consecuencia de una insurrección militar, se abre el secreto, por lo que, sus teléfonos no se encontraban encriptados; que supone que Montesinos Torres grabó esas conversaciones y debidamente editadas las hizo públicas –salieron al aire en los noticieros nocturnos–, aunque es auténtica; que, sin embargo, cuando reclamó por esa publicidad se le dijo que había sido interceptado por algún personaje, ex militar o ex marino, pero luego analizando los hechos consideró que fue Montesinos Torres el que dispuso su publicación¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Se debe tener en cuenta, que el 7 de abril del 2009, la Sala expidió sentencia, condenando a Alberto Fujimori a 25 años de pena privativa de libertad.

¹⁴⁷ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, sentencia condenatoria a Alberto Fujimori, § 152.

Frente a ello, la defensa de Fujimori impugna el audio como ilegal; alegando que son conversaciones interceptadas; que descartan una casualidad, y que no existió orden judicial¹⁴⁸.

Al respecto, la Sala estableció la necesidad de valorar si hubo o no violación al derecho constitucional del secreto de las comunicaciones. En ese orden de ideas, precisó que este derecho sólo puede ser violado por terceras personas que intercepten la comunicación mantenida por otros, lo que demanda una necesidad particularmente intensa para su tutela, especialmente frente al avance tecnológico que facilitaría su vulnerabilidad y pone en crisis el propio sistema de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la Sala afirmó que: *“La especial entidad de este derecho exige ser muy cautelosos en la necesidad de que sólo puede ser alzado mediante orden judicial, lo que debe estar rigurosamente probado, así como el hecho de que alguno de los que intervino en la conversación haya sido el autor de la grabación y difusión. En consecuencia, si en autos no está probada acabadamente alguna de estas dos circunstancias o, mejor dicho, la obtención lícita de las grabaciones –carga que corresponde a quien introduce la prueba–, no es posible admitirlas como prueba documental. El general Hermoza Ríos no grabó las conversaciones que sostuvo con Montesinos Torres y su deducción acerca de que este último las grabó y difundió no tiene aval probatorio categórico. No está probado que las conversaciones fueron interceptadas judicialmente, que es un hecho relativamente fácil de acreditar. Por tanto, el audio en cuestión se excluye del acervo probatorio”*¹⁴⁹.

En ese orden de ideas la Sala estableció dos reglas en cuanto a la admisión de conversaciones que han sido interceptados: 1) que la interceptación sea a mérito de una orden judicial, y 2) que alguno de los que intervinieron en la conversación haya sido el autor de la grabación y difusión.

Como en el caso concreto no se cumplieron con tales reglas, entonces se reputa una prueba inválida que no debió ser admitida a proceso.

c) Credibilidad de los medios probatorios. El juicio de credibilidad consiste en la producción de convicción o certeza de los hechos materia de proceso en la persona del juzgador; consiste en establecer la validación de la teoría del caso de cada una de las partes.

Para ello, es de vital importancia las preguntas que formulen las partes a los testigos y peritos, tanto en el examen, contra-examen, re-examen y recontra-examen. Asimismo, a la hora de establecer la utilidad e importancia de los documentos y objetos que las partes exponen a la audiencia del juicio oral.

B) Las pruebas personales

En derecho procesal penal, existen lo que se llaman las “pruebas personales” que son los medios de prueba a través de los cuales se trae al proceso a una persona con la finalidad de que verifique determinados hechos y, de ese modo, se pueda

¹⁴⁸ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, sentencia condenatoria a Alberto Fujimori, § 153.

¹⁴⁹ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, sentencia condenatoria a Alberto Fujimori, § 153.

formar el juez una convicción plena sobre ellos y sobre las circunstancias en que se produjeron, y son esencialmente tres: las declaraciones del imputado, la declaraciones del testigo y los informes de peritos.

Ahora bien, en el presente capítulo nos centraremos en la declaración del imputado en la audiencia del juicio oral.

C) La declaración del imputado

La declaración del acusado es un derecho que debe ser ejercido en forma estratégica; es decir, la defensa debe establecer cuál es el momento más oportuno para que el acusado responda a las preguntas que le formulen tanto su abogado defensor como las demás partes e incluso del juzgador. Es decir, por décadas ha sido un ritual el que el acusado sea el primero en ser interrogado; mas ahora, y tomando en cuenta los textos adjetivos más modernos como el art. 366 del Cód. de Proc. del Estado de México del 2009, el mismo puede prestar su declaración en cualquier momento durante la audiencia, incluso en cualquier estado del juicio oral; es el derecho del acusado en ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos.

En ese sentido, el abogado defensor deberá estimar si le es provechoso a su cliente que declare al final de la recepción de todas las pruebas, y de esta forma tener el panorama más claro a la hora de formular sus preguntas, o bien, si es más conveniente que declare al inicio, a fin de evitar, durante el contra-interrogatorio, un abanico mayor de temas de análisis debido a los diferentes frentes que se han abierto por el desahogo de todos los medios probatorios, o finalmente, si es más útil que su cliente guarde silencio, y de esta forma evitar que por sus propios dichos perjudique su situación jurídica.

La decisión que el acusado declare o se abstenga del mismo es estratégica, y siempre teniendo como brújula la teoría del caso de la defensa.

Ahora bien, para profundizar lo dicho en los párrafos anteriores, es menester analizar los siguientes puntos:

1) *El acusado como órgano de prueba.* Se denomina “órgano de prueba” a aquella persona cuya participación le permite al juzgador introducir en el proceso elementos probatorios.

Dentro de los órganos de prueba, más importantes tenemos: el imputado o acusado, la víctima u ofendido, los testigos y los peritos.

Sin embargo, existe una posición que no considera al acusado como órgano de prueba, incluso afirma que un proceso de partes no condice con la posición del imputado que presenta en el proceso (penal).

Al respecto, Schönke precisa lo siguiente: “Por lo que atañe al derecho procesal, se ha investigado de modo especial hasta qué punto el proceso penal debe ser transformado por un proceso de partes. Contra una reforma de tal clase, se alzan consideraciones de suma importancia. Un puro proceso de partes, en cuanto es lucha entre ellas, puede conducir a fáciles peligros para un inculpado, a causa de deficiencia en los medios de prueba o en la formación del perjuicio. Pero ante todo, no se da en un puro proceso de partes, la necesidad de investigar la personalidad del

autor, en especial Radbruch ha demostrado a este respecto, que las reformas del derecho penal y derecho procesal penal deben arrancar de las mismas ideas fundamentales. Si se abandona en el derecho penal la punición por el puro hecho, no es posible que sobre el ámbito procesal se exija una reforma en el sentido de una investigación de la personalidad del autor.

Un puro proceso de partes entraña además otros peligros, los cuales arrancan de la remarcada acentuación del derecho del inculpado en particular de frente a la necesidad de la generalidad de una protección eficaz contra el delincuente. Así como la idea jurídica exige protección activa del inculpado contra el abuso de los medios estatales, de lo que se infiere de otra parte también la exigencia hacia una defensa de la generalidad frente al delincuente. Por todo ello, el proceso penal no puede ser ni un puro proceso de partes, ni tampoco un estricto proceso inquisitorial, ya que de ninguna manera la adopción de uno de estos principios contrapuestos puede conducir a un procedimiento que corresponda a la idea jurídica aunada con las necesidades prácticas¹⁵⁰.

De similar opinión es Viada López-Puigcever, donde reproducimos su extensa crítica: “Sin embargo, el fenómeno se ha producido bajo el signo acusatorio, invocando unos derechos procesales intocables, que amenazan la misma esencia del *ius puniendi* y desconocen la autentica misión de las garantías que el ordenamiento reconoce al imputado. Es equivocado hablar de derechos en el proceso penal, cuando lo exacto es hablar de garantías y cargas procesales. Aquellas como principios institucionales del proceso penal, en cuanto instrumento para la realización de la justicia, y las cargas, como nexos jurídicos que surgen entre los sujetos del proceso. Si en el proceso penal predomina y urge el que se exprese la relación fáctica en función del derecho punitivo a través de la sentencia, no puede haber la disponibilidad de las partes sobre el procedimiento, como sucede en el proceso civil, aunque la estructura institucional sea común y se desenvuelva a través de un sistema contradictorio, que da oportunidad a las partes de exponer sus puntos de vista sobre las alegaciones contrarias, al tiempo que salve la imparcialidad del órgano jurisdiccional”¹⁵¹.

Por ello, el sistema acusatorio concebido como sistema con igualdad de partes no puede ser adoptado íntegramente, como ya apuntara Merkel; pues si se quisiera asegurar al imputado la posición exclusiva de parte, ello sería contradecir el principio fundamental del proceso penal, esto es, el principio de la verdad material. En efecto, este principio requiere el dominio de la materia procesal, de los órganos llamados a la investigación de la verdad, de los medios de prueba personales y reales; de ahí que suponga, además, la condición de que el imputado tenga también la posición de objeto de prueba.

Frente a ello, consideramos equivocada la tesis que niega la existencia de partes en el proceso penal, y por el contrario somos de la opinión que el concepto de

¹⁵⁰ Schönke, Adolf, *Evolución del derecho penal y procesal penal en Alemania a partir del año 1945*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. IV, fasc. I, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1951, p. 11.

¹⁵¹ Viada López-Puigcever, Carlos, *Comentarios a la sentencia del 22 de diciembre de 1961*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XV, fasc. II, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1962, p. 350.

partes se construye a partir del objeto del proceso penal: la discusión de las pretensiones de acusación y de reparación. A partir del mismo, vamos a introducir el concepto de partes como aquella (o aquellas) que formula (o formulan) y aquella a quien se le formula las pretensiones de acusación y de reparación, objeto del proceso. El órgano jurisdiccional no es parte, es sujeto de la relación procesal. Es un órgano supraordinado a las partes y ante él, y como destinatario, es formulada la pretensión.

En ese sentido, el imputado vendría ser “parte” y no objeto de prueba (aunque si un órgano de prueba, que puede brindar determinada información); una parte “pasiva”, no por la falta de dinamismo en la actividad procesal, sino como a quien se le dirigen las pretensiones que se discutirán en el marco del proceso penal.

Ahora bien, como parte que es, el imputado participa en el proceso penal en forma efectiva, aportando lo suyo en la discusión procesal y denunciando cualquier infracción a la legalidad de las actuaciones procesales. Para ello, se le debe asegurar un mínimo de garantías y principios, que a contrario de la opinión de Schönke, se ven traducidos a través del principio de la igualdad de armas; es decir, dotarle de la misma participación, según los parámetros legales de tiempo, lugar y modo de ejecución que se encuentran disciplinados en la norma procesal penal, que sus contrapartes: Ministerio Público y acusador coadyuvante.

Así, compartimos la opinión de Birkmeyer, de que parte es la persona que en el proceso y frente a otra requiere una decisión sobre una pretensión discutida o no por el adversario, en el modo y con las formalidades propias del proceso penal¹⁵².

Por otro lado, y teniendo en cuenta la plena autonomía del imputado para declarar o no hacerlo, si de hecho este declara en el juicio es necesario entender que su declaración se transforma, ahora sí, en un medio de prueba. Es decir, se trata de una información que los jueces deberán valorar en su sentencia, pudiendo analizar su credibilidad y de la cual podrán extraer conclusiones útiles para formar su convicción siendo plenamente aplicable a este efecto la regla general sobre libertad de prueba.

La valoración que los jueces pueden hacer de lo que el imputado manifieste en su declaración puede jugar tanto en su favor como en su contra, es decir, es posible que los jueces atribuyan credibilidad a lo que el imputado diga y esto les permita arribar a una duda razonable y en definitiva a una absolucón. Pero también es posible que consideren que lo que el imputado diga no es creíble y esto les permita atribuir más fortaleza a la versión del acusador. Es muy probable que en la mayor parte de los casos la declaración del imputado sea creíble en algunos aspectos y no en otros, y los jueces podrán por supuesto hacer estas distinciones y utilizar este material informativo junto con los demás medios de prueba para arribar a sus conclusiones.

2) *El derecho del acusado a no autoincriminarse.* Para Riego, uno de los elementos más importantes del juicio oral es la declaración del imputado. De hecho, tal como el sistema inquisitivo estableció toda una concepción de la declaración del imputado, basada en la idea de la búsqueda de la verdad y el sometimiento de la persona del imputado al interés estatal, el juicio oral, en cambio, plantea otra lógica

¹⁵² Citado por Guarnieri, José, *Las partes en el proceso penal*, México, José Cajica, 1952, p. 45.

completamente diversa en que el principal valor es el de la participación del imputado en el juicio oral. Su declaración, o su silencio, son ahora expresión de su autonomía y la expresión más importante de su derecho a la defensa. Estas manifestaciones, por otra parte, están protegidas con miras a garantizar que se ejerciten de manera completamente voluntaria¹⁵³.

En ese sentido, una manifestación fundamental del derecho a la defensa material consiste en la posibilidad de hablar, es decir, la posibilidad de hacerse cargo de la imputación en su contra, de negarla, de matizarla, de entregar información adicional que modifique sus consecuencias, de evidenciar sus contradicciones internas, de mostrar su falta de credibilidad, de plantear una versión alternativa que también pueda ser creíble, en suma de manifestarse como actor en el proceso y hacer valer sus puntos de vista de un modo amplio.

La fuente formal que de modo más claro consagra la defensa material es, probablemente, el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. La regla mencionada abre todo el catálogo de garantías judiciales que constituyen el debido proceso, prescribiendo “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente”. Este enunciado expresa lo que constituye el centro de la defensa y de todas las demás garantías: el derecho a hablar y, consecuentemente, a ser oído y, además, el derecho a participar en el proceso.

Este derecho a la defensa material es personal, esto es, corresponde al imputado, y el modo más elemental y directo de ejercerlo es por medio de su declaración, que es precisamente la manifestación de su versión de los hechos frente al tribunal por medio de un relato que aspira a ser creído. Tan central es este concepto de defensa material del imputado, que la defensa técnica, esto es la participación del defensor profesional, aparece como un elemento de apoyo a la anterior. En otras palabras, dado que los procesos judiciales que el Estado ha definido son complejos, el imputado requiere para el ejercicio de sus derechos de la asesoría de un experto para poder ser eficaz en su desempeño.

Sin embargo, un factor a ser tomado en cuenta es el derecho a no autoincriminarse. La no incriminación es una modalidad de la autodefensa pasiva, es decir, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

La prohibición de cualquier acto que perturbe o vicie esta voluntad de declarar o de no hacerlo y las salvaguardas necesarias para cautelar esta libertad es lo que se le conoce como el derecho a la no incriminación.

Visto así, la finalidad de dicho derecho es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo y la forma de conseguirlo es mediante la prohibición de utilizar en el proceso

¹⁵³ Riego, Cristian, *La declaración del acusado en el juicio oral*, disponible en www.enj.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=&gid=380.

cualquier declaración del inculpado que haya sido conseguido mediante la violación del derecho del cual nos ocupamos.

Una mirada analítica nos obliga además a enmarcar el derecho a la no incriminación dentro de la libertad a declarar del ciudadano. Esta libertad tiene dos expresiones, una negativa y otra positiva, esto es, la libertad de declarar y de no hacerlo. Este último es lo que se conoce como el “derecho a guardar silencio”.

Este derecho exige la prevalencia de la libertad y espontaneidad de aquél (del declarante), y el necesario respeto a sus derechos y garantías constitucionales, tanto en cuanto al hecho de declarar como al contenido de sus declaraciones. Supone por tanto, la invalidez de lo obtenido por vías directa o indirectamente vulneratorias de aquéllos, cualesquiera que sean.

Una declaración voluntaria que realice el inculpado en su contra no infringe el derecho a la no incriminación, esta declaración es la confesión, la cual, no es concluyente ni excluyente de la actividad probatoria del Ministerio Público.

Ahora bien, si aún con la confesión del acusado el Ministerio Público tiene que acreditar la imputación penal; con mayor razón, cuando el acusado no presta declaración alguna, es decir, guarda silencio.

En ese sentido, el silencio es en principio poco significativo debido a las múltiples interpretaciones que es posible atribuirle. En efecto, el silencio del acusado durante el juicio permite atribuir significado a través de los demás elementos probatorios. Por ende, más que resaltarse el silencio del acusado, debe de enfatizarse en la estrategia del Ministerio Público de presentar su caso con los medios probatorios que se requieren.

En ese sentido, el Ministerio Público podría presentar un caso muy débil, que por si mismo no podría conducir a una sentencia condenatoria, al concentrar toda su argumentación en el hecho de que el imputado ha guardado silencio como elemento central de la convicción de culpabilidad. Al respecto, los jueces deben preservar la presunción de inocencia exigiendo que el Ministerio Público pruebe su caso y centrando su análisis en esa prueba. El silencio del imputado, entonces, puede ser un elemento de reafirmación de la versión acusadora y, en el contexto de un caso sólido, puede ser un factor especialmente elocuente, pero su utilización no debe transformarse en una especie de inversión de la carga de prueba por medio de la cual el caso del Ministerio Público siempre aparezca validado por medio del silencio del imputado.

