



# INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL

The background of the lower half of the page features a hand holding a clear plastic bag containing a knife. The background is a blurred image of a person's back with a colorful, abstract pattern. The text 'LA PRUEBA EN MATERIA PENAL' is overlaid on the bottom right of this section.

## LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

## Módulos de Autoformación

*Programa de Formación del Defensor Público*

Módulo de Autoformación  
LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

Autor  
Lic. Rubén Aníbal Calderón Menéndez

2da. Edición, Guatemala, septiembre 2013

*M.A. Blanca Aída Stalling Dávila*  
Directora General IDPP

*M.A. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes*  
Coordinador de UNIFOCADEP



Mediación Pedagógica

**UNIFOCADEP**

Tratamiento del Contenido

**M.A. Idonaldo Arevael Fuentes**  
**Coordinador UNIFOCADEP**

Tratamiento del Aprendizaje

**Docentes UNIFOCADEP**  
**Lic. Hugo Roberto Saavedra**  
**Lic. José Alfredo Aguilar Orellna**  
**M.A. Idonaldo Fuentes**  
**Lic Hans Aaron Noriega Salazar**

Tratamiento de la Forma

**Diseñador Gráfico**  
**Luis Fernando Hurtarte**

# INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL



## LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

*Lic. Rubén Aníbal Calderón Menéndez*



## PRESENTACIÓN

Con el nombre “**La Prueba en el Proceso Penal**”, conoce la luz pública el presente documento, que tiene como destinatarios a los defensores públicos y que viene a enriquecer el sistema modular basado en la currícula para la formación y capacitación de los mismos, cuyo objeto es alcanzar el perfil diseñado por el sistema de carrera institucional para cada uno de los profesionales que prestan sus servicios en nuestra institución.

Sin duda el elemento de mayor peso en el proceso penal es la prueba. Desde las primeras etapas del proceso, es fundamental la evidencia para vincular a una persona al proceso y la existencia o falta de ésta marca la suerte del mismo en las etapas sucesivas. Por ello, es indispensable para el defensor público, conocer lo que podríamos llamar la teoría de la prueba. Ese conjunto de conocimientos, teorías y doctrinas que se relacionan con la actividad probatoria, porque de esto depende que se aplique o no el derecho penal sustantivo y la manera en que se hace esa aplicación.

El presente módulo representa un esfuerzo por parte del autor Rubén Aníbal Calderón Meléndez, de sistematizar la teoría sobre la prueba en el proceso penal. Los conocimientos acerca de esta área del derecho procesal penal, permitirá a los defensores públicos velar oportuna y eficazmente, por el debido respeto por parte del Estado – representado en los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Público – en la realización de todos aquellos actos procesales que tengan por objeto recabar medios de investigación y/o incorporarlos al proceso, del procedimiento establecido en la ley, velando que las evidencias, medios de investigación y pruebas cumplan con el requisito de legitimidad, para que sólo de esta manera puedan producir efectos jurídicos a través de la evaluación y valoración respectiva.

El conocimiento a profundidad de la naturaleza de las pruebas que tienen cabida en el proceso penal y como debe ser la actividad probatoria de los sujetos procesales, en cuanto a los métodos utilizados en su obtención, dan al defensor público la capacidad de fundamentar las argumentaciones en cada fase procesal y principalmente en el momento de emitir sus conclusiones ante el tribunal de sentencia. No hay nada más satisfactorio para un defensor público que ver reflejado en una sentencia absolutoria, traducido en la fundamentación del tribunal, sus propios argumentos vertidos en la fase de conclusiones. Alguién indicó con acierto, que el mejor asesor del juez es el abogado que representa a cada una de las partes y la teoría de la prueba es fundamental en esa labor nuestra de defensa de los intereses del imputado.

La labor está cumplida, un módulo más llega a las manos de los defensores públicos, gracias al apoyo y la importancia que la Licenciada Stalling Dávila, Directora General, da a la formación y capacitación, como medio de lograr la excelencia en el servicio. Corresponde ahora a los defensores tomar el reto de aprovechar este material diseñado para su autoformación, para elevar su perfil ante los demás autores del sistema de justicia en Guatemala.

Coordinación UNIFOCADEP

## INDICE

**Presentación**  
Introducción  
Objetivos Terminales

## Capítulo I

	<b>Página</b>
<b>NOCIONES GENERALES</b>	01
<b>1. Concepto de Prueba</b>	03
<b>2. La verdad en Materia Judicial</b>	06
<b>3. Estados Intelectuales del Juez</b>	09
<b>4. Derivaciones del Concepto Prueba</b>	13
4.1 Órgano de Prueba	13
4.2 Medio de Prueba	14
4.3 Elemento de Prueba	14
4.4 Objeto de Prueba	15
<b>5. Distinción entre Medios de Investigación y Medios de Prueba</b>	16
<b>6. La Libertad de Prueba y sus límites</b>	19
6.1 Límites en cuanto al objeto	20
6.2 Límites en cuanto a los medios	21
6.3 Límites relacionados con los órganos de prueba	21
6.4 Límites en cuanto al método de adquisición de la prueba	22
6.4.1 Regla de Exclusión	23
6.4.2 Doctrina del “fruto del árbol venenoso”	24
6.4.3 Limitaciones o “correctivos” a la Regla de Exclusión	25
6.4.4 La Regulación Legal	26
<i>Ejercicios de Autoaprendizaje No. 1</i>	31

## Capítulo II

	Página
<b>UBICACIÓN DEL INDICIO EN EL SISTEMA DE LAS PRUEBAS PENALES</b>	33
<b>1. Prueba Indiciaria</b>	36
1.1 Indicios y Presunciones	38
1.2 Fundamento de la Prueba Indiciaria	41
1.3 Prueba Material Indiciaria	43
<i>Ejercicios de Autoaprendizaje No. 2</i>	45

## Capítulo III

<b>LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR</b>	47
<b>1. INSPECCIÓN Y REGISTRO</b>	50
1.1 Inspección de lugares	52
1.2 Inspección de cosas	53
1.3 Inspección de personas	54
<b>2. PRUEBA TESTIMONIAL</b>	55
2.1 Carácter y fundamento de la prueba testimonial	55
2.2 Capacidad para rendir testimonio	57
2.2.1 Capacidad en abstracto	57
2.2.2 Capacidad en concreto	57
2.3 El deber de comparecer y prestar declaración	60
2.4 Excepciones al deber de comparecencia	61
2.5 Ofrecimiento de la prueba testimonial	62

	<b>Página</b>
<b>3. DE LA PERITACIÓN</b>	64
3.1 Noción legal	65
3.2 Régimen de la Prueba Pericial	65
3.3 Ofrecimiento y Recepción	67
3.4 Fundamento	68
3.5 Actividades de investigación que no constituyen pericia	68
3.6 Requisitos de capacidad	69
3.6.1 Capacidad general	69
3.6.2 Capacidad específica	70
3.6.3 Capacidad en concreto	70
 <i>Ejercicios de Autoaprendizaje No. 3</i>	 73
 <i>Bibliografía</i>	 75



## INTRODUCCIÓN

Abandonado el proceso inquisitivo en 1994 con la vigencia del decreto 51-92, la teoría de la prueba en que se sustentaba cedió el paso al sistema de la sana crítica racional. En efecto, de la estimación a priori por la ley, la prueba ha pasado a ser valorada por el juez. Por cierto que, no por casualidad Vélez Mariconde lo nombra sistema de la libre convicción. Hay que agregar a esta denominación solamente, que esta libertad tiene como límite el proceso metódico de valoración, que ciertamente está fuera de la ley, y que tiene como soportes, el rigor lógico de la argumentación y la consideración de las leyes científicas y las normas de la experiencia.

Puede afirmarse que es la regulación de la prueba en el CPP, la institución en que se expresan los cambios más significativos introducidos al proceso penal. En efecto, los principios que gobiernan el sistema penal vigente, como la publicidad, inmediación (examen inmediato de las pruebas) y oralidad, tienen un impacto concentrado en la forma como se busca la verdad sobre el objeto de la averiguación penal. Ello permite la producción de los casos penales de forma viva e inmediata.

En torno de la producción probatoria se dan una serie de controles, ajenos al viejo sistema abrogado, que protegen los derechos del sindicado, pero a la vez se abren mayores posibilidades de construir los casos penales con mayor apego a lo acontecido, y sobre esa base resolverlo de manera justa.

La libertad de prueba que prescribe la ley procesal, sin sobredimensionar su importancia, permite mayores posibilidades para construir un caso penal verdadero. El artículo 182 permite el ingreso al proceso penal, de toda innovación tecnológica que pueda servir para esclarecer los hechos objeto del juicio.

En el primer capítulo se desarrollan conceptos generales, sobre el tema en términos que de manera general no son convencionales. El propósito es dar una perspectiva más libre, intentando el mayor apego a los objetos que cada concepto representa. Así, la idea de lo que es la prueba en materia penal, la revisión crítica de los criterios sobre lo que caracteriza a la verdad en esta materia, o bien, la importancia de referir los niveles de conocimiento del tribunal de sentencia sobre los hechos objeto del juicio.

Desde luego que, parafraseando la humilde expresión de F. Carrara, admitimos que lo importante no es la novedad, sino la verdad de lo que se dice.

Asumimos al emplear el término verdad, que ésta, en materia jurídica penal como en general en el campo histórico, no puede adscribirse a la objetividad que se reclama de las ciencias naturales. En este campo la objetividad no puede existir, aquí lo que cuenta es la capacidad de fundamentación de las afirmaciones o hipótesis. Por ello la importancia de la fundamentación en materia judicial, ha estado precedida históricamente, de la exigencia general de fundamentación de toda afirmación que pretenda generar el estado subjetivo de certeza.

Se ha insistido en esta parte, en que la posibilidad de la justeza de la sentencia, radica, en la construcción de un caso verdadero, a través del debate, algo que debe objetivarse en la fundamentación de la decisión judicial.

En relación con los límites de la libertad de prueba, y más específicamente referido a los métodos prohibidos para buscar la verdad sobre el hecho delictivo, hay que tener presente que nuestra legislación procesal penal, regula el tema en forma tal, que rebasa mucha de la discusión doctrinaria en torno del mismo. Entre nosotros no queda duda que se establece prohibición de admisión, y valoración de aquella prueba obtenida con violación de garantías constitucionales. Otra cosa es si se tiene la prueba de tales violaciones.

En el capítulo II se aborda el complejo tema de los indicios probatorios. Aquí se ha insistido en la relevancia que tiene en su producción, la inferencia inductiva, elemento básico de distinción con las presunciones. Se ha hecho un esfuerzo por distinguir desde el punto de vista lógico la presunción del indicio. Ello no es fácil, por cuanto en la doctrina, no solo se dan posiciones divergentes, sino que a veces, a los conceptos asumidos, no les siguen las consecuencias que la coherencia del discurso exige. Si en efecto son conceptos distintos, entonces tienen que representar de algún modo, objetos diferentes, y explicitarlos es una exigencia de la claridad conceptual.

El tema de la prueba indiciaria no ha sido trabajado suficientemente en nuestro medio, pese a que el desarrollo científico tecnológico aporta hoy, y de manera creciente, instrumentos eficaces en la investigación de los hechos delictivos. Por otra parte, es posible encontrar sobre este concepto, nociones de sentido común, que no favorecen su comprensión, para un adecuado aprovechamiento de todas sus posibilidades.

En el capítulo III, se aborda la prueba en particular. En el centro de toda prueba se coloca la noción de prueba judicial, entendida como aquella que está referida directamente al tribunal de sentencia. Ello permite distinguir sustancialmente el carácter de cada medio de prueba, evitando los equívocos, que aunque explicables deben desecharse. En los limitados temas que se abordan, se insiste en la importancia que tiene la originalidad de cada prueba para la construcción de los casos penales con más apego al mundo real. Ello es más relevante cuando se trata de la prueba material, que lo es, solo cuando de manera directa se impone a la observación de los jueces. A la luz de estas nociones se intenta responder a algunas cuestiones surgidas en la práctica judicial.

## OBJETIVOS TERMINALES

Al finalizar el módulo, el defensor estará capacitado para:

- Objetar el fundamento fáctico de una sindicación delictiva, cuando carece de prueba de uno, o de varios de los hechos que la exigen.
- Objetar la licitud de aquellos actos de investigación, realizados con violación de formas procesales, o de garantías constitucionales.
- Argumentar en contra de actos de investigación, de dudosa licitud, como aquéllos que convierten al sindicado en objeto de prueba, o que se originan en prácticas ordinarias de la policía.
- Fundamentar un recurso contra decisiones judiciales fundamentadas en prueba prohibida.
- Controvertir la naturaleza indiciaria de una prueba, si acusa deficiencias; sea en su construcción lógica, sea en la norma científica o de experiencia aplicable, o bien, cuando el hecho indicador carece de prueba indubitable.
- Dominar un procedimiento para obligar al Ministerio Público a incluir en el expediente que presenta al juez contralor, los actos de investigación favorables al sindicado.
- Obligar al Ministerio Público a explicar judicialmente, su opinión contraria a la realización de actos de investigación propuestos por la defensa.
- Objetar toda forma encubierta de suplantación de peritos.
- Acreditar ante el juez contralor la violación de garantías, con ocasión de la primera declaración del sindicado.
- Argumentar en contra de la credibilidad de un testigo, o de un perito.
- Defender el derecho del sindicado a proponer consultores técnicos en cualquier estado del procedimiento.





## NOCIONES GENERALES.

- 1. Concepto de Prueba**
- 2. La verdad en Materia Judicial**
- 3. Estados Intelectuales del Juez**
- 4. Derivaciones del Concepto Prueba**
  - 4.1 Órgano de Prueba
  - 4.2 Medio de Prueba
  - 4.3 Elemento de Prueba
  - 4.4 Objeto de Prueba
- 5. Distinción entre Medios de Investigación y Medios de Prueba**
- 6. La Libertad de Prueba y sus límites**
  - 6.1 Límites en cuanto al objeto
  - 6.2 Límites en cuanto a los medios
  - 6.3 Límites relacionados con los órganos de prueba
  - 6.4 Límites en cuanto al método de adquisición de la prueba
    - 6.4.1 Regla de Exclusión
    - 6.4.2 Doctrina del “fruto del árbol venenoso”
    - 6.4.3 Limitaciones o “correctivos” a la Regla de Exclusión
    - 6.4.4 La Regulación Legal

***Ejercicios de Autoaprendizaje No. 1***



## Objetivos específicos

Al terminar el capítulo, el defensor deberá dominar el conocimiento sobre su contenido, a través de:

- a) **Explicar** con sus propias palabras las determinaciones o elementos básicos del concepto de prueba.
- b) **Distinguir** entre verdad natural y verdad histórico -social.
- c) **Distinguir** entre verdad formal y verdad material, y explicar cuál es la verdad a que se aspira en el proceso penal, considerando todos sus límites.
- d) **Explicar** la importancia y los límites del conocimiento sobre los estados intelectuales del juez.
- e) **Explicar** el carácter extensivo de las causas de inadmisibilidad y de prohibición de valoración de la prueba, por violación de normas constitucionales, aplicando la doctrina del “fruto del árbol venenoso”.
- f) **Explicar** la separación orgánica y funcional entre las etapas preparatoria y del juicio; y su relación con la distinción entre medio de investigación y medio de prueba.
- g) **Explicar** el sentido de las derivaciones del concepto prueba como idea unificadora de las mismas
- h) **Dominar** de manera conceptual y en su regulación legal, la consistencia de la “prueba prohibida”.
- i) **Discernir** la importancia práctica de la distinción entre órgano y objeto de prueba en relación con el imputado.

## CAPITULO I

### CONCEPTOS GENERALES

#### 1. Concepto de Prueba.

El término prueba está presente en prácticamente todas las actividades humanas. No obstante, su importancia mayor se manifiesta, como lo afirma Devis Echandía, cuando se elaboran conceptos científicos y esfuerzos reconstructivos de la vida social, en “donde adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en derecho.”<sup>1</sup>

El proceso judicial de manera general tiene como objeto, hechos del pasado. En este sentido es correcta la afirmación que en él las partes se abocan a una indagación histórica, con vistas a la reconstrucción ideal de esos hechos.

Bien visto, aunque los métodos, técnicas y procedimientos probatorios difieran según la materia, su finalidad será siempre determinar si una hipótesis es o no explicativa de la realidad.

En el campo propiamente científico, normalmente el proceso de comprobación, a través de experimentos o ensayos no da desde el primer intento un rechazo, o aceptación absolutos. Se trata más bien de un proceso de indagación en que, los ensayos sucesivos van permitiendo hacer los ajustes necesarios a la hipótesis, hasta su comprobación. En el campo jurídico penal en cambio, la producción probatoria no admite ajustes sucesivos, aunque también puede darse y de hecho se da, una serie de gradaciones entre el rechazo y la aceptación total de la hipótesis del ente acusador. En la doctrina se desarrolla al respecto, los llamados estados intelectuales del juzgador.

Ahora bien, hay que tener presente que cuando se define un concepto, en este caso el de prueba penal, de lo que se trata es de desentrañar su significado. Los significados se construyen socialmente a través de determinados procesos. Por ejemplo: en el antiguo Derecho romano el acto delictivo se designó con la palabra noxa, que evolucionó hacia la forma naxa y que significaba daño. Solo posteriormente el acto delictivo fue definido por la acción en sí misma, y se nombraba con otras palabras, hasta llegar a los términos “delito” y “crimen”. Delicto o delictum, que significaba “desviarse”, abandono de una ley.<sup>2</sup>

El ejemplo vale para comprender dos cuestiones básicas, una, que el significado se construye a partir de los objetos que en una época el concepto representa, en este caso los actos delictivos que se manifiestan en una gran variedad de formas; y dos, que

<sup>1</sup> Cita de Cafferata Nores en La Prueba en el Proceso Penal. DEPALMA, Buenos Aires 1998, pág. 4

<sup>2</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El Delito. Editorial Losada, Buenos Aires 1963, pág. 21.

hay una determinación básica a partir de la cual se construye el concepto. En el ejemplo, en la primera época esa determinación era el resultado dañoso, y después la acción en sí, en cuanto desviación de lo que la ley prescribía.

Si los objetos que el concepto representa son tan diferentes, solo es posible abarcarlos, si éste recoge lo que es esencial para ese conjunto de objetos.

Esta digresión sobre el concepto en general, debe ayudarnos para comprender críticamente las diferentes definiciones que dan los autores sobre el concepto que nos ocupa. Podemos intentar descubrir si entre ellas existen o no diferencias sustanciales, o son formas diversas de decir lo mismo. En todo caso, el valor de la definición del concepto, y en general de este capítulo sobre nociones generales, importa, sólo si ayuda a la comprensión de los objetos reales que llamamos pruebas penales.

No hay que perder de vista que los objetos reales son más ricos en determinaciones o elementos, que el concepto que los expresa. La prueba testimonial por ejemplo se diferencia en lo concreto, de otras formas de prueba judicial, e incluso es distinta la forma específica en que cada testigo rinde su testimonio. Cada acto tiene una riqueza de modos, y de formas que los determina como únicos, aunque jurídicamente se prescriba la forma general en que deba producirse cada prueba.

Si estas primeras nociones nos han aclarado la naturaleza de los conceptos, entonces podemos comprender que para acercarnos al concepto de prueba penal, es preciso encontrar los elementos o determinaciones que hacen la definición en su nivel más general. Desde luego que para un defensor público, que está en contacto cotidiano con la producción probatoria más variada, no es tarea difícil encontrar esta determinación esencial.

Bien observada, vemos que toda prueba se define por su finalidad. Con la prueba se verifica la veracidad o falsedad de una hipótesis, entendida ésta como una propuesta de explicación o comprensión de un fenómeno de la realidad. En el caso del proceso penal las hipótesis versan sobre hechos o cosas<sup>3</sup> que la ley define como delitos. La reconstrucción de estos hechos, comprende todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo. Se trata pues de un concepto ligado al progreso del enjuiciamiento penal, que desde la modernidad establece reglas para conocer realmente, el fundamento fáctico de una imputación delictiva. Actualmente este método de conocimiento que es el proceso penal, soporta sus conclusiones de manera creciente en el trabajo pericial, que al menos técnicamente puede ofrecer cierta garantía de objetividad<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> “Es cosa todo lo que está dado, todo lo que se ofrece o, más bien, se impone a la Observación”. Durkheim, Emilio. Las Reglas del Método Sociológico. FCE. México 2001, pág. 68

<sup>4</sup> Hassemer, Winfried, con un poco de malicia nos previene que si observa bien, “hoy las oportunidades de éxito de la defensa o de la acusación no radican en la discusión metodológica o conceptual de los peritajes, sino, más bien, en una táctica que garantice la designación del perito “correcto”. Fundamentos del Derecho Penal. Editorial Bosch, 1984, pág. 180.

Agregaríamos solamente que, por tratarse precisamente del ámbito jurídico penal, un elemento esencial de la definición es la legalidad del procedimiento para producir la prueba que nos acerca al conocimiento del hecho.

Conocer él o los hechos que originan de manera inmediata el conflicto penal, exige rigor en la investigación y seriedad en la presentación de sus resultados. Las pruebas sobre los mismos han de procurar el mayor acercamiento a esos hechos, pues cuanto más próxima a la realidad sea la reconstrucción ideal de los mismos, mejor soporte tendrá la posibilidad de un fallo justo. Y en esta perspectiva conviene adelantar que el derecho de defensa ampara la exigencia de pertinencia de la prueba, pues serían inadmisibles si no se refieren directa o indirectamente al objeto de la investigación.<sup>5</sup>

Con las ideas desarrolladas hasta este punto, podemos aventurarnos a construir el concepto de prueba judicial, o específicamente penal. Cada discente puede hacer un esfuerzo en este sentido. Puede asimismo comparar críticamente las definiciones que se transcriben al pie de página.<sup>6</sup>

“Se entiende por prueba todo lo que en el proceso penal puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual termina”. Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Bosch. Barcelona, 1933, pág. 305

“Prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.” Alfredo Vélez Mariconde. Cita de Cafferata Nores en Ob.Cit. Pág. 16.