El silencio de cualquier persona frente a una imputación, en cualquier contexto de la vida social, es en principio ambiguo, es decir, son diversas las explicaciones de semejante conducta. Por cierto una de ellas será la de que la persona no tiene defensa que exponer porque, en efecto, es culpable de lo que se le imputa, pero hay otras también válidas, como por ejemplo que la persona prefiere no entrar a discutir el asunto en el escenario en que se plantea por que no lo considera apropiado, o que prefiere preparar su defensa de la mejor manera, o que considera que la imputación en si misma no la daña y prefiere no validarla haciéndose cargo de ella. Así por delante podría haber muchas explicaciones de esa conducta y es por eso que nada se puede deducir de ella en principio.

En el juicio oral, el contexto de la situación elimina muchas de las ambigüedades a que hacíamos alusión. La imputación es muy concreta, es grave y acarrea la consecuencia de una pena. Además, se trata de un escenario institucional previsto precisamente para que el imputado se defienda. Por lo tanto si este permanece callado hay menos explicaciones posibles de su conducta. No obstante, todavía existen explicaciones distintas al hecho de su culpabilidad.

Estas explicaciones tienen que ver precisamente con la eventual debilidad del caso del Ministerio Público, esto es, que el imputado no habla porque de hacerlo podría entregar elementos informativos que eventualmente reforzaran el caso del Ministerio Público y el imputado prefiere que el tribunal falle sobre la prueba del Ministerio Público dado que las debilidades de la misma conducirán a la absolución. En este contexto el tribunal no puede deducir nada del silencio porque este tiene varias explicaciones posibles. Es la fortaleza del caso del fiscal lo que hace elocuente al silencio del imputado, en la medida que el caso de la acusación es más fuerte se van cerrando las ambigüedades en el silencio del imputado, y es cada vez menos explicable por qué guarda silencio.

3) *El derecho del acusado de declarar en cualquier momento de la audiencia del juicio oral.* En las legislaciones latinoamericanas modernas se ha dispuesto que el imputado tenga el derecho a declarar durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, como medio para defenderse de la imputación en su contra. En ese sentido, siendo el juicio oral parte del proceso, parece claro que puede el acusado resolver con libertad en que momento del mismo presta declaración si es que resuelve hacerlo.

En ese orden de ideas, el acusado tiene la posibilidad de pedir ser oído en cualquier momento del juicio y puede resolver el momento preciso de hacer valer este derecho, de acuerdo con consideraciones puramente estratégicas. En todo caso, siempre que haga uso de esta facultad debe soportar las cargas de que sus declaraciones puedan ser utilizadas como prueba en su contra y la obligación de someterse al contra-examen del o de los acusadores.

Para Riego, siendo el derecho a la defensa una expresión de la autonomía individual, el imputado tiene derecho a ejercerla en el momento en que le parezca oportuno, negarle esta posibilidad es impedirle ejercer el acto fundamental de su manifestación como sujeto procesal, precisamente en la etapa en que esta cobra su máxima expresión que es en el juicio oral¹⁵⁴.

4) *La toma de declaración del acusado durante la audiencia del juicio oral.* Cuando las partes decidan interrogar al acusado, *debe haber una estrategia a la hora de formular las preguntas*; estas estrategias o sistemas de interrogación han sido desarrolladas por la doctrina, pero con mayor amplitud para el caso de la toma de declaración del testigo o del perito, por ende, será en esos temas donde los desarrollaremos por completo. Sin embargo, es menester formular pautas en la formulación de preguntas al acusado:

a) En el caso que el Ministerio Público interroge. Lo usual, según la reforma latinoamericana, es que el abogado defensor interroge al acusado al último; ello en aras a su derecho de defensa. Por tal razón, si el acusado decide declarar, entonces

¹⁵⁴ Riego, *La declaración del acusado en el juicio oral.*

quien debería formular las preguntas, en primer lugar, sería el representante del Ministerio Público.

En principio, el Ministerio Público, previo a interrogar, debe tomar decisiones, las cuales, giran en torno a las siguientes alternativas:

1) Formular preguntas en un orden cronológico o temático. El representante del Ministerio Público no puede llegar a la audiencia del juicio oral, y pensar que las preguntas que formulará al acusado van a salir conforme a la dinámica de la misma; eso sería un suicidio en la litigación oral. Si bien es cierto, las respuestas que dé el acusado, pueden, en ese momento, generar nuevas dudas, eso no significa que el fiscal no vaya con un libreto previo, que le evite sorpresas, errores o simplemente el no saber que hacer.

En ese orden de ideas, la primera parte de su libreto gira en torno a establecer si va a interrogar al acusado, ya sea por hechos ocurridos en forma cronológica, o bien por hechos agrupados en temas. La decisión que tome debe estar en función a su teoría del caso que pretende acreditar durante el juicio oral. Ahora bien, debe también tomar en cuenta las ventajas y desventajas de ambas opciones. En ese sentido, la ventaja de lo cronológico es que permite una claridad al observador (que en este caso es el juez) de los sucesos acontecidos; sin embargo, la desventaja es que puede darse el caso que los sucesos principales, se pierdan en un mar de hechos irrelevantes o sin mayor significado. Por otro lado, la relación temática presenta como ventaja que el fiscal sólo resalte los hechos relevantes, lo que están en conexión con su teoría del caso; no obstante, el riesgo es que, si no da tanto las pautas como las pausas de claridad, origine que el juzgador no entienda todo lo que pretende el representante del Ministerio Público hilvanar.

2) Emplear preguntas abiertas, cerradas, así como introductorias o de transición. Una vez que el Ministerio Público haya optado la manera cómo desarrollar su interrogatorio, tiene que ahora dotarla de contenido a través de la lógica de las preguntas.

En ese sentido, puede optar por las preguntas abiertas las cuales son interrogantes genéricas (p.ej., ¿qué ocurrió el día de los hechos? ¿qué hizo luego usted? etc.), que persiguen que sea el interrogado quien ofrezca la información o datos que se requieran. Estas clases de preguntas son ideales cuando se pretende insertar al juicio oral, por primera vez, una determinada información.

Por otro lado, están las preguntas cerradas, las mismas tienen como función centrar la respuesta del interrogado a un punto concreto (p.ej., describa el auto con el cual usted se marchó del banco).

Asimismo, están las preguntas de introducción o de transición, que son aquellas que permiten pasar de un tema a otro, sin que se pierda el sentido del interrogatorio.

Ahora bien, lo ideal es que el Ministerio Público combine los tres tipos de preguntas, evitando aquellas que pueden ser materia de objeción por parte de la defensa. Estas mismas sugerencias también pueden ser observadas por el acusador coadyuvante, si lo hubiese.

b) En el caso que la defensa interrogue. Igualmente, si la defensa opta por examinar al acusado, obviamente es en función a su estrategia y teoría del caso. En ese sentido, si va ser el último en interrogar, se sugiere que lo aborde en forma temática, es decir, tocando aquellos puntos que desbaraten lo obtenido por el fiscal cuando interrogó al acusado. De nada servirá abordar el examen en forma cronológica, si no elimina el terreno ganado por el Ministerio Público, cuando examinó al acusado.

Asimismo, tiene que emplear con más énfasis, preguntas cerradas; ello, porque la sugerencia es abordar el interrogatorio en forma temática y de frente a aquellos puntos que tocó el fiscal, a fin de desbaratarle lo logrado.

5) *Declaraciones contradictorias del acusado.* Mediante jurisprudencia del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito de México, se estableció que: “*La confesión tiene pleno valor probatorio de acuerdo al principio de inmediación procesal, porque fue producida por el acusado sin aleccionamiento o reflexiones defensivas y por ello debe prevalecer sobre las posteriores; tanto más si fueron emitidas al día siguiente de ocurridos los hechos delictivos*”¹⁵⁵.

Sin embargo, las declaraciones de un imputado deben someterse a un serio análisis de credibilidad, y si éste ha declarado sobre los mismos hechos en otras sedes, es del caso tenerlas en cuenta y valorarlas cumplidamente. Sin duda la falta de uniformidad del conjunto de las declaraciones de un imputado, no contribuye a un primer juicio de atendibilidad, pero es del todo posible una retractación o un cambio de versión, por lo que en este caso para estimar cuál de las versiones es la más arreglada a lo acontecido –que es un problema de credibilidad, no de legalidad, en tanto elemento esencial para formar la convicción sobre el fundamento fáctico debatido– debe analizarse tanto internamente el conjunto de declaraciones como en relación con los demás recaudos probatorios de la causa –es una exigencia de razonabilidad valorativa, que se profundiza cuando es del caso optar por la declaración brindada durante la investigación, en función de su falta de intermediación y de la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en juicio oral, y por ello ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva, que exige corroboración por otras circunstancias periféricas o por medios probatorios¹⁵⁶–. Compete al tribunal contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia.

Por tanto, debe darse un cambio en aquella línea jurisprudencial que, so pretexto de la inmediatez entre el hecho delictivo producido y la primera declaración del imputado, dan mayor credibilidad a la primera. Es decir, el juzgador, con las debidas cautelas, puede otorgar mayor credibilidad a una declaración frente a otra, sea cual fuese la sede en que se brindó; establecer la más coherente en atención a las con-

¹⁵⁵ Tesis 496, t. II, Penal, Jurisprudencia TCC; Jurisprudencia; apéndice 2000; Octava Época; Tribunales Colegiados de Circuito.

¹⁵⁶ Calderón Cerezo, Ángel - Choclán Montalvo, José A., *Derecho procesal penal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 356. Incorporada al plenario la declaración sumarial mediante las reglas de contradicción respectivas, ello posibilita dar cabida en la valoración de la prueba a esa declaración sin vulnerar los principios de oralidad e intermediación, pues presupone una confrontación oral directamente percibida por el Tribunal y, por lo tanto, una decisión sobre la prueba producida en el juicio en sentido estricto (Conde Pumpido Tourón, Cándido - Gimeno Sendra, Vicente - Garberí Llobregat, José, *Los procesos penales*, t. V, Barcelona, Bosch, 2000, p. 463).

creaciones que formula, a los datos que proporciona, a la presencia de otras circunstancias periféricas o a la concurrencia de hechos o indicios externos que le doten de objetividad bastante –credibilidad objetiva– para hacer razonable su valoración favorable frente a la otra declaración.

Finalmente, es indudable, por otro lado, que las declaraciones de contraste, del mismo acusado, deban aflorar en el curso del juicio o del interrogatorio por cualquier medio que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones previas poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna.

Capítulo VI

La recepción de las pruebas personales: la declaración de testigos

A) Los testigos

En principio, el testimonio es el medio de información más usual en la vida corriente; es indispensable para toda la vida social al permitir a cada uno completar indefinidamente su experiencia personal por la de los demás. Fiarse en las aseveraciones de los otros es una necesidad práctica, al mismo tiempo que la fuente de la certeza empírica a la que es menester acomodarse y de la cual constituye una variedad la certeza histórica¹⁵⁷.

1) *Concepto de testigos*. Testigo es toda persona que es llamada al proceso por presumirse que tiene conocimientos relacionados con el hecho que se investiga, con el fin de que declare lo que al respecto conozca¹⁵⁸. Por su parte y de un modo muy semejante, Ramos señala que testigos son las personas que en una u otra forma pueden tener conocimiento de los hechos o puedan aportar datos de utilidad para la instrucción de la causa¹⁵⁹.

Es de destacar por lo tanto que el testimonio o prueba testimonial, en general, reúne tres características determinantes: es una prueba *indirecta*, es decir, no media identificación entre el hecho a probar con el hecho presenciado por el investigador o juez; es *histórica*, por cuanto a través de ella se reconstruyen hechos pasados, que pueden o no subsistir al momento de la declaración, pero que en todo caso comenzaron antes de ella, y es *personal*, esto es, es un acto procesal que proviene de una persona física y concreta.

En general, la doctrina reserva la denominación de “prueba testimonial” para la prueba de terceros, ajenos a las propias partes, aunque en estricto rigor y, particularmente, tratándose de la víctima de un delito, su intervención procesal probatoria puede, sin dudas, calificarse de testimonio. Por su parte la prueba testimonial de terceros puede ser clasificada en testigos comunes y testigos técnicos o peritos.

¹⁵⁷ Gorphe, F., *La apreciación judicial de las pruebas*, citado por Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996. p. 127.

¹⁵⁸ López Barja de Quiroga, Jacobo, *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, Akal-lure, 1999, p. 259.

¹⁵⁹ Ramos Méndez, Francisco, *El proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 76.

En ese orden de ideas, la declaración del testigo constituye una de las formas comunes de llegar a conocer mejor los hechos materia de proceso e incluso a decidir los juicios, pues se conoce por boca de la persona que ha presenciado los hechos como fue que ocurrieron éstos, además, proporciona información acerca de las personas involucradas o de alguna circunstancias importantes para el proceso.

Frente a ello, todas las personas citadas por la autoridad judicial como testigos tienen la obligación de acudir a la sede judicial a prestar su declaración. En ese sentido, el juez debe citar como testigos a las personas ofrecidas por el Ministerio Público, la víctima, el ofendido y el acusado, e incluso aquellas que, según el juez, sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Sin embargo, el testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan producir responsabilidad penal. Sobre este caso, la doctrina lo denomina “testigo impropio”, el cual es una persona llamada a declarar como testigo en un proceso penal donde se ventilan hechos que lo involucran; frente a ello, está eximido de declarar, en aras del derecho a la no autoincriminación.

2) *Facultad de abstención.* En un modelo acusatorio con tendencia adversarial, toda persona que tenga información, sensorial o bien de oídas de lo sucedido y que es marco de análisis en el proceso penal, es hábil para prestar su declaración ante el juez de conocimiento; estando sujeto a las reglas del interrogatorio y del contra-interrogatorio, así sea, si dicha persona presenta algún vínculo familiar, afectivo, laboral, etc., con el acusado.

En efecto, en modelos no acusatorios, el tema de la vinculación entre el testigo y el acusado era trabajado como una causal de inadmisibilidad de su declaración en el juicio oral; es decir, no era relevante lo que tenía que declarar, sino que, de plano se le excluía de declarar por el sólo hecho de tener algún vínculo o relación con el acusado, conllevando a dudar sobre su imparcialidad.

Sin embargo, en el modelo acusatorio con tendencia adversarial, lo relevante no es la relación que tenga el testigo con el acusado, sino lo que tenga que declarar. Porque es ilógico eliminar de plano al cónyuge que presenció como su consorte mataba a una determinada persona.

Otra cosa es que el testigo mienta para favorecer o perjudicar al acusado. Pero el hecho de mentir no es una cuestión de admisibilidad de la prueba, sino de credibilidad, que son las partes a través del interrogatorio y del contra-interrogatorio los llamados a establecer.

Ello está recogido en el texto adjetivo chileno de 2000; es decir, en lo que respecta a la prueba testimonial, se regula el *principio del no testigo inhábil*, propio de un modelo adversarial; es decir, en el proceso penal chileno no existen los testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, y en la fase de juicio oral, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

En ese sentido, sería recomendable, por la salud del modelo acusatorio argentino, que se consagre el principio del no testigo inhábil, con la finalidad que las partes no cuestionen la admisibilidad de la prueba testimonial propuesta por el hecho de haber un vínculo entre el testigo y el acusado que conlleva a dudar de su imparciali-

dad; sino que, ese vínculo sea trabajado como una cuestión de credibilidad durante la fase del juicio oral y en el marco de la teoría del caso que cada una de las partes ha elaborado. Asimismo, debe darse una nueva línea jurisprudencial acorde con lo señalado en los párrafos anteriores.

Ahora bien, el art. 235 del Cód. Proc. Penal Bs. As. regula a aquellas personas que pueden eximirse de la obligación de declarar como testigos; es decir, no es una cuestión de inadmisibilidad sino de declaración voluntaria.

Así, los mencionados en este artículo, son aquellos vinculados por razón de parentesco con el imputado. En efecto, razones de vínculo familiar, de concordia en el hogar, sustentan el hecho de que no se obligue a los parientes del inculpado a declarar como testigos. La ley establece, taxativamente, que no podrán ser obligados a declarar: los parientes colaterales del imputado hasta el tercer grado de consanguinidad, sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado.

En estos casos, debe primero establecerse el grado de parentesco entre el testigo y el imputado con la documentación respectiva, y luego la autoridad judicial le debe de advertir que no está obligada a prestar testimonio, que puede rehusar a declarar, en todo o en parte; pero si aceptan rendir testimonio, no podrán negarse a contestar las preguntas formuladas.

Asimismo, esta eximente se extiende al querellante, particular damnificado y al actor civil.

3) *Deber de guardar silencio.* Otra causal de no obligatoriedad de la testimonial es aquella que gira en torno al secreto profesional. La razón indica en uno de los fundamentos de la profesión o culto religioso; el secreto de lo que conoce en el ejercicio de sus funciones; el deber de reserva que debe observar respecto de lo que se le confiere a una persona dentro del ámbito de su función profesional o culto religioso. Tales personas pueden conocer de hechos relacionados con el delito pero que por constituir secreto de profesión o de confesión, no deben declararlo.

Estas personas serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración. Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto, excepto cuando la ley lo prohíba.

Así lo dispone el art. 236 del Cód. Proc. Penal Bs. As. que señala que deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo sanción de nulidad, los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras o demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Sin embargo, estas personas no podrán negarse a testificar cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado. Si el testigo invocare erróneamente el deber de abstención, con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá, sin más, a interrogarlo.

4) *Citación de testigos*. Según la doctrina, existen tres formas para lograr la comparecencia del testigo a la audiencia del juicio oral a fin que preste su declaración; así tenemos:

a) Por orden de citación. La citación es el llamado que realiza la autoridad judicial, en este caso, a la persona del testigo, fijándose día y hora para que comparezca a la audiencia del juicio oral, a fin que preste su declaración, bajo apercibimiento de ser conducido por grado o fuerza por la autoridad policial, o bien ordenarse su arresto. En casos de urgencia, se puede utilizar cualquier medio que garantice la recepción de la citación; sin perjuicio que, y en el caso de servidores públicos, la dependencia en la que se desempeñen adoptará las medidas correspondientes para garantizar su comparecencia. Esta modalidad ha sido recogida por los dos primeros párrafos del art. 237 del Cód. Proc. Penal Bs. As.

b) Cuando la parte que propuso la declaración testimonial se compromete a presentar al testigo en la audiencia del juicio oral. El compromiso de presentarlo exime que la autoridad judicial libre la orden de citación, y usualmente, ocurre cuando se desconoce el paradero del testigo o pretende que se ignore, por razones de seguridad, su actual domicilio. Sin embargo, de no cumplir su ofrecimiento, se le tendrá por desistido de la prueba.

c) Cuando el testigo se presenta a declarar sin previa cita. Aquí, el testigo concurre a la audiencia del juicio oral sin haber sido citado por la autoridad judicial; no obstante, se permite la recepción de su declaración. Esta modalidad se encuentra regulada en el último párrafo del art. 237 del Cód. Proc. Penal Bs. As.; no obstante, la ley no ha señalado que el testigo exprese una razón o motivo de urgencia; por lo que, la recepción de su declaración responde a razones de economía y celeridad procesal.

5) *Comparecencia de testigos*. La eficacia de la orden de citación librada por el órgano jurisdiccional a fin que el testigo comparezca a la audiencia del juicio oral para que declare, esta dada por el apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública, si rehusara la orden judicial; todo ello, sin perjuicio que se le arreste según los términos establecidos en los arts. 133 y 239 del Cód. Proc. Penal Bs. As.

En ese sentido, las autoridades están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos. El juez podrá emplear contra las autoridades los medios de apremio que establece el texto adjetivo en caso de incumplimiento o retardo a sus determinaciones.

No obstante, debe precisar que, para hacer efectivo el apercibimiento la notificación debe ser debida y existir manifiesto deseo del testigo de no acatar el mandato judicial.

Sin embargo, hay ciertas excepciones, como por ejemplo la de aquellas personas que presentan un determinado impedimento físico (temporal o permanente); frente a ello, la recepción de sus declaraciones se realizará en el lugar donde se encuentren. En ese sentido, sugerimos que, para garantizar la fidelidad u originalidad del contenido de las declaraciones de aquellos testigos que las prestaron en un lugar diferente a la sede de la audiencia del juicio oral, se debe recurrir al auxilio de la grabación de la declaración por cualquier medio técnico, la cual se reproducirá en el

momento oportuno por el órgano jurisdiccional; todo ello, sin perjuicio que las declaraciones puedan ser transmitidas por sistemas de reproducción a distancias.

6) *Testigos-víctimas menores de edad*. La declaración que brinda la víctima en el juicio oral recibe el calificativo de *testimonial*, ya que con sus sentidos, aprehendió el despliegue de la conducta ilícita. Sin embargo, se debe ser muy cuidadoso cuando la víctima es menor de edad, y ello, para evitar su revictimización.

En ese sentido, los principios procesales que rigen la actividad del juicio oral pueden ser perfectamente observados sin afectar la integridad moral o la propia dignidad de la persona víctima de un delito y que es menor de edad, para ello, es posible recepcionar sus declaraciones en sesión privada y con el auxilio de técnicas audiovisuales.

Así, en Colombia, la testimonial del menor víctima de un delito sólo se rinde durante la etapa del juicio oral. Sin embargo, para evitar mayores perturbaciones y si es *menor de doce años* se pueden tomar determinadas providencias, como por ejemplo, que la audiencia podrá realizarse a través de *comunicación de audio-video*, caso en el cual no será necesaria la presencia física del testigo ante el juez. En efecto, el dispositivo de audio-video deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el testigo. Sin embargo, como señala el art. 146, inc. 5° del texto adjetivo colombiano, la señal del dispositivo de comunicación por audio-video se transmitirá en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación.

Asimismo, en Bolivia, el Código de Procedimientos Penales ha establecido en el art. 203 que cuando deba recibirse testimonio de personas agredidas sexualmente o de menores de dieciséis años, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el juez o tribunal, dispondrá su recepción en privado con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas para garantizar el respeto a las condiciones inherentes al declarante. Lo resaltante es el término genérico *perito*, es decir, que cabe la posibilidad que puede ser cualquier experto, incluyendo psicólogos.

Y así podemos seguir formulando recomendaciones, y quizás emplear las cámaras Gestalt no solamente durante la etapa de investigación, sino también durante el juicio oral, en concreto con menores y víctimas de violación sexual o secuestro.

7) *Testigos referenciales o de oídas*. Si el testigo es quien declara sobre aquello de lo cual tuvo conocimiento, es menester considerar que su aceptación ha de estar supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos que harán de ella una prueba legítima, y veraz, por ejemplo: a) que lo declarado, debe tener relación directa con la materia del juicio, rechazándose por ende, cualquier dato intrascendente o no atinente al tema en conocimiento; b) que los antecedentes entregados para la consecución del juicio, deben en cuanto a su origen, haber sido obtenidos con total respeto de las garantías fundamentales, de la parte contra la cual se presentan, y c) el testimonio prestado, debe estar revestido de veracidad; siendo este último elemento fundamental, pues dotará a la declaración de la importancia debida, haciendo necesaria y fundamental su introducción a la investigación.

Al respecto, se levanta una nueva figura de testigo, el denominado: “testigo de oídas”. Para Maturana son aquellos que conocieron los hechos a través del dicho de

una de la partes o de terceros¹⁶⁰. Urbano Castillo por su parte, entiende a éste como manifestación: “*De la prueba testifical, de quien personalmente escuchó o percibió auditó propio u otra persona le comunicó auditó alieno, hechos objeto del proceso*”¹⁶¹. En un sentido similar, Velayos, realiza un análisis sobre la prueba entregada por el testigo de referencia y lo que debe entenderse por tal: “*Es la prueba consistente en la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de los mismos provenientes de un tercero, el cual es quien verdaderamente ha tenido un conocimiento personal de lo relatado; dicho en otros términos, se equiparan las nociones de testimonio y testigo cuando se estudian desde la perspectiva de prueba de referencias*”¹⁶².

En el derecho anglosajón, tal prueba es conocida con el nombre de *hearsay evidence* (la prueba de lo oído), noción que se caracteriza por poseer un mayor grado de amplitud con respecto al testimonio de oídas, es así que en palabras de Velayos: “Dentro del término testimonio de referencia se admiten un amplio espectro de medios probatorios, que abarcan desde el testigo de referencia *strictu sensu*, hasta la prueba documental y las declaraciones previas de un mismo testigo deponente en juicio”¹⁶³.

La regla *hearsey*, está a su vez compuesta de dos axiomas, tales son: la oralidad, elemento distintivo de aquélla, y que es vista como la forma más perfecta y adecuada para la introducción de las manifestaciones de conocimiento de terceros en la fase decisoria de los procesos¹⁶⁴. Y la intermediación objetiva, según la cual los medios probatorios más idóneos, por razón de cercanía y proximidad a los hechos históricos acaecidos, para suministrar claridad cognoscitiva sobre la certeza de las afirmaciones objeto de prueba, serán acogidos con prioridad a otros medios más distantes.

Ambos postulados en especial el primero, otorgan un valor importante al testimonio de oídas, al situar a la oralidad dentro de las formas más aconsejables en torno a la obtención de datos que permitan reconstruir un hecho pasado. En este sentido, es factible destacar, como una característica esencial de nuestro proceso penal, el principio de la oralidad.

De estas tres definiciones, surge como cualidad distintiva del testimonio de oídas; que los antecedentes sobre los cuales declara, tienen su origen en lo dicho por las partes o terceros relacionados al juicio.

Por otro lado, el testigo de referencia, en principio, no está prohibido en nuestra legislación procesal penal: la ley, como consecuencia del principio de libre valoración de la prueba o criterio de conciencia, no excluye su validez y eficacia (el conocimiento de los hechos puede haber sido obtenido por comunicación oral, medio informático, por haber escuchado una conversación desarrollada entre otras personas en la

¹⁶⁰ Miquel Maturana, Cristian, *Los medios de prueba*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2002, p. 101.

¹⁶¹ Castillo Urbano, Eduardo - Torres, Ángel M., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Madrid, Aranzadi, 2000, p. 77.

¹⁶² Martínez Velayos, María I., *El testigo de referencia en el proceso penal*, Valencia, Universidad de Alicante, 1998, p. 24.

¹⁶³ Martínez Velayos, *El testigo de referencia en el proceso penal*, p. 24.

¹⁶⁴ Martínez Velayos, *El testigo de referencia en el proceso penal*, p. 92.

que no interviene, etcétera). No hay una causal de inadmisibilidad de origen en el testimonio que pueda proporcionar, no hay limitaciones relativas a los procedimientos en los que puede emplearse. El problema, esencialmente, es de veracidad y credibilidad de su testimonio. Es de aclarar, empero, que en sí mismo el testimonio de referencia no puede ser considerado una prueba mediata, indirecta o de indicios, menos circunscripta exclusivamente a identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de los hechos sobre los que declara, ni simplemente a confirmar o no la declaración del testigo principal; su alcance está en función a lo que conoció, las circunstancias de la fuente de conocimiento, las características personales del testigo indirecto y del directo, etcétera.

Finalmente, en lo referente a su valor probatorio, en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

Es obvio, sin embargo, que una testifical de referencia si es única o solitaria, sin prueba directa o indirecta –indiciaria o circunstancial– que corrobore sus afirmaciones, no puede ser apreciada por el tribunal sentenciador para justificar una condena –es considerada como una prueba ‘poco recomendable’, es decir, entraña graves riesgos, pues su carácter indirecto puede implicar una importante pérdida de fiabilidad–. Se requiere, antes, como criterios adicionales de fiabilidad del testimonio en cuestión y para favorecer el principio de inmediación, que se trate, de preferencia, de una información primaria o *auditio proprio* –que es una nota de la exigencia a la que se le somete ante la ausencia de percepción directa de los hechos por el citado testigo–, y que no se haya podido obtener la declaración del testigo directo –cuya identificación ha de ser aportada por el testigo referencial–, por una causa justificada –los testigos directos, por tanto, tienen preferencia absoluta– (se opta por la preferencia, que no su exclusividad, al testigo directo, la que se alzaría cuando existe causa justificada que imposibilita su concurrencia).

Se trata en este caso, de advertir, por el carácter subordinado del testimonio de referencia, de un lado, la presencia de una probada situación excepcional de imposibilidad efectiva y real o imposibilidad grave de obtener la declaración directa del testigo principal (fallecimiento, paradero desconocido, residencia en el extranjero, testigos menores de edad especialmente protegibles, etcétera) y, de otro lado, la concurrencia de supuestos de persecución de delincuencia grave y organizada, que dificulta la consecución de testigos directos. Así las cosas, es de reconocer la configuración de motivos o causales de inutilidad de esos testimonios por no haberse establecido un supuesto probado de indisponibilidad del testigo directo, en el que se han agotado todas las posibilidades legales para la obtención de su testimonio.

8) *Protección de testigos*. Recurriendo al derecho comparado, se puede señalar que, el 19 de junio del 2008 se reformó el art. 20 de la Const. federal mexicana, literal c, fracción V, presentando el siguiente texto: “*La víctima tiene derecho al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los*

sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación”.

En ese sentido, y como consecuencia del fenómeno de la criminalidad organizada que cada día toma más fuerza en nuestro país, se ha dado una serie de cambios en el *modus operandi* de la delincuencia, cada vez menos convencional y más violento, lo cual a su vez ha conducido a un cambio de labores del Ministerio Público y a una relevancia aún mayor del testimonio de la víctima y testigos, así como una exposición constante de éstos a amenazas y su consecuente materialización, que exigen una respuesta pronta por parte del Estado.

Para ello, se maneja en la moderna doctrina el denominado “principio de protección”, por el cual, se considera primordial la protección de la vida, integridad física, mental y moral, la propiedad, la libertad y la seguridad de las víctimas, testigos, agentes del Ministerio Público u otras personas que se encuentren en riesgo por su intervención directa o indirecta en la investigación de un delito, en un proceso judicial o por su relación con la persona que interviene en éstos.

Ello implica no solamente la reserva de identidad que hace mención el artículo de la Constitución federal mexicana, sino la adopción de un programa de protección para víctimas y testigos, que señale: a) las modalidades de ingreso al programa; b) las clases y/o mecanismos de protección que el programa brinda; c) las obligaciones de las personas beneficiadas con el programa de protección; d) modalidades de término o cancelación como participante del programa de protección; e) financiamiento; f) organismos públicos y privados involucrados en el programa de protección; g) responsable en la aplicación del referido programa, etcétera.

Por otro lado, la cuestión a resolver si en ejercicio de este derecho, la víctima puede prestar declaración en el juicio oral sin que el acusado y su defensor la viese.

Al respecto, en España, la *STS de 29 de septiembre de 1995 –RJ 1995, 6931–* consideró eficaz la declaración de la víctima sin estar presente el acusado, que se encontraba en una sala contigua desde la cual no podía ver al testigo, declarando en ésta ocasión que “la medida de exclusión de la presencia del acusado en la declaración testifical, adoptada por la sala a petición de la víctima del delito y con la finalidad de preservar su seguridad, aun cuando no sea aconsejable, no cabe estimar que genere indefensión alguna al acusado, cuando su letrado defensor ha podido intervenir en la prueba con plena libertad e interrogar al testigo de forma contradictoria”.

El Tribunal Constitucional español reconoció que tal forma de prestar declaración en el acto del juicio constituye una cierta anomalía procesal, pero tal irregularidad no tiene incidencia en el derecho fundamental a un juicio público con todas las garantías, en su triple vertiente de respeto a los principios de publicidad, contradicción e igualdad de armas.

Asimismo, el alto tribunal, con cita de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hace una distinción entre el testigo anónimo; es decir, aquel cuya identidad es desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos, y el testigo oculto; esto es, el que no es visto por el acusado.

Al primero se refieren las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1989 (caso “Kostovski”), de 27 de septiembre de 1990

(caso “Windisch”) y de 15 de junio de 1992 (caso “Ludi”). En estas resoluciones el Tribunal reconoció la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (sentencia Windisch). Pero, aún así, estimó contrario a las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso “Ludi”, insistió en la importancia de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger.

Así pues, es debido a la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo, por lo que el Tribunal Europeo considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6.3.d del Convenio la posibilidad de valoración de las declaraciones de los testigos anónimos; pero, como se dice en la sentencia que se comenta, “en el caso en que el testimonio no puede calificarse de anónimo, sino de oculto (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero en el que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos –tanto para la defensa como para el juez o tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado– resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas de aquel precepto y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución”.

De igual modo, la *STS de 14 de febrero de 1995* –RJ 1995, 757– consideró válida la declaración prestada por los testigos en el juicio “detrás de la tribunilla donde declaran los testigos, para impedir que el acusado los viera”; estimando, con cita de otra *STS de 8 de julio de 1994* –RJ 1994, 6283– (testigo que para no ser visto por los acusados declaró desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la sala de vistas, desde cuyo lugar podía ser visto por el tribunal, por el representante del Ministerio Fiscal y por los letrados defensores de los acusados, así como oído por todos los presentes en la sala); de la analizada *STC 64/1994* y de un *ATC de 17 de octubre de 1994*, “que si bien en estos casos hay una restricción en relación con el principio de publicidad que rige para las sesiones del juicio oral, no se produce infracción procesal relevante porque quedan debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, igualdad de armas, defensa e intermediación propios del mencionado acto solemne del plenario, pues, a la vista del tribunal y de los defensores de las partes, se interrogó a los testigos... tales irregularidades son de carácter menor y no pueden tener eficacia anulatoria del acto del juicio, ni menos aún, una consecuencia absolutoria para el acusado”.