*Puede afirmarse por tanto, que prueba penal es todo elemento de conocimiento cierto o probable sobre el objeto de la averiguación, obtenido de conformidad con la legalidad del procedimiento.*

Como veremos a continuación, “la verdad” a la que se aspira no es la misma según se trate del campo de las ciencias propiamente dicho, de disciplinas sociales, o más específicamente del proceso penal.

<sup>5</sup> El CPP regula la pertinencia de la prueba como un derecho del acusado. Ver al respecto la estrecha relación entre los artos. 183, Y 184, con el 388, inciso primero, 389, numeral 2 y 394 numeral 2 del CPP.

<sup>6</sup> “En general llamamos prueba a todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto.” Maier, Julio. Derecho Proceso Penal Argentino. 1b. Editorial HAMMURABI S.R.L. Buenos Aires 1989. Pág. 579. “Se entiende por prueba todo lo que en el proceso penal puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual termina”. Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Bosch. Barcelona, 1933, pág. 305 “Prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.” Alfredo Vélez Mariconde. Cita de Cafferata Nores en Ob.Cit. Pág. 16.

## 2. La Verdad en Materia Judicial.

Es común encontrar en la doctrina una distinción bastante reiterada entre verdad material y verdad formal. Luego se pasa –y esto es realmente la utilidad que se le asigna a tal diferencia – a postular el carácter material de la verdad que se propone como fin inmediato, el proceso penal. Esto quiere decir que a través del proceso penal, debe producirse el verdadero supuesto de hecho que sirve de base a la acusación. Este es el sistema de racionalidad del Derecho de la prueba, según se regula en nuestro Código Procesal Penal: el imputado debe ser realmente aquél que realizó el hecho y todos los elementos fácticos señalados en la acusación, deben corresponder con la realidad de los hechos.

Si la reconstrucción ideal del hecho ha sido errónea, la sentencia solo puede ser injusta. No obstante, creo que es clara la dificultad que entraña lograr realmente reproducir el hecho real, lo que lo convierte más bien en un ideal. Pero, ¿es posible alcanzar este ideal?

Para abundar en la explicación de tal distinción, hay que reiterar que se habla de verdad material, para referirse a las hipótesis comprobadas que explican de manera objetiva y racional alguna porción de la realidad. Esta verdad es propia de las ciencias naturales.

En este campo del saber no cabe la afirmación que la verdad sea inalcanzable y la práctica científica estará confirmando una y otra vez la objetividad de sus explicaciones. Otra cosa es que no sean verdades absolutas, es decir, eternas, y que en efecto, el desarrollo y avance de la ciencia puede enriquecer y hasta introducir ajustes a la explicación, lo que no necesariamente convierte en falsas las afirmaciones anteriores que siguen siendo válidas, en las condiciones previstas, para el conjunto de fenómenos que comprendía su explicación.

En el universo de las ciencias naturales es la práctica social el gran juez que decide en última instancia si una explicación es falsa o verdadera. No es la subjetividad del sujeto que conoce lo que cuenta para decidir si se ha alcanzado o no, la verdad, aunque ciertamente esta subjetividad pueda proponer explicaciones erróneas, que por ello van a ser desmentidas por la práctica. En el campo de las ciencias naturales la modestia es tal, que sus resultados exitosos, no confieren el predicado de verdadero a los conocimientos que no han sido desmentidos por el experimento o el ensayo, se trata solamente de hipótesis confirmadas.

Con lo dicho podemos al menos presentir el exceso que se comete al emplear esta terminología para referirse a la verdad a que se aspira como fin inmediato del proceso penal.

En efecto, por la naturaleza del objeto de investigación, por los intereses en juego, por la escasez de recursos, por el grado de idoneidad e imparcialidad de quienes investigan, o juzgan, por el carácter cerrado a la crítica de sus resultados cuando ya han sido asumidos por el Juez o Tribunal, pues los casos tienen que cerrarse en el momento procesalmente establecido, es que el Derecho Procesal Penal no puede vincularse a tal concepto de verdad.

Si el proceso penal tiene por objeto un acto humano que se ubica en el pasado, la prueba que lo reconstruye pasa por el filtro de la selectividad de los datos y por la subjetividad de su comprensión. Aquí operan, según los sociólogos del Derecho, unos contextos de autoridad diferentes de la ley. Los jueces como todo el mundo, tienen prejuicios, estados de ánimo diferentes, pueden ser débiles frente a las presiones, sobornos, etc.

Los jueces reciben lo que los fiscales les ofrecen como prueba, y éstos pueden o no, ser probos, y, o, eficientes, pero sobre todo el sistema no los dota de los recursos técnicos, humanos y materiales para realizar una investigación completa.

Pero si todas estas dificultades fueran superables que no lo son, al menos en su totalidad, quedaría la serie de prohibiciones probatorias que establece la ley,<sup>7</sup> que pueden referirse al objeto, o a los medios, y métodos de investigación y de las cuales importan mayormente, por su significación en el funcionamiento del Estado Democrático de Derecho, las que tienen como fin la protección de los derechos constitucionales del individuo y más específicamente, los que protegen a quienes son sindicados de la comisión de un hecho delictivo.

Si esto es así, la verdad a la que puede aspirarse en esta materia supone una mayor modestia, pero no puede situarse en un lugar inalcanzable. Para resolver esta dificultad los juristas distinguen los conceptos verdad y certeza. *El concepto certeza alude a un estado subjetivo de quien está absolutamente seguro de poseer algún conocimiento verdadero*<sup>8</sup>. Los jueces pues, tienen libertad de convencimiento a partir de la prueba producida y los alegatos de las partes.

Pero sería peligroso para la propia legitimidad de la decisión que la libre convicción de los jueces quedara así de suelta, por lo que esa libertad de convencimiento se enmarca en una salvaguarda que da la propia norma procesal: el método de valoración de la prueba<sup>9</sup>, y la obligación de fundamentar en forma clara y precisa la decisión judicial.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> El art. 183 CPP, se refiere tanto a la pertinencia y utilidad de la prueba, como a la exigencia de licitud de los medios. No sería admisible si la prueba se obtuvo violando derechos constitucionales. El 283 refuerza la garantía cuando establece prohibición de valoración de la prueba que adolece de los mismos defectos.

<sup>8</sup> Diccionario Enciclopédico GRIJALBO.

<sup>9</sup> Arto. 186, inciso 2º. CPP. " Los elementos de prueba así incorporados se valorarán conforme al sistema de la sana crítica razonada....."

<sup>10</sup> Arto. 11bis, CPP. En cuanto al deber de fundamentación de los fallos judiciales, puede ocurrir y de hecho ocurre que, " falte o sea contradictoria la motivación...., o no se hubieren observado las reglas de la sana crítica razonada con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo ". Arto. 394, inciso 3º.CPP. Ello constituye un vicio de la sentencia y es uno de los motivos de Apelación Especial.

Ello constituye un vicio de la sentencia y es uno de los motivos de Apelación Especial. Ello quiere decir que, la reconstrucción ideal del hecho debe estar presidida por las leyes de la lógica, las normas de la experiencia y el aporte de la psicología.<sup>11</sup>

Y aunque no es difícil entender el sentido del método valorativo, lo difícil es aplicarlo, y no solo por el nivel de competencia técnica que exige, sino por la consistencia ética de quien valora. Serán las Salas de Apelaciones y en su caso la C.S.J., si son requeridas, las que ejerzan el control de motivación sobre el juicio de valoración de la prueba, hecho por los Tribunales de Sentencia.

Si las dificultades de la investigación penal mencionadas son correctas, y estimamos lo son, entonces el averiguamiento de la verdad material u objetiva, no es, porque no puede serlo, la meta del proceso penal. Este debe conformarse con la verdad formal o formalizada. Esta “verdad” es en rigor expresión de la contradicción de lo que el sistema penal demanda del juez: éste debe encontrar la verdad pero no a cualquier precio.

La fase en que se construye el objeto de la averiguación penal se justifica éticamente, si se produce el caso real, esto es, verdadero sin comillas, y la justificación ética de la fase de decisión del caso es una sentencia justa. Pero la verdad forense, por los límites señalados, es tan precaria, que difícilmente puede erigirse en el soporte ético de las decisiones judiciales.

Lo que hay que tener en cuenta es que nuestro ordenamiento procesal está influido por la cultura de la racionalidad empírica, propia de las ciencias naturales, aunque como ya hemos visto, la refleja de manera deformada, por la imposibilidad de alcanzar la meta de la verdad material. Esta cultura nos lleva a calificar de irracional por ejemplo la solución de los casos penales en el Derecho germánico del Medioevo. Los juicios de Dios u ordalías,<sup>12</sup> el juramento purgatorio<sup>13</sup> etc., se nos antojan irracionales porque juzgamos desde la perspectiva de nuestra racionalidad empírica<sup>14</sup>. Si por el contrario nos ubicamos en el contexto cultural de la época, el juicio puede cambiar. Así, como indica Hassemer, “para quien ve a un Dios reinando sobre la realidad terrenal, ¿qué podría resultar más racional que la seguridad que Dios no solamente rija la meteorología, sino que también marque con la muerte al homicida?”.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> En la explicación de Hassemer, “ esta verdad ” podría significar, más modestamente, que el caso producido es el caso verdadero cuando contiene los datos relevantes y se encuentran entre sí en una relación completa y correcta. Un concepto de verdad como el expuesto admitiría la intersubjetividad, la selectividad, los prejuicios y las diferentes rutinas y no clamaría tozudamente por la “ objetividad ”. Ob. Cit. Pág. 184.

<sup>12</sup> En estos juicios el acusado debía superar duras pruebas físicas, a través de las cuales Dios sentenciaba sobre su culpabilidad. Por ejemplo, caminar sobre planchas calientes sin quemarse.

<sup>13</sup> El acusado podía verse libre de pena por el mero hecho de jurar su inocencia, avalado por testigos que el mismo presenta, sin obligación de acreditar que conocían del hecho imputado. Dios los castigaría si mentaban.

<sup>14</sup> Ésta se atiende estrictamente solo a los hechos comprobables, y su método se basa en la observación, experimentación e inducción.

<sup>15</sup> Este autor, a quien hemos seguido básicamente en el tema, dice, implicando el carácter histórico de toda racionalidad, que “hay buenas razones para opinar que el derecho germánico sobre la prueba fue durante largo tiempo racional. Ahora bien, *racional* en el sentido de que cumplió las exigencias metodológicas y de conformación de la realidad que el Derecho penal germánico estaba llamado a cumplir”. Ob., cit. Pág. 181.

El tema sobre el carácter histórico cultural de los sistemas de racionalidad no nos corresponde, pero queda aquí planteado como un motivo de reflexión filosófica.

### 3. Estados Intelectuales del Juez.

Al tratar el tema anterior, hemos concluido que el proceso penal sólo puede tener una meta más modesta que la verdad material u objetiva. Ello, repetimos, no excluye mantenerla como ideal de su fin inmediato, que eventualmente puede realizarse, pese a todos los obstáculos fácticos y legales que tienen que enfrentarse. En un caso tal se dice que certeza y verdad coinciden. Bien, aunque parezca disonante hemos dicho que, finalmente, solo puede aspirarse a una verdad formal o formalizada. Hay que precisar no obstante, que las restricciones del proceso penal para acceder al hecho histórico real, son comparativamente menores que en el proceso civil.

En el lenguaje más difundido, a esta verdad limitada subjetivamente, se le llama certeza. A esta se le define, según ya lo hemos adelantado, como la convicción firme de estar en posesión de la verdad.

Definir los grados de conocimiento que la ley demanda del juez, respecto del objeto de la investigación y en su caso del contenido de la acusación, para fundamentar sus decisiones en cada fase del proceso, es útil para el defensor. Pero esta utilidad solo puede manifestarse, si éste ha adquirido el dominio del método de valoración de la prueba. Sin este requisito, este tema puede aparecer ajeno a la defensa penal, y verse como de incumbencia exclusiva del juez.

Por la práctica judicial en nuestro país, este es un tema de gran importancia. Piénsese si no, en la frivolidad con que a veces se dictan autos de prisión preventiva, o las dificultades para fundamentar fallos condenatorios. Hay que tener presente que, tratándose del dominio de la subjetividad del juez, la soberanía de su decisión tiene el sólo límite del control de legalidad que los recursos permiten.

Los estados intelectuales del juez, equivalen a los grados de conocimiento sobre el objeto de la averiguación, según su soberana percepción. Pueden ir desde la convicción firme de poseer la verdad sobre el objeto de la averiguación, que es la **certeza**, hasta la incomprensión total sobre el hecho que le produce la **duda**.

La certeza puede ser positiva o negativa. Es positiva, cuando la prueba produce en el juez la convicción firme sobre la existencia del hecho y la participación en él, del acusado. Esto no quiere decir que la certeza positiva sea equivalente a asumir todos los extremos de la acusación fiscal. Sigue siendo certeza positiva, aunque no todas las circunstancias descritas por el fiscal sean asumidas por el juez como verdaderas.

Respecto de éstas puede darse la certeza negativa. Por ejemplo, puede tener la convicción de que Graco mató a Octavio, (certeza positiva) y asimismo la convicción que no hubo ensañamiento como describía el hecho la fiscalía, (certeza negativa). La certeza positiva significa solamente que el cuerpo fundamental de la hipótesis, ha sido confirmado a través de la prueba, según la valoración del juez.

Del ejemplo utilizado, se deduce que se habla de certeza negativa, cuando en la conciencia del juez se ha formado una convicción que niega la existencia de la acción u omisión imputada. Se dice lo mismo si se afirma, que se produce la certeza negativa cuando el fiscal no produce los elementos de prueba eficaces, y suficientes para formar en el juez la convicción favorable al sentido esencial de su hipótesis.

Un segundo nivel de conocimiento es el de la probabilidad. Aquí compiten elementos positivos y negativos en la formación de la libre convicción del juez. Empleando un lenguaje bastante simplificador puede afirmarse que estamos en presencia de una probabilidad positiva cuando existe un volumen mayor, o de mayor significación, de elementos que acreditan la existencia del hecho y la participación del sindicado en él. En cambio se habla de probabilidad negativa cuando de manera inversa, dentro del grupo de elementos con que cuenta el juez para formar su convicción, es mayor, por su volumen o significación, el de aquéllos que niegan la participación del sindicado en el hecho punible.

Esta distinción es igual si se plantea como probabilidad o improbabilidad de que la acción imputada sea verdadera.

En el CPP, no siempre se encuentran explicitados los diversos grados de conocimiento que las decisiones del juez requieren en cada una de las fases, que determinan el inicio, progreso y conclusión del proceso. O, en todo caso, los requisitos legales de esas decisiones, referidos a los niveles de conocimiento del juez sobre los hechos, no se expresan con los mismos términos que se hace en el lenguaje académico empleado por los juristas. Veamos:

- El primer acto del procedimiento no requiere ningún nivel de conocimiento sobre el objeto de la averiguación. Es suficiente el señalamiento de una persona como posible autor de un hecho punible, o de participar en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal. Arto. 71 CPP. En el inicio lo que prevalece es la ignorancia sobre los hechos.

- Para dictar el auto de prisión preventiva y el de procesamiento en cambio, se requiere un grado de conocimiento que en el Arto. 259 CPP se expresa como exigencia de que existan motivos racionales suficientes para creer que el sindicado ha cometido o participado en un hecho punible. Ello equivale a la probabilidad positiva en el lenguaje académico. Para dictar la falta de mérito el CPP requiere

solamente de un fundamento negativo, es decir, cuando no “concurren los presupuestos para dictar un auto de prisión preventiva...” Arto. 272. En lenguaje positivo ello equivale a la probabilidad negativa, (o improbabilidad), o bien, a la duda.

No obstante, el problema consiste, no tanto en la descripción formal de los diferentes niveles de aproximación a la verdad forense, sino en encontrar un referente externo que permita legitimar el grado de convicción a que han llegado los jueces.

Entendámonos: la distinción formal desarrollada sobre los estados intelectuales del juez, no nos brinda ningún referente material, para saber, cuándo se han alcanzado los diversos niveles de conocimiento forense. De modo que, no queda más que recurrir al examen crítico de la fundamentación de cada decisión judicial, para conocer el nivel de consistencia objetiva, de algo de suyo subjetivo, como es la convicción de los jueces. Nada más que este examen para ser crítico debe ser explicativo del proceso a través del cual se ha alcanzado la verdad forense, y ello solo es posible si dominamos el método de valoración de la prueba.

La formación de la convicción judicial entonces es libre sólo en términos relativos, puesto que el proceso de su formación tiene unos límites bien definidos: debe respetar las leyes de la lógica formal y las leyes científicas y de la experiencia generalmente aceptadas.

Obsérvese que no hay ninguna contradicción en reconocer el carácter subjetivo de la verdad judicial, y a la vez reconocer su objetivación en el acto de fundamentación. Por ello la fundamentación de las decisiones es, a la vez que una obligación de los jueces, un derecho del sindicado. En este sentido el arto. 11bis CPP tiene una importancia de primer nivel. Es una norma suficientemente clara y explícita sobre el deber y el contenido de la fundamentación.

Si la exigencia de probar la hipótesis sobre una sindicación delictiva constituye una conquista liberal democrática de defensa de los derechos individuales, el deber de fundamentación presidido por el método de la sana crítica racional constituye un reforzamiento de la garantía, en la medida que precave, o al menos exhibe la eventual arbitrariedad de una decisión judicial. Los diversos recursos permiten este control de motivación.

La reflexión precedente es válida para todas y cada una de las decisiones judiciales que se analizan en relación con los estados intelectuales del juez. No obstante, se desarrolla referida a la prisión preventiva, porque esta decisión judicial es la que, de manera más reiterada violenta el derecho de fundamentación que tiene el sindicado.

En general la práctica de la judicatura en nuestro país, ha convertido a los informes policiales, mal llamados prevenciones policiales, en base o sustento de la decisión de restringir o privar de la libertad a una persona, sin que medie algún acto de investigación.

Los defensores saben que una prevención policial bien integrada, implica la obligación de la policía de “practicar una investigación preliminar, para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción...” (Artos. 304-305 CPP). Estos se refieren claramente a los medios de investigación que sostienen el fundamento fáctico de la sindicación. Sin ellos, nunca debería decretarse la prisión preventiva.

La institución de la flagrancia ha perdido o disminuido su legitimidad, por la simulación policial. Sólo los jueces pueden legalmente restituirle credibilidad, exigiendo los actos de investigación necesarios para conocer, al menos en el grado de probabilidad, sobre los fundamentos fácticos de la sindicación delictiva.

Muy recientemente algunos jueces han tenido la valentía de resistir el atropello policial de las redadas socialmente selectivas, que se ceban en los estratos pobres de la población. Las consignaciones han estado llenas de flagrancias simuladas y de conductas atípicas, como “caminar sospechosamente por la calle”, según se hizo público por algunos jueces.

- La decisión de admitir la acusación y abrir el juicio, se funda en la probabilidad positiva. La probabilidad inicial para dictar una medida de coerción se mantiene. El juez contralor al evaluar el conjunto de medios de investigación, no necesita formarse la convicción de certeza, y al respecto es explícito el art. 332, inciso 2º.CPP. , que relaciona sólo la probabilidad de participación en un hecho delictivo.

En cambio, el auto de sobreseimiento que regula en el art. 328 requiere de la certeza positiva. Así se desprende de su contenido. Dice: “cuando resulte evidente la falta de alguna de las condiciones para imponer una pena...” y cuando “a pesar de la falta de certeza no existiere razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir fundadamente la apertura del juicio”.

Los presupuestos de la clausura, se regulan negativamente “Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio”, dice el art. 331, con el agregado de que nuevos elementos de prueba puedan incorporarse en el futuro. En este caso hay ausencia de certeza de cualquier signo, pero lo que define el estado intelectual del juez, es la probabilidad de incorporar los nuevos elementos probatorios.

- La sentencia condenatoria requiere de manera estricta la certeza positiva, en cambio para la absolución es suficiente cualquiera de los otros estados: certeza negativa, probabilidad positiva, o negativa, y la duda en sentido estricto.

Hay que insistir finalmente, que el control de motivación permite la revisión crítica de los “motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión”, control que se realiza a través de los diversos recursos. Ello permite al defensor colocar en el plano objetivo, esto es, el de la observación desde afuera, a las motivaciones que el juez ha tenido al resolver.

#### 4. Derivaciones del Concepto Prueba.

Eugenio Florián introduce en el estudio de la prueba, la noción del carácter poliédrico de este concepto, afirmando que el mismo es la síntesis de diversos aspectos.<sup>16</sup> Esta propuesta la han retomado diversos autores, que en algunos casos ha llevado a distinguir distintas acepciones, cuando en realidad como lo indica el jurista italiano se trata sólo de aspectos diversos del mismo concepto. Entendemos en efecto, que se trata de conceptos derivados del concepto prueba.

Todas las definiciones que podamos ofrecer sobre el concepto de prueba en materia penal, reflejan en un cierto sentido, su carácter unívoco. Sus soportes o determinaciones básicas las encontramos en **la finalidad de comprobación y la legalidad del procedimiento**. Desde luego que no puede haber prueba sin agentes productores, sin medio para producirla, sin resultado y sin materia u objeto. De ahí que sea posible distinguir estos aspectos que integran el concepto que nos ocupa: Órgano de prueba, Medio de prueba, Elemento de prueba, Objeto de prueba.

##### 4. 1 Órgano de Prueba

Órgano de prueba es toda persona física que aporta dentro del procedimiento, elementos de conocimiento sobre el objeto de la averiguación penal. De esa suerte se constituye en una fuente de prueba. El testigo y el perito llenan este espacio. Conforme a la definición dada, también el sindicado puede convertirse en órgano de prueba, sea de manera consciente, o como consecuencia objetiva de los interrogatorios y contra interrogatorios que se desahogan en las diversas fases del proceso.