B) La declaración testimonial

La toma de declaración del testigo durante la audiencia del juicio oral, puede presentar las siguientes modalidades: a) interrogatorio o examen directo; b) contra-

interrogatorio o contra-examen; c) re-interrogatorio o re-examen; d) recontra-interrogatorio o re-contraexamen, y e) interrogatorio del juez.

Sin embargo, antes de comentar cada una de estas modalidades, se debe señalar que, para iniciar la toma de declaración del testigo, se debe observar las siguientes reglas generales:

- a) El juez identificará al testigo y le tomará protesta de conducirse con verdad.
- b) Los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni enterarse de lo que ocurre en la audiencia.
- c) La declaración de los testigos es personal y no podrá ser sustituida por la lectura de registros anteriores.
- d) La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes.
- e) La parte quien ofreció al testigo inicia el interrogatorio; luego le seguirá la contraparte, quien efectuará el contra-interrogatorio.
- f) A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieren declarado en la audiencia, sólo respecto de las respuestas dadas por el testigo durante el contra-interrogatorio.
- g) El juez podrá formular preguntas al testigo con el fin de aclarar sus dichos.
- h) El juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.
- i) Si un testigo declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.
- j) Los testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.

1) *Examen directo del testigo*. Habiendo establecido las reglas generales para la declaración de testigos en el juicio oral, pasaremos a analizar una primera modalidad de examen, el cual es el examen directo de testigos.

Consiste en la revisión, en el juicio oral, de los testigos que la propia parte presenta, la cual está prevista en el art. 360, párr. 2° del Cód. Proc. Penal Bs. As.

Es respecto de estos testigos en donde resulta posible desarrollar el relato de manera tal que permita la comprobación de las proposiciones fácticas y el éxito de la teoría del caso, de la parte quien propone, presenta y examina al testigo. Para Baytelman y Duce, el principal objetivo del examen directo es extraer del testigo la información que la parte, quien presenta al testigo en el juicio, requiere para construir la historia o el trozo de historia que éste puede proporcionar. Así, la relevancia del examen directo es que constituye la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Baytelman - Duce, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, p. 107.

Asimismo, los objetivos que la parte debe de lograr con el examen directo al testigo que está presentando, son:

Solventar la credibilidad del testigo. Significa entregar elementos de juicio para convencer al juez de que ese testigo específico es una persona digna de crédito. El peso del testigo –su credibilidad y poder de convicción para el juez– estará fuertemente determinado por algunas características personales, conocimientos, circunstancias en las cuales apreció los hechos, etcétera. Para ello, quien lo está examinando deberá formular preguntas orientadas a obtener información sobre estos aspectos que se les llaman “preguntas de legitimación o acreditación del testigo”.

Acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso. El examen directo que se esté realizando debe obtener un relato que sustente las proposiciones fácticas de la teoría del caso del examinador; es decir, aquellos hechos y detalles que apuntan a que la historia realmente ocurrió como el examinador lo señala.

Acreditar e introducir al juicio prueba documental y/o material. Un tercer objetivo del examen directo, aún cuando pudiera no presentarse en todos los casos, es la acreditación e introducción de prueba documental y/o material por medio de sus declaraciones. En efecto, es a través de las declaraciones de testigos (y peritos) como los objetos y documentos se acreditarán como tales y dejarán de ser cuestiones abstractas. Ejemplo: ¿cómo introducir al juicio el arma supuestamente utilizada en el homicidio materia de proceso? Y ¿cómo establecer que esa arma fue utilizada por el acusado? Obviamente el arma, por sí sola, no habla; tampoco es suficiente que el fiscal lo presente y sea el mismo quien responda todos estos interrogantes –por la sencilla razón que el fiscal es una parte más en el proceso penal–; el fiscal lo tendrá que acreditar, por ejemplo, a través de los testigos que llame a declarar, los cuales, a través de su relato, logren convencer al juez que el acusado empleó el arma a fin de realizar el homicidio de “x”. Pero son las declaraciones de los testigos (y/o peritos) los que establecen los medios de acreditación e ingreso al juicio de la prueba material.

Obtener información relevante para el análisis de la prueba. Es común que los testigos puedan aportar información que permita pesar la credibilidad de otras pruebas que se presentarán en juicio o contextualizar las historias o relatos que provenirán de otros testigos o de otros medios de prueba. No se trata de relatos estrictamente vinculados con los hechos específicos del caso, sino de información contextual que pueda servir para fortalecer la teoría del caso del examinador o desacreditar la de su contraparte.

Por otro lado, la estructura básica del examen directo, descansa en dos etapas o contenidos: una primera destinada a acreditar o legitimar al testigo, y una segunda que tiene por objeto el relato de los hechos que componen su testimonio.

Así, en lo que respecta a la acreditación del testigo, Neyra Flores¹⁶⁶ indica que el juez debe conocer al testigo, humanizarlo; señalando, como ejemplo, el examen directo a la agraviada de un delito contra la libertad sexual.

¹⁶⁶ Neyra Flores, José A., *Técnicas de litigación oral*, disponible en www.cadperu.com/virtual/file.php/1/moddata/data/3/10/3050/TECNICAS_DE_LITIGACION_ORAL.pdf.

No obstante, el fiscal o el abogado defensor no deben volver rutinario las áreas de acreditación de los testigos. En nuestra cultura legal pareciera que ser profesional y tener familia son elementos que hacen siempre creíble a una persona. Al menos eso parece cuando uno observa las preguntas destinadas a establecer la profesión del testigo, su estado civil y el número de hijos; se repiten casi como un ritual en los juicios orales.

Sin embargo, las áreas de acreditación surgirán como consecuencia de las necesidades específicas del caso concreto. Habrá casos en que la relación con una persona será la principal acreditación que necesita el testigo, pues vendrá a declarar aspectos íntimos de dicha persona; en otras serán sus capacidades de percepción de los hechos; en otras, la acreditación se tendrá que hacer sobre la conducta previa del testigo que podrían dañar su credibilidad frente a los jueces (problemas de alcoholismo, de drogadicción, meretricio, etcétera).

Una vez que se ha acreditado la solvencia del testigo se está en condiciones de ir sobre las proposiciones fácticas que el testigo pueda acreditar. Si el testigo es presencial, normalmente su relato incorporará los hechos del caso tal cual ocurrieron según su punto de vista, lo que incluirá elementos tales como: lugar en que ocurrieron los hechos, su descripción, fechas y tiempos, personas participantes, hechos concretos presenciados por el testigo, descripción de situaciones o lugares, etcétera. Si el testigo es referencial (de oídas), no sólo tendrá que relatar los hechos referenciales, sino también las fuentes y circunstancias a través de las cuales se enteró de tales hechos.

Finalmente, el examinador debe tomar en cuenta cuatro reglas de oro:

1) *Prepare al testigo.* Recuerde que los testigos están nerviosos cuando atestiguan en juicio; asimismo, los testigos, incluso los peores, aportan algo bueno y los mejores tienen algo malo; además, los testigos saben mucho más acerca de la sustancia de su testimonio que lo que saben acerca del modo de presentarla¹⁶⁷. Por ello, la preparación del testigo es una actividad central en el objetivo de minimizar dichos errores y poder presentar a los jueces información relevante de manera inteligible, clara y creíble. *Un litigante profesional va al juicio a exponer información, no a buscarla; en ese sentido, no hace preguntas cuya respuesta desconoce.* Así, el abogado tiene que reunirse previamente con el testigo; recorrer juntos el relato, explorar los detalles relevantes, conocer sus debilidades, explorar explicaciones razonables para anticiparlas en el examen directo. Sin una preparación en esta línea, o convencido de que lo conoce bien por el sólo hecho de haber leído sus declaraciones previas en el expediente, sólo generará el presentar a juicio un testigo que no conoce, cuyas respuestas que dé, capaz, lo encuentre –al examinador– no preparado (sorprendido, prisionero del silencio que genera el quedarse atónito por una respuesta –de su propio testigo– imprevista).

Asimismo, Neyra Flores, acota que no se puede presentar prueba del buen carácter del testigo, porque será objetable por impertinente. Sólo se acepta cuando cuestiona la otra parte su buen carácter. Ejemplo: fiscal: Sra. ¿Tiene antecedentes penales?

Agraviada: No, ningún delito.

Fiscal: ¿Tiene Ud. buena reputación?

Agraviada: Sí, de persona respetuosa, honrada, trabajadora y católica. Asistente todos los domingos a misa.

¹⁶⁷ Goldberg, Steven H., *Mi primer juicio oral*, Bs. As., Heliasta, 1994, p. 87.

2) *Organice los testigos y testimonios que presentará en el juicio oral.* El fiscal o el abogado defensor, ya conocen a sus testigos, sus relatos, sus detalles, sus habilidades y defectos, sus horarios, sus ritmos de vida. Ahora con tal información, debe de organizarlos, siempre en función a la estrategia general del caso, que pretenden, sea de recibo por el juzgador. En ese sentido, la organización del examen directo tiene dos grandes temas: el orden de presentación de los testigos y el orden del testimonio.

En el primer caso, el *orden de presentación de los testigos* es una decisión estratégica de importancia que se ha dejado en libertad para las partes. Al respecto, se pueden presentar, como sugerencias, los siguientes tipos de organizaciones: a) situar a los testigos más sólidos al comienzo y al final de la lista de testigos, siendo el caso que, aquellos de importancia marginal o respecto de quienes se tenga dudas vayan al medio; b) organizar los testigos en forma cronológica, presentando a los testigos en orden en que fueron apareciendo en la escena del delito, a fin de ir recreando los hechos ante el juzgador, tal y como ellos ocurrieron; c) estructurar la historia en derredor del “testigo estrella”, y luego utilizar los demás testimonios como refuerzos de aquél, o d) agrupar a los testigos de acuerdo con la cantidad de información que cada uno entrega del caso, ofreciendo primero al testigo que pueda dar cuenta del relato general de los hechos y yendo luego con los testigos que aporten relatos parciales.

En el segundo caso, y una vez que ya sabemos quiénes son los testigos que van primero, los que siguen y los finales; ahora nos surge otro dilema: *frente al testigo que está a punto de declarar, cómo ordenamos su información.* Al respecto, es muy usual la sugerencia que la misma sea estructurada en forma cronológica; existiendo diversas formas de organizar la cronología.

3) *Emplee el tipo de preguntas adecuadas a los fines que pretende obtener con su testigo.* Existen tres tipos de preguntas que se pueden utilizar durante el examen directo. Así, en primer lugar, están las *preguntas abiertas*, las cuales tienen como fin invitar al testigo a formular la respuesta en sus propias palabras. Estas preguntas típicamente siguen el siguiente tenor: ¿Qué hizo el día 21 de marzo? ¿Qué sucedió después que entró en la casa? ¿Qué hizo luego? La principal ventaja es que permite al testigo explicarse en sus propias palabras, permitiendo al juzgador evaluar el grado de conocimiento que tiene de los hechos. Sin embargo, la desventaja es que los relatos que genera el testigo pueden no aportar todos los detalles que el abogado necesita conseguir del testigo, o bien incluir detalles sobreabundantes o de escaso interés.

Por otro lado, están las *preguntas cerradas*, su propósito es invitar al testigo a escoger una de entre varias respuestas posibles y por lo mismo, focalizan la declaración del testigo en aspectos específicos del relato. Por ejemplo: ¿Qué marca es su auto? ¿Qué color era su pelo? ¿Cuál es el nombre de su hermana? Es necesario remarcar que la pregunta cerrada no sugiere al testigo la respuesta deseada (porque sería materia de objeción), sino que deja abierta la opción, por limitada que ésta sea. Asimismo, la principal ventaja de las preguntas cerradas es el control que le entregan al litigante, en términos de poder obtener del testigo toda la información que éste posee, y sola información relevante. En cambio, la desventaja es que, en la medida en que las preguntas cerradas no permitan o dificulten al juzgador, el formarse

una opinión acerca de cuánto sabe realmente el testigo, su credibilidad puede verse dañada.

Por otro lado, están las *preguntas de introducciones y transiciones*; en efecto, cuando se está cambiando de tema, resulta útil encabezar las preguntas con una formulación que permita a los testigos y al juzgador situarse en el contexto en el cual se va a desarrollar el examen directo, facilitando la comprensión de la información que se espera del testigo. Se trata de encabezados que incorporan información de contexto para ubicar al testigo en su respuesta o para introducir un tema nuevo en el relato. Por ejemplo: señor X, ahora voy a preguntarle acerca de sus relaciones con el acusado, específicamente acerca de su relación profesional.

Luego de toda esta, sucinta, exploración, cabe señalar que la forma común en que se prepara un examen directo es la combinación de preguntas abiertas y cerradas, así como, el uso de preguntas de introducción y transición. Lo normal será iniciar los relatos con preguntas abiertas que permitan al testigo hablar sobre los hechos que conoce. A partir de este relato inicial, se utilizarán preguntas cerradas de seguimiento o para enfatizar aspectos específicos.

4) *La última regla de oro para el examen directo, es que el abogado debe recordar que el centro de la atención no es él, sino el testigo, por ser la fuente de información –lo poco o mucho que sepa el abogado es irrelevante, a la hora de la valoración que realice el juzgador–.* Sin embargo, las posturas que adopte el examinador frente al examinado, también son puntos que pueden favorecerle. En efecto, el examinador debe *emplear un lenguaje común*, a fin de lograr que el testigo y el juzgador lo entiendan. Asimismo, el examinador debe *escuchar al testigo*; es decir, prestarle atención; dar a entender que lo que está declarando es importante; además, que le ayudará a estar atento a cualquier desliz que su testigo, a la hora de estar declarando, incurra, a fin de hacer las aclaraciones del caso. Por otro lado, se recomienda que el examinador *no lea su listado de preguntas*, mientras examina a su testigo, porque se concentrará en su libreto y no en las respuestas del testigo, perdiendo el estado de alerta y dejando pasar finalmente oportunidades para aprovechar y reaccionar a la información que el testigo está aportando; otra cosa es la utilización de minutas temáticas para guiar al abogado, es decir, un listado de temas principales sobre los que el testigo debe declarar, pero nunca un set de preguntas completo para ser leído durante la audiencia. Finalmente, siempre es útil *el apoyo de gráficos*, es decir, un apoyo audiovisual, que fortalezca la declaración del testigo.

2) *Contra-examen del testigo.* Una segunda modalidad de interrogar al testigo es el contra-examen, la cual está prevista en el art. 360, párr. 3° del Cód. Proc. Penal Bs. As.

Esta modalidad se realiza después del examen directo, y es *realizado por la parte contraria*. Sus fines son, por un lado, cuestionar la credibilidad del testigo que fue examinado anteriormente, y por otro lado, procurar que el testigo reconozca aspectos positivos para su caso y negativos para el contrario.

En lo que respecta a la primera finalidad, el contra-examen busca cuestionar al testigo como fuente de información. En ese sentido, en un sistema de libre valoración de la prueba la desacreditación del testigo es necesariamente concreta; hay que darle al juzgador razones reales –por oposición a meros prejuicios– que permitan efectivamente decir que la persona del testigo, como fuente de información, no

es confiable; es decir, información concreta; no basta la sola mención que es un drogadicto, alcohólico, meretriz, etc., porque, *per se*, no conlleva a considerarlos menos dignos de confianza –o que es más probable que mienta–, eso es prejuicio.

Por otro lado, en lo que respecta a la segunda finalidad del contra-examen, la misma se desprende en las siguientes acciones:

Desacreditar el testimonio. En este caso, se trata de atacar la credibilidad, no ya de la persona del testigo, sino de su testimonio. El factor que más clásicamente desacredita al testimonio está constituido por las condiciones de percepción. Dichas condiciones pueden pertenecer a circunstancias personales del testigo (su miopía, su sordera, su estado mental, temor, drogas, al momento de los hechos), o bien circunstancias externas (el ruido ambiental, la oscuridad, la distancia, el hecho de que el objeto sea igual a muchos otros, etcétera).

Acreditar las proposiciones fácticas del contra-examinador. Hay ocasiones, por las cuales, se pueden obtener de un testigo contrario, testimonios que afirmarán las proposiciones fácticas del contra-examinador; es decir, que puedan corroborarse ciertos elementos de su propia versión de los hechos. Adicionalmente, se le envía al juzgador la señal de que no se ha mentado en esos puntos, y por ende, tampoco en los otros.

Acreditar prueba material propia. En la misma lógica que la anterior, si un testigo de la contraparte puede acreditar la prueba material del contra-examinador lo favorecerá, frente al juzgador, la autenticidad de dicha prueba material.

Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte. Si se puede obtener de los testigos de la contraparte testimonios inconsistentes entre sí, eso daña el caso de la parte rival, de manera importante. Que el testimonio de los testigos de una parte con los de la otra, sean inconsistentes, suele pasar; pero, que las declaraciones de los testigos del adversario sean inconsistentes, ya genera, como ganancia, la pérdida de credibilidad de los tales.

Por otro lado, se deben de observar las siguientes reglas de oro del contra-examen:

1. *Estructure el contra-examen en forma temática.* Como se recordará a la hora de estructurar el examen directo, la recomendación ha sido que ello se haga en un orden cronológico. En el caso del contra-examen, en cambio, la construcción de una historia íntegra y coherente suele no tener demasiada importancia. En el contra examen se trata de apuntar *hacia aquellas porciones de la declaración del testigo rival que pueden ser imputadas como inverosímiles, falsas o inconsistentes*. La estructura del contra-examen, por lo tanto, es esencialmente temática.

2. *Emplee declaraciones previas del testigo contra examinado.* Una declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad, y que consta en algún soporte, cualquiera que éste sea. Así, las declaraciones previas pueden haber sido hechas en cualquier momento o ante cualquier instancia pública o privada: un interrogatorio ante la fiscalía o policía durante la investigación preparatoria, la declaración de impuestos, una carta a un familiar, etcétera.

Por otro lado, *el empleo de las declaraciones previas sirve, y ahora dentro de la dinámica del contra-examen, para manifestar inconsistencias entre lo declarado ante*

el juzgador y lo manifestado anteriormente. En ese sentido, las legislaciones latinoamericanas modernas han regulado que, se dispondrá –el empleo de declaraciones previas– si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera. En el fondo, lo que se intenta es desacreditar al testigo debido que se trataría de una persona que cambia sus versiones sobre los hechos, lo que impacta su credibilidad. Para ello, hay cuatro pasos, que se sugiere, deben ser empleados para alcanzar los fines del contra examen: 1) fijar la declaración actual inconsistente, es decir, se debe pedir al testigo que fije exactamente cuál es su testimonio –ese por el cual se pretende desacreditar–; 2) establecer las condiciones de legitimidad a la declaración anterior, esto es, que el propio testigo dé como válida la existencia y contenido de una declaración prestada anteriormente; 3) acreditar la declaración previa, es decir, mostrarle al testigo el documento o soporte material que contiene su declaración anterior a fin que lo dé como válido e incorporarlo al juicio; 4) obtener la declaración previa inconsistente, esto es, se lee en voz alta aquella porción de la declaración que resulta inconsistente con la declaración actual.

3. *Utilice preguntas de tipo sugestivas de un solo punto, así como abiertas.* Las *preguntas sugestivas* son aquellas en donde el interrogante lleva implícito la respuesta: ¿usted olió a gas cuando ingresó a la casa?, y es de un solo punto, porque se refiere a un pedazo de información que se pretende resaltar (a diferencia de las preguntas compuestas, que llevan en su estructura dos o más preguntas). Sin embargo, en lo que respecta al examen directo, las preguntas sugestivas están prohibidas, y son materia de objeciones; ello, porque la información debe llegar al juzgador, por primera vez, a través de la respuesta que dé el testigo; no hay otro vehículo que de credibilidad a la información, sino la propia declaración de la fuente de prueba. No obstante, en el contra-examen el empleo de preguntas sugestivas no debe de estar prohibido, dado que, son las claves del contra-examen temáticamente orientado, al permitir dirigir la respuesta del testigo a la parte específica de información que el contra-examen persigue –allí donde un testigo hostil va a estar permanentemente intentando eludir, evitar, rodear o adornar la respuesta–.

Por otro lado, también en el contra-examen se pueden utilizar *preguntas abiertas*; ello como estrategia de evitar producir la sensación que es el abogado –y no el testigo– quien está dictando el testimonio, a través de las preguntas sugestivas. Se debe evitar despertar suspicacias del juzgador a tal nivel que llegue a tener la impresión de que el contra examinador no está tratando al testigo con la debida ecuanimidad o está ocultando información, pues ello afecta la credibilidad. Resulta útil, pues, intercalar preguntas abiertas, cuidando el contra examinador que ello sea en zonas seguras del contra-examen, donde no se requiera demasiado control.

4. *No formule conclusiones al finalizar el contra-examen.* Si se observan los contra-exámenes formulados, por un lado, al testigo que observó al presunto violador de la señora Martita, y por otro lado, a la mamá de Ana, víctima de violación, se podrá deducir que, *una vez encontradas las inconsistencias, el contra-examinador no se dirigió al juzgador y elaboró conclusiones de su contra-examen*; por la sencilla razón que, por estrategia, no es conveniente hacerlo; máxime, si después del contra examen, cabe la posibilidad, y lo veremos en el siguiente punto, de un re-examen (directo) a fin de salvar las contradicciones incurridas por el testigo. Las inconsistencias encontradas deben ser expuestas y sacadas el máximo de provecho en los ale-

gatos finales; en una especie de *promesa cumplida*, el caso de mi contraparte es débil e inconsistente.

3) *Re-examen del testigo*. A solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieran declarado en la audiencia; así lo dispone el párr. 4° del art. 360 del Cód. Proc. Penal Bs. As. Esto justifica la posibilidad, por un lado, del re-examen (directo), y por otro lado, el recontra-examen de testigos, respectivamente.

El re-examen es el nuevo interrogatorio, posterior al contra-examen, que efectúa la parte que hizo el examen directo al testigo. Su finalidad es rehabilitar al testigo cuya credibilidad ha sido debilitada en el contra-examen; para ello se le formulan preguntas en concretos puntos de su declaración (inconsistente, falsa o inverosímil), a fin que los explique.

4) *Recontra-examen del testigo*. El recontra-examen, es el nuevo interrogatorio, posterior al re-examen, que realiza la parte que hizo el contra-examen al testigo; su posibilidad de realización esta plasmada en el párr. 4° del art. 360 del Cód. Proc. Penal Bs. As.

Su finalidad es cuestionar la razonabilidad de la explicación dada por el testigo en el re-examen; o bien, volver sobre impugnación original o datos obtenidos durante el contra-examen y hacer que testigo se reafirme.

Asimismo, se sugiere, observar las siguientes recomendaciones: a) sólo se debe recontra-examinar cuando sea necesario y viable; caso contrario, puede favorecer aún más la explicación dada por el testigo durante el re-examen; b) si no se va a recontra-examinar, se debe aprovechar la oportunidad para expresarle al juzgador la decisión de no hacerlo, de manera estratégica, p.ej. juzgador: señor abogado ¿desea efectuar un recontra-examen? abogado: su señoría, no nos parece necesario; c) si se va a efectuar el recontra-examen, se debe limitar a las áreas cubiertas en el re-examen; por ende, también debe estructurarse en forma temática; d) las preguntas a utilizarse seguirán siendo sugestivas de un solo punto, y en forma estratégica, las de tipo de abiertas.

5) *Interrogatorio del testigo por parte del juez*. El juzgador también puede examinar a los testigos, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: a) excepcional. Es decir, no supe la actividad de las partes. Menos aún si las mismas han procedido con una estrategia deficiente y b) interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío. En ese sentido, la finalidad de las preguntas del juzgador no gira en torno: establecer el relato o historia de los eventos; hallar inconsistencias en lo declarado por el testigo; permitir que el testigo se explique ante probables inconsistencias de sus declaraciones; ni cuestionar la credibilidad de las explicaciones dadas por el testigo; todo ello, es actividad y responsabilidad de las partes. En ese orden de ideas, el juzgador sólo interroga por temas que no han sido objeto ni del examen directo, contra-examen, re-examen y recontra-examen, respectivamente. Lo señalado tiene como base legal lo dispuesto en el último párrafo del art. 364 del Cód. Proc. Penal Bs. As.

C) Objeciones

En todo este periodo de declaraciones son de vital importancia las objeciones, dado que, son un medio para ejercer el derecho de contradicción. En términos generales tienen por finalidad permitir que el juicio se adecue a los principios de buena fe, lealtad y presunción de inocencia. Para Castro Ospina cumplen las siguientes funciones: a) que ingrese al proceso información de calidad, esto es que no provenga del interrogador; b) evitar la introducción de pruebas ilegales, inconducentes, superfluas o repetitivas, y c) minimizar el efecto demostrativo de las pruebas¹⁶⁸.

Doctrinalmente, las preguntas que pueden ser materia de objeciones en el juicio oral son:

Preguntas capciosas o engañosas. Son aquellas que en su elaboración inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este modo a la parte que las formula. Ejemplo: se le muestra al testigo un set de fotografías de autos similares y se le pide que identifique cuál es el auto involucrado en el robo. La pregunta le sugiere que uno de esos autos es, pero el engaño está que el auto, supuestamente involucrado en el robo, no está en el set de fotografías.

Preguntas impertinentes. Mediante estas preguntas se intenta obtener del testigo información que no tiene una relación sustancial con los hechos que son objeto de prueba, es decir, que no resultan relevantes para decidir el asunto que se encuentra bajo la decisión del juzgador.

Preguntas sugestivas. Es sugestiva cuando ella misma sugiere o fuerza el contenido de la respuesta. Ejemplo: ¿usted estuvo en la discoteca “Zombie”, el día 14 de febrero del año x? Cabe recordar, que son objetables cuando se utilizan en el examen directo, mas no, en el contra-examen.

Preguntas conclusivas. La regla general es que el rol de los testigos es de relatar hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos (lo que vio, oyó, palpó, olió, degustó). En ese sentido, las conclusiones a las que un testigo pudo haber arribado son, en general, irrelevantes para la decisión del caso, y suele configurarse información de baja calidad.

Preguntas que soliciten opinión a un testigo lego. Al igual que en las preguntas conclusivas, las opiniones del testigo lego son, en principio, inadmisibles, por la falta de *experticia* del testigo en determinadas cuestiones. Ejemplo: ¿Hablabas en serio Pedro cuando hizo la amenaza?

Preguntas confusas. Son confusas aquellas preguntas que por su defectuosa formulación no le permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente indaga. En ese sentido, la confusión se da por lo complejo o poco claro de la formulación.

Preguntas ambiguas. La ambigüedad se da por el hecho de que la pregunta puede sugerir distintas cuestiones que se intenta indagar.

Preguntas vagas. La vaguedad se da por la amplitud o falta de claridad en la pregunta.

Preguntas compuestas. Cuando la pregunta contiene en realidad más de una interrogante. Es decir, son preguntas que incorporan en su contenido varias afirma-

¹⁶⁸ Castro Ospina, *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, p. 84.

ciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente. Ejemplo: ¿Y usted fue de vacaciones al Caribe luego de que le notificaron la quiebra?

Preguntas repetidas. Son objetables porque ya han sido preguntadas y contestadas en el juicio; habiendo el riesgo de la capciosidad, debido que, en el fondo lo que se pretende obtener con estas preguntas es que el testigo en algún momento y frente a la diversidad de preguntas orientadas a obtener la misma información, cometa un error y se contradiga con su declaración anterior

Otras preguntas de corte tendenciosa; ininteligible; especulativa; argumentativa; que vulneran la excepción de declarar; referidas a un testimonio de oídas; que tergiversen la prueba; perentorias; que incluyen amenazas, coacciones o premios; que tiendan a ofender al declarante.

Por otro lado, la objeción debe ser planteada tan pronto como sea formulada la pregunta impugnada y antes de que comience la respuesta del respectivo testigo. El momento, por tanto, es una fracción de segundo que supone que el abogado está absolutamente compenetrado con la labor que realiza su contraparte.

D) Declaraciones sumariales de testigos

La prueba testifical es, por naturaleza, reproducible en el plenario para someterla a contradicción, y si pudiendo hacerlo, no se produce, la practicada en la instrucción no puede ser utilizada, salvo que –mediante el recurso a su lectura– venga fundada en alguna grave causa de carácter absoluto u obstativo (se trataría de causas independientes de la voluntad de las partes y del tribunal –fuerza mayor– de carácter fáctico o jurídico, que impidan el concurso del órgano de prueba al juicio y que importe el agotamiento de todas las posibilidades legalmente previstas para su reproducción en juicio).

En consecuencia, la lectura de las declaraciones sumarias no es de recibo si es que no se solicitó la concurrencia de los testigos al acto oral, y no existe una causa fundada y razonable de su inasistencia.

De lo expresado en los párrafos anteriores se infiere lo siguiente:

a) Cuando se pretende valorar el dicho de un testigo, entonces su declaración debe ser ofrecida como prueba personal y tomada en la audiencia del juicio oral.

b) Las declaraciones realizadas previamente a la audiencia del juicio oral no tienen el valor de prueba, salvo cuando hayan sido tomadas en la audiencia de prueba anticipada o bien, cuando hayan surgido causas de fuerza mayor que impide la presentación del testigo en el juicio oral.

c) La valoración como prueba de declaraciones sumariales de los testigos debe ser solicitada por alguna de las partes; si no es solicitada no podrá ser merituada, así obre en el expediente.

d) Si las declaraciones sumariales no cumplen con las condiciones para ser valoradas como medios probatorios, pueden ser utilizadas durante el interrogatorio a testigos a fin de refrescarle la memoria o establecer alguna contradicción entre su dicho actual con sus anteriores declaraciones.

E) Valoración de declaraciones contradictorias

Tal como se comentó en el caso de la valoración de declaraciones contradictorias del imputado, en el caso de un testigo deben someterse a un serio análisis de credibilidad, y si éste ha declarado sobre los mismos hechos en otras sedes, es del caso tenerlas en cuenta y valorarlas cumplidamente.

Sin duda la falta de uniformidad del conjunto de las declaraciones de un testigo, incluso de un imputado o de un experto, no contribuye a un primer juicio de atendibilidad, pero es del todo posible una retractación o un cambio de versión, por lo que en este caso para estimar cuál de las versiones es la más arreglada a lo acontecido –que es un problema de credibilidad, no de legalidad, en tanto elemento esencial para formar la convicción sobre el fundamento fáctico debatido– debe analizarse tanto internamente el conjunto de testimonios como en relación con los demás recaudos probatorios de la causa –es una exigencia de razonabilidad valorativa, que se profundiza cuando es del caso optar por la declaración sumarial, en función de su falta de inmediación y de la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en juicio oral, y por ello ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva, que exige corroboración por otras circunstancias periféricas o por medios probatorios–.

En ese orden de ideas, compete al tribunal contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia.

Es factible, por consiguiente, con las debidas cautelas, otorgar mayor credibilidad a una declaración frente a otra, incluso a las prestadas en otra sede y ante la autoridad fiscal, policial y congresal –por tratarse, propiamente, de diligencias de investigación–, que a las prestadas ante el tribunal enjuiciador si resulta más coherente en atención a las concreciones que formula, a los datos que proporciona, a la presencia de otras circunstancias periféricas o a la concurrencia de hechos o indicios externos que le doten de objetividad bastante –credibilidad objetiva– para hacer razonable su valoración favorable frente a la otra declaración. Es indudable, por otro lado, que las declaraciones de contraste, del mismo testigo, deban aflorar en el curso del juicio o del interrogatorio por cualquier medio que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna.

Asimismo, el hecho de que en esas declaraciones –tanto las prestadas en el propio sumario como las rendidas en otros procedimientos– no haya intervenido la defensa del acusado no importa su exclusión pues no existe indefensión; una declaración hecha espontáneamente tiene siempre su valor y no puede obviarse. En efecto, no causa indefensión porque el testigo es interrogado en el juicio oral aunque no se lean y se valoren sus contradicciones –incluso, podría bastar a estos efectos que el declarante, reconozca durante el juicio oral que tuvieron lugar, que declaró en esos términos–.

Finalmente, y como ya se ha dejado expuesto, no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial, sólo se requiere posibilidad de contradicción. Es evidente que cumplir la exigencia demandada de contradicción efectiva no siempre es legal y materialmente posible, por lo

que basta que se cumplan las exigencias constitucionales y legales de ese acto de investigación. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia de contradicción y suple cualquier déficit u omisión observable en la fase de instrucción. De cumplirse esas exigencias de contradicción es posible analizar las declaraciones contradictorias y dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena.

Capítulo VII

La recepción de las pruebas personales: la declaración de peritos

A) El rol del perito en el proceso penal acusatorio con tendencia adversarial

En principio, los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es un aporte para el mismo y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. Es decir, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso¹⁶⁹.

La experticia que detenta el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de la misma, sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general. Como se puede apreciar, el énfasis de lo que caracteriza a un perito es el conocimiento especializado y la necesidad de ese conocimiento para apreciar correctamente un hecho o circunstancia relevante del caso¹⁷⁰.

Sin embargo, la especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino que disciplinas o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y post doctorados en su respectiva disciplina.

Por otro lado, lo primero que es necesario precisar es que el rol del testimonio experto en juicio es entregar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicitar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del juzgador que, de otra manera, no podría generarse. Esta información no puede ser entregada al juzgador por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una "persona promedio". Por lo mismo, el aporte central de los peritos normalmente se produce en el lenguaje de opiniones que surgen como consecuencia de la utilización de conocimiento experto para comprender ciertos hechos o fenómenos.