El testigo es portador casual del conocimiento sobre el hecho, y lo conoce sin intervenir su voluntad y con anterioridad al inicio del proceso correspondiente. El perito en cambio aporta elementos de conocimiento sobre aspectos que pueden esclarecer el hecho, y se convierte en fuente de ese conocimiento ya dentro del proceso y por requerimiento del Ministerio Público, del juez o Tribunal que conozcan del caso.

<sup>16</sup> Florián, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo I, no. 2 pág. 43, cita de Maier, Julio, ob.cit. pág. 579

#### 4. 2 Medio de Prueba.

Es el procedimiento regulado en el CPP, y presidido por un conjunto de garantías del sindicado, para poder ingresar un elemento de prueba en el proceso.

Hay que tener presente que el eventual contenido del medio, puede no aportar conocimiento sobre la acción punible, pero ello no demerita la definición dada. Producir prueba sobre el hecho, es solo un fin que puede ser fallido. El testimonio es un medio de prueba, pero no necesariamente aporta un elemento de prueba, como bien lo saben los defensores penales. No obstante, el testimonio fue ofrecido como medio de prueba, y admitido por el juez como tal. En el ejemplo puede apreciarse la diferencia clara de ambos conceptos, que no permiten confundírseles, y menos aún sostener que ambas acepciones corresponden al mismo concepto.

La ley regula el acto de producción de cada medio de prueba en particular. Del propio concepto aparece el papel de mediación que cumple en el proceso, para poner al juez y a todos los sujetos procesales en contacto con el objeto de la averiguación penal.

Partiendo de la definición dada, aparecen como medios de prueba, el testimonio, el dictamen pericial, el documento y las actividades que realizan los jueces con ocasión de la inspección y registro. De conformidad con el arto. 185 CPP "se podrán utilizar otros distintos, y su forma de incorporación al procedimiento se adecuará al medio más análogo a los previstos...."

Los límites que tiene la libertad probatoria en cuanto a los medios y métodos para obtener un elemento de prueba, se abordarán en el apartado correspondiente a las Prohibiciones Probatorias.

#### 4. 3 Elemento de Prueba.

Elemento de prueba es la prueba misma. Es el resultado del acto de producción de la prueba. Prueba es un concepto unificador de los distintos elementos de prueba, agrupados según el signo que les corresponda (positivos o negativos). Entonces elemento de prueba es todo dato, señal, o rastro introducido legalmente al proceso, capaz de producir conocimiento cierto o probable acerca de los hechos objeto de la imputación delictiva, y que sostienen la convicción de los jueces o tribunales, para resolver los casos penales.

#### 4. 4 Objeto de Prueba.

Un aspecto derivado de esta figura conceptual es el objeto sobre el cual recae la prueba.

De manera general se llama objeto a la materia sobre la cual recae la prueba, aquello que puede o debe probarse.

Los autores hacen la distinción de niveles del concepto. Así, el nivel abstracto se refiere a todo lo que *puede ser probado* y en concreto, esto es, en relación con un caso determinado, a *todo lo que debe ser probado*.

**OBJETO DE PRUEBA EN ABSTRACTO.** En relación con el primer nivel, el abstracto, la regla es que todo puede ser probado, expresión de la libertad probatoria en cuanto a su objeto. El hecho notorio no requiere prueba, ya que el tribunal, con el acuerdo de todas las partes puede prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, arto. 184 CPP.

El arto. 182 CPP, que prescribe la libertad de prueba, reduce la materia de prueba a los hechos y sus circunstancias. Ricardo Levene afirma que, el objeto reside mayormente en los hechos, pero no solo en ellos. Pueden probarse también las normas de la experiencia y el derecho.<sup>17</sup> En cada caso concreto se sabrá si ello es necesario.

Los hechos. Estos comprenden prácticamente todo lo que se ubica en el mundo exterior: hechos naturales, físicos, humanos y síquicos, es decir, todo lo que “se impone a la observación desde afuera”. Ello sin olvidar que el centro en torno de los cuales gravitan todos, son los hechos humanos. Así, una tempestad, obscuridad, construcciones, calles, heridas, etc. Importan, solo si contribuyen a esclarecer el hecho humano.

Las normas de la experiencia. Éstas reflejan a los usos y costumbres en el ámbito mercantil y financiero, y también como lo señala Clariá Olmedo, el modo de ser de las cosas.<sup>18</sup> Por ejemplo, la desigual duración de los días y las noches, de conformidad con el equinoccio de que se trate, fenómeno natural, ha llevado a producir prueba para desvirtuar el dicho de un testigo, que contradice el conocimiento cotidiano, o empírico, sobre las horas de claridad de un día de diciembre.

En cuanto al Derecho, si bien el juez está obligado a conocer el vigente (*iura novit curia*), puede ser probado el derecho extranjero, objeto tan común en una época de solicitudes de extradición, igualmente el derecho derogado cuando se trata de establecer la norma aplicable, principalmente para la determinación de la pena.

<sup>17</sup> Cita de Arango, Julio, en Derecho Procesal Penal, T. II. Editorial estudiantil FÉNIX 2004, pág. 4

<sup>18</sup> Cita de Cafferata Nores, Ob. Cit. Pág. 24.

**OBJETO DE PRUEBA EN CONCRETO.** En este nivel el objeto de prueba está determinado por el hecho punible atribuido a una o más personas.

Dicho en términos del arto. 183 CPP, es el objeto de la averiguación penal: los hechos imputados a uno o más sindicados. En estos hechos se comprenden todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, es decir, cuándo, dónde y como sucedió el hecho.

Para el defensor es importante fijar su atención en los elementos que integran el tipo. Es muy común fijarse solamente en los elementos objetivos, y descuidar otros, por ejemplo, los elementos normativos que también demandan ser probados. Por ejemplo, en el encubrimiento propio, un elemento normativo del tipo contenido en el arto. 474 CP, es que el sindicado conozca del hecho delictivo, aunque no exista connivencia, concierto o acuerdo previo con los autores o cómplices. Ese conocimiento constituye parte del objeto de la averiguación penal y debe probarse en juicio, algo que casi nunca se hace.

El objeto de la averiguación pues, comprende todas las circunstancias que modifican o eximen la responsabilidad penal, la identificación de los autores, en sus diversas expresiones (artos. 36,37, C.P) y en su caso, de los cómplices, con indicación precisa de la conducta o acción imputada a cada uno. Asimismo, las condiciones de los acusados, relevantes para determinar la pena, de conformidad con el arto. 65 CP, arto. 309 CPP.

No hay que olvidar que el objeto de la averiguación puede igualmente demandar prueba de los usos y costumbres, las formas de ser de las cosas y del Derecho.

Si se confronta la relación de cosas que se constituyen en materia probatoria en cada caso concreto, con los escritos de acusación, se puede apreciar las omisiones y deficiencias que éstos contienen, que a menudo afectan el derecho de defensa, especialmente cuando se da la pluralidad de partícipes y de hechos, y el fiscal no individualiza las acciones imputadas a cada uno de los sindicados.

## **5. Distinción entre Medios de Investigación y Medios de Prueba.**

El objeto o materia de este tema, generó inquietudes cuando recién iniciaba su vigencia el CPP. En los cursos de capacitación se originaron las primeras dudas. Todo, por la relación que se hace justificadamente, con los grados de conocimiento que la ley exige a los jueces para decidir en las diferentes etapas del proceso.

Por ejemplo, el juez decide la prisión preventiva por la probabilidad de que la imputación delictiva sea cierta. ¿Necesita prueba para formarse tal convicción?, ¿por qué en cambio se habla de medios o actos de investigación simplemente?, ¿qué diferencia sustancial hay, si es que existe, entre ambos?, veamos:

Los actos o medios de investigación que se realizan en la etapa preparatoria del proceso tienen una doble finalidad: la inmediata es obtener y recoger elementos de conocimiento sobre el hecho imputado, suficientes, e idóneos para decidir en cada etapa. Se orientan a fundamentar en el grado de probabilidad, las decisiones que ha de tomar el juez contralor en la etapa preparatoria y en la intermedia. Estos mismos actos de investigación tienen la finalidad mediata, de ofrecerse para verificar en juicio las hipótesis o afirmaciones de las partes. Los elementos de investigación pues, son pruebas potenciales. De aquí se desprende una diferencia sustantiva: La **prueba propiamente no consiste en averiguar, sino en verificar**. Con la prueba no se investiga, sino que se comprueba lo que es la materia u objeto del proceso: el hecho punible.

Queda claro que los medios probatorios tienen **diferente función y diferente naturaleza**, según el momento procesal en que se producen. Esta diferencia está determinada, aunque el término suene fuerte, por la separación orgánica y funcional que nuestra ley procesal establece entre la fase preparatoria y la fase del juicio.

Por lo dicho, el ofrecimiento de prueba en la etapa del juicio (arto.347 CPP) puede incluir medios de prueba, que no se hayan conocido en las etapas anteriores, pero al igual que aquéllos que sirvieron de fundamento a las distintas resoluciones, solo en el debate pueden convertirse en prueba, que es el fundamento del fallo del tribunal. Puede afirmarse que los medios de investigación propiamente tales, en general pueden considerarse archivados, especialmente si se trata del testimonio. Este punto de vista puede irritar a los defensores más comprometidos con su trabajo, pero estimo que es el que concuerda con la naturaleza de nuestro sistema penal.<sup>19</sup>

Lo que viene se da en una etapa orgánica y funcionalmente diferente. Es allí donde se produce propiamente la prueba. Las declaraciones testimoniales ante el Ministerio Público ya no existen, por ello es que el testigo o el perito por ejemplo tienen que declarar ante el tribunal de sentencia, claro está que hay excepciones como lo anotamos a continuación.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Un ejemplo que clarifica y fundamenta este punto de vista es el de los coacusados con intereses incompatibles (arto. 92, CPP). La defensa de uno de ellos puede ofrecer prueba que perjudique al otro. La naturaleza de ésta no se ha conocido en la etapa preparatoria, sino hasta el momento del ofrecimiento (arto. 347 CPP). Además, si la defensa puede ofrecer prueba no conocida en las etapas anteriores, el principio de igualdad impone que también puede hacerlo la fiscalía.

<sup>20</sup> Esta digresión se impone, porque algunos defensores con audacia han objetado en el debate, la producción de prueba por testigos que no habían declarado ante el MP en la fase de investigación, y por ello, tampoco podían soportar la solicitud fiscal de apertura del juicio. Uno o más de estos defensores tuvo éxito, y que bueno para sus defendidos, pero tal objeción carece de sustento legal, y manifiesta incomprensión de la separación orgánica y funcional de las etapas del proceso, a que nos hemos referido.

Una situación distinta se produce, y al parecer ello es muy común, cuando el fiscal del caso al plantear la acusación y solicitar la apertura del juicio, escamotea aquellos medios de investigación que favorecen al sindicado, y presenta ante el juez de primera instancia, solo aquéllos que puedan fundamentar su acusación.

Igualmente, puede darse el caso excepcional que elementos de conocimiento surgidos de la investigación tengan calidad de prueba, aún antes del debate. Es el caso de la prueba anticipada. (artos. 317 y 348 CPP). Esta excepción a la producción probatoria tan conocida por los defensores penales, se menciona solamente para aclararnos otra diferencia sustancial: La producción probatoria está presidida por principios que tratan de garantizar el control de la prueba por las partes. Por ello la regulación legal de la prueba anticipada, trata de reproducir las garantías del debate. (arto. 317, especialmente el inciso último).

El cumplimiento de los principios de oralidad, inmediación y contradicción principalmente, dan la posibilidad formal de intervención de las partes para depurar la prueba. Estos principios, recogidos en nuestra legislación procesal penal ordenan el espacio del debate, a modo con el pleno ejercicio del derecho de defensa. Si bien la prueba, por los límites que ya hemos visto, no es garantía absoluta para la reproducción fiel de los hechos objeto del juicio, su control trata de precaver hasta donde ello es posible, la simulación y falsedad en el procedimiento probatorio.

De las diferencias sustanciales, surgen otras meramente formales, y que resultan obvias:

**OPORTUNIDAD.** Los actos de investigación se realizan de manera general en la etapa preparatoria de la acción pública (arto. 309 CPP), solo excepcionalmente puede darse en la etapa del juicio (por “instrucción suplementaria”, arto.360, inciso 1º. y por ampliación de la acusación, arto. 373, ambos CPP). La prueba se produce en el debate, y solo excepcionalmente fuera de él. Es el caso de la prueba anticipada como ya quedó asentado.

El juicio del tribunal, sobre la acreditación de los hechos objeto de la acusación sólo podrá tener como fundamento los elementos de prueba producidos en el debate o por anticipo de prueba. Prueba pues es el término reservado por el CPP en el arto. 375 cuando se refiere a su recepción dentro del debate. A la actividad de averiguación

Sin importar si la prueba de descargo se origina o no, en medios propuestos por la defensa, el fiscal está obligado legalmente a presentar el total de los medios recabados (arto. 332 Bis, inciso último). En casos como éste, la práctica de la defensa pública aconseja proveerse de los necesarios atestados, (que pueden ser fotocopias de las actas de la declaración testimonial por ejemplo), para, si fuera necesario, presentarlas ante el juez, en la audiencia de apertura del juicio. En situaciones como la referida, algunos jueces han decretado la clausura, y otros, con base en la apreciación de los medios de investigación presentados han resuelto la apertura del juicio. Solo conociendo cada caso concreto puede saberse si la decisión ha sido justa o no, en cada una de estas resoluciones.

Si se abre el juicio, el defensor debe ofrecer en el período correspondiente, aquella prueba que el fiscal no va a ofrecer, porque no está interesado en hacerlo, y que favorece o puede favorecer a su defendido.

<sup>21</sup> Desde otra perspectiva, la de la constitucionalidad de ley, el artículo 348, resulta contradictorio, con las funciones jurisdiccionales, delimitadas claramente por el arto. 203 CPRG. En efecto, los jueces tienen la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, no la de investigar, ni perseguir el delito que es función de la Fiscalía General, a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal. Es pues el arto. 348 una norma con visos de inconstitucionalidad. De hecho, este artículo sustenta la vieja figura inquisitiva, del juez y parte, que vulnera claramente el derecho de defensa, y coloca al defensor en un plano desventajoso, puesto que sus razones no se valoran por un juez árbitro prescriptivamente imparcial, sino por un juez con iniciativa para recabar prueba en contra de su defendido.

regulada en los artos. 189 a 249, se les denomina reiteradamente investigación. El mismo término se utiliza para referirse a los elementos que dan base a la acusación, reunidos por la policía, arto. 112, inciso 4º.

**Sujetos.** La Policía Nacional Civil realiza la investigación de los hechos delictivos por iniciativa propia, o por orden del Ministerio Público. En esta actividad la policía debe “reunir los elementos de investigación útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento”. En esta labor de investigación la policía actuará bajo la dirección del Ministerio Público, (artos. 112 y 113 CPP).

La actividad probatoria le corresponde a las partes. En general al Tribunal le corresponde sólo la función decisoria, desde una posición prescriptivamente imparcial e independiente, y son las partes las que en el juicio oral y contradictorio están obligadas a probar sus hipótesis o simplemente desacreditar la contraria, como a menudo le corresponde a la defensa.

**IMPORTANCIA.** Con los elementos de investigación (que así los denomina el arto. 112 CPP, ya citado) se construye hipotéticamente un caso penal por la policía y el Ministerio Público. Este caso se expresa en la hipótesis que sustenta la fiscalía, que como ya se dijo no es más que una propuesta de explicación de lo sucedido. Se trata de afirmaciones que aunque tienen un sustento, éste es sólo hipotético, que tienen que someterse al contradictorio que se da en el debate. Con los elementos de prueba se verifica o refuta la hipótesis fiscal, lo que sirve de fundamento para una absolución o una condena.

## **6. La Libertad de Prueba y sus Límites.**

La libertad de prueba constituye uno de los principios que rigen la prueba penal en el sistema mixto, predominantemente acusatorio, vigente en nuestro país. Si la finalidad inmediata del proceso penal es la verdad material sobre el hecho punible, objeto de la averiguación, la libertad probatoria se constituye en una condición necesaria para lograrlo. Necesaria ciertamente, pero no suficiente como se ha mostrado anteriormente. Pero más que insistir en los serios límites que tiene esta aspiración ideal, hay que hacerlo en el hecho que en efecto, el sistema ensancha el camino de acercamiento al conocimiento de los hechos delictivos reales.

La libertad de prueba se puede resumir en los términos que emplea el arto. 182 CPP. “...se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido”.

En esta sintética caracterización de la libertad probatoria, se integra un conjunto de temas de gran relevancia para el derecho penal democrático. En efecto, no cualquier medio, ni cualquier método es permitido.

En la aplicación de los límites legales del principio, se distingue el *objeto de los medios de prueba*. Agregamos también, el *órgano*, y *el método para obtener la prueba*. Éste, finalmente es el que más interesa en cuanto al respeto de los derechos individuales, constitucionalmente consagrados.

### 6. 1 Límites en cuanto al Objeto.

Si se mide por el carácter de la restricción, son las prohibiciones en relación al objeto de prueba, las más importantes por cuanto los límites probatorios que impone son de carácter absoluto. Estos límites impiden que una materia determinada se convierta en objeto de prueba penal.

Con base en nuestra legislación, de manera explícita se regula únicamente la prohibición de probar la verdad de la imputación injuriosa. Arto. 162 CP. Con el mismo carácter y con una importancia mayor por su espíritu garantista, encontramos un límite determinado por el objeto de la averiguación (límite por la pertinencia). En este sentido, es inadmisibles todo medio de prueba que tenga como materia hechos distintos a los señalados en la acusación. El medio de prueba debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación, (arto.183 CPP).

Por ejemplo, en el parricidio es pertinente la prueba que se refiera al acto homicida o, a la filiación (prueba directa), o bien a las huellas dactilares del acusado (prueba indirecta). En cambio, son ajenas al objeto de la averiguación penal, en cuanto a la calificación del homicidio, otras relaciones de parentesco, no comprendidas en el arto. 131 CP. Por otra parte, la pertinencia tiene una estrecha relación con el principio de congruencia, recogido en el arto. 388 CPP. En efecto, si la acusación basare la calificación del homicidio exclusivamente en el vínculo de parentesco, cualquiera otra circunstancia calificativa no puede darse por acreditada.

Este requisito de pertinencia de la prueba constituye una garantía del acusado, puesto que precave la arbitrariedad en su manifestación de poder exorbitante, que lesiona la legalidad. Existe por tanto una verdadera vinculación material entre la prueba y el objeto del proceso penal.

El arto. 183 se refiere también al requisito de utilidad para que pueda ser admitido un medio de prueba. Esta previsión lo que hace es atajar la ociosidad de estar admitiendo prueba que finalmente no va a servir para conocer sobre los hechos objeto del juicio, pero en nada afecta los derechos del acusado como en el caso de la falta de pertinencia. Por cierto que no está demás observar que es bastante común encontrar escritos, en donde hay ofrecimiento de prueba documental, tanto por parte de la fiscalía como de la defensa, completamente inútiles para esclarecer los hechos, o las condiciones personales del acusado que fundamenten la gradación de la pena.

## 6. 2 Límite en cuanto a los Medios.

El principio de libertad de prueba implica también que de manera general la ley no determina medios específicos para la prueba de materias determinadas. No hace tampoco a priori una gradación, ni una relación taxativa de los medios de prueba. Ello, de conformidad con el arto. 185 CPP, que prescribe que se podrán utilizar medios de prueba distintos de los previstos en la ley. Este es el conjunto de aspectos que abarca el principio en relación con los medios.

Referido al arto. 185 que explicita la ausencia de límites al número de medios, es bueno acotar el sentido que encuentro en esta prescripción, que es el sólo reconocimiento de que la riqueza de los hechos y de la práctica rebasa al de los conceptos. Ello, porque no puede negarse en absoluto que el futuro depare el descubrimiento de otros medios de prueba. No obstante, es fácil constatar que hoy, a la relación de medios de prueba que hace el Código Procesal Penal, no podríamos agregar ningún otro.

Otra posibilidad explicativa del sentido de esta norma radicaría, no tanto en el reconocimiento de esa referida riqueza de los hechos, sino más bien en una confusión entre medio y procedimientos científico- técnicos. Éstos sí han tenido y tienen un desarrollo vertiginoso. Por ejemplo, los archivos en ordenadores y otras tecnologías en relación con la imagen y el audio. Pero bien visto, estos entrarían, en alguna de las categorías previstas en el Código: comprobación inmediata, testimonio, pericias, documentos.

Si para incorporar cada elemento de prueba se regula un procedimiento, de lo que se trata es de encontrar el más análogo para la incorporación de aquellos elementos de prueba de novedad tecnológica.

Las excepciones a la libertad de prueba con relación a los medios comienzan con la que establece el multicitado arto. 182 CPP. Cuando la materia de prueba es el estado civil de las personas, los únicos medios admitidos son los que prescribe la legislación civil: el matrimonio, la filiación, se prueban con los atestados del Registro Civil.

Igualmente, los antecedentes penales solo pueden probarse documentalmente, con la certificación de la sentencia ejecutoriada.

## 6. 3 Límites relacionados con los Órganos de Prueba.

El CPP, introduce algunas limitaciones que elimina o puede eliminar la fuente de información que radica en algunas personas. En efecto, en atención a intereses que la ley considera de mayor valor que la búsqueda de la verdad en el proceso penal, se prescinde del conocimiento sobre los hechos objeto de la acusación, que

algunas personas puedan tener. Testigos, peritos y sindicado pueden ser eliminados como fuente de información, o simplemente gozar del derecho de abstenerse.