¹⁶⁹ Quezada, José, *Tratado de derecho procesal penal*, Santiago, Conosur, 1994, p. 360.

¹⁷⁰ Duce, Mauricio, *La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*, "Revista de Ciencias Penales Iter Criminis", n° 5, México, 2006, p. 62.

Lewis distingue cuatro tipos o especies de peritajes¹⁷¹:

a) Aquél en el que el experto entrega una opinión sobre hechos directamente observados. Se trata de situaciones en que el perito observa hechos sobre los que declara pero a la vez aporta opiniones acerca de esos hechos que suponen conocimiento experto, por ejemplo tratándose de un experto en huellas digitales o balística.

b) Aquél en el que el experto entrega una opinión sobre hechos presentados por terceros, es decir, que no han sido objeto de percepción directa de su parte. Típicamente se produce en casos en que el experto es confrontado con hipótesis de diversa índole en donde se le pide asuma como verdadero ciertos hechos que no ha tenido oportunidad de presenciar.

c) Aquél en que el experto entrega una opinión basada en principios generales de la disciplina que profesa, aun cuando no estén relacionados necesariamente con hechos concretos o específicos del caso, como por ejemplo, cuando un perito es convocado a juicio para relatar acerca de los procedimientos adecuados para obtener conclusiones o realizar exámenes sobre determinados objetos, todo lo cual se hace para pesar credibilidad de otras pericias del caso.

d) Aquél en el que el experto declara sobre un hecho que él observó a través del uso de su conocimiento especializado. Se trata de declaraciones sobre hechos y no opiniones, pero que sólo podrían ser entregadas por alguien que tiene conocimiento experto que lo habilita para percibir ciertos hechos, como por ejemplo, cuando un perito hace análisis microscópico de una sustancia mucosa encontrada en la víctima y afirma que dicha sustancia contenía espermatozoides.

Tal como señalaba, se puede apreciar que el énfasis central del aporte del perito esta dado por su capacidad de entregar opiniones al tribunal basadas en su experticia.

Por su parte, Roxin distingue tres formas de contribución de un perito en un juicio¹⁷²: a) cuando informa sobre principios generales de la disciplina; b) cuando comprueba hechos que únicamente pueden ser observados, comprendidos o juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales, y c) cuando extrae conclusiones que únicamente pueden ser averiguadas en virtud de conocimientos profesionales.

Se puede observar que la idea de perito y cuál es su función o contribución específica en un sistema procesal penal son relativamente sencillas. Siendo así, ellas deben ser tenidas presente al momento de hacer juicios sobre la admisibilidad de la prueba de expertos en juicio.

Por otro lado, en el proceso penal inquisitivo e incluso el mixto con tendencia a lo inquisitivo ha habido una ideología entorno a los peritajes. Esta ideología, empieza con la consideración que los peritos se los consideran como “auxiliares de la administración de justicia”; es decir, expertos que ponían su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar para nada

¹⁷¹ Cita tomada de Duce, *La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal*, p. 63.

¹⁷² Roxin, *Derecho procesal penal*, p. 238.

los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas.

Ello originaba las siguientes consecuencias:

a) El trabajo de los peritos estaba exclusivamente al servicio de las necesidades de conocimiento del juez.

b) Su designación quedaba entregada básicamente a dos hipótesis: 1) casos en los que la ley expresamente indicaba la necesidad de contar con una opinión experta, y 2) en el resto la decisión quedaba entregada fundamentalmente a la decisión discrecional del propio juez.

c) Otro elemento en esta lógica era que el sistema establecía una suerte de precalificación de idoneidad de quienes podían ser considerados como peritos (en esta lógica se establecía un sistema bastante cerrado en el que no cualquiera podía ser objeto de designación como perito para un caso).

d) En relación a la forma de rendirse la prueba pericial, ésta era centralmente concebida como un informe o dictamen escrito.

La prueba era dicho documento y no el perito en sí mismo. Ello era lógico y coherente con el carácter escrito del proceso inquisitivo en nuestro país. Es por eso que más que el perito la prueba estaba constituida por el “informe pericial” que se entregaba al tribunal por escrito.

Por otro lado, la lógica descrita cambia de manera radical. Así, en el sistema acusatorio con tendencia a lo adversarial, los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del tribunal”. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito juicio y a qué perito concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan.

Ello es una consecuencia natural del carácter acusatorio del nuevo proceso, de acuerdo al cual los jueces dejan de tener iniciativa o roles relevantes en relación a la producción de información y rendición de prueba, la que queda entregada exclusivamente a las partes¹⁷³.

Esto no significa que los peritos son “serviles” a quienes los presentan, sino que la decisión de presentarlo estará asociada al hecho que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia o disciplina, es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta. Tampoco significa, que todo perito que las partes intenten presentar a juicio deba ser admitido por el juez de control en la audiencia intermedia, sino que el peritaje debe ser pertinente, útil y no referirse a hechos públicos, notorios o se que se hubiese obtenido en forma ilícita.

Este cambio en la forma de concebir al perito impacta de diversas maneras en la regulación legal de esta prueba. Tal vez la más significativa es que el sistema pericial se flexibiliza por completo. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados

¹⁷³ En esta misma línea Granados sostiene para el caso de la reforma procesal penal colombiana que “la concepción en un sistema acusatorio de que el perito es de las partes y no de la curia” (Granados, Jaime, *La prueba pericial y la prueba novel en el marco del nuevo proceso penal en Colombia*, “Revista de Derecho Penal Contemporáneo”, n° 11, abr.-jun., Bogotá, 2005, p. 78).

en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención que sean admitidas.

Ahora bien, hay principios que regulan la prueba pericial. Así, en primer lugar tenemos el principio de *necesidad del conocimiento experto*. Se trata de un principio que surge como consecuencia natural de la lógica y función que cumple la prueba pericial en los procesos judiciales y, por lo mismo, es sólo exigible para este tipo en particular de prueba.

La necesidad de conocimiento experto se refiere a que la contribución central del perito en el juicio será ayudar al tribunal a decidir algo que está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión. Desde este punto de vista, la presentación de un perito a juicio sólo se justifica cuando el juzgador por sí solo no estaría en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. Por el contrario, si el juzgador está en condiciones de comprender un hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que deba para ello escuchar previamente a un experto, estamos en un caso de falta de necesidad y en donde debiera ser declarada inadmisibles este tipo de prueba (*prueba superflua o redundante*).

En segundo lugar, tenemos el *principio de idoneidad del perito*. Este principio está constituido por la necesidad de acreditar que quien se presenta como experto sea tal. Se trata también de un requisito que resulta bastante obvio. Si el sistema permite presentar expertos que están en condiciones de colaborar con las decisiones judiciales a través de sus conclusiones u opiniones, lo lógico resulta que exista un mínimo filtro previo que permita verificar si se trata de una persona idónea, es decir, alguien calificado en la ciencia, arte u oficio sobre la cual prestará declaración en juicio.

Para ello se requiere que, la idoneidad del perito debe ser acreditada en el área de experticia en el que se pretende declare, es decir, debe tratarse de una idoneidad relevante para los efectos de su aporte en el caso. Así, por ejemplo, si pretendo incorporar a juicio la opinión de un experto con formación en química, el objetivo de su declaración en juicio debe permanecer centrado a esa área y no ampliarse a aspectos psicológicos del comportamiento de la persona que visitó su laboratorio para la toma de las muestras respectivas. Si lo acreditó como químico sólo puede declarar en el área de su experticia. En este sentido, el hecho de acreditar a alguien como un “experto” no lo habilita para hablar de cualquier cosa.

Por otro lado, tenemos el tercer principio denominado “de pertinencia o relevancia de la prueba pericial”. Como se indicó, se trata de un requisito de admisibilidad común establecido para todo tipo de prueba en el nuevo Código. Cabe señalar que la pertinencia de una prueba también suele ser conocida como la relevancia de la misma, por eso se emplea ambos términos en forma indistinta.

La pertinencia o relevancia de una prueba se puede determinar en varios niveles de análisis. En el nivel más simple y sencillo, el que podríamos denominar como “relevancia lógica” de la prueba, se entiende que ella será pertinente en la medida en que exista vinculación del contenido de dicha prueba con los hechos a debatir en juicio. Así, Bofill ha indicado que una prueba carece de pertinencia cuando “no es

*conducente o concerniente a los hechos materia de la acusación o defensa*¹⁷⁴. Como se puede apreciar, en este primer nivel de análisis, el factor central que determinará la relevancia de una prueba tiene que ver con su potencialidad para probar hechos que van a ser objeto de debate en el juicio, sin importar cuán razonables sean o no esos hechos, cuestión que será objeto de evaluación final por parte del juzgador al momento de decidir el caso.

Asimismo, se puede identificar un segundo nivel mucho más sofisticado de análisis que podría llevar a limitar muy fuertemente la procedencia de prueba en nuestro país. Así a este nivel se le conoce como “relevancia legal”. La relevancia legal tiene que ver centralmente con un análisis de costo y beneficio en el que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar su incorporación al mismo. Este análisis de costo beneficio tiene por objetivo determinar si el valor probatorio potencial de la evidencia es superado por el “prejuicio” que ésta crea o por los “costos” que produce. En consecuencia, el juez, al admitir una prueba a juicio, no sólo debe mirar el vínculo lógico de la prueba concreta con los hechos a debatir sino que, además, debe balancear el aporte de dicha prueba a la solución del caso en comparación con diversos perjuicios que podría generar para la resolución del mismo o el funcionamiento general del sistema.

B) Examen directo de peritos

El examen directo de peritos queda sometido a las reglas y recomendaciones dadas para el examen (directo) de testigos. Sin embargo, hay ciertas peculiaridades que se deben de indicar.

En primer lugar, a diferencia del examen de testigos, el de peritos empieza con la exposición y contenido del informe pericial. Luego, sólo a partir de este informe, el perito se somete a las preguntas tanto del examen, y como veremos luego, del contra-examen.

En segundo lugar, y de acuerdo al principio de idoneidad del perito que se mencionó anteriormente, las primeras preguntas del examen directo deben girar en torno a establecer la experticia del perito, que legitime su declaración. Es decir, debe acreditarse al perito como una fuente de información confiable, ya sea apuntando al grado de conocimientos que posee, o bien, en su experiencia. En el primer caso, las preguntas deben dirigirse hacia elementos como sus estudios, su maestría o doctorado, sus publicaciones e investigaciones, etcétera. En el segundo caso, las preguntas se dirigirán a las actividades que ha desempeñado, durante cuántos años, a la cantidad de ocasiones en que ha participado en situaciones como las que son materia de prueba, etcétera.

En tercer lugar, a la hora de obtener la declaración del perito en el juicio, no se debe de emplear preguntas orientadas en forma cronológica, por la sencilla razón que, el perito no ha sido testigo presencial de los hechos. Por el contrario, debe estructurarse el examen directo de peritos en forma temática; es decir, tendiente a cu-

¹⁷⁴ Bofill, Jorge, *Preparación del juicio oral*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 29, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2002, p. 274.

brir las distintas conclusiones y los procedimientos llevados adelante para arribar a las mismas.

En cuarto lugar, el examinador debe tener presente que, a la hora que el perito está respondiendo a las preguntas, va utilizar un lenguaje técnico, según su experticia (grado de conocimiento y experiencia); por lo que, el desafío está en hacer que este experto pueda explicar lo mismo en términos que sean claros para todos.

Por último, se debe tener presente que de la declaración de peritos, a diferencia de los testigos legos, se busca obtener opiniones y conclusiones, y a ello deben de orientarse las preguntas, desde las abiertas, pasando por las de transición y terminando por las cerradas.

C) Contra-examen de peritos

Igual, como en el caso del contra-examen de testigos, aquí lo que se busca es restar credibilidad a lo informado por el perito de la parte adversaria; sin embargo, ello importa adentrarse a los conocimientos especializados del mismo, a fin de poder dirigir el contra-examen. Ello supondrá en muchas ocasiones la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del experto o asesorarse por otro experto de la misma disciplina que pueda orientar el trabajo en el contra-examen, revisar aquello que el perito ha escrito sobre el tema, etc.; por ende es una actividad compleja y complicada.

A continuación se sugieren las siguientes líneas de contra-examen de peritos:

Que el perito no tiene las calificaciones o experiencia que se habían sugerido en el examen directo. Ejemplo, el perito, que ha realizado el examen físico de la víctima de un robo, ha sido examinado, también, por el estado psicológico de la misma, cuando ello pertenece a una disciplina científica distinta.

Que el perito no es fiel a su ciencia, dado que, las conclusiones que obtiene contravienen aspectos consensuados en su disciplina; es decir, no ha empleado los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para obtener conclusiones.

Al respecto, para graficar lo señalado, se describe un extracto de una jurisprudencia chilena: *“De otra manera se desestima la prueba científica, sólo en el sentido que no es vinculante como evidencia respecto de imputado González Rodríguez puesto que no fue adecuadamente obtenida del sitio del suceso, en su origen, con su resguardo de conservación o custodia, para afirmar necesariamente que le pertenecían al enjuiciado Cristian González”*¹⁷⁵.

D) Re-examen de peritos

Aquí también se presenta la misma lógica que el re-examen de testigos; es decir, terminado el contra-examen, la parte que propuso al perito, puede solicitar un nuevo interrogatorio al mismo, con la finalidad de rehabilitar su credibilidad afectada por el contra-examen. Igualmente, debe estructurarse en forma temática y dirigirse a las áreas cubiertas por el contra-examen.

¹⁷⁵ Segunda Sala del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó (Chile), RUC 0700681328-8, RIT 45-2008, considerando 13.

E) Recontra-examen de peritos

Igualmente, al término del re-examen, la parte contraria puede solicitar un nuevo interrogatorio al perito, a fin de demostrar, bien la ligereza de las explicaciones dadas por el perito durante el re-examen, con respecto a la credibilidad de su declaración; o bien, lograr que el perito se reafirme en las inconsistencias detectadas durante el contra-examen.

F) Interrogatorio de peritos por parte del juez

Al igual que en el interrogatorio de testigos, sólo el juez puede examinar al perito, en forma excepcional y para tocar algún tema no tratado durante el examen directo, contra-examen, re examen o en el recontra-examen.

G) Lectura de declaraciones previas

El empleo de esta figura sirve, en primer lugar, al examinador de un testigo o perito a favor, al igual como al abogado defensor frente al acusado; es decir, durante el interrogatorio podrá hacer uso de las declaraciones previas del interrogado a fin de refrescar su memoria.

En segundo lugar, es de utilidad para el contra-interrogatorio, a fin de manifestar inconsistencias en el contra-interrogado; se le confronta entre lo que está declarando en la audiencia del juicio oral y lo manifestado por él anteriormente. En ese sentido, se podrá autorizar el empleo de declaraciones previas, si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

En el fondo, lo que se intenta es desacreditar al testigo, perito o acusado debido que se trataría de una persona que cambia sus versiones sobre los hechos, lo que impacta su credibilidad. Para ello, hay cuatro pasos, que se sugiere, deben ser empleados para alcanzar los fines del contra-examen: 1) fijar la declaración actual inconsistente, es decir, se debe pedir al testigo que fije exactamente cuál es su testimonio –ese por el cual se pretende desacreditar–; 2) establecer las condiciones de legitimidad a la declaración anterior, esto es, que el propio testigo dé como válida la existencia y contenido de una declaración prestada anteriormente; 3) acreditar la declaración previa, es decir, mostrarle al testigo el documento o soporte material que contiene su declaración anterior a fin que lo dé como válido e incorporarlo al juicio; 4) obtener la declaración previa inconsistente, esto es, se lee en voz alta aquella porción de la declaración que resulta inconsistente con la declaración actual¹⁷⁶.

Finalmente, las declaraciones previas pueden ser de utilidad durante el re-interrogatorio; es decir, para aclarar las supuestas contradicciones que el testigo o perito hayan incurrido.

¹⁷⁶ Para mayores detalles, véase: Pastrana Berdejo, Juan D. - Benavente Chorres, Hesbert, *El juicio oral penal. Técnica y estrategias de litigación oral*, México, Flores, 2009, p. 272 y siguientes.

Capítulo VIII

La recepción de la prueba documental

A) Concepto de documento

La prueba documental es uno de los medios disponibles para demostrar la veracidad de un hecho alegado. Esto por cuanto la información que consta en documentos o escritos puede ser valorada por un juez como muestra veraz de la autenticidad de un hecho.

En principio, el documento¹⁷⁷ es todo aquel medio que contiene con el carácter de permanente una representación actual, pasada o futura, del pensamiento o conocimiento o de una aptitud artística o de un acto o de un estado afectivo o de un suceso o estado de la naturaleza, de la sociedad o de los valores económicos, financieros, etc., cuya significación es identificable, entendible de inmediato y de manera inequívoca por el sujeto cognoscente.

Desde este punto de vista, se comprende a todas aquellas manifestaciones de hechos, como las llamadas instrumentales (cinta magnetofónica, video, diskette, CD, *slides*, las fotografías, caricaturas, planos, representaciones pictóricas, pentagramas, estampillas, cartas, fax, códigos de comunicación, fórmulas, etcétera).

Un documento es una pieza de convicción pero, al mismo tiempo, éstas tienen un carácter documental al ser por sí mismas capaces de representar los datos que en ella se contienen. Por documento no debe, pues, entenderse estrictamente toda representación gráfica del pensamiento plasmado por escrito, sino cualquier instrumento mueble apto para la incorporación de señales expresivas de aquél y que lo reproduce más o menos fidedignamente.

Asimismo, son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas, tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soporte informático, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado. Pero además de esta amplia comprensión de documentos, se establecen como clases de documentos los llamados “documentos públicos y privados”.

Es documento público aquel que es redactado u otorgado siguiendo la formalidad legal por la autoridad pública competente que da fe pública. Es decir, son auténticos los documentos públicos suscriptos por quien tenga competencia para expedirlos, salvo prueba en contrario.

En cambio, es documento privado el redactado por las personas interesadas, sea con testigos o sin ellos, pero sin intervención de funcionario público. En tal sentido, no existen requisitos formales para los documentos privados; estos pueden ser

¹⁷⁷ Etimológicamente documento deriva de la voz *docere* de “enseñar”, que significa dar a conocer algo o forma de expresión de algo. Para Carnelutti el documento constituye una prueba histórica, esto es, un hecho representativo de otro hecho. Agrega, si el testigo es una persona, que narra una experiencia, el documento puede ser definido como una cosa, por la cual una experiencia es representada.

documentos firmados por sus autores o no firmados; por lo que, carecen de valor por sí solo hasta que se pruebe su autenticidad y su relación con el hecho materia de proceso.

Finalmente, la doctrina también ofrece la siguiente clasificación de documentos¹⁷⁸: a) documento preexistente. Es aquel producido u otorgado con anterioridad al hecho que se conoce judicialmente, sin ninguna finalidad específica de tenerse como medio de prueba; b) documento preconstituido. Es aquel que se tiene como elemento probatorio o llamada también “prueba preconstituida”, que nace con la finalidad específica de probar un hecho determinado. Los documentos producidos durante las diligencias de investigación preliminares tienen esta singularidad, y c) documento original y documento copia. Dependiendo si se produce por primera vez, o si es una reproducción total o parcial de aquél.

Por otro lado, el documento para que sea considerado como objeto de prueba requiere de su incorporación al proceso y valoración posterior, previa observación, identificación y análisis. En ese sentido, debe existir una relación directa o indirecta entre el hecho materia de proceso con el documento que se pretende considerar dentro del proceso.

Frente a ello, se debe aplicar cualquiera de los siguientes métodos de identificación y autenticación:

a) Reconocimiento de la persona que ha elaborado, mecanografiado, impreso, firmado o producido el manuscrito. Para efecto del reconocimiento debe existir una relación directa o indirecta entre la persona y el documento a reconocer. En ese sentido, el primer método materia de comentario refleja una relación directa, dado que gira en torno a la persona que ha elaborado el documento, a fin que proceda a su identificación. Asimismo, ante una pluralidad de documentos, consideramos que es suficiente con un reconocimiento general; la exigencia de reconocimiento individual, en un ámbito que implica muchísimos documentos, no está prevista en la ley.

b) Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce. Es común, por ejemplo, que se disponga el reconocimiento por parte del imputado de los documentos presentados dentro del proceso por algunas de las partes, como aquellos realizados en la investigación preliminar: acta de incautación o su declaración ante la policía.

c) Mediante certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas físicas o jurídicas colectivas. El concepto de firma digital nació como una oferta tecnológica para acercar la operatoria social usual de la firma ológrafa (manuscrita) al marco de lo que se ha dado en llamar el “ciberespacio o el trabajo en redes”. Consiste en la transformación de un mensaje utilizando un sistema de cifrado asimétrico de manera que la persona que posee el mensaje original y la clave pública del firmante, pueda establecer de forma segura, que dicha transformación se efectuó utilizando la clave privada correspondiente a la pública del firmante, y si el mensaje es el original o fue alterado desde su concepción.

Las transacciones comerciales y el hecho de tener que interactuar masiva y habitualmente por intermedio de redes de computadoras le dieron lugar al concepto. Pero, sólo después que los especialistas en seguridad y los juristas comenzaran a

¹⁷⁸ Sánchez Velarde, *Manual de derecho procesal penal*, p. 703.

depurarlo alcanzó un marco de situación como para ocupar un lugar en las actuaciones entre personas, ya sea jurídica o real. El fin de la firma digital es el mismo de la firma ológrafa: dar asentimiento y compromiso con el documento firmado, y es por eso que a través de la legislación, se intenta acercarla, exigiéndose ciertos requisitos de validez. El papel es el medio de almacenamiento y el mecanismo es alguno de los tipos de impresión posibles (tinta, láser, manuscrito, etcétera). Esta cualidad física le da entidad al documento, contiene sus términos, conceptos y sentidos de una manera perdurable, y al ser un elemento físico cualquier alteración dejará “señales” identificables. Pero los papeles ocupan lugar y pesan demasiado, resulta complejo y molesto buscar información en ellos (requiriendo de la acción humana ya sea al archivarlos y/o al rescatarlos) y el compartir los documentos también resulta inconveniente, lo que se podría evitar con un sistema de computación.

A diferencia de la firma manuscrita, que es un trazo sobre un papel, la firma digital consiste en el agregado de un apéndice al texto original, siendo este apéndice, en definitiva, la firma digital; al conjunto formado por el documento original más la firma digital se lo denominará “mensaje”. Este apéndice o firma digital es el resultado de un cálculo que se realiza sobre la cadena binaria del texto original. En este cálculo están involucrados el documento mismo y una clave privada (que, generalmente, pertenece al sistema de clave pública-privada o sistema asimétrico) la cual es conocida sólo por el emisor o autor del mensaje, lo que da como resultado que para cada mensaje se obtenga una firma distinta, es decir, a diferencia de la firma tradicional, la firma digital cambia cada vez con cada mensaje, porque la cadena binaria de cada documento será distinta de acuerdo a su contenido.

A través de este sistema podemos garantizar completamente las siguientes propiedades de la firma tradicional: 1) quien firma reconoce el contenido del documento, que no puede modificarse con posterioridad (integridad); 2) quien lo recibe verifica con certeza que el documento procede del firmante. No es posible modificar la firma (autenticidad); 3) el documento firmado tiene fuerza legal. Nadie puede desconocer haber firmado un documento ante la evidencia de la firma (no repudio).

d) Mediante dictamen pericial. Las materias de *documentoscopia*, *grafoscopia*, *grafometría*, *grafología* y *dactiloscopia*, se ocupan del estudio de los documentos cuestionados, dependiendo de lo que se esté tachando de falso o alterado y en atención a ello es la materia o materias que deberán ofrecerse para el correcto desahogo de la prueba pericial que en su momento ofrezca¹⁷⁹.

B) Prueba documental

El documento como medio de prueba aparece cuando su contenido se apoya en declaraciones o en informes de personas dentro del proceso judicial; son aquellos documentos que forman parte del proceso y que por sí mismos merecen valor en tanto se relacionen con el hecho sujeto a proceso. Por otro lado, se tiene que diferenciar la *prueba documental* con la *prueba documentada*.

La prueba documental, en sentido estricto, se refiere:

¹⁷⁹ Arriaga González, Mónica G., *La prueba pericial en documentos cuestionados (documentoscopia, grafoscopia, grafometria, dactiloscopia y grafología*, México, Flores, 2009, p. 01.

1) A la prueba que consta en documento escrito. Se trataría de: escrituras públicas, certificaciones y actas notariales; informes y manuales oficiales; oficios y comunicaciones de la autoridad pública; periódicos, revistas y libros; croquis, planos, dibujos y radiografías; papeles privados en general, y comunicaciones o informaciones de autoridades extranjeras que consten en archivos.

2) A la prueba documental audiográfica y videográfica, que incluye soportes informáticos en general.

En el caso de las “actas”, las mismas son las labradas como consecuencia de determinadas actuaciones o diligencias realizadas por las autoridades públicas, con contenido informativo oficial cierto y de carácter objetivo, y que en todo caso, bajo determinados requisitos específicos, están en condiciones de constituir excepciones a la denominada “prueba plenaria” (la desahogada en la audiencia del juicio oral).

Por otro lado, la prueba documentada es el conjunto de declaraciones prestadas por una misma persona en otra sede, siempre que tengan relación con el proceso. De igual manera, otros fallos y transcripciones de videos realizadas en cualquier otra sede oficial. El control de legalidad, pertinencia y utilidad es inherente a esas pruebas en el acto del juicio oral.

C) Casos especiales de prueba documental

En este apartado, comentaremos determinados casos especiales de prueba documental:

1) *Los libros*. Sin duda alguna para analizar con propiedad la función de un libro en un proceso penal debe partirse de la diferenciación entre fuente y medio de prueba¹⁸⁰. *Fuentes de prueba* es un concepto extraprocesal, que consiste en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión judicial.

Mientras que *medios de prueba* son los instrumentos procesales a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso y sólo existen dentro de un proceso, regidos por normas procesales que establecen los supuestos y las formas en que la fuente de prueba puede aparecer dentro del proceso.

De este modo, un libro, una noticia o recorte periodístico o un plano o croquis o una grabación es una *fuentes de prueba* y como tal puede ser introducida al proceso –si se asume un concepto amplio de documento y desde una perspectiva dinámica, como cosa mueble o soporte material apto para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado: datos, hechos o narraciones, sin duda un libro es un documento en el que se relatan hechos de relevancia para el caso¹⁸¹, más propiamente es de otorgarle un valor de *prueba documental de carácter privado*–.

¹⁸⁰ Moreno Catena - Cortes Domínguez, *Derecho procesal penal*, p. 373.

¹⁸¹ El documento, desde una perspectiva estrictamente procesal, es una pieza de convicción con un determinado contenido ideológico, y la nota que lo distingue de manera especial es su carácter extraprocesal. Al respecto, consúltense: Torres Morato, Miguel Á. - De Urbano Castrillo, Eduardo, *La prueba ilícita penal*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2007, p. 364.

La prueba documental, admitido que el libro es una fuente válida de información para el proceso, consistirá en su lectura, sin más. No hace falta su ratificación, ni que el autor sea interrogado sobre todos los hechos relatados en el mismo e interrogado sobre sus términos. Cuestión distinta es, desde luego, el valor probatorio –respecto de la información incorporada– que cabe otorgar al libro. Mucho dependerá de su contenido y, luego, si puede confirmar datos incorporados por otros medios de prueba o éstos puedan avalarlo.

2) *El diario de debates.* El diario de debates del Congreso es un documento oficial expedido por el Congreso o Parlamento. En él consta lo que en las sesiones del pleno o de las comisiones exponen los propios senadores y/o diputados, así como, todo aquél que es citado para informar o declarar, o es interpelado para proporcionar explicaciones ante la respectiva Cámara o sus órganos.

En tanto documento público da fe de lo que en el Congreso dijeron los manifestantes; esa es su eficacia probatoria. Otra cosa es, por cierto, el contenido de las manifestaciones, respecto de las cuales el tribunal no está vinculado. Su valoración importará su análisis individual y su integración con las demás pruebas actuadas.

En ese sentido, los diarios de debates objeto de lectura como medio de prueba documental son plenamente valorables. No hace falta para su valorabilidad traer al juicio como testigo a quienes expusieron ante el Congreso o Parlamento. En ese sentido, y como veremos en los puntos más adelante, no toda exposición de una persona puede reducirse al medio de prueba testifical.

En consecuencia, el diario de debates es la fuente de prueba, que a su vez contiene una determinada información que proporcionó una persona concreta, plenamente identificada, en cumplimiento de pautas o prácticas parlamentarias. Son instrumentos que contienen declaraciones, y como tales se aprecian.

3) *Las pruebas audiográficas y videográficas.* En principio, las cintas magnetofónicas se rigen por las reglas de la prueba documental. Y si quien fue entrevistado reconoce su voz y el contenido de lo allí expuesto, no es del caso excluirla del complejo probatorio. Igual proceder opera en los videos.

Por otro lado, tenemos el siguiente problema: ¿las conversaciones grabadas en audio o video por orden de uno de los interlocutores vulneran o no el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal?

En lo que respecta al derecho al secreto de las comunicaciones, el mismo protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados. Su objeto es la confidencialidad, tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado, pero el derecho al secreto de las comunicaciones lo es con independencia del contenido de la comunicación, que pueden ser íntimas o no.

Si se protege la comunicación y no lo comunicado, en consecuencia, ninguna infracción cabe apreciar si alguno de los titulares de la relación informativa divulga la noticia, salvo claro está que la información afecte al derecho a la intimidad; no hay secreto cuando se narra algún hecho o se formula un comentario a un interlocutor.

En lo referente a la intimidad, la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en

que tiene un derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social. Este derecho incide y protege determinadas manifestaciones de la vida privada revestidas de una protección especial por venir directamente relacionadas con la dignidad y el desarrollo de la propia personalidad.

Pero, si la materia captada no entra en este ámbito personal, propio de la privacidad o susceptible de una protección legal expresa, y por el contrario, las conversaciones de los intervinientes (en el proceso de comunicación exteriorizaron sus pensamientos y puntos de vista voluntariamente y sin coacción) tienen trascendencia pública en función de los temas tratados, entonces no está siquiera en juego su vida íntima o privada. Por lo que, si las conductas que ella entraña pueden constituir delito proposiciones delictivas, no existe interés constitucional por el secreto¹⁸².

D) El procedimiento de incorporación al juicio oral: la inclusión de los juicios de pertinencia, autenticidad y extraneidad

El procedimiento de incorporación y recepción de la prueba documental en la audiencia del juicio oral es:

1) Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. En ese sentido, tratándose de prueba documental escrita, la parte que ofrece la práctica de la prueba debe señalar el folio o identificar el documento, que en el momento procesal oportuno ha debido de aportarse y ser anexada a las actuaciones judiciales. A continuación, debe destacar la pertinencia y, luego, el significado probatorio útil del documento: justificación de la necesidad de la prueba. Resuelto el extremo de la pertinencia formal del ofrecimiento de la prueba; de ser aceptada, la parte que la ofreció debe expresar si se debe proceder a su lectura pública. Pese a su negativa, la lectura debería realizarse si las otras partes insisten en su actuación.

2) Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción. La especialidad, referente a la prueba audiográfica y videográfica, consistirá: a) en su reproducción, total o parcial, en el acto oral: audición o visualización; b) si se trata de audición o visualización parcial, en ese acto las partes interesadas fijarán los extremos que estimen imprescindible de actuación, y c) se deberá plantear la necesidad de concurrencia de quienes deben asistir al acto oral para su reconocimiento.

3) El juez podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello fuere conveniente y se asegure el conocimiento de su contenido. La lectura del documento será

¹⁸² Para mayores detalles consúltese: Montero Aroca, Juan, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 49. Asencio Mellado, José M., *Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro montesinos en el mes de noviembre de 2000*, en Asencio Mellado, José M. (dir.) - Ugaz Sánchez Moreno, José C. (coord.), "Prueba ilícita y lucha contra la corrupción", Lima, Grijley, 2008, p. 56 a 74. Carbone, Carlos A., *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medio de prueba*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 190 y 191.

parcial si es muy voluminoso. Si se establece la necesidad de su lectura parcial, ésta se circunscribe al extremo destacado como esencial por la parte.

4) Todos estos medios podrán ser mostrados al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para complementar su dicho.

5) Si todas las partes coinciden en solicitar la lectura, audición o visualización de un mismo documento o acta, rige el principio de adquisición probatoria. En este caso, cada parte, por su orden empezando por quien la ofreció y en la estación correspondiente, dará cuenta del documento o acta y se pronunciará por el ámbito de su lectura, y, luego, por su específica relevancia e interpretación probatoria.

6) Las partes, a los efectos de la práctica de la prueba documental en el juicio oral, mediante la lectura, audición o visualización de los documentos y actuaciones documentadas que se introdujeron en la causa, podrán cuestionar su admisibilidad no sólo respecto a su *pertinencia* sino también a su *autenticidad*: extrínseca e intrínseca –referida en este caso al documento como fuente de prueba y a las exigencias necesarias del acta de una diligencia procesal–. El juicio estricto de pertinencia y de autenticidad del documento o acta documentada ofrecida será resuelto por el juzgador en el mismo acto (como incidencia que es), antes de su lectura.

7) La doctrina procesalista italiana, en cuanto a las pruebas audiográficas y videográficas, ha analizado la regla de *extraneidad*. Es decir que el audio o video no debe elaborarse *ex profeso* para que sirva a un específico proceso penal.

E) Lectura de piezas procesales

En sistemas procesales no acusatorios el bagaje de información que debía apreciar el tribunal a la hora de expedir sentencia estaba en función de un determinado alcance del principio de contradicción del debate oral. Desde esta perspectiva, se daba la posibilidad de lectura de las piezas procesales y documentos, entendiendo en el primer concepto los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción o sumario.