La excepción a la obligación de declarar se regula en el arto. 212 CPP. En el caso de los parientes en los grados de ley, no es propiamente una prohibición, sino un derecho, pues toda vez sean advertidos de la exención de la obligación, pueden hacerlo válidamente. La ausencia de advertencia produce nulidad de la declaración y es motivo de apelación especial, arto. 419. 2 CPP, y 16 CPRG.

Las excepciones reguladas en los incisos 2 y 3 del arto. , de referencia, no son solo un derecho de abstención sino una verdadera prohibición, pues no admite salvedades. Aquí se protege el secreto profesional y la garantía de confidencialidad prescritas legalmente.

En cuanto a los peritos, no pueden fungir como tales los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, arto. 228. inc. 3º. Además a estos se les aplican las mismas reglas de excusa y recusación que a los jueces, reguladas en la LOJ.

En cuanto al sindicado, ya conocemos de su derecho a guardar silencio, pero no hay que olvidar que puede, si esa es su voluntad, convertirse en órgano de prueba y aportar al juez el conocimiento que tenga del hecho que se le imputa.

#### 6. 4 Límites en cuanto al Método de Adquisición de la Prueba.

Entre los límites legales a la libertad probatoria, el que se refiere a los métodos de averiguación de la verdad tienen la mayor trascendencia político-jurídica. La protección de lo que en general llamamos derechos humanos, pero que de manera más específica corresponde a los derechos individuales, constituye el obstáculo legal de mayor sensibilidad política y social, para el descubrimiento de la verdad.

Cuando se afirma que la finalidad inmediata del proceso penal es el descubrimiento de la verdad *pero no a cualquier precio*, el referente mayor del límite, es precisamente la dignidad y los derechos de las personas.

En la doctrina alemana se desarrolla el tema de las prohibiciones probatorias, para referirse básicamente, a aquella que se ha obtenido con violación de los derechos constitucionales de los sindicados, cuando como hemos visto, puede ser ilícita también por ilegalidades diferentes. Prácticamente, la protección de los derechos individuales ha monopolizado el tema. “Beling, el descubridor de la prueba prohibida, la caracterizó en su conferencia publicada en 1903 como *los límites de la averiguación de la verdad en el proceso penal*. Y se caracteriza por proteger intereses extraprocesales.”<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Struensee, Eberhard. La Prueba Prohibida, en Justicia Penal y Sociedad. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Año II nos. 3-4, 1993, pág. 107.

Por su importancia, hago referencia a la jurisprudencia norteamericana, y sólo posteriormente a las prescripciones legales correspondientes a la materia.

#### 6.4. 1 La Regla de Exclusión.

El Tribunal Supremo de los EE UU, Formuló en 1914, la doctrina conocida como **regla de exclusión**. La Corte prohibió utilizar prueba obtenida en una búsqueda y secuestro ilegales en un proceso federal, por cuanto violaba derechos constitucionales.

Desde entonces se ha dado un debate sobre los límites y alcances de la regla dentro del Tribunal Supremo. Se estima que la regla se ha consolidado a partir de una fundamentación pragmática de la misma. En efecto, ésta cumpliría una pretendida función disciplinaria que eliminaría cualquier estímulo a los órganos de la persecución penal para obtener prueba por medios ilícitos. La cláusula estaría así cumpliendo una función de prevención general respecto de las autoridades de la persecución penal. Quien constata la inutilidad de su actuar por la pérdida de la prueba, carecerá de estímulos para producirla.

Para Struensee<sup>23</sup> y referido al derecho y doctrina alemanes, resulta insostenible este fundamento, ya que, “como medida disciplinaria la prohibición de valoración presupondría que existe una lesión culpable a una norma probatoria. Esta fundamentación ha sido a su vez la base de crítica a la regla, puesto que no existe evidencia empírica que confirme esa función preventiva o disciplinadora<sup>24</sup>. Es decir, si la policía sigue incurriendo en prácticas violatorias de los derechos constitucionales, qué sentido tendría mantener la regla. Bien, en realidad, como anota Struensee, el fundamento de la prohibición de valoración, o cláusula de exclusión solo puede ser la protección de los derechos individuales.<sup>25</sup> Estimo que este es justamente el fundamento que deben tener presente los jueces, para elevar a nivel de principio la imposibilidad de utilizar la prueba obtenida con violación de garantías.

Otros fundamentos de la prohibición de valoración, si se han argüido, ha sido para restringir el ámbito de aplicación de la regla, tanto en la

<sup>23</sup> Struensee, Eberhard. Rev. Cit., pág. 111. El autor desarrolla la teoría de la derivación de prohibiciones de valoración dependientes, a partir de prohibiciones de adquisición de prueba. Esta derivación... sería en la jurisprudencia alemana, el equivalente aproximado de la cláusula de exclusión de la jurisprudencia norteamericana.

<sup>24</sup> Guariglia, Fabricio. Las Prohibiciones Probatorias, El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico. Editores del Puerto. , s.r.l. 1993, Pág. 19.

<sup>25</sup> Rev. Cit. Pág. 111

jurisprudencia norteamericana como en la alemana. La jurisprudencia alemana por ejemplo se ha apoyado en la “teoría del ámbito de derechos” y en la de “la puesta en peligro de la verdad”, para restringir la aplicación de la doctrina de “la prohibición de valoración que se vinculan a una prohibición de obtención de prueba”, (regla de exclusión en la doctrina estadounidense).

No nos corresponde extendernos sobre este punto. Se mencionan solamente para prevenir sobre el error de confundir la posición cambiante de los fallos de las cortes, que expresan diversos paradigmas de justicia, con el verdadero espíritu de estas prohibiciones probatorias, que como ya quedó afirmado, es la protección de los derechos fundamentales.

#### 6.4. 2 Doctrina del fruto del Árbol Venenoso.

Una doctrina complementaria de la regla de exclusión es la del *fruto del árbol venenoso*. Ambas doctrinas jurisprudenciales de sello norteamericano, dominan el estudio y el enfoque de la prueba ilícita en el proceso penal. Constituyen en ese sentido, importantes herramientas teóricas para interpretar y aplicar nuestra legislación sobre la ilicitud de la prueba.

Esta segunda doctrina manifiesta las luchas jurisprudenciales que ha producido la vigencia de la cláusula de exclusión. Como afirma Herbert L. Parcker, el sistema norteamericano se caracteriza por una pugna continua entre dos modelos: el modelo de “control del delito” y el modelo del “debido proceso”. El primero administrativo y gerencial, el segundo, contradictorio y judicial. La formulación inicial y ulterior ampliación de la regla de exclusión obedecería a la necesidad de “judicializar” –junto con otras medidas- un sistema demasiado influido, al menos en su conformación originaria, por el primer modelo, para acercarlo más al segundo<sup>26</sup>

Esta doctrina extiende la regla de exclusión a la prueba obtenida por derivación de la acción ilícita, es decir, a aquellas pruebas obtenidas de manera indirecta de la acción irregular. Es el caso cuando en un allanamiento ilegal se encuentra la indicación del lugar en donde se esconde el botín, o cuando el sindicado declara bajo coacción e informa sobre elementos que le incriminan.

No importa que la obtención de prueba derivada del acto ilícito se obtenga a través de un acto regular. “El método que se aplica es el de la supresión mental hipotética: se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular

<sup>26</sup> Citado por F. Guariglia. Ob. Cit., pág. 19.

y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato”. “Si suprimida la irregularidad, es razonable pensar que, de haberse obrado correctamente, se hubiera arribado también al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar” <sup>27</sup>. Este razonamiento aclara la tesis de la fuente independiente que se aborda a continuación.

#### 6.4.3 Limitaciones o “correctivos” a la Regla de Exclusión.

Como parte del curso contradictorio que ha tenido la ampliación de la regla, la jurisprudencia estadounidense le ha introducido correctivos, de los cuales, dos son los más relevantes.

- La Fuente Independiente.

Esta excepción postula la admisibilidad de una prueba que ha sido obtenida por una fuente independiente de la violación inicial. Es decir, que es admisible en el procedimiento la prueba que ha sido obtenida lícitamente, con total independencia de la acción irregular (irrazonable) realizada por los órganos de la persecución penal. Ello requiere establecer una desconexión causal entre el acto irregular y la prueba de fuente independiente. El hallazgo debe ser actual, no posible o probable.

El caso *Bynum v. US* (1960), hace comprensible la tesis de la fuente independiente. “En él, la policía, basada en meras conjeturas, pero sin tener indicios suficientes, detuvo a Bynum por sospecharle autor del robo que investigaban. En la detención se le tomaron las huellas dactilares, y la prueba de contraste verificó que coincidían con las tomadas en el lugar del delito. Sin embargo, esta segunda prueba pericial se consideró ilícita por derivar de la detención que fue declarada contraria a Derecho porque se practicó sin tener “causa razonable”. La policía entonces encausó de nuevo a Bynum, esta vez presentando otra nueva prueba pericial dactilar coincidente con las pruebas halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que obraban en los archivos del FBI, y que ninguna conexión tenían con las recogidas tras la detención ilegal. El Tribunal Supremo aceptó como prueba alcanzada independientemente de ninguna forma relacionada con el arresto ilegal” <sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Mayer, Julio, ob.cit. pág. 469.

<sup>28</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales. Madrid 1996. Cita de Pérez, Yolanda, en Para Leer Valoración de la Prueba. Fundación Mirna Mack.2001, pág. 139.

- El Descubrimiento Inevitable.

De acuerdo con esta tesis, una prueba ilícita puede ser admitida y producir todos los efectos jurídicos, si su descubrimiento habría sido inevitable por medios lícitos, por virtud de la investigación en curso. Nótese que el hallazgo de la prueba se funda, no en un hecho actual, sino sólo hipotético, de donde resulta que no puede postularse la certeza o inevitabilidad del descubrimiento. Además, “parece poco feliz que como sostiene el juez Stevens en el mismo caso, la responsabilidad de los órganos encargados de la persecución penal por la violación de normas constitucionales se diluya a través de la especulación”<sup>29</sup>.

#### 6.4.4 La Regulación Legal.

En nuestro caso, el tema de la prueba prohibida y la sanción correspondiente se regula en el Código Procesal Penal. No hay, por lo menos de manera general, contradicción, oscuridad o duda. El CPP es claro en cuanto al tratamiento que se le debe dar a los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido. El arto. 183 delimita la materia de lo que es la prueba prohibida, refiriéndose claramente a la violación en la adquisición de prueba de los derechos constitucionales (derechos individuales), al mismo tiempo que preceptúa su inadmisibilidad.

Si como se desprende de una comprensión sistemática de las normas del CPP, la expresión “prueba prohibida” (o como dice el arto. 183 “obtenida por un medio prohibido) se entiende como concepto genérico, que por tanto comprende la fase de recepción y obtención de prueba, y la de su valoración, el arto. 186 constituye un complemento preciso de esta regulación. En efecto, mientras el 183 se ubica en la fase de adquisición de la prueba prohibida, y establece de manera correspondiente su inadmisibilidad, el 186 se ubica en la fase de valoración. “Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido...”

Defecto absoluto, por ello insubsanable y advertible aún de oficio, es un concepto que delimita también con precisión la materia que comprende: inobservancia de los derechos y garantías previstos por la constitución y los tratados internacionales, (se entiende que en materia de derechos humanos). Arto. 283.

<sup>29</sup> Guariglia, Fabricio. Ob.cit., pág. 22.

La claridad de nuestra legislación procesal, no llega, lamentablemente, al detalle que sería deseable, para atajar cualquier interpretación judicial que pretendiera reducir su alcance. Pero, apoyándonos en la tesis del “fruto del árbol venenoso” podemos entender que cualquier prueba derivada del acto irregular es también ilícita.

Si como queda establecido en el arto. 183 CPP, al regular la inadmisibilidad, la materia de la prueba prohibida son las violaciones de los derechos constitucionales, con motivo de la adquisición de prueba, se excluye de la materia las violaciones meramente procedimentales. Hay que recordar que las reglas que se refieren a la prueba prohibida, se caracterizan por proteger intereses extraprocesales (Beling). Entiendo que las violaciones simplemente procedimentales, pueden subsanarse en los términos que plantean los artos. 281 y 282. Estos tratan de la actividad procesal defectuosa, que origina defectos relativos o subsanables. Distinto es cuando se violan derechos previstos en la constitución o en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que, en términos del arto. 283 son defectos absolutos.

Una tarea interesante para el defensor es la delimitación práctica, de cuando una violación o defecto como dice el arto 181, constituye solo una cuestión procedimental, o una violación de derechos y garantías del imputado. Ello es relevante, sobre todo si se considera que el CPP, es en cierto sentido el desarrollo del conjunto de derechos y garantías establecidos en la constitución y tratados. No olvidar que el concepto general aplicable es si se puede o no subsanar la violación cometida (defecto).

En relación con la declaración del sindicado existe en el código toda una sección para proteger sus derechos, con sanción de nulidad (inutilidad) de su declaración para fundar cualquier decisión (arto.91). La advertencia sobre la importancia de esa delimitación se entiende, si se considera que algunas violaciones materialmente insubsanables, formalmente pueden constituir inobservancia de requisitos de procedimiento.

Finalmente me refiero a dos problemas observados en la práctica, en relación con la prueba prohibida: el de la prueba que acredite la violación y el del procedimiento para impugnarla:

- En cuanto al primero, habrá casos en que en el mismo informe policíaco aparezca la violación de los derechos del sindicado.

El procedimiento policíaco recurrente de detener en el aeropuerto a los o las sospechosos de ser portadoras de droga en el sistema digestivo, es en mi concepto, uno de ellos. En efecto, en estos casos se violenta la

libertad de decisión y acción del sindicato, puesto que queda claro por el mismo informe de la policía, que se les detiene ilegalmente para forzarlos (por la angustia de que las cápsulas exploten) a someterse a un procedimiento denigrante, atentatorio de la dignidad de la persona, para que expulsen las cápsulas que contienen cocaína. Se trata de procedimientos corporales, en que el sindicato no está en condiciones de negarse. Hay detención ilegal (6 constitucional) y declaración forzada contra sí mismo, en la medida que fue el sindicato el que, según la policía informó sobre su actividad delictiva (16 constitucional, 85 CPP).

Por cierto que una sentencia reciente del Tribunal Noveno de Sentencia, ha sorprendido positivamente, al absolver a un acusado de tráfico de droga, que traía las cápsulas de cocaína en el estómago. El presidente del tribunal explicó ante la prensa, que se había dado una detención ilegal, pues el plazo de la detención del sindicato corría desde su detención en el aeropuerto, y no a partir del momento en que había finalizado esa práctica denigrante de la expulsión de las cápsulas, como afirmaba el Ministerio Público. Ojalá esta sentencia motive un cambio en la judicatura, respecto de estas prácticas inconstitucionales de la policía.

Un caso sujeto a discusión en donde también se convierte al sindicato en objeto de prueba que le incrimina, es la extracción de sangre contra la voluntad del imputado.

Maier defiende la legalidad de un procedimiento tal, siempre que no haya peligro para la salud del sindicato. Me parece interesante resumir su argumentación, no por su contenido sustancial, sino porque desacredita el símil indebido que corrientemente se hace entre los defensores penales, entre la declaración coacta del sindicato contra sí mismo, y la conversión del imputado en objeto de prueba, arguyendo con base en el art. 16 CPRG. Maier distingue entre el “**imputado como órgano de prueba**, caso en el que sí opera el imperativo constitucional de no obligarlo a declarar contra sí mismo, ya que es él quien suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba, y el **imputado como objeto de prueba**, es decir, cuando la prueba está dentro de su persona y sólo se le pide que soporte la investigación tendiente a extraerla”.<sup>30</sup>

En mi concepto en la argumentación referida se pasa por alto el derecho de defensa del imputado. En nuestro país el defensor público debe sacar todas las conclusiones de la inviolabilidad del derecho de defensa (art. 12 constitucional). Entiendo que se viola este derecho cuando se obliga

<sup>30</sup>Presidencia de la Nación. Consejo para la Consolidación de la Democracia. Simposio Internacional Sobre la Transformación de la Justicia Penal en la República Argentina. Tomo I. 1989, págs. 312 y 313.

al sindicado a someterse a un acto de investigación del que puede surgir un elemento de prueba en su contra. Pero además, si la resistencia es resuelta tendrá que darse un sometimiento vejatorio, para lograr el propósito de la extracción, o bien llegar al absurdo de establecer en la ley la presunción de culpabilidad, asumiendo como premisa mayor “que todo sindicado que se niegue a un reconocimiento corporal es culpable”. El sindicado puede tener diversos motivos para oponerse, y la defensa debe respaldar siempre su negativa, pues tales vejaciones son equiparables a la tortura.

Cuando la violación de los derechos y garantías del sindicado no se hace manifiesta en el informe policial, la dificultad radica en la prueba para acreditarla. La policía puede encubrir estas infracciones a través de la flagrancia simulada<sup>31</sup>.

-En la práctica judicial el procedimiento para impugnar la prueba ilícita ya en el debate, es sencillo. Presentado el incidente por violación de garantías constitucionales, el tribunal escucha los argumentos de la defensa y del Ministerio Público y luego resuelve en el acto. Cuando es el caso, deja para el momento de la sentencia, la decisión de si valora o no la prueba impugnada, como sucedió en la decisión del Tribunal Noveno de Sentencia antes referida. En todo caso, la violación de garantías es motivo de Apelación Especial, (arto. 420.5 CPP).

En la fase preparatoria, puede alegarse igualmente la violación de garantías, y el juez contralor está facultado para decidir, aunque normalmente, sin éxito para la defensa. Ello es comprensible por la dificultad de acreditar en un primer momento, la lesión de derechos constitucionales. Excepcionalmente la diligencia y eficiencia del defensor puede provocar decisiones judiciales favorables para el sindicado, como es el caso referido en la nota al pie (no. 31).

<sup>31</sup> Un caso digno de socializar es el de un allanamiento ilegal, seguido de la detención de una persona sindicada de un delito determinado. La defensora hizo que se levantara un acta notarial para acreditar la violación del arto. 23 constitucional. El juez contralor aceptó el acta como prueba de la violación de garantías constitucionales y decretó la falta de mérito.





## EJERCICIOS DE AUTOAPRENDIZAJE

1. Nuestro sistema penal establece una separación orgánica y funcional entre la etapa preparatoria y la etapa del juicio. Proponga una consecuencia jurídica procedimental de tal separación en relación con la prueba.
2. En Derecho el dominio de la lógica es fundamental, tanto para interpretar la ley, como para construir un caso jurídico penal. Haga un intento por explicar lo que es un concepto y cómo se elabora.
3. El concepto de verdad se puede entender como algo fijo, absoluto, o bien como algo relativo. Denos una idea de cómo se entiende en materia procesal penal este concepto.
4. Toda vez que se dominan los conceptos: órgano y objeto de prueba, estamos en condición de entender entre otros, el de sindicado como órgano de prueba, o bien como objeto de prueba. Defina estos dos últimos y relaciónelos con la protección de garantías constitucionales.
5. En materia procesal penal entendemos como métodos para la averiguación de la verdad, los procedimientos, técnicas, actividades, etc., que el investigador utiliza para construir un caso verídico. Haga un esfuerzo por señalar los límites de diversa naturaleza que esta actividad de investigación tiene, de conformidad con nuestro sistema penal.
6. Defina con la mayor amplitud el concepto de “prueba prohibida”, en relación con nuestra legislación procesal penal.

7. Al sindicato, a quien usted defiende, se le ha pedido prestarse para que le realicen una extracción de sangre. El lo consulta al respecto. Qué criterios debe usted considerar para darle el mejor consejo y orientación.
8. En la literatura jurídico penal nos encontramos con la doctrina del “fruto del árbol venenoso” que usted domina. Plantee un caso real que usted haya conocido como defensor, en que se violaran garantías constitucionales por derivación.
9. En nuestra realidad es común que se violen garantías constitucionales en los primeros actos del procedimiento. ¿Cómo ha enfrentado usted como defensor estas situaciones? ¿con qué medios de investigación aconseja que se convenga al juez contralor, de decretar una falta de mérito por violación de garantías?.
10. Los llamados “estados intelectuales del juez” son en rigor, los diversos grados de conocimiento que el juez puede tener sobre el objeto de la averiguación penal. Relaciónelos con el derecho de fundamentación y el método de valoración de la prueba.

# 2

## UBICACIÓN DEL INDICIO EN EL SISTEMA DE LAS PRUEBAS PENALES

### 1. Prueba Indiciaria

- 1.1 Indicios y Presunciones
- 1.2 Fundamento de la Prueba Indiciaria
- 1.3 Prueba Material Indiciaria

*Ejercicios de Autoaprendizaje No. 2*



## Objetivos específicos

Al finalizar el capítulo, el defensor deberá expresar su comprensión conceptual del tema, a través de:

- a) **Precisar** la definición del concepto indicio.
- b) **Prevenir** la confusión por el carácter dual del concepto indicio.
- c) **Distinguir** conceptualmente entre inferencia deductiva e inductiva.
- d) **Explicar** la importancia del componente lógico de la prueba indiciaria.
- e) **Explicar** la diferencia sustancial entre presunción e indicios.
- f) **Explicar** cuál es el fundamento de la prueba indiciaria.
- g) **Explicar** los distintos grados de fuerza de la prueba indiciaria y su fundamento.

## CAPITULO II

### UBICACIÓN DEL INDICIO EN EL SISTEMA DE LAS PRUEBAS PENALES

Asumimos de manera concisa, la clasificación de las pruebas que nos interesa, para ubicar el carácter de los indicios como medio de prueba. Así:

Si la esencia de las pruebas reside en su finalidad de comprobación, ésta se refiere a una verdad concreta. Se trata de una relación entre una prueba concreta y una verdad concreta sobre el hecho objeto de la averiguación penal. Es en esta relación en donde reside un criterio objetivo de clasificación que se basa en su naturaleza esencial.

Así, la prueba es directa si tiene como objeto inmediato al delito, incluso si se relaciona con uno de sus elementos menos importantes. Si la prueba tiene como objeto inmediato algo distinto del delito, y a través del raciocinio, de ese objeto se llega al delito, entonces la prueba es indirecta.

El testigo que declara haber visto la sustracción del televisor de una casa habitación, por parte del sindicado, constituye prueba directa del robo. En cambio, si este testigo vio al sindicado cargando el televisor, sin poder establecer si salía de la casa en que se cometió el robo, el objeto inmediato del testimonio es distinto del delito, y solo a través del raciocinio se puede llegar a él.

El testimonio, la peritación, el documento, y, con las reservas que se desprenden de nuestra legislación procesal, la confesión, es una clasificación formal de las pruebas. Ahora bien, por su contenido, el testimonio, la pericia y el documento pueden ser igualmente prueba directa o indirecta, como queda expuesto en el ejemplo anterior, referido al testimonio.

También, desde el punto de vista del sujeto, la prueba puede ser personal o real, es decir, atestiguan las personas o bien atestiguan las cosas, y ambas pueden ser medios de prueba indirecta. Es un error por ejemplo afirmar que los indicios solo pueden tener como sujeto a las cosas materiales, entendidas como tangibles. Así, en el ejemplo que antecede el testigo vio cargando el televisor a una persona, su testimonio por tanto, tiene por objeto algo distinto del delito, lo que nos puede llevar a una prueba indirecta, que desde el punto de vista del sujeto, es prueba personal.

Si lo que se presenta ante el juez es una pistola encontrada en el domicilio del sindicado, y el dictamen pericial establece que con ella se dispararon los proyectiles encontrados en la escena del homicidio, entonces, el objeto de la prueba es algo distinto del delito, que nos puede llevar a una prueba indirecta, que desde el punto de vista del sujeto, es de naturaleza real.

## 1. PRUEBA INDICIARIA.

El desarrollo de lo que es la prueba indiciaria en materia penal, no exige introducir el tema de las presunciones. Es conveniente aclararlo desde el inicio. No obstante, cuando surja este tema, será solamente para recoger el pensamiento doctrinario que mejor distingue ambos conceptos.

El dominio de la teoría de la prueba indiciaria debe permitir al defensor penal enfrentar los eventuales defectos del raciocinio del fiscal, en los casos en que pretenda construir prueba de esta naturaleza. Esta idea puede asimismo aplicarse cuando se analiza una sentencia, que incluya en su base probatoria, prueba indirecta. La producción de prueba indiciaria es muy común, y se relaciona generalmente con la prueba pericial.

Este tipo de prueba, pese a tener la categoría de principal, no ha tenido la fortuna merecida. De ello se quejan algunos especialistas. Quizá tengan razón los que así piensan, aunque no coincidan en determinar la causa. El prologuista de un interesante manual sobre indicios afirma que ello es “reflejo del tratamiento confuso y caótico que los autores han dado al tema, con la utilización de terminología gaseosa y personalísima lo que ha generado falta de precisión conceptual y ha conducido a este medio de prueba a cumplir su rol en niveles inferiores”.<sup>32</sup>

Sea como fuere, lo cierto es que, teóricamente el tema presenta dificultades y los jueces las reflejan en sus resoluciones.

Comencemos. ¿Qué es un indicio? El concepto puede ser definido en su acepción de prueba o bien en el de objeto, rastro, huella, signo, es decir de simple hecho, o conducta como la huída del lugar del hecho. Esta dualidad corresponde a la distinción del indicio como medio o como objeto de prueba. Así, es corriente llamar indicio al objeto conocido, por ejemplo una huella dactilar, que como trataremos de esclarecer, es solamente el hecho indicador, partiendo del cual se llega al hecho desconocido, el delito. El indicio como prueba, es algo más complejo, aunque en su base esté siempre el objeto conocido.

Al notable jurista italiano, Eugenio Florián se le ha criticado, en mi modesto criterio, sin fundamento, por haber afirmado que “ el indicio por lo tanto, antes que un medio de prueba es un hecho que, como los demás se establece con medios de prueba, pero tiene una posición característica particular respecto al tema fundamental de la prueba”<sup>33</sup>. Se dice que confunde el hecho indiciario, con el raciocinio que establece el nexo lógico con el hecho principal.

<sup>32</sup> Valderrama Vega, Enrique. La Prueba de Indicios en la investigación penal e Identificación Criminal. Ediciones Jurídicas Radar. Segunda Edición. Bogotá 1995. Prólogo de Luis Felipe Velásquez.

<sup>33</sup> Cita en el prólogo. Valderrama, ob. cit. XVII.

Entiendo más bien que la confusión se origina, cuando desde el comienzo no se establece que indicio es un término, que sirve tanto para nombrar al hecho indicador y en este sentido es un objeto que hay que probar, como a la relación lógica causal que vincula a éste con el hecho indicado. Hecho indicado es en materia penal, el hecho delictuoso.

El jurista Pietro Ellero, por ejemplo, previene sobre esta dualidad del concepto. Indicio dice se usa para señalar, no sólo la circunstancia indicadora, sino también la indicada (obra citada de Valderrama Vega). El hecho indicador necesita prueba, puesto que éste constituye la infraestructura material del indicio. Solidez y consistencia de la prueba del hecho indicador y solidez y consistencia del raciocinio que nos lleva al objeto desconocido que es el delito, resultan inexcusables para producir la prueba indiciaria.

Si bien se ve, en efecto, el indicio como prueba, comienza por un hecho, que el investigador considera relevante para efectos de establecer la verdad, pero que en ocasiones puede no avanzar hasta tener calidad de prueba. En la terminología de los especialistas en criminalística, un objeto, una huella, una mancha, un residuo, o una conducta, puede ser un hecho relevante para la investigación, y en este sentido puede ser sinónimo de pista u orientación, pero puede quedarse allí, no ir más lejos para convertirse en prueba.

Si en la escena de un homicidio el investigador recoge casquillos de arma de fuego, y luego el examen pericial los descarta como parte del instrumento del delito con razones técnico científicas valederas, estos casquillos no pueden servir de base para conducir al hecho desconocido (delito).

Valderrama, el criminalista ya citado considera que quien analiza las pruebas debe referirse tanto al hecho indicador como al hecho indicado y ello, en su relación lógica inductiva. Coherente con esta demanda le llama hecho indicador a los objetos, vestigios, conductas que se relacionan con la actividad criminal y se reserva el término indicio para referirse a la relación lógica ya señalada, es decir a la prueba.

En la línea de esta exigencia conceptual Framarino Dei Malatesta define el indicio como el “raciocinio probatorio indirecto que, mediante la relación de causalidad, deduce lo desconocido de lo conocido”<sup>34</sup>. O como dice Manzini, el indicio “es una circunstancia cierta de la que se puede sacar por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar”<sup>35</sup>. El indicio es pues prueba lógica, aunque esté basado en un hecho o circunstancia material.

<sup>34</sup> Malatesta, Framarino. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. Tomo I, Editorial Temis, S.A. Bogotá 2002. Pág.255. Este autor que escribe a finales del siglo XIX, desarrolla su obra con extremo rigor lógico, y ya advierte la significación del progreso científico tecnológico para el desarrollo de esta clase de prueba.

<sup>35</sup> Cita de Rocha, Hugo. *Presunciones e Indicios en Juicio Penal*. Editorial EDIAR. Buenos Aires 1997.

### 1.1) Indicios y Presunciones.

El jurista Malatesta establece la distinción entre presunciones e indicios, aplicando un criterio lógico. La presunción se basa en un razonamiento deductivo (silogístico) y se rige por el principio de identidad. Por ejemplo, la presunción implícita en el arto. 264 CPP del peligro de fuga de todos los sindicados de delitos graves. Aquí se parte como premisa mayor de que todos los sindicados de delitos graves presentan peligro de fuga, por lo que todo sindicado de delito grave presenta peligro de fuga.

Hay que recordar que el silogismo funciona de acuerdo al axioma siguiente: lo que se afirma de un universal, debe afirmarse de cualquiera de los singulares que lo componen (dictum omni) y lo que se niega de un todo universal, se puede negar de cada una de sus partes (dictum de Nullo).<sup>36</sup>

Igual sucede con el principio de presunción de inocencia, es la identidad entre el contenido del universal y uno de los singulares que lo integran, lo que permite establecer la presunción. Si todos los hombres son de ordinario inocentes (el universal), cualquier hombre debe considerarse inocente (el singular), salvo prueba en contrario. En tanto presunción, el principio no necesita probarse, lo que se prueba eso sí, es la culpabilidad.

Cuando en la ley procesal penal se establecen presunciones, como sucede en los viejos códigos, se habla de prueba por presunciones. Pero en realidad, como observa Cafferata Nores, la presunción releva totalmente la necesidad de prueba, puesto que está contenida en la ley, en cambio el indicio necesita producirse como prueba.

Bien, referido al indicio, el proceso lógico es inductivo y se rige por el principio de causalidad. “En el indicio, la cosa que se presenta como conocida es siempre distinta de la cosa que se quiere hacer conocer. Una cosa conocida no puede probar una cosa desconocida diferente, si no en cuanto se nos presente como **causa o como efecto de ésta**, ya que entre cosas distintas sólo la relación de causalidad puede conducirnos de la una a la otra”<sup>37</sup>.

Hay que tener presente que el raciocinio inductivo, es propiamente el de las ciencias naturales. En éstas se parte de la observación de muchos casos particulares, para luego elevarse a la ley universal que se infiere de aquéllos. Por ello las proposiciones que integran el razonamiento, son diferentes.

En el caso del indicio, el proceso del raciocinio es inductivo, puesto que parte de lo particular, pero de casos aislados, para luego aplicar una norma de la experiencia, sea esta cotidiana o científica. Por ejemplo, la tenencia de la cosa

robada se ha considerado un indicio de la autoría del robo. Ello porque existe una pretendida norma extraída de la observación de casos singulares, que podría formularse en los siguientes términos: “el tenedor de una cosa robada es de ordinario el autor de la sustracción de la misma”. Desde luego que este es un ejemplo sencillo, pero habrá casos en que la norma de la experiencia no sea fácil de encontrar o de aplicar<sup>38</sup>.

Aunque el tema de la prueba por indicios no necesita desarrollarse en comparación con las presunciones, el ejemplo de la cosa robada puede servirnos para captar la complejidad que puede presentar un hecho indicador, complejidad que no se da cuando se establecen en la ley las presunciones.

En efecto, como sucede siempre que la conciencia se enfrenta con lo concreto, la riqueza de elementos (o determinaciones), demanda el análisis. En este caso, (el de la tenencia de la res furtiva o cosa robada) la realidad puede presentar elementos adicionales a la simple tenencia. Por ejemplo, en qué momento y en qué lugar fue encontrado el tenedor de la cosa robada.

Entonces la regla se reformula en concreto, y por ejemplo, ya no sería suficiente la tenencia en general de la cosa, sino tenerla inmediatamente después de la sustracción, y muy próximo al lugar del hecho.

En este caso, la relación lógica de causalidad entre el hecho indicador y el hecho indicado (el robo) se fortalece, hasta tal punto, que reduce al mínimo, o incluso a cero, otras posibilidades causales del hecho indicador (es decir, la tenencia de la res furtiva). Entonces la regla sería: la posesión de una cosa robada encontrada inmediatamente en un lugar cercano al del robo, es de ordinario indicio (prueba) de la autoría de su poseedor. Desde luego que el hecho de la tenencia, puede también tener explicaciones plausibles disculpantes, y en ese caso la fuerza del indicio se debilita.

Un criterio simple y por ello más comprensible de distinción entre los conceptos de referencia, la desprendo de la afirmación del jurista Cafferata, antes referida. Así, solo cabría hablar de presunción en el caso de la tenencia de la res furtiva, cuando la propia ley así lo estableciera, y la diferencia consistiría precisamente en que, la fuente de su carácter probatorio se encontraría en los términos de la ley, contrario al indicio, que necesita producirse como prueba.

Pero obsérvese que la ley, por su carácter abstracto, no recoge porque no puede hacerlo, los diversos grados de complejidad que la realidad puede presentar.

<sup>38</sup> La tenencia de la res furtiva, es ejemplo de un indicio débil en la experiencia judicial de nuestro país, y ello es explicable, puesto que el robo exige prueba directa. Solo puede probar el robo un indicio unívoco, que es lo mismo que necesario. Este se da cuando la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho indicado se da necesariamente, es decir, que no puede ser de otro modo. El embarazo, por ejemplo, acredita el acceso carnal fuera de toda duda. También podría crear la convicción de certeza un indicio ordinario con una relación lógica causal fuerte, como se ejemplifica, infra de la llamada.

En el indicio en cambio se tiene que probar todo, partiendo no de la ley, sino de un hecho que como ya vimos en el ejemplo de la res furtiva, puede tener diversos grados de complejidad, para luego avanzar a través del raciocinio hasta establecer la relación causal entre el hecho conocido (hecho indicador) y el hecho indicado (delito).

Como en nuestro sistema penal no se establecen presunciones, entonces, es el indicio, insisto, en toda su riqueza de manifestación concreta, el medio de prueba, a través del cual se establece la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho delictuoso.

Para reforzar los ejemplos anteriores podemos imaginar un hecho indicador cualquiera. Por ejemplo, las huellas dactilares en un arma de fuego. En una primera variante (A), solo aparecen las huellas del sindicado, en una segunda (B), aparecen también las huellas de otra persona, en una tercera (C), se encuentran solo las huellas del sindicado, pero con señales de haber sido borradas otras distintas. La fuerza del nexo causal es de diverso grado en cada una de las tres variantes. Parece lógico que sea más fuerte en la variante A, y más débil en la variante C.

Hay que tener en cuenta que la regla de la experiencia aplicable a este caso hipotético podría formularse de la siguiente forma: las huellas dactilares encontradas en el “arma homicida”, son de ordinario las del autor del hecho.

El ejemplo sirve para destacar dos cuestiones relevantes: una, que los grados de complejidad del indicio (complejo significa riqueza de determinaciones, según lo vimos al definir el concepto prueba), no tiene límites, como no los tiene la realidad, y dos, que la producción de esta prueba, confronta necesariamente criterios lógicos. A ver, por qué afirmo que parece ser más fuerte el nexo lógico causal en la variante A. Bien podría redargüirse este criterio por la sospecha o duda que produce una simpleza tal de las huellas, es decir, llamar la atención sobre la limpieza de la huella, como si la pistola hubiese sido limpiada exprofeso. En fin, la prueba indiciaria es por tanto, esencialmente lógica, producto del rigor del raciocinio.

Hay que estar prevenidos que en la literatura procesal penal, se encuentran formas diversas de comprensión de este tema. En algún caso, el concepto presunción prácticamente se convierte en una categoría lógica. Se entiende casi como sinónimo de silogismo. Se afirma por ejemplo que “el indicio es así el punto de partida para llegar a establecer una presunción. Por eso la prueba por presunciones constituye un silogismo, en el que la premisa mayor es el principio general, la premisa menor es el hecho conocido y la conclusión es el hecho que se desea conocer”<sup>39</sup>. Más adecuado sería decir que las presunciones, se basan, que no constituyen, un silogismo, y la que establece la presunción es la ley.

<sup>39</sup> Rocha Degreeef, Hugo. Ob.Cit. pág. 86.

Como se ha mostrado en los ejemplos, la fuerza probatoria del indicio está en relación directa con la fuerza de la relación lógica de causalidad entre el hecho indicador y el hecho indicado. ¿Cuál es la fuerza esencial y probatoria del indicio?, se pregunta Malatesta. “La medida de esa fuerza, se responde, no puede hallarse sino en la naturaleza íntima de la prueba que examinamos, y esa naturaleza íntima la hemos señalado en una específica relación de causalidad. Por lo tanto, para conocer la fuerza probatoria del indicio es menester averiguar, en particular, cuál es la fuerza de la relación específica que vincula en él, lo conocido a lo desconocido”.<sup>40</sup>

El grado de fuerza de ese vínculo, se determina por el carácter constante, o sólo ordinario de la relación específica entre lo conocido y lo desconocido. Lo constante genera un nexo necesario y lo ordinario una relación contingente. Hasta antes de la aparición de la inseminación artificial, por ejemplo, el embarazo tenía un nexo constante con el acceso carnal, y por ello constituía un indicio necesario de éste. Necesidad aquí significa, nexo o relación indefectible, es decir, que no puede ser de otro modo.

Pero los indicios se basan de manera general en nexos ordinarios, y éstos admiten también grados diferentes de fuerza; así, se distingue lo probable de lo verosímil o posible. De ahí la dificultad práctica de su valoración, que lógicamente solo tiene cabida en cada caso concreto.<sup>41</sup>

## 1.2) Fundamento de la Prueba Indiciaria.

Hemos afirmado que indicio es un concepto, que a veces se restringe al hecho indicador, y que en ese sentido puede ser sinónimo de un objeto de prueba. De ahí la exigencia, para no confundirnos, de comprender en el concepto a los hechos indicador e indicado. Ello supone la aplicación de una norma de la experiencia. El nombre es el justo, puesto que tal regla se construye a través de la experiencia humana (incluida la científica), por inducción, al observar la diversidad de hechos particulares.

Esta experiencia ha mostrado que ciertas causas producen determinados efectos, y que ciertos efectos son consecuencia de determinadas causas. Es lo que algunos autores denominan el modo de ser de las cosas, sea del mundo físico o del humano. Aquí debe distinguirse para determinar la fuerza probatoria del indicio, si la relación causal es constante u ordinaria.

<sup>40</sup> Ob.Cit. pág. 255.

<sup>41</sup> Si la apreciación probatoria del indicio es un problema práctico, no tiene mucho sentido dedicarle mucho espacio a las múltiples clasificaciones que se repiten en la doctrina. Baste con señalar que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al hecho criminoso, o bien que pueden ser más o menos débiles o más o menos fuertes en su función probatoria. Framarino Dei Malatesta se concentra en una distinción basada según lo explica en la sustancia probatoria del indicio. Las dos clases sustancialmente diversas de indicios serían, la de los que tienen su eficacia en una causa que indica el efecto, que podrían llamarse causales, y la de los que tienen su eficacia en un efecto que indica la causa, y que podrían llamarse de efecto o “efectuales”. Ob. Cit. pág. 266.

El indicio que surge de una relación constante es necesario precisamente porque, si es causal solo puede tener un efecto, y si es de efecto, solo puede tener una causa. El embarazo es un ejemplo de indicio necesario de efecto, puesto que señala su causa en una relación causal indefectible.

El indicio que surge de una relación ordinaria es más complejo, puesto que su fuerza depende de la fuerza del nexo causal. Ordinario significa que la relación causal se da pero no siempre. Es decir, cuando una causa puede tener muchos efectos, o un efecto puede provenir de diversas causas. Esta complejidad es precisamente una de las razones de que el indicio exija en extremo, el rigor lógico para construirse como medio de prueba.

La amenaza de muerte (indicio de manifestación anterior al delito) no demuestra la causa de un homicidio de manera necesaria, ya que pueden proferirse por diversidad de motivos, por ejemplo, como desahogo de la cólera, para intimidar, para impresionar etc. Por ello, la norma de la experiencia acredita que estas amenazas no siempre se cumplen y más bien la regla sería que casi nunca se cumplen. La relación causal entre la amenaza y el hecho del homicidio es por tanto, débil. En cambio, encontrar el arma homicida en posesión de una persona, constituye un indicio fuerte incriminatorio, precisamente porque la regla de la experiencia enseña que de ordinario, su poseedor es autor del hecho.

Habría que agregar que tal indicio operaría en el ámbito de la probabilidad. Ahora bien, en lo concreto podría ser que el nexo lógico sea más fuerte o más débil, dependiendo de otras circunstancias.

Es el caso de las circunstancias de tiempo y lugar, que pueden hacer más fuerte o más débil el nexo causal. Así, tiene la mayor fuerza incriminatoria si la incautación se produjo en un registro inmediato y muy cerca del lugar, y más débil si se produjo días después y lejos del lugar del hecho. En el primer caso, el que valora el indicio puede estar tentado a considerarlo unívoco o necesario, ya que prácticamente se cierran otras posibilidades de vincular el hecho de la posesión del arma por una persona, a una causa distinta a la de su participación en el homicidio. No obstante sigue siendo un indicio de probabilidad, aunque ciertamente sea de alta probabilidad. Un indicio de esta naturaleza puede crear en los jueces un estado intelectual de certeza.

Pero siendo que cada hecho tiene una riqueza de elementos determinantes, es posible que además de las circunstancias de tiempo y lugar mencionadas, se pudieran encontrar otras, como las referidas al móvil, etc.

Como se ha adelantado, el nexo ordinario de la relación causal, admite muchas gradaciones. Es muy fuerte si se cumple en una gran mayoría de los casos y entonces cabe la denominación de indicio probable, es débil si solo se produce

en pocos casos, según la experiencia cotidiana, y entonces se trata de un indicio verosímil, por ejemplo, el de las amenazas de muerte. Pero según se desprende de lo dicho sobre el tema, toda clasificación solo cobra utilidad en la situación concreta.

### 1.3) Prueba Material Indiciaria.<sup>42</sup>

En criminalística este concepto corresponde a la evidencia física (objetos y rastros) y responde a la pregunta **¿con qué?**

En este apartado se estudian los objetos y rastros. Los objetos pueden ser completos, como es el caso de una pistola, un cuchillo, y tienen un gran valor investigativo, ya que permiten establecer relaciones causales directas. En cambio cuando se trata de partes de esos objetos, se exige un mínimo de investigación, antes de proponer nexos causales. Así, encontrado un proyectil, se requiere un peritaje balístico para establecer los elementos de identificación del arma empleada para cometer el delito.

“El rastro es todo vestigio perceptible o no que dejan las personas, o las cosas al cambiar de lugar o descomponerse”. Todo hecho tiene su propio rastro: manchas, huellas digitales, señales de violencia, marcas, partículas orgánicas, etc.