En cambio, en el sistema acusatorio, no puede aceptarse un concepto tan amplio de la información de hecho que puede apreciar y valorar el tribunal enjuiciador, y por tanto que extienda su conocimiento a las actuaciones de la instrucción bajo el único límite de su lectura en el acto oral o de la expresa autorización o no oposición de las partes, pues no sería compatible con los principios estructurales del proceso penal –contradicción e igualdad de armas–, que integran la garantía genérica del debido proceso en la actuación probatoria. Menos aún es del caso hacerlo en un proceso donde el juicio oral es la etapa principal o central del proceso penal.

Por tanto, el art. 366 del Cód. Proc. Penal Bs. As. establece, taxativamente, que registros de diligencias anteriores al juicio oral pueden ser admitidos al debate; fuera de esta lista, las partes no podrán solicitar la valoración de determinadas actuaciones realizadas con anterioridad a la etapa del juzgamiento.

Ahora bien la justificación del porqué se puede incorporar al debate oral diligencias anteriores al juicio, no gira en una excepción al principio de publicidad de la prueba (dado que va a haber contradicción de tales registros), sino una excepción al principio de su actuación por el mismo testigo o experto que explica su declaración o

su informe; pero de ninguna manera permite que se tome en consideración una prueba que no ha sido sometida al debate contradictorio de la acusación y de la defensa, aunque se halle en la instrucción o investigación.

Otra justificación es que el proceso penal está sujeto al principio de búsqueda de la verdad material que exige que se asegure que no se pierdan datos o elementos de convicción. No admitir que éstos se valoren, en tanto se hayan actuado con las garantías que le son inherentes, haría depender el ejercicio del *ius puniendi* estatal del azar o de situaciones dolosas contra los órganos de prueba que le impidan su concurso en el acto oral.

En ese orden de ideas, el principio en cuya virtud únicamente tienen la consideración de pruebas aquellas que se practican en el juicio oral, y que responde a la necesidad de que el tribunal sentenciador aprecia personalmente la prueba para formar sobre ella su convicción, anota Asencio Mellado, no puede ser entendido como una regla inflexible que obliga a que toda ella se ejecute en el juicio oral. Una disposición así es imposible de aplicarse, pues son muchos los casos en los que ciertos actos de investigación practicados con anterioridad devienen irrepetibles o lo son, incluso, en su propio origen, por lo que sólo cabe su reproducción en la vista¹⁸³.

Asimismo, según Cafferata Nores, se permite lo que se denomina “excepciones a la oralidad”, de cuya necesidad y tolerabilidad no se tiene dudas, entre las que no sólo se encuentran los supuestos de “contradicción anticipada” ante riesgos de no poder ser reproducida o de peligros de que la actuación procesal sea enturbiada, sino también, aun cuando no se produzca una “contradicción anticipada”, en los supuestos de emergencia no previsibles (por ejemplo, testigo fallecido), siempre que se cumplan las formalidades de la instrucción¹⁸⁴.

F) La testimonial y la documental

No toda declaración extraprocesal de una persona, de un testigo, es y debe ser siempre incorporada por medio del procedimiento de la prueba testimonial. Si se trata de un libro en el que ha dicho algo, de una grabación televisiva que contiene una entrevista e incorpora lo relatado por una persona, etcétera se incorporará al proceso por medio del mecanismo más apropiado a su naturaleza, siempre que se respete la oralidad, la intermediación y la contradicción en su ejecución.

No es posible, por consiguiente, reducir todas las manifestaciones de una fuente: el testigo, a declaración testifical en el juicio oral, pues ello daría como resultado excluir de esa fuente aspectos de importancia decisiva, pues son extraprocesales. Cualquier manifestación proporcionada por un testigo es una fuente de prueba, valorable si se introduce al proceso mediante cualquier medio que se adapte a su naturaleza.

¹⁸³ Asencio Mellado, José M., *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 252.

¹⁸⁴ Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, Sala III, 17/3/97. Cafferata Nores, José, *Proceso penal y derechos humanos*, Bs. As., Del Puerto, 2000, p. 153 y 155.

Es más, en el caso de los testigos que han declarado en el acto oral y han publicado un libro o un artículo determinado, no es el examen de ellos en el juicio lo que se incorpora dando valor sólo a lo que sea objeto de interrogatorio, sino el contenido del escrito. El interrogatorio no sirve para dar valor probatorio a la información, sino para confirmar su veracidad y garantizar la contradicción.

Los libros, incluso las entrevistas, contienen declaraciones espontáneas, no son interrogatorios en forma, y como no son testimoniales no deben someterse al régimen procesal de éstas, porque conforme a su naturaleza no lo son. No se les puede exigir los requisitos de una declaración ni que se han de producir ante el juez o en el juicio. Las informaciones o afirmaciones contenidas en un libro son públicas y voluntarias e implican la manifestación de un conocimiento ante la sociedad. No pueden ser desconocidas por entender que no son testificales, lo cual no significa que sus autores puedan ser llamados a declarar, en cuyo caso habría dos pruebas: la documental y la testifical, que significan realidades procesales diferentes. En este último caso, por un lado estarían los documentos en que se incorporan manifestaciones extraprocesales que han de llevarse al proceso normalmente por la vía documental, y por otro lado el interrogatorio de sus autores en el juicio, que es otra prueba, diferente de la anterior, aunque en una apreciación conjunta ha de valorarse de forma común.

Capítulo IX

La recepción de la prueba material

A) Prueba material

En principio, se debe diferenciar, por un lado, la prueba material, y por otro lado, la prueba documental.

La primera recae en todo tipo de objeto relacionado con los hechos materia de delito (p.ej., el arma homicida), el cual debe ser exhibido y examinado por las partes. La segunda, recae en escritos, grabaciones, audiovisuales, computacionales y similares, en los que consta información relevante acerca del caso, los cuales, deben ser leídos o reproducidos por cualquier medio idóneo para su percepción en el juicio, con indicación de su origen.

En ese sentido, en lo referente a la prueba material, los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.

La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.

Al respecto, se sugieren la observancia de los siguientes pasos:

a) Elegir un testigo o perito idóneo para reconocer el objeto; pudiendo ser el propio acusado. Al decir *idóneo*, se refiere a que pueda reconocer el objeto y dar razones que hagan verosímil dicho reconocimiento. Ejemplo: el policía que recogió el arma en el sitio del suceso.

b) Exhibir el objeto al testigo, perito o acusado, preguntándole si lo reconoce. Para ello, se requiere de un sistema de marcación de objetos; por ejemplo, le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como el objeto n° 1 de la parte que represento (fiscalía o defensa). ¿Lo reconoce? El sistema de marcación de objetos evitará que se formulen preguntas sugestivas que sean materia de objeción de la contraparte, p.ej., ¿Reconoce este cuchillo encontrado en la escena del crimen? Contraparte: Objeción, pregunta sugestiva, del testigo debe salir la información del lugar y uso del objeto que se le muestra.

c) Pedir al testigo, perito o acusado, razones de su reconocimiento. Esto es ideal cuando se examinan a policías o peritos de la fiscalía que han recogido, cuidado y, si fue el caso, examinado el objeto materia de reconocimiento, a través de la denominada “cadena de custodia”, consistente en el procedimiento a seguir para con los objetos recogidos o incautados, a fin que sean marcados o rotulados de cierta manera que los vincula al caso, exigiendo además algún tipo de constancia de quienes los han manipulado en cada eslabón de la cadena, hasta su presentación en juicio.

Al respecto, el art. 220, inc. 5° del Cód. Proc. Penal peruano del 2004, ha señalado que la fiscalía de la Nación, a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados.

d) Ofrecer el objeto en la prueba. La petición es realizada a quien está dirigiendo el juicio oral, quien deberá preguntar por objeciones de las demás partes. Si no hay objeción o ellas son rechazadas, el objeto se declara *ingresado en la prueba*, y puede ser utilizado de ahí en adelante por todos los involucrados, tanto en el resto de presentación de la prueba como en los alegatos, y no requiere ser reconocido nuevamente.

e) Utilizar el objeto; es decir, insertar el objeto en el relato o caso que se está presentando en el juicio oral.

Sin embargo, ello no significa, que la contraparte no realice un contra-examen al testigo o perito, cuyo testimonio, permitió el ingreso, a juicio, del concreto objeto. Ello, no con la finalidad que se revise la decisión de admisibilidad de la prueba; sino para restar credibilidad a lo que está declarando el testigo o perito. Recuérdese que una cosa es la admisibilidad de la prueba, y otra muy diferente su valor o falta de inconsistencias. Por ejemplo, el contra-examen buscaría establecer: 1) afectar la credibilidad del policía como persona (si ha tenido algún tipo de sanción por manipulación de las evidencias); 2) afectar la credibilidad de su testimonio (cuestionar la validez del procedimiento de cadena de custodia que empleó; si hubo una tercera persona que corrobore lo que dice; etcétera). En otras palabras, a pesar de que el arma ha sido admitida a juicio, no significa, que con un buen contra-examen se reste credibilidad a la forma de actuar del policía, claro está, según el ejemplo dado.

B) Cadena de custodia

La cadena de custodia es un procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabili-

dad de elementos materiales de prueba como documentos, muestras (orgánicas e inorgánicas), armas de fuego, proyectiles, vainillas, armas blancas, estupefacientes y sus derivados, etc.; entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial¹⁸⁵. Por lo que, cuando en un hecho de sangre y en la escena se encuentra el instrumento del delito, este instrumento empleado por el delincuente, desde que se ha comprobado el hecho y es hallado, ya rige la cadena de custodia¹⁸⁶.

En ese sentido, la cadena de custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso, las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia.

Es decir, constituye como la aplicación de una serie de normas tendientes a asegurar, embalar y proteger cada elemento material y evidencia física encontrada en la escena del delito, para evitar su destrucción, suplantación y contaminación que garantizará que aquello que es incorporado al proceso es lo mismo que se encontró en la escena del delito.

La cadena de custodia juega un papel importante en el nuevo proceso penal tal como señala el doctor Restrepo Medina que indica sobre “los elementos materiales del delito y la evidencia física radica en que éstas pueden probar la comisión de un delito, relacionar al sospechoso con la víctima o con la escena del crimen, establecer las personas asociadas con el delito, corroborar el testimonio de una víctima, definir el modo de operación del agresor y relacionar casos entre sí o exonerar a un inocente. Además, es más confiable y objetiva que la prueba testimonial y el desarrollo de la ciencia lo ha hecho más importante”¹⁸⁷.

Pero se debe de seguir el procedimiento establecido por el nuevo Código de Procedimientos Penales para que los elementos materiales y evidencias físicas que se recoja en la escena del delito que actúan como elemento de convicción sean evaluadas, las mismas que deberán de ser incorporadas en la investigación, admitidas en la etapa intermedia y valoradas en el juicio oral, a efecto de acreditar los hechos delictivos materia de la investigación, ya que es precisamente la cadena de custodia la que garantizara que aquello que es incorporado al proceso es lo mismo que se encontró en la escena del delito.

Por otro lado, la cadena de custodia al iniciarse en la escena del delito en donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, se rige por los siguientes principios:

¹⁸⁵ Angulo Arana, Pedro, *La investigación del delito en el nuevo proceso penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 175.

¹⁸⁶ López Calvo, Pedro - Gómez Silva, Pedro, *Investigación criminal y criminalística*, Bogotá, Temis, 2000, p. 137.

¹⁸⁷ Restrepo Medina, Manuel, *El nuevo sistema acusatorio*, Bogotá, Intermedio, 2005, p. 39.

1) El control de todas las etapas desde la recolección o incorporación de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados hasta su destino final, así como del actuar de los responsables de la custodia de aquéllos.

2) La preservación de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados para garantizar su inalterabilidad, evitar confusiones o daño de su estado original, así como un indebido tratamiento o incorrecto almacenamiento.

3) La seguridad de los elementos materiales y evidencias así como de los bienes incautados con el empleo de medios y técnicas adecuadas de custodia y almacenamiento en ambientes idóneos, de acuerdo a su naturaleza.

4) La mínima intervención de funcionarios y personas responsables en cada uno de los procedimientos, registrando siempre su identificación.

5) La descripción detallada de las características de los elementos materiales y evidencias además de los bienes incautados o incorporados en la investigación de un hecho punible, del medio en el que se hallaron, de las técnicas utilizadas, de las pericias, de las modificaciones o alteraciones que se generen en aquéllos entre otros.

Dichos principios son importantes a efecto de demostrar que los elementos materiales probatorios y la evidencia física han sido detectados, fijados, recogidos, obtenidos y embalados técnicamente, observando lo prescrito por las normas legales.

Finalmente, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

C) Excurso: los informes periodísticos

Los objetivos de la actividad probatoria posibilitan un amplio marco de actuación de los sujetos procesales, pero siempre guardando la formalidad y solemnidad en el ofrecimiento y actuación de la prueba. En tal sentido, existe libertad probatoria, por ejemplo, para establecer la conducta que se atribuye ilícita; para establecer el grado de responsabilidad del imputado, o de su eximente; o de las circunstancias que agravan o atenúan su conducta; o la naturaleza del perjuicio o daños causados; etcétera.

De otro lado, también se posibilita la limitación de la prueba por el juez cuando aquélla resulte manifiestamente excesiva, es decir, cuando el hecho se encuentre debidamente acreditado con otros medios de prueba.

Sin embargo, aprovechando el tema de la libertad probatoria, analizaremos un caso concreto, *el de las publicaciones periodísticas*. En la sentencia condenatoria expedida contra el ex presidente del Perú, Alberto Fujimori, el Ministerio Público como las víctimas que comparecen al proceso bajo la calidad procesal de “parte civil”, ofrecieron como medio de prueba diversas publicaciones periodísticas. En ese sentido, la defensa cuestionó su eficacia probatoria por tratarse de documentos narrativos. Frente a ello, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el § 73 de la referida sentencia, precisó que se admite la presencia de cualquier

otro medio de prueba que tenga entidad para conformar juicio del órgano jurisdiccional sentenciador. Ello permite, agrega en la mencionada sentencia, a su vez, la posibilidad que puedan darse por acreditados datos recogidos por los medios de comunicación social, en cuanto expresan cuando reflejan hechos incontrastables de conocimiento general o declaraciones de personalidades u organizaciones políticas –o que dan noticia del devenir experimentado por los distintos agentes sociales, lo que de ordinario comporta una determinada percepción de una realidad externa que es percibida y trasladada por el periodista que en ella interviene– que no han sido desmentidas ni cuestionadas en el proceso¹⁸⁸.

La información periodística opera, entonces, como principio de prueba, que de no ser desmentida y cuestionada –el desmentido o el cuestionamiento, como es obvio, debe ser serio y de entidad, no basta uno meramente formal– pasa a surtir plenos efectos probatorios. Es claro que otra nota de validez o, mejor dicho, de validez de la información es que no se trate de una noticia aislada de prensa. El grueso de la información periodística incorporada al proceso refleja un contenido informativo general, de común aceptación por los medios de prensa, y se refiere a hechos públicos o de relevancia política general.

Por lo demás, es pertinente precisar que sólo podrán asumirse con pleno valor probatorio aquellos contenidos que de modo objetivo son introducidos por el profesional autor de la información, con lo que se excluye los juicios de valor que puedan introducirse en una nota periodística.

En consecuencia, los artículos periodísticos pueden ser un medio idóneo para acreditar y dar certeza de las conductas objeto de enjuiciamiento; en especial, la existencia de la noticia en los diarios sí es prueba de la repercusión pública que tiene el acontecimiento o hecho determinado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido al respecto que los recortes periodísticos no tienen el carácter de prueba documental propiamente dicha –tal vez por la circunstancia de no tratarse de un medio de prueba ‘típico’–, pero podrán ser apreciados cuando recojan hechos públicos o notorios, declaraciones de funcionarios del Estado o cuando corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso.

En la sentencia “Ivcher Bronstein c/Perú”, llegó a decir –reforzando su valor probatorio– que los artículos periodísticos son instrumentos idóneos para verificar, junto con los demás medios aportados, la veracidad de los hechos del caso.

En suma, las publicaciones periodísticas son medios de prueba admisibles, valorables junto con otros de modo conjunto y global; no son testificales, por lo que no es de someterlos al régimen de estas últimas.

Como tal, pueden ser valorados al margen de las reglas sobre el testimonial y, por ende, no es de acudir a la figura del testigo de referencia, pues se está ante una noticia objetiva que, además, es de dominio público –en tanto se cumplan, claro está, las dos condiciones arriba indicadas: reflejan hechos incontrastables o declara-

¹⁸⁸ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, exp. A.V. 19-2001; sentencia del 7/4/09, § 73.

ciones de personalidades sociales o funcionarios públicos, y no han sido cuestionadas o desmentidas—.

© Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.