Los objetos y los rastros constituyen, o pueden constituir un hecho indicador, y como tales, le son aplicables las reglas de la lógica inductiva.

Los rastros tienen relaciones indiciarias o indicativas con las circunstancias. Así, un rastro puede relacionarse con cualquiera de las circunstancias o aspectos circunstanciales: con el hecho, con las personas, con el modo, etc.<sup>43</sup>.

Al definir el concepto indicio como prueba, es necesario insistir en que ésta como tal comprende a los hechos indicador e indicado en sus nexos lógico causales, y por lo mismo, los objetos, vestigios y conductas en que se apoya la inducción, constituyen solamente su soporte material, por tanto, objeto de prueba. Lo más importante es el raciocinio inductivo, y por ello, en la producción y valoración de la prueba indiciaria el papel determinante lo tiene el método.

El Código Procesal Penal no regula la prueba indiciaria. En rigor no habría materia que regular, puesto que el soporte material del indicio, o hecho indicador, se prueba con cualquier medio idóneo y legalmente admisible. Los medios de prueba más recurrentes y más confiables para probar la materia indiciaria son la exposición inmediata a la observación directa, y la pericia, pero igual, el hecho

<sup>42</sup> El desarrollo de este tema está basado en la obra ya citada, del abogado criminalista, Valderrama.

<sup>43</sup> Valderrama, Enrique. Ob.Cit. pág. 89-96.

indicador puede ser probado por otro medio, como el testimonio, que puede probar por ejemplo, la huída de una persona del lugar del hecho delictivo.

Resulta un poco ocioso señalar, como a veces se hace, que la prueba del objeto material, o conductual del indicio, tiene los límites probatorios legal y constitucionalmente establecidos. Por ejemplo, se le aplica igual el arto. 183, referente a la inadmisibilidad de la prueba obtenida por un medio prohibido.

Lo que antiguamente regulaban los códigos de procedimientos penales, o de enjuiciamiento criminal, o como se les llamare, eran las presunciones, no importa si se les denominaba también indicios. Ello, porque como ha quedado dicho, la presunción, en rigor, importa en el proceso, si está establecida legalmente. Es la ley la que la determina, y por tanto, el proceso inferencial lo realiza o recepta el legislador. No hay pues propiamente producción probatoria, pues la presunción la sustituye.

En relación con los indicios materiales se destaca el tema de la cadena de custodia. Es este un tema de criminalística de gran relevancia práctica para la defensa, no regulado en la ley. Incluso si los fiscales se orientan por sus propios manuales e instructivos, éstos no constituyen fuente de obligaciones jurídicas para ellos. Por ello, ciertos criterios lógicos e incluso el sentido común, se constituyen en importantes armas para precaver o en su caso detectar la contaminación de los objetos indiciarios, evitando que se adulteren o se cambien.

Son exigencias mínimas al respecto, las constancias documentales (como las actas) del recorrido de esos objetos, de los cuales debe hacerse una descripción precisa, que incluya todas sus particularidades, como los números de identificación que pudiera tener (como en el caso de armas de fuego y automóviles). La evidencia debe ser embalada y luego sellada, numerada y firmada, de modo tal que se evite toda contaminación. Hay que poner atención en que, cada aseguramiento del objeto indiciario, sea realizado por el empleado o funcionario, legalmente responsable.

# 2



## EJERCICIOS DE AUTOAPRENDIZAJE

1. En la literatura es común desarrollar el tema de los indicios relacionándolo con el de las presunciones. Como usted ha adquirido un cierto dominio sobre conceptos tan importantes, dé su opinión fundamentada sobre si ello es necesario.
2. Indicio no es un concepto unívoco, puede entenderse como huella, vestigio, o señales de un delito, o bien como la relación lógica causal entre esa huella que es el hecho conocido y el hecho desconocido que es el delito. En su concepto cuál es la naturaleza del indicio como medio de prueba.
3. En la literatura procesal penal se encuentran diversas clasificaciones de la prueba. Nos interesa para efectos de dominar el tema de la prueba indiciaria, que usted distinga lo que es la prueba directa de la indirecta y ubique el indicio en esa clasificación.
4. Toda vez que ya tiene un cierto dominio de la prueba indiciaria, relaciónela con la distinción entre prueba real y personal.
5. Tomado de los casos en que usted ha intervenido como defensor, dé un ejemplo en que la acusación se base en el indicio, como fundamento probatorio.
6. La prueba indiciaria no es una huella o una señal, sino más bien la relación lógica causal entre lo conocido y lo desconocido. ¿Qué fortalezas debe tener el defensor para enfrentar ese medio de prueba?

7. Usted puede evitar la inclinación de confundir indicios con presunciones. Piense en que siempre que se habla de presunciones es porque la ley las regula. En el derecho procesal penal moderno, y ese es nuestro caso, la ley no las contempla de manera explícita. Bien, reflexione por qué no es necesario que la ley regule de manera particular la prueba indiciaria.
8. Seguimos. ¿Cuál es el criterio para decidir la fuerza probatoria del indicio?
9. ¿Cómo entiende la afirmación que la base material del indicio es compleja?
10. Toda vez que ya tiene un cierto dominio de la prueba indiciaria, nos aventuramos a consultarle: ¿Puede un tribunal condenar legalmente basado exclusivamente en prueba indiciaria?

# B

## LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

### 1. INSPECCIÓN Y REGISTRO

- 1.1 Inspección de lugares
- 1.2 Inspección de cosas
- 1.3 Inspección de personas

### 2. PRUEBA TESTIMONIAL

- 2.1 Carácter y fundamento de la prueba testimonial
- 2.2 Capacidad para rendir testimonio
  - 2.2.1 Capacidad en abstracto
  - 2.2.2 Capacidad en concreto
- 2.3 El deber de comparecer y prestar declaración
- 2.4 Excepciones al deber de comparecencia
- 2.5 Ofrecimiento de la prueba testimonial

### 3. DE LA PERITACIÓN

- 3.1 Noción legal
- 3.2 Régimen de la Prueba Pericial
- 3.3 Ofrecimiento y Recepción
- 3.4 Fundamento
- 3.5 Actividades de investigación que no constituyen pericia
- 3.6 Requisitos de capacidad
  - 3.6.1 Capacidad general
  - 3.6.2 Capacidad específica
  - 3.6.3 Capacidad en concreto

*Ejercicios de Autoaprendizaje No. 3*



## Objetivos específicos

Al finalizar el capítulo el defensor, expresará el dominio de su contenido, a través de:

- a) **Explicar** el carácter crítico de toda prueba.
- b) **Explicar** el concepto de prueba material
- c) **Explicar** la importancia de la prueba material en las comprobaciones inmediatas por parte del juez o tribunal.
- d) **Explicar** la distinción jurídica entre la figura de la inspección y registro, así como del allanamiento.
- e) **Explicar** la diferencia conceptual y práctica entre perito y consultor técnico.
- f) **Precisar** las funciones que corresponden al juez, y las que corresponden al Ministerio Público, explicando los ámbitos funcionales dudosos.
- g) **Explicar** el sistema adoptado por el CPP, respecto del testimonio de los parientes, explicitando sus consecuencias prácticas.
- h) **Explicar** en qué consiste el carácter judicial de la prueba pericial.
- i) **Explicar** el papel de la valoración de la prueba, en toda prueba personal.
- j) **Distinguir** con precisión las causas de impedimento para desempeñar la función de perito.

## CAPITULO III

### LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

Se ha dicho en el capítulo I, que medio de prueba es el procedimiento legal, a través del cual se ingresa o puede ingresar un elemento de prueba en el proceso. Incluso si se tratase de un medio de prueba no regulado, se asimilará al medio de prueba más análogo para su incorporación en el proceso (arto. 185 CPP). De aquí se saca que es necesario recurrir al procedimiento específico regulado en la ley procesal, para diligenciar cualquiera y todo medio de prueba. La sanción por apartarse de la regulación legal es la prohibición de su valoración, en los términos y límites que prescribe el arto. 281 CPP. Los tres momentos de la actividad probatoria propiamente dicha, son, el del ofrecimiento y admisión de la prueba, el de la recepción y el de la valoración. No obstante, antes del juicio, se producen los actos de investigación que potencialmente constituyen prueba. El CPP desarrolla bajo el concepto de medios de investigación toda esta actividad y la regula en los artos. 187-253.

Estos actos de investigación le corresponde realizarlos, al Ministerio Público. No obstante, el defensor está facultado para proponerle la realización de medios de investigación favorables a su defendido. El arto. 315 prescribe que en tal caso, el Ministerio Público los llevará a cabo si los considera pertinentes y útiles, pero si tiene una opinión contraria deberá dejar constancia de la misma. En la práctica, los fiscales nunca o casi nunca dejan constancia del fundamento (porque de fundamentar se trata), de su negativa.

Cuando el fiscal se niegue a realizar los actos de investigación propuestos, el defensor está obligado a recurrir al juez, para que éste valore la necesidad de practicarlos. Con base en el principio de oralidad, el procedimiento más adecuado es solicitar al juez dar audiencia a las partes para tal efecto. El fiscal tendrá que fundamentar ahí, su negativa. Desde luego, esta solicitud puede hacerse por escrito, pero ello significa continuar ligados al viejo procedimiento.

Cualquier prueba se presenta, bien como declaración de persona, bien como atestación de cosa. O dicho de otro modo, los sujetos de la prueba solo pueden ser las personas y las cosas. Desde el punto de vista del objeto (distinción substancial), ya lo hemos visto, se distingue la prueba directa de la indirecta.

La afirmación de que toda prueba debe estar referida a los jueces de la causa, esto es en nuestro caso, al tribunal de sentencia, le da firmeza a la clasificación de las pruebas que nos interesa, a efecto de comenzar el desarrollo de los medios de prueba en particular. Ello nos permite comprender la importancia de las comprobaciones judiciales inmediatas, que es el medio de prueba regulado en el arto. 187 CPP, y que nos remite a lo que la doctrina distingue como prueba material.

## 1. INSPECCIÓN Y REGISTRO.

El CPP, coloca este medio de prueba bajo el epígrafe general de *comprobación inmediata y medios auxiliares*. El término inmediato puede entenderse como urgente, o bien, que carece de mediación. Es este segundo significado el que rescatamos, ya que la inspección tiene como finalidad encontrar vestigios del delito, al sindicado del delito, o a, alguna persona evadida, que se imponen a la observación directa de la autoridad que realiza la diligencia.

Si bien se ve, y siguiendo el consejo de Malatesta de referir el sujeto de prueba a la conciencia del juez del debate, la percepción inmediata corresponde de ordinario al Ministerio Público, o al juez contralor, no a los jueces del debate. Para el tribunal, ya no se trataría de un examen inmediato, pues estaría mediado por otros funcionarios del sistema, salvo claro está, que la materia probatoria pueda presentarse en el debate. Solo cuando los instrumentos del delito, o en general lo que se ha llamado cuerpo del delito, son presentados en el debate, pueden ser percibidos directamente por los jueces integrantes del tribunal de sentencia.

La inspección coloca a la autoridad que la realiza ante la posibilidad del examen directo de las cosas. Ello da ocasión para apreciar la superioridad de la prueba real como fuente de convicción judicial. En efecto, no es lo mismo que el tribunal de la causa perciba directamente la cosa o materia probatoria, a que la conozca a través de testimonio, incluso si se trata de uno de carácter oficial, como es el caso de las declaraciones en juicio de policías y fiscales.

Por ello, la prueba material en sentido propio, es siempre prueba directamente percibida por el tribunal, y por ello se le llama original. Esta prueba solo puede ser original, pues si el tribunal no conoce de manera inmediata la cosa u objeto sino que por ejemplo la conoce a través de un testigo, o de un perito, entonces ya no se trata de prueba material, que exige una comprobación judicial inmediata, y será testimonial o pericial<sup>44</sup>.

La percepción directa del tribunal de la prueba material es superior como medio de conocimiento, por varias razones. Una, que es evidente, es que la mediación siempre permite la oportunidad de falsificación de los hechos, sea maliciosa o por simple error. Otra, porque no es lo mismo la observación de las cosas con la técnica de quien está llamado a definir la construcción de un caso penal, y en su caso a condenar, que de quien es un conocedor casual del hecho como el testigo común, o bien técnicamente preparado como es el investigador o el fiscal, pero con mayores posibilidades de subjetivizar la información, precisamente por su función.

Este, entendemos que es el sentido que importa de la expresión comprobación inmediata, utilizada en el CPP, aunque es claro, como ya quedó indicado, que puede

<sup>44</sup> "En efecto, las cosas no pueden, en su condición de tales, atestiguar sino sometiéndose, en su inconsciencia, a la observación inmediata del juez, entonces la prueba real es original. Si no suponemos las cosas como observadas directamente por el juez, sino por otra persona que luego las refiere al juez, entonces, con respecto a la conciencia de este, a la cual deben referirse todas las pruebas, a las que se les quiera asignar naturaleza judicial, no hay prueba real sino personal, puesto que el juez, en esas hipótesis, está frente a una persona que declara, y no a una cosa que atestigua. Malatesta ob.cit. Tomo II, págs.397, 398.

dársele otra connotación, ya que estas comprobaciones se deben realizar a veces, con urgencia.

La inspección, más que un medio de prueba es una formalidad para adquirir determinados medios de prueba<sup>45</sup>. El arto. 187 le da este contenido al señalar que el propósito probatorio es encontrar vestigios del delito.

El objeto de la inspección son lugares, cosas y personas, respecto de las cuales se comprobará su estado, y otros efectos materiales del delito. La inspección debe comprender todo elemento material o personal relacionados, directa o indirectamente con el delito. Así, los medios materiales como los instrumentos, y en general lo que se conoce como cuerpo del delito. La inspección, como está regulada, no se limita y no puede limitarse a la utilización de los ojos, es claramente una inspección en donde se despliegan todos los sentidos.<sup>46</sup>

Por lo cual la inspección del lugar (inspección ocular, inspección local) por sí misma no tiene valor ni es medio de prueba, sino un acto, con frecuencia inevitable, que prepara o acompaña el desarrollo de la percepción inmediata del juez”. Florián. Ob.Cit., pág. 479.

De aquí se saca, que la inspección debe entenderse en el sentido amplio que plantea el arto. 187 y que se refiere en la nota al pie de esta página, o en sentido más restringido, para referirse a la inspección de lugares.

La inspección de ordinario se realiza en la etapa preparatoria, pero igual puede realizarse con ocasión del debate, si fuere necesaria para conocer los hechos. El presidente del tribunal ordenará las medidas necesarias para llevar a cabo el acto, arto.380, inciso último, CPP.

Llama la atención que el arto. 187 al regular la inspección de manera general, exija la autorización judicial, y luego el arto. 190, al referirse a dependencias cerradas de una morada o de una casa de negocio, o en recinto habitado, prescriba la necesidad de autorización judicial. Es evidente que no siempre es necesaria la orden judicial. El criterio para establecer cuando sí y cuando no debe ser autorizado por el juez o el tribunal de la causa son, además de la regulación en el CPP, los derechos constitucionales de los sindicatos.

Del conjunto de normas que regulan esta institución se saca, que el allanamiento, que es el que en realidad exige autorización judicial, se impone solamente si el titular del derecho a la privacidad o inviolabilidad de su vivienda se opone a la inspección y registro. Hay que considerar además las excepciones, a la necesidad de autorización judicial, que se plantean en el mismo arto. 190, y en el arto.193 referido a los lugares públicos.

<sup>45</sup> Manzini. Cita de Florián Eugenio, en De las Pruebas Penales tomo II. Editorial Temis. Bogotá 1998, pág. 479.

<sup>46</sup> “La inspección judicial puede efectuarse para examinar o identificar ciertos lugares (inspección de lugares), o para observar personas (inspección corporal u observación psiquiátrica, reconocimiento), o cosas (reconocimiento), o también para la reproducción de hechos (reconstrucción judicial).

La inspección y registro, de conformidad con el art. 187 puede definirse de manera general, como la actividad de búsqueda de vestigios de un delito, o del sindicado de haberlo cometido, y en su caso, la observación y percepción directa de lugares, cosas y personas, por parte de la autoridad que los realiza. El medio de prueba es la actividad que se despliega para la percepción directa, y su forma son los objetos sensibles en cuanto se manifiestan y exhiben su materialidad.

### 1.1 Inspección de lugares.

En el CPP, no se encuentra una regulación específica sobre la inspección de cosas, más detallada de lo que prescribe el art. 187, especialmente el inciso tercero. Pero si se considera que lo que se busca son vestigios del delito o al imputado, es razonable considerarla como inseparable de la inspección de lugares.

La inspección de lugares es la actividad mediante la cual, “el juez por percepción directa, adquiere el conocimiento de ciertos lugares de interés para la investigación que se adelanta en el proceso. En otras palabras, es una inspección judicial de lugares, con el fin de verlos, observarlos, examinarlos y hasta describirlos”<sup>47</sup>.

Las reglas de la inspección de lugares está ampliamente desarrollada en el CPP, y no tiene caso repetirla. Si es importante referirnos al cumplimiento de los requisitos legales cuando se autoriza el allanamiento.

El art. 187 prescribe que la necesidad de la inspección la determina la existencia de motivos suficientes de sospecha. La fundamentación de esos motivos debe basarse en elementos fácticos consistentes. Sabemos que los jueces no siempre son rigurosos al fundamentar la decisión del allanamiento, como lo exige el art. 190, inciso penúltimo.

Por otra parte, el art. 191, numeral 1º, plantea la identificación del procedimiento en el cual se ordena. Ello nos remite a la cuestión de si la ley faculta al juez para autorizar esta medida, cuando no existe procedimiento abierto. Entendemos como el primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona, como posible autor de un hecho punible (art. 71 CPP). Por lo mismo, siempre habrá un procedimiento abierto. Ello, no obstante, no debilita la exigencia de fundamentación rigurosa de la decisión judicial.

<sup>47</sup>Florián, Eugenio. Ob. Cit. Tomo II pág. 524.

## 1.2 Inspección de cosas

A través de esta especie de inspección, el juez percibe y observa las cosas, para captar su estado, como dice el arto. 187, sus condiciones e identidad.

En el concepto cosa debe incluirse, no solo la materialidad inanimada, sino seres vivientes distintos de las personas y los cadáveres. Asimismo, y considerando que cosa es todo lo que se impone a la observación desde afuera, se incluye también ciertos estados internos de la conciencia que tienen expresión exterior. Estas expresiones exteriores de la conciencia pueden servir a los jueces del tribunal para valorar las declaraciones de los órganos de prueba, o según el momento de la observación, de indicador de la participación en el hecho de cualquier persona.

En esta percepción directa se origina la prueba material, tan apreciada sobre todo cuando se trata del cuerpo del delito. Lo que sucede es que, por su carácter, la prueba material, que este es el caso, no permite una distinción entre lo que es prueba y lo que es el objeto probado. Así, una pistola encontrada en la escena de un homicidio, en cuanto se impone a la percepción de los jueces de la causa, constituye un objeto probado

No es ocioso insistir en que, las actividades de observación y percepción, que se realizan en la inspección y registro, constituyen una comprobación inmediata, sólo cuando la realizan los jueces de la causa. Si la realiza el juez contralor, puede asimilarse, por una ficción jurídica, a una comprobación inmediata, pero el tribunal tendrá que valorar en el momento de decidir el caso, su fuerza probatoria.

Si estas actividades las realiza la policía y el Ministerio Público, pierde su carácter y se convierte en testimonio. Así, lo que es prueba material para quien realiza la diligencia, es solo testimonial para el tribunal de la causa, aunque en el testimonio se acredite la existencia del objeto sensible.

En el debate, en todo caso, hay que atenernos al principio de la inmediación, y por ello, la aprehensión de la cosa podrá ser inmediata o no, según sea presentada, o solo referida por el testimonio.

Es muy importante advertir esta diferencia, que se origina propiamente en el carácter de la prueba material, que solo lo es en sentido propio, si está referida al tribunal de sentencia. No es casual que en la doctrina, la aprehensión inmediata de las cosas por parte de los jueces, se presente “como el medio más seguro de aprehensión de la verdad en la instrucción, y por esto el legislador la considera como la forma ordinaria de comprobación del cuerpo del delito”<sup>48</sup>

<sup>48</sup>Fallo de casación citado por Florián. Ob.Cit. tomo II, pág. 507, cita 42.

### 1.3 Inspección de personas

El arto. 194 CPP define, la inspección de personas, como el reconocimiento corporal, o mental del imputado, con fines de investigación del hecho punible, o de identificación. En el segundo inciso se incluye como objeto del reconocimiento a cualquier otra persona, cuando fuere de absoluta necesidad para la investigación.

El requisito de absoluta necesidad se comprende, pues el reconocimiento corporal, en sentido estricto, es aquel que puede afectar el pudor de las personas. Por ello el artículo en que se regula, exige que se cuide el respeto del pudor. Pero en sentido amplio puede haber reconocimiento corporal, sin el requisito de la absoluta necesidad, puesto que nada pierde quien es objeto del mismo, si se verifican solamente señas exteriores y públicas.

Si fuera necesaria la intervención del perito, éste no sustituye ni desplaza la inspección del juez, solamente enriquece la percepción y observación de éste. Desde luego que las reglas de la peritación tienen que aplicarse en este caso, caracterizadas como se sabe, por la calidad técnica del perito. El objeto de la pericia sería el mismo que el de la inspección, solamente que circunscrita al, o los temas de la peritación.

Hay muchas personas que pueden intervenir en el proceso, pero desde la perspectiva de la prueba, son relevantes, el imputado que se hace explícito en la norma procesal de referencia, la víctima y los que se desempeñan como órganos de prueba.

La inspección de personas es una labor de búsqueda de señas o huellas corporales del delito y de elementos de identificación de las personas, particularmente del imputado. Tanto el autor como la víctima pueden mostrar esas huellas o rastros.

Florián incluye además, como objeto de la inspección, “las actitudes físicas del acusado, o de otra persona, indicios y síntomas que sirvan para revelar el carácter y el espíritu en general, y la sinceridad y la credibilidad en el caso concreto”<sup>49</sup>. Entiendo que en este caso se trataría más bien de una verificación material, puesto que se trata de actitudes inconscientes de las personas.

La observación siquiátrica es otra especie de inspección, y aún cuando lo común es que sea realizada por un especialista, nada obsta para que el juez realice su propia percepción, aunque sea en cooperación con el perito. Objeto de esta observación pueden ser, el imputado y la víctima e incluso los testigos.

En cuanto al secuestro, y clausura, importan solamente en cuanto permiten adquirir y conservar material probatorio. Por otra parte hay que agregar que a las excepciones señaladas en el arto. 199 CPP, deben añadirse aquellas que se desprenden del arto. 212 CPP. En efecto, las comunicaciones escritas entre el

<sup>49</sup>Ob. Cit. Tomo II, pág. 509.

abogado defensor y el imputado deben quedar a salvo, como garantía del derecho de defensa cubierto por el secreto profesional. Asimismo deben entrar en la misma excepción aquellos objetos o documentos que constituyan secretos de estado.

Por lo demás, en cuanto el objeto del secuestro sea material probatorio, le son aplicables las consideraciones hechas respecto de la inspección de cosas, y de la prueba material.

## 2. PRUEBA TESTIMONIAL.

### 2.1 Carácter y fundamento de la prueba testimonial.

El testimonio ha sido el medio de prueba más utilizado en el proceso penal, y el testigo que es el órgano de prueba, ha sido definido de diferentes maneras, en discusiones que hoy aparecen superadas. Hay que advertir que muchas de las controversias en relación con éste y otros medios de prueba, se nos antojan como mera historia. Nuestro CPP refleja los acuerdos más modernos en torno de estas discusiones.

El Concepto de testigo es inseparable del de testimonio. Testigo y testimonio “aparecen como dos expresiones de un mismo concepto, como dos aspectos de un mismo hecho”<sup>50</sup>.

Si se toman como base para una definición del concepto, los elementos que propone el jurista Eugenio Florián, puede decirse, que el testigo es una persona física a quien se le ha citado a declarar, sobre lo que conozca del hecho, objeto del proceso penal, con el fin de producir un elemento de prueba.

Sobra decir que se trata de una declaración oral<sup>51</sup>, que este es el sello que caracteriza a este medio de prueba. Hay que tener en cuenta que el principio de la oralidad tiene su fundamento en un principio más general que es el examen directo de las pruebas por el tribunal de sentencia. En virtud del examen directo y oral del testigo, el juez puede darse cuenta de la actitud del testigo, en dónde su dicho es débil, etc. En cambio si juzga con base en testimonios redactados por otros (sería el caso de la declaración ante el MP), se pierden todos estos elementos de valoración, amén de que el acta no sea del todo fiel<sup>52</sup>.

<sup>50</sup>Florián, Eugenio. Ob. Cit. Tomo II, pág. 83.

<sup>51</sup>De conformidad con el CPP, son excepciones a la declaración oral, el testimonio de un sordomudo, que de todos modos, se traslada al tribunal de manera oral, las que establece el arto. 208 CPP, y en los casos de prueba anticipada regulada en el arto. 317 CPP. Asimismo, se utiliza el procedimiento de declaración escrita respecto al tribunal del juicio, con los testigos residentes en el extranjero. Arto. 218

<sup>52</sup>Malatesta Framarino. Ob. Cit. Tomo II, pág. 24.

Una declaración testimonial escrita, pierde su originalidad, ya que ésta consiste precisamente en que la prueba se produzca directamente frente a los jueces. Es claro, que una declaración ante los jueces (oralidad), es mejor prueba que una declaración escrita. Se ha dicho por parte de relevantes juristas, que el fundamento del medio testimonial de prueba, es una pretendida presunción de veracidad humana. Los hombres perciben y relatan la verdad, presunción que a su vez se funda dice el jurista Framarino Malatesta, en la experiencia general de la humanidad, que demuestra que en las más de las veces, el hombre es verídico. Esta presunción estaría en la base de la credibilidad abstracta, algo así como que en general todos los hombres son creíbles, porque son capaces de percibir la realidad y no quieren engañar al relatar lo percibido.

En lo concreto, no obstante, tal presunción puede ser menguada, o reformulada, por las condiciones especiales del testigo y testimonios concretos, que son inherentes al sujeto, a la forma y al contenido de un testimonio.<sup>53</sup>

Si se toma en cuenta la distinción entre credibilidad abstracta y en lo concreto que hace Malatesta, es posible matizar la crítica recibida de otros juristas como Manzini, que la contradice, afirmando que “una tal presunción, sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no solo cuando tiene directo interés en serlo, sino también cuando supone que al decir la verdad pueda favorecer, o perjudicar a otros”<sup>54</sup>

Si como dice Manzini, el fundamento de esta prueba debe buscarse, por una parte en la necesidad, y por la otra, en la libre convicción del juez, se requiere como fundamento general, aceptar que el hombre es capaz de percibir la realidad y de relatarla verazmente. De otro modo, no habría prueba testimonial. Es con cada testimonio concreto, como se redefine esta premisa general, y ello concuerda con el reconocimiento de que finalmente, es en el momento de la apreciación de la prueba, que el tribunal define en qué grado ha sido menguada la credibilidad, con base en las condiciones personales del testigo, y de la forma y contenido del testimonio.

Si la percepción de la realidad fue deficiente, o la transmisión de esas sensaciones o representaciones ha sido errónea, o falsificada, ello no obsta para reconocer, que el testimonio constituye un valioso medio de prueba, y en ocasiones el único. Por ello, necesariamente hay que buscar y encontrar a los testigos de hechos delictivos para que rindan su testimonio. Es en el momento de la apreciación de la prueba que se define la credibilidad concreta del testigo.

<sup>53</sup> Malatesta Framarino. Ob.Cit. Tomo II, págs. 15, 42.

<sup>54</sup> Cita de Cafferata Nores en obra citada, pág. 93.

## 2.2 Capacidad para rendir testimonio.

### 2.2.1 Capacidad en abstracto.

El artículo 207 establece el universo de quienes tienen jurídicamente capacidad para ser testigos. Este comprende a todos los habitantes del país y personas que se hallen en él. De modo que de manera general no existe ninguna exclusión para ser testigo en cualquier proceso. La nacionalidad, el género, la edad, posición social y económica, fama pública, las capacidades físicas diferentes, o incapacidades mentales,<sup>55</sup> no constituyen condiciones o elementos que excluyan la capacidad de ser testigo. Otra cosa es la influencia que estas condiciones personales pueda tener, tanto respecto de la apreciación del testimonio, como del deber de comparecencia, o la formalidad de la protesta de decir verdad.

Este universo, tan amplio, que comprende la totalidad de las personas presentes en el país, tiene por fundamento la necesidad de investigación y prueba de los hechos delictivos, lo más completa que sea posible. Los peligros de distorsión de la verdad que esta amplitud pudiera provocar, tiene su oportuno correctivo a la hora de la apreciación del testimonio.

### 2.2.2 Capacidad en concreto.

Existen motivos particulares que excluyen la capacidad de rendir testimonio en procesos concretos. Si de manera general no existen causas de incapacidad, la exclusión de esa capacidad de que tratamos es relativa, por cuanto se refiere a un proceso determinado. Esta exclusión puede tener como motivo, la incompatibilidad, o bien la prohibición expresa de la ley

#### **-Exclusión por incompatibilidad de la función.**

La ley no necesita decirlo, pero los jueces de la causa no pueden ser a la vez testigos. En la doctrina se distinguen situaciones que son, hasta cierto punto, de sentido común. Por ejemplo, si un juez es citado como testigo, con anterioridad a su intervención como juez en la misma causa, puede ser testigo si previamente se excusa. Claramente es más importante asumir una posición sin reemplazo posible, que la de juez, que fácilmente puede ser sustituido.

Tampoco es compatible que en un mismo juicio, el papel de testigo con el de representante del Ministerio Público. Hay que distinguir desde luego, a aquellos auxiliares que habiendo participado en la investigación, testimonian sobre lo que les consta respecto de la materia probatoria. Y es que esta incompatibilidad se

<sup>55</sup>El arto. 213, sólo prescribe la intervención del representante legal, para decidir sobre su derecho de abstención.

deriva de la estructura del proceso y la posición que asume en ella el MP. Por lo dicho, esta incompatibilidad se aplica igualmente al abogado defensor.

#### **-Exclusión por incompatibilidad de la posición procesal.**

El acusado no podría ser testigo en su propia causa, por cuanto, no podría cumplir con la prescripción del arto. 207, sobre decir la verdad y no ocultar nada de lo que sabe. Y por otra parte, tiene la protección del arto. 16 constitucional, por lo que no está obligado a declarar contra sí mismo. Mentir, además, no le compromete penalmente, puesto que no declara bajo protesta de decir verdad.

La víctima si puede ser testigo en su propia causa, incluso si interviene como actor civil. Así lo expresa el arto. 134, inciso último, y se entiende como abandono tácito de la demanda, la no comparecencia a prestar declaración sin justa causa. Arto. 127, numeral 2º.

#### **-Exclusión por prohibición expresa.**

El arto. 212, incluye como causas de excepción a la obligación de declarar, situaciones que en rigor son prohibiciones, según se desprende de su propio contenido. Si solo se tratara de exonerarlos de la obligación, sería solo un derecho de abstención, y en cambio, como están reguladas, se trata de una prohibición.

Este es el caso de los numerales 2,3 y 4 del artículo en mención. En el caso del secreto profesional, no se regula siquiera que el interesado pueda autorizar la develación del secreto. Declarar contra esta prescripción aparece nulidad de la deposición, y quien lo hace, se expone a la sanción penal que prescribe el arto. 223, CP. De conformidad con esta norma penal sustantiva, la prohibición afecta al secreto profesional, sacerdotal, y artístico.

El numeral 4º. que regula el secreto de estado, admite la autorización del superior jerárquico, que liberaría al testigo de su deber de abstención. Afecta a funcionarios civiles y militares y se relaciona con los artos. 422 y 366 CP, que sanciona la violación de este deber.

Aparece en la doctrina que, en cuanto al secreto profesional, la autorización dada por quien es el titular del derecho de reserva de la información secreta, libera al profesional de la prohibición de declarar. Pero en realidad, lo más práctico sería la confesión sobre los hechos o conductas objeto del secreto cuando perjudican al sindicado. Si la información secreta le favorece, entonces aparece, al menos sospechosa la autorización. Desde el punto de vista de la tutela penal, la declaración estaría justificada, esto es, lícita; de conformidad con la literalidad del arto. 223, CP.

### **-Derecho de abstención.**

La verdadera excepción a la obligación de declarar se concreta en los parientes del acusado en los grados de ley, los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente, *cuando sus declaraciones puedan perjudicarlos* dice el numeral 1º del art. 212. Esta norma tiene en el art. 16 constitucional su referente supremo. Nada más que aquélla se queda corta, por cuanto no incluye al cónyuge y persona unida de hecho legalmente.

El jurisconsulto Paulo fundamentaba la prohibición con estas palabras: “porque en verdad los vínculos de parentesco corrompen el testimonio de la mayoría de las personas”<sup>56</sup>.

Modernamente se trata de fundamentar en el principio de unidad y cohesión familiar, y no porque sea sospechoso, como sugiere el jurisconsulto romano, pues una condición tal debe considerarse en el momento de valoración de la prueba. Es el valor que se le asigna a la familia por las funciones que cumple en la sociedad, especialmente en lo que corresponde a la interiorización de los valores socialmente aceptados, lo que explica estas previsiones de la normativa procesal para protegerla. Es claro que los vínculos de parentesco colocan al testigo ante un dilema ético: o declara la verdad y entonces perjudica al sindicado, o lo protege mintiendo.

La obligación ciudadana de atestiguar, cuando se tiene conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo (deber que responde al interés socialmente valioso de combatir el delito), cede ante un valor – el de la cohesión familiar- que el legislador considera de mayor importancia social.

El CPP otorga la facultad de abstención y no impone la prohibición como es el caso en otras legislaciones. El carácter facultativo de la declaración determina el método con que debe enfrentarse la diversidad de situaciones particulares.

Cuando el hecho delictivo se da al interior de la familia, la primera cuestión a resolver es si el carácter facultativo es desplazado por la obligación de declarar. En otras legislaciones existe norma expresa en este sentido, y ello es lógico.

Si el fundamento de la prohibición, o de la exclusión del deber de declarar, según sea la regulación legal, es la protección de la cohesión y armonía familiar, el hecho delictivo acaecido a su interior, estaría desvelando una situación opuesta, esto es, desunión y conflicto destructivo. No habría por tanto, unión y cohesión familiar que proteger.

Por lo anterior, aunque en el CPP no existe norma que regule esta situación, estimo que los jueces deben proceder desplazando el derecho de abstención por la obligación de declarar. Hay que insistir en que el fundamento de la facultad de abstención, que es la cohesión familiar, desaparece cuando el delito sucede al interior de la familia.

<sup>56</sup> Citado por Florián, Eugenio, en obra citada, tomo II, pág. 133.

Cuándo una situación puede exigirlo, no puede determinarse en abstracto. Solo la realidad en toda su riqueza de posibilidades, puede colocar a un juez en situación de asumir una decisión coherente con el fundamento de la norma.

Un caso tomado de nuestra realidad judicial es el de la violación de una niña por el padrastro. La madre, casada con el sindicado, se niega a declarar, amparándose en el derecho de abstención. Como se trata de una menor, el procedimiento que corresponde es de oficio (acción pública), y por ello, no necesita de la representación de la madre, (arto. 24 Ter., numeral 4º). En este caso la menor víctima se convierte en un órgano de prueba.

Si la víctima fuera una criatura sin capacidad para darse a entender, entonces a falta de otros testigos, no debería reconocérsele a la madre la facultad de abstención, obligándola a declarar.

Claro está que el mayor problema sería que la testigo mintiera, sin que se pudiera acreditar su falsedad, pero ese es ya otro problema.

Es necesario insistir en que, la apreciación libre de la prueba con el sistema de la sana crítica racional, constituye un elemento de control sobre el grado de veracidad de las declaraciones testimoniales.

Cuando sea el caso, el testigo debe ser advertido de su derecho de abstención, bajo pena de nulidad de su declaración, que es un motivo de forma de apelación especial.

### **2.3. El deber de comparecer y prestar declaración.**

En concordancia con el carácter general de la capacidad para rendir testimonio, toda persona tiene el deber de concurrir a una citación para prestar declaración testimonial, arto.207. Su incomparecencia injustificada provocará su conducción por la fuerza pública, arto. 173. Pero si existe peligro fundado de que la persona se oculte o intente entorpecer por cualquier medio la averiguación de la verdad, se procederá a su conducción, sin esperar su comparecencia voluntaria, arto. 175. En el mismo sentido el arto. 217.

En el caso que el testigo no se halle en el lugar en que deba prestar declaración, o en sus proximidades, y su presencia personal no fuere imprescindible, se procederá al despacho para que declare ante la autoridad de su domicilio, siempre que se trate de una etapa anterior al debate. Si ese no fuera el caso, se le citará para que comparezca personalmente, arto. 216.

Si habiendo comparecido el testigo se negare a declarar, se promoverá su persecución penal, por el delito de falso testimonio, arto. 460 CP.

#### **2.4 Excepciones al deber de comparecencia.**

La ley exime de su deber de comparecer personalmente, a las siguientes personas:

**a)** Los altos funcionarios del Poder Ejecutivo, los magistrados de la CSJ, CC, Y TSE, los funcionarios judiciales de categoría superior al del juez respectivo, y los diputados titulares.

**b)** Los representantes diplomáticos acreditados en el país, arto. 208.

En este primer grupo se ubican los funcionarios que ostentan el privilegio para no comparecer personalmente. Declararán por informe escrito bajo protesta de decir verdad. Incluso, si por la importancia del caso se les toma declaración en su despacho o residencia, las partes no tienen derecho a interrogarles.

Se trata en consecuencia, y de conformidad con lo que se ha venido reiterando, de una prueba que no reúne los requisitos de la producción probatoria del testimonio. Si es un informe escrito, o rendido en su despacho ante el agente del Ministerio Público será un acto de investigación, si es ante el juez contralor en el caso de anticipo de prueba, por una ficción jurídica tendrá el carácter de testimonio judicial. Solo si es rendido ante el tribunal de la audiencia se robustece como prueba testimonial, pero limitada por la imposibilidad del interrogatorio.

**c)** Las que no puedan concurrir al tribunal por impedimento físico.

**d)** Los testigos que teman por su seguridad personal, por haber recibido amenazas, coacciones o intimidaciones, arto. 210. Esta previsión está afectada por la Ley que protege a los sujetos procesales (Artos. 10 y 12 del Decreto 70-96). En estos casos, si las circunstancias lo permiten, serán examinados en su domicilio o en donde se encuentren. Habría que referir a estos casos el comentario anterior, respecto de la naturaleza de la prueba directamente referida ante el tribunal de sentencia.

**e)** Las que teniendo el deber de testimoniar, se encuentren en el extranjero, caso en el cual, se procede conforme a las normas nacionales e internacionales sobre auxilio judicial, (suplicatorio, carta rogatoria o requerimiento, dice el arto. 379, inciso último).

## 2.5. Ofrecimiento de la prueba testimonial.

### -Etapa preparatoria del juicio

El imputado, sus defensores, los mandatarios y las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, pueden proponer al Ministerio Público medios de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio. Si el fiscal del caso tuviera opinión contraria a la solicitud, el interesado deberá acudir al juez respectivo, para que valore y decida sobre el asunto, arto. 315 (ver capítulo I número 5).

El ofrecimiento de prueba en esta etapa del procedimiento, dentro del régimen que prescribe el artículo citado, es utilizado limitadamente por el defensor público. Ello es comprensible, no solo por su carga de trabajo, sino, y principalmente, porque a quien le corresponde la carga del acopio de todos los medios de investigación para la construcción de un caso penal, es a la fiscalía.

Es más relevante la ausencia de la defensa de los actos de investigación cuando no han sido citados. El arto. 316 del CPP prescribe que es parte del derecho de defensa, la asistencia del imputado y defensores, etc. a los actos que practique el Ministerio Público, sin citación previa. La cuestión práctica es más bien que no se puede asistir a un acto cuya realización se ignora.

Dentro de esta etapa se puede, excepcionalmente, ofrecer y recibir el testimonio, no ya como declaración ante el fiscal del caso, sino como prueba anticipada. Aunque el régimen establecido en el arto 317, trata de reproducir las condiciones del debate, queda el hecho que la declaración se rinde ante el juez contralor, y por ello, la prueba solo fictamente puede considerarse original, en el sentido de que no ha sido referida al tribunal de la causa.

Esta limitación del acto, como prueba propiamente, aconseja e impone el carácter excepcional de este procedimiento, el cual debe ajustarse estrictamente al concepto de acto "definitivo que no pueda ser reproducido". Si se descuida el fundamento de esta institución, se desnaturaliza el carácter de nuestro proceso penal, que tiene como uno de sus pilares la producción de la prueba en el debate.

Otra cosa es el anticipo de prueba regulado en el arto. 348. En este caso, es el propio tribunal de la causa el que ordena la recepción de la prueba, y nada impide que sea él mismo el que la reciba. Nada más que el inciso último del artículo lo faculta para designar a quien deba presidir el acto. En éste como en el caso anterior se produce una afectación de la intermediación del medio probatorio, siendo que este es el pilar más importante de nuestro sistema penal. La batalla consiste en exigir que toda prueba sea referida al tribunal de sentencia, exigiendo que se cumpla rigurosamente con los supuestos de ambas previsiones legales.

**-Etapa del juicio.**

En la etapa del juicio los testigos se proponen en el momento en que se hace el ofrecimiento de prueba, y al hacerlo, debe precisarse cuáles hechos constituyen el objeto sobre el cual serán examinados, arto. 347. El tribunal puede asimismo ordenar nuevas pruebas, si en el curso del debate, resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, arto. 381. El fundamento de esta excepción es similar al del arto. 351, a saber, que de la prueba ya producida en el primer caso, o de las actuaciones ya practicadas en el caso de este último, se desprenda la necesidad de nuevas pruebas por ser necesarias para efectos de esclarecer la verdad. En ambos casos cabe la prueba de oficio.

Las facultades que estos dos artículos otorgan al Tribunal de sentencia, constituyen una violación del arto. 203 constitucional que define con claridad y precisión la función jurisdiccional de los jueces. En el fondo afecta la imparcialidad que debe presidir todo acto de decisión del tribunal. En el caso del arto 331, los jueces se convierten en una especie de supervisores del fiscal del caso, y le pueden corregir la plana ordenando de oficio la recepción de prueba no ofrecida por el Ministerio Público. En el caso del arto. 381, la ley los convierte en asesores técnico jurídicos del fiscal, ordenando la recepción de nuevas pruebas que el fiscal no ha solicitado, acaso por deficiencia en su labor.

El principio de comunidad de la prueba permite que el defensor pueda ofrecer la prueba y entre otras la de testigos, con base en los medios de investigación recabados por el Ministerio Público. La objetividad con que éste debe actuar además, es un fundamento adicional para que la defensa revise cuidadosamente el expediente integrado por el fiscal, para rescatar aquellos medios que favorezcan al sindicado, que aquél no estaría interesado en ofrecerlos como prueba. Ello, como se ha referido en el capítulo I, número 5, debe hacerse también en la etapa intermedia, acaso con ello se logre una clausura del proceso.

Es posible también el ofrecimiento de prueba testimonial dentro del juicio, cuando se amplía la acusación, arto. 373. Esta es una institución que merece un estudio más detenido, que aquí no cabe. Hay que señalar solamente que, el derecho de defensa puede verse afectado, incluso si la norma se aplica con cierto rigor. En efecto, imagino el caso que un testigo de homicidio (figura básica), que al declarar ante el tribunal, agrega hechos que agravan la figura básica, pero que no habían sido mencionados en su declaración ante la fiscalía. En un caso tal, la defensa se ve sorprendida, y aunque existe el derecho de pedir la suspensión del debate, siempre quedará en desventaja para preparar la defensa.

También se puede ofrecer prueba, después de la clausura del debate, cuando durante la deliberación, el tribunal lo considere imprescindible arto. 384. Esta norma contradice el principio in dubio pro reo, incorporado a nuestro sistema penal. Merece un estudio aparte que no corresponde a este trabajo.

Finalmente cabe en este apartado una prevención del defensor, frente al testigo protegido. El arto. 8 literal d) de la Ley Para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal (Decreto 70-96) incluye entre los planes de protección el cambio de identidad del beneficiario, que puede ser un testigo. Hay que estar atentos a que se cumplan los presupuestos de la ley para otorgar tal beneficio, y sobre todo, para objetar todo procedimiento que lesione el derecho de defensa.

En este sentido, el arto. 211CPP que prescribe la idoneidad del testigo, prima sobre la ley de referencia, por cuanto desarrolla el derecho de defensa constitucionalmente establecido. El arto. 12 constitucional es de aplicación obligatoria sobre cualquiera otra norma de inferior jerarquía. Para garantizar la defensa del sindicado, la identificación del testigo es fundamental porque de otro modo no se pueden determinar sus relaciones con las partes, antecedentes penales, clase de vida, etc. Sin identificación no puede determinarse su idoneidad, y por lo mismo constituye una violación del debido proceso.

### 3. DE LA PERITACIÓN.

Los elementos doctrinarios de la peritación como figura de prueba distinta y separada de los testigos, se elaboraron entre los jurisconsultos prácticos italianos. En esa época se le separa del testigo, pero se le considera casi como un juez<sup>57</sup>.

Malatesta, que escribe a finales del siglo XIX, distingue por el sujeto, la prueba personal de la real, y en la personal incluye solo testigos y documentos. La pericial por tanto formaría parte de la prueba testimonial.

A propósito de la evolución doctrinaria que hoy postula la independencia de ambos medios de prueba, recordemos las observaciones de Hassemmer sobre la racionalidad empírica que domina nuestra cultura. Ello nos ubica en la importancia que ha adquirido la prueba pericial, por el dominio que al menos prescriptivamente, tiene el perito sobre cuestiones empírico científicas, de las cuales carecen los jueces, el fiscal y los defensores. De ahí que de manera irónica, este autor previene a los jueces para que no permitan que

<sup>57</sup> Florián, ob.cit. pág. 356. Su obra De las Pruebas Penales, la acompaña de eruditas referencias a los orígenes y desarrollo de las pruebas. De ahí sacamos, que sea inútil buscar los orígenes de la peritación penal entre los romanos, pues el jurado juzgaba acerca de todo, y ninguna materia quedaba fuera de su competencia. No obstante se dan algunos atisbos, referido a delitos sexuales (sodomía y estupro), o bien en relación con la prueba del *corpus criminis*.

“los peritos les den la sentencia hecha”<sup>58</sup> O bien que “el perito pasa de ser una *persona que auxilia al Tribunal* a ser quien de hecho decide sobre la efectiva concurrencia de los datos relevantes y al que no resulta posible abordar más que si se logra “excluirle”<sup>59</sup>.

### 3.1. Noción legal

“La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba”<sup>60</sup>.

El art. 225 establece que el peritaje puede ser ordenado por el Ministerio Público o por el tribunal, de oficio, o, a petición de parte. Los elementos legales de la definición incluyen como finalidad, además de la obtención y valoración, la explicación de un elemento de prueba.

En este artículo se emplea el imperativo “podrá ordenar”, que se entiende como una facultad, no un deber. No obstante, la búsqueda de la verdad histórica lo obliga a ordenar la pericia. Si la peritación es necesaria, en cuanto el examen exija conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio, es un deber ordenarla.

### 3.2. Régimen de la prueba pericial.

En nuestra ley, si bien la orden de peritaje puede darse a pedido de parte, la designación de los peritos es una facultad exclusiva del órgano jurisdiccional y del Ministerio Público. Históricamente se han conocido regímenes en que el sindicato tenía derecho a nombrar su propio perito, para realizar el examen de la materia encomendada, en colaboración con el nombrado oficialmente. Posteriormente aparece el perito contralor escogido por el sindicato, que estaba llamado a defender sus intereses dentro de la práctica pericial, y en el momento de conocerse el dictamen dentro del debate.

<sup>58</sup> Hassemer, ob. cit. pág. 179. “Si la disposición de nuestra cultura a favor de la metodología empírica de las ciencias de la naturaleza hubiese de continuar desarrollándose sin fronteras, la posición del juez sería cada vez más precaria ante la intervención de los expertos en el empleo de tal clase de metodología”. Aunque según dice este autor las posibilidades de la acusación o la defensa no consista en la discusión de esta metodología, sino más bien en una táctica que garantice la designación del perito correcto”, pág. 180.

<sup>59</sup> Cafferata, desde otra perspectiva, aclara que no se trata de un medio para auxiliar al juez, supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no se podrá evitar su realización, aún cuando aquél tenga los conocimientos especializados necesarios. Ob.cit., pág. 53.

<sup>60</sup> Cafferata Nores, ob.cit.pág. 53.

La figura del perito contralor crea confusiones respecto del régimen que le es aplicable, por ejemplo, si puede ser recusado o no, o si se le aplican los mismos motivos de impedimento que a los peritos oficiales. Y ello, porque también crea confusión el papel de su función. Lo que queda claro es que no puede ser imparcial, tanto por el origen de su nombramiento, como por el obligado a sufragar sus honorarios.

Para superar la diversidad de interpretaciones que provocaba la figura del perito contralor, y sobre todo, evitar la confusión sobre el régimen que le era aplicable, nuestro código establece la figura del consultor técnico. Este tiene aproximadamente las mismas funciones que en otras legislaciones se le asignan al perito contralor, pero al cambiarle el nombre y definir con precisión sus funciones, no hay cabida a que se le confunda con el perito propiamente dicho.

Lo que importa en todo caso es el esfuerzo por cumplir con el principio de igualdad de las partes en el proceso penal. El consultor técnico, que es propuesto por la partes, tiene un papel limitado, ya que se restringe al derecho de asistir al examen de la materia encomendada, pedir aclaraciones, y hacer las observaciones pertinentes, pero se les retira a la hora de la deliberación cuando es el caso. Ya en el debate tienen un importante papel, pues sus especiales conocimientos, están en mejor posición para realizar el correspondiente interrogatorio, (artos. 141, 230, inciso último y 376, inciso primero).

Lo que queda claro en nuestra ley es que el consultor no es un órgano de prueba, pues los responsables del dictamen son los peritos. En segundo lugar el consultor está al servicio de una de las partes, en nuestro caso, del defensor. Por ello, el inciso primero del artículo 141 prescribe, que el tribunal decidirá su designación, según las reglas aplicables a los peritos en lo pertinente.

Por ejemplo, no es pertinente aplicarle todas las reglas que regulan las incompatibilidades, porque está al servicio de una de las partes; tampoco se le deben aplicar, aquellas que se refieren a relaciones extraprocesales que acrediten un interés personal. En relación con la práctica judicial, el tema que interesa a la defensa es que, en algunos tribunales se exige que la propuesta de consultor técnico se presente dentro del período de ofrecimiento de prueba. Se quiere tramitar la propuesta de consultor como si se tratase de un órgano de prueba y ello no es pertinente, para usar el término del arto. 141.

De acuerdo con nuestra legislación, la defensa puede proponer el nombramiento de consultores técnicos, en cualquier momento. El criterio a seguir es que sea útil, ya en la práctica de la pericia (arto. 233), o para interrogar a la hora del debate y hacer sus propias conclusiones sobre la prueba pericial (artos. 141 y 376.1).

La autoridad que ordena la peritación, según la etapa del proceso, esto es, el Ministerio Público, el tribunal, y en caso de prueba anticipada, el juez contralor, es la que determina el número de peritos. El parámetro para decidirlo es la importancia del caso, y la complejidad de las cosas a plantear, atendiendo las sugerencias de las partes. Los peritos dictaminarán de manera colegiada, o, si existen opiniones diferentes, podrán hacerlo por separado (artos. 230, 234).

El criterio más importante que orienta la reglamentación de la prueba pericial, es el de su apreciación por el tribunal. Aquí se define si éste tiene que asumir sin más el dictamen, caso en que el perito se convertiría en un juez técnico, como dice Florián, y tendería a desplazar al juez o tribunal, como previene Hassemer.

El sistema de la sana crítica racional, como método de valoración de la prueba, define de manera general la libre apreciación de la prueba. Con ello queda claro que el dictamen, al menos prescriptivamente, no es vinculante.

En la práctica, no obstante, un dictamen se legitima por el nivel de los conocimientos especiales requeridos y frente a ello, el tribunal tiene graves dificultades para fundamentar su desestimación.

Si el desempeño de los peritos le ha parecido insuficiente, el tribunal puede ordenar la ampliación o renovación de la peritación, incluso cambiando a los peritos, (arto.235)<sup>61</sup>. Pero lo corriente, comprensiblemente, es que el lego en la materia de la pericia, le de valor probatorio al dictamen, por la sola autoridad de quien lo emite. Al perito, dice Hassemer no es posible abordarlo, más que si se le “excluye”.

Si la figura del consultor técnico se instituye en provecho de la igualdad, es en apoyo de la objetividad en la investigación penal que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) como ente autónomo, con independencia del Ministerio Público. Ha sido éste un progreso de la justicia penal en nuestro país. La mejor expectativa sobre esta institución es que, le de vida real al principio de igualdad cuando de la pericia se trate. Así, cuando la peritación se de a pedido de la defensa, se le debe notificar oportunamente para tener acceso al mismo, con acompañamiento del consultor técnico. Solo así se puede hacer efectivo el arto. 233 CPP.

### 3.3. Ofrecimiento y Recepción.

En la etapa preparatoria se aplican las mismas normas que a la prueba testimonial, el defensor está facultado para proponer al Ministerio Público la realización de peritajes, con el mismo procedimiento que se aplica a cualquier otra actividad de investigación.

<sup>61</sup> La defensa debe estar atenta a que la aplicación del arto. 235, no sea una forma de encubrir la duda del tribunal, pues en ese caso se estaría infringiendo el principio del in dubio pro reo, establecido en el arto. 14.4 CPP. Cuando la ampliación se ordena por el Ministerio Público la atención recomendada es innecesaria, puesto que éste no decide sobre la situación jurídica del sindicado.

En cuanto a la recepción de la prueba pericial, hay que tener presente que, aunque la práctica de la misma se realiza de manera general antes del debate, es en este espacio en donde realmente se produce como prueba. Por ello, el perito debe estar presente en el debate, para someterse al interrogatorio de la defensa y del consultor técnico. Si el perito no se presenta, la prueba no se produce, a menos que se haya dado el anticipo de prueba.

En un caso de nuestra realidad judicial, en donde se habían nombrado dos peritos, para realizar, cada uno por separado, peritación siquiátrica a un sindicado, el tribunal se conformó con la presencia de uno solo de ellos. El argumento que sostenía esa decisión es que se trataba de la misma persona objeto de la peritación, aunque se valoraban aspectos diferentes. Con la precaución de no conocer el expediente, se puede señalar que, la pericia del perito ausente no se produjo como prueba, y el informe correspondiente puede asumir el carácter de prueba documental, que el tribunal tiene libertad para valorarlo. Esta opinión se basa en el principio de intermediación.

### **3.4. Fundamento.**

El fundamento último de la peritación tiene que ser, a semejanza del testimonio, la presunción de veracidad humana. Si los hombres por regla general perciben y relatan la verdad, y solo por excepción mienten<sup>62</sup>, se tiene que presumir la idoneidad del perito para explicar los fenómenos que se someten a su examen, y la fidelidad del dictamen en que se exponen sus resultados. Ello, a contrapelo de la rudeza realista, de considerar que el hombre es instintivamente mendaz, como afirma Manzini.

Por otra parte, la necesidad de recurrir a quienes poseen conocimientos especiales, científicos, técnicos, y artísticos necesarios para “obtener, valorar, o explicar un elemento de prueba”, constituiría su fundamento inmediato, pues “el juez no lo sabe todo”.

### **3.5. Actividades de investigación que no constituyen pericia.**

En nuestro procedimiento, el juez de Primera Instancia Penal tiene bien definidas sus funciones. Son, básicamente, funciones de control de garantías. El Manual del Fiscal precisa adecuadamente esas funciones, y no aparecen actos

<sup>62</sup> Carrara, Francesco. Cita de Cafferata, ob.cit, pág. 93

de investigación propiamente<sup>63</sup>. Es al Ministerio Público a quien le corresponde realizar, y en su caso, dirigir esta actividad y dentro de ella, algunas de índole técnica que no requieren peritación. Está facultado para ordenar a la policía: "levantar huellas dactilares o cualquier otra huella de importancia, para su posterior análisis; tomar fotografías de la escena, hacer un croquis del lugar, indicando con precisión dónde se encontraban las distintas evidencias, o el cadáver, por ejemplo"<sup>64</sup>

Las actividades enumeradas tienen carácter técnico, pero no por ello, los expertos policiales que las realizan se convierten en peritos. Ello nos lleva a observar que el carácter técnico de la prueba no lo monopoliza la peritación.

Esta actividad de investigación se distingue de la peritación, en cuanto, no requiere la formación de juicios que están en la base de un dictamen, y además, porque se trata de actividades para las que la ley no demanda peritos, y más bien se las encomienda a expertos policiales especializados.

### 3.6. Requisitos de capacidad.

Se distingue: capacidad general, capacidad específica, y capacidad en concreto<sup>65</sup>.

**3.6.1 Capacidad general.** La capacidad general está determinada por los requisitos siguientes: edad, salud mental, y estado de capacidad efectiva para el ejercicio de la profesión.

El juicio del perito que está en la base del dictamen, demanda madurez intelectual y emocional de quien lo emite. En nuestro país se adquiere la mayoría de edad, cuando apenas se está saliendo de esa etapa de "evasión y retorno"<sup>66</sup> que es la adolescencia. Por ello, un menor de edad

<sup>63</sup>En la pág. 232 hace la enumeración siguiente:

1º. El control sobre la decisión de no ejercitar la acción penal (artos. 25,27 y 310): abstención, suspensión o desestimación del ejercicio de la acción.

2º. La decisión sobre alguna medida de coerción sobre el imputado (arto. 257 y sigts.).

3º. Autorización de diligencias limitativas de derechos constitucionales: allanamiento de dependencia cerrada, secuestro, etc.

4º. Realizar las actividades de la prueba anticipada (arto. 317).

5º. El control sobre la decisión del fiscal, respecto de la práctica de diligencias propuestas por las partes.

6º. El control de la duración de la investigación.

<sup>64</sup>Manual del Fiscal, pág. 234.

<sup>65</sup> Clasificación tomada de Florián, ob.cit. págs. 377 y sigts.

<sup>66</sup> Expresión tomada de un libro del Dr. Juan José Arévalo.

de manera general no estaría en condiciones de cumplir con una función que ha cobrado tanta importancia, colocada en una posición de alta dignidad.

La exigencia de poseer salud mental cae por su peso. Un interdicto, o simplemente quien padezca una enfermedad mental diagnosticada, carece de las facultades absolutamente necesarias para realizar una peritación. La ley lo establece como impedimento y emplea el concepto más amplio de salud mental y volitiva. Arto. 228, numeral 1º.

El tercer requisito abstracto, se refiere al estado de habilitado para ejercer la ciencia, arte o técnica de que se trate. La inhabilitación se establece en la ley como impedimento. Numeral 4º.

**3.6.2 Capacidad específica.** Esta capacidad se refiere al requisito de idoneidad técnica, o calidad específica, que se expresa en los conocimientos especiales que una persona domina. El CPP, la regula en el arto. 226. Así, los peritos deben estar titulados en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse. Por excepción, cuando por un obstáculo insuperable no se pudiera contar con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta.

**3.6.3 Capacidad en concreto.** Todos los requisitos señalados en los dos niveles abstractos anteriores, pueden o no concretarse en un proceso penal determinado. No es suficiente verificar los presupuestos de capacidad en el nivel abstracto, hay que verificar que no existan impedimentos para el ejercicio de la función de perito, en cada proceso concreto.

Un primer grupo de impedimentos son propiamente *incompatibilidades*, y se establecen como impedimento en el CPP, y en la LOJ. Así, es incompatible con la calidad de perito:

Tener la calidad de sujeto procesal, como juez, testigo, acusado, etc. (Arto. 122 LOJ, literales 1º. y 2º).

Quienes hayan sido testigos del hecho, objeto del mismo procedimiento, (228.3 CPP).

Quienes hayan sido designados consultores técnicos en el mismo procedimiento, o en otro conexo. Arto. 228.

El que es parte en el asunto (Arto. 122 LOJ).

Un segundo grupo de impedimentos, atañen estrictamente a causas de exclusión, o incapacidad concreta en sentido estricto, por las especiales relaciones que la persona designada como perito tiene, con las personas y hechos del proceso. No pueden ser peritos en un proceso:

Los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigo, (228.2 CPP, y 122.d LOJ).

Quienes sean socios o partícipes con alguna de las partes, (122.g).

El arto. 229 CPP, remite a la LOJ, a efecto de aplicarle a los peritos las mismas causas de excusa y recusación aplicables a los jueces. Es innecesario repetirlas en este trabajo, pero finalmente, se trata de impedimentos, cuyas causas están determinadas por el interés personal que el perito pudiera tener en el sentido de la decisión final del conflicto penal.



# B



## EJERCICIOS DE AUTOAPRENDIZAJE

1. La sección segunda del Código Procesal Penal tiene como título, “Comprobaciones Inmediatas y Medios Auxiliares”. ¿Cómo entiende la expresión “comprobaciones inmediatas?”
2. Toda vez que ya interiorizó conceptos relacionados con los medios de prueba en particular, relacione los conceptos comprobación inmediata y prueba judicial.
3. ¿En que casos se justifica la autorización judicial para una inspección y registro domiciliario y como debe fundamentar la petición el Ministerio Público?
4. ¿Son figuras jurídicas idénticas, el allanamiento y el registro domiciliario?
5. ¿Puede una madre ampararse en el derecho de abstención para negarse a declarar como testigo, si su menor hija ha sido violada por su padrastro?
6. ¿Es legal la decisión de los jueces que rechazan el nombramiento de un consultor técnico, por la exigencia de que reúna los mismos requisitos de los peritos?
7. Si un tribunal se niega a nombrar a un consultor técnico, porque no se hizo la petición dentro del término de ofrecimiento de prueba. ¿Con qué argumentos defendería su derecho al nombramiento del consultor?

8. En un caso penal se nombraron a dos peritos siquiatras para hacer reconocimiento mental de una misma persona. ¿Puede producirse como prueba en el debate, si uno de los dos no se presenta?
9. En la Defensa Pública se conoce sobre los procedimientos policiales en el aeropuerto, en relación con personas sospechosas de traer droga en el estómago. Si son detenidas ¿en qué violaciones constitucionales se incurre por parte de la policía?

## BIBLIOGRAFÍA

1. Arango Escobar, Julio. **Derecho Procesal Penal.**  
Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala 2004.
2. Cafferata Nores, José. **La Prueba en el Proceso Penal.**  
Depalma. Buenos Aires 1998.
3. Durkheim, Emilio. **Las Reglas del Método Sociológico.**  
Fondo de Cultura Económica. México 2001.
4. Florián, Eugenio. **Elementos de Derecho Procesal Penal.**  
Editorial Bosch. Barcelona.
5. Florián, Eugenio. **De las Pruebas Penales.**  
Editorial Temis. Bogotá 1998.
6. Gutiérrez Sáenz, Saúl. **Introducción a la Lógica.**  
Editorial Esfinge, s.a. de c.v. Naucalpan, Estado de México 1992.
7. Guariglia, Fabricio. **Las Prohibiciones Probatorias. El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico.**  
Editorial del Puerto, s.r.l. Buenos Aires 1993.
8. Hassemer, Winfried. **Fundamentos de Derecho Penal.**  
Editorial Bosch. Barcelona 1984.
9. Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de Derecho Penal.**  
Editorial Losada. Buenos Aires 1963.
10. Malatesta, Framarino. **Lógica de las Pruebas Penales en Materia Criminal.**  
Editorial Temis, s.a. Bogotá 2002.

## BIBLIOGRAFÍA

11. Maier, Julio. **Derecho Procesal Penal Argentino.**  
Editorial Hammurabi, s.r.l. Buenos Aires, 1989.
12. Presidencia de la Nación. **Consejo para la consolidación de la democracia.**  
Simposio Internacional sobre la transformación de la Justicia Penal en la República Argentina, 1989.
13. Pérez Ruiz, Yolanda. **Para leer Valoración de la Prueba.**  
Fundación Mirna Mack. Guatemala 2001.
14. Rocha, Hugo. **Presunciones e Indicios en Juicio Penal.**  
Editorial Ediar. Buenos Aires 1997.
15. Struensee, Eberhard. **La Prueba Prohibida.**  
Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Año II, números 3-4, 1993.
16. Valderrama Vega, Enrique. **La Prueba de Indicios en la Investigación Penal e Identificación criminal.**  
Ediciones Jurídicas Radar. Bogotá 1995.



**Este Módulo se terminó  
de imprimir en septiembre de 2013  
La edición consta de 600 ejemplares**



Instituto de la Defensa Pública Penal  
7Av. 10 - 35 zona 1  
Tel.: 25 01 57 57  
[www.idpp.gob.gt](http://www.idpp.gob.gt)